

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 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, Valentina Masarone, Vania Maffeo,
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,
Fabiana Falato, Barbara Nacar,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais

COMITATO DI REVISIONE

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323
Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

INDICE

L'EDITORIALE

La problematica difesa dell'imputato minorenn

OLIVIERO MAZZA 6

L'OPINIONE

La funzione nomofilattica della Corte 'regolatrice'

CLELIA IASEVOLI 11

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

Disturbi psichici, imputabilità e violenza di genere

SYLVA D'AMATO 19

Il quadro sanzionatorio in materia di sfruttamento del lavoro: il superamento del modello contravvenzionale per una tutela individuale della dignità del lavoratore

VINCENZO GIORDANO 40

Quesiti referendari «scritti male» o “dovere di vivere”? La tutela penale della vita, i principi costituzionali ed i “diritti scomodi” sottesi alla morte del consenziente nelle ipotesi di patologia irreversibile

ANTONIO NAPPI 54

DIRITTO
PROCESSUALE
PENALE

Tre tesi sull'incostituzionalità sostanziale dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER 76

La riforma della giustizia minorile in Francia. Riflessioni a margine del *Code de la justice pénale des mineurs*

ILARIA PICCOLO..... 93

**Prospettive di giustizia riparativa per i minori alla luce della Riforma
Cartabia**

ALESSANDRA SCALAS..... 107

**Dal giudice specializzato al giudice peritus peritorum... un passo indietro
nella tutela del minore?**

MICHELA SIRACUSA 121

L'EDITORIALE

La problematica difesa dell'imputato minorenni

OLIVIERO MAZZA

Il miglior punto di osservazione delle scelte culturali, ideologiche e politiche caratterizzanti un determinato sistema processuale è senza dubbio offerto dalla normativa che regola il rapporto diretto fra autorità procedente e imputato, fra accusa e difesa. Su questo terreno, infatti, risulta più agevole misurare non solo la matrice accusatoria o inquisitoria della legislazione, ma anche, e più in generale, l'assetto dei rapporti intercorrenti in un dato momento storico fra Stato e cittadino, fra "autorità" e "libertà".

Tale considerazione è ancor più valida se riferita alla giustizia minorile le cui linee di fondo sono intrise di opzioni culturali che storicamente oscillano fra il retribuzionismo temperato e il modello correzionalistico o protezionistico, approdando spesso a scelte intermedie che, attraverso la combinazione di elementi delle due concezioni, «quasi mai garantiscono una giurisdizione senza contaminazioni amministrativistico-assistenziali, quasi mai prescindono da una risposta punitiva banalmente tarata sulla mera riduzione quantitativa di quella riservata agli adulti».

Non tanto la disciplina degli atti processuali che vedono direttamente coinvolto l'imputato, come l'interrogatorio o l'esame, quanto le prassi applicative del processo minorile forniscono la più realistica rappresentazione del volto che lo Stato intende mostrare al minorenni accusato di un reato, non solo con riferimento agli astratti modelli politico-culturali a cui può essersi più o meno liberamente ispirato il legislatore, ma anche, e soprattutto, all'idea di giustizia penale minorile concretamente perseguita da tutti coloro i quali sono chiamati, a diverso titolo, ad attuare il disposto normativo.

Senza dimenticare che il peso del "diritto vivente" è tanto maggiore quanto più le previsioni legislative non risultano sufficientemente innervate da una netta e organica visione dei problemi. In presenza di un quadro normativo non compiutamente delineato o che volutamente lascia spazi aperti ad approcci applicativi di segno opposto, il compito dell'interprete è sicuramente più invasivo e le sue preferenze ideologiche finiscono inevitabilmente per surrogare le carenti opzioni politiche a monte.

Un riscontro emblematico del problema appena messo in evidenza è fornito dal dibattito sviluppatosi in Italia circa la natura e le finalità del processo penale minorile. A fronte di un principio generale, come quello espresso dall'art. 1 comma 1 d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, che raccomanda l'applicazione della normativa processuale «in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenni», si sono radicati due opposti orientamenti.

Secondo una prima lettura, il richiamo legislativo confermerebbe la vocazione pedagogica del processo penale da intendersi alla stregua di uno «strumento di educazione rafforzata» a disposizione dell'autorità per fornire un'immediata risposta correzionale al crescente fenomeno della delinquenza minorile. Inteso in tal modo, il processo a carico di imputati minorenni finisce però per divenire una zona franca dove sono sospese le fondamentali garanzie costituzionali, a partire dalla presunzione di non colpevolezza, per favorire in tutti i modi l'anticipazione di un percorso rieducativo normalmente

confinato nella fase esecutiva della pena. L'accertamento della responsabilità perde il suo connotato di *prius* logico-giuridico rispetto alla rieducazione per procedere di pari passo con il recupero sociale dell'imputato. La pericolosa commistione tra processo e pena non può non riflettersi sul delicato dialogo fra accusato e autorità procedente. Come si concilia il diritto al silenzio o la facoltà di mentire con l'onere di collaborazione inevitabilmente postulato dalla tensione rieducativa che avviluppa l'intero processo? Una concezione "medicinale" non più solo della pena, ma direttamente del processo, non potrebbe tollerare alcuna forma di autodifesa diversa dalla piena collaborazione a carattere confessorio.

Una diversa e più condivisibile impostazione ritiene, invece, che il processo a carico dei minorenni non possa discostarsi dalle finalità tipiche della giurisdizione penale. Si tratta di un percorso obbligato tracciato in modo indefettibile dalla Costituzione. Il processo penale deve rimanere funzionale solo all'accertamento delle eventuali responsabilità di un soggetto che si presume innocente. L'idea della rieducazione dell'imputato contrasta insanabilmente con l'art. 27 comma 2 Cost. Poste queste doverose premesse, il richiamo alle esigenze educative contenuto nell'art. 1 d.P.R. n. 448/1988 assume un'altra connotazione. Se la sede processuale non può ospitare interventi diretti alla risocializzazione che precedano il compiuto accertamento delle responsabilità, ciò non esclude che il procedimento debba svolgersi «in modo da evitare o, comunque, ridurre al minimo il pregiudizio per la positiva evoluzione della personalità del minorenne (c.d. principio di minima offensività)». In altri termini, il processo non è strumento educativo, ma non può nemmeno assumere valenze diseducative, non può essere un evento traumatico capace di interrompere o di segnare negativamente lo sviluppo e la formazione di un soggetto debole come l'imputato minorenne.

Il portato di questa impostazione è ancora una volta messo in luce dalla disciplina degli strumenti acquisitivi del sapere della persona nei cui confronti si procede. Al minorenne sottoposto all'interrogatorio o all'esame vanno riconosciute tutte le garanzie generalmente indicate facendo riferimento al principio *nemo tenetur se detegere*. Il suo atteggiamento eventualmente non collaborativo non può essere discriminato nell'ottica pan-rieducativa, essendo frutto dell'esercizio di un preciso diritto connotato allo svolgimento di un giusto processo penale.

Non è difficile ricondurre questa impostazione del problema delle finalità del processo a carico di imputati minorenni a un diverso modello culturale che negli ultimi decenni ha messo in crisi i classici schemi in cui è rimasta troppo a lungo imbrigliata la questione della giustizia penale minorile. Si tratta di nuove forme di approccio che, sulla scia dell'ampio dibattito sviluppatosi dapprima negli Stati Uniti d'America e, in un secondo momento, anche in Europa, forniscono risposte convincenti in grado di disegnare una diversa cornice in cui inquadrare le scelte legislative. La "nuova frontiera" è costituita da quello che convenzionalmente viene definito "modello di responsabilità" e i cui capisaldi sono, riassuntivamente e per ciò che qui più interessa, «il tendenziale riconoscimento all'imputato minorenne dei diritti e delle garanzie assicurati all'imputato adulto; la maggiore responsabilità del minorenne accompagnata da una prioritaria considerazione per le sue esigenze psico-sociali; la riduzione dell'intervento giurisdizionale al minimo indispensabile; la predisposizione di un ampio catalogo di misure giudiziarie fondato sul principio educativo; il ricorso a restrizioni della libertà personale, sia in via cautelare sia in esecuzione di pena, soltanto come *extrema ratio*».

L'affermazione del modello di responsabilità richiede, dunque, che, nel rapporto dialogico, e spesso conflittuale, con l'autorità procedente, l'imputato minorenne sia considerato alla stregua di un presunto innocente a cui è garantito l'esercizio di tutte le facoltà che attengono alla difesa. L'istanza educativa non può essere invocata per giustificare forme di cooperazione necessitata o comunque limitazioni della garanzia del *nemo tenetur se detegere*. Sarebbe inaccettabile ritenere che la ricerca o anche solo la sollecitazione di un atteggiamento collaborativo risponda al disegno di recupero sociale del minorenne. È opportuno segnalare con forza il rischio che in questo delicato snodo processuale la sempre presente la tentazione di erodere le garanzie fondamentali dell'imputato trovi nuova linfa nell'alibi fornito da non meglio chiarite esigenze pedagogiche. Non va quindi dimenticato che il rispetto dell'interesse educativo del minorenne non entra in una sorta di bilanciamento con l'esercizio dei diritti fondamentali di difesa.

Tale interesse deve invece essere tenuto presente sotto un ben distinto e quasi antitetico profilo, ossia per compensare adeguatamente la tensione e la drammaticità insite in un atto per sua natura traumatico come l'interrogatorio. L'esigenza di ridurre al minimo l'inevitabile pregiudizio determinato dall'impatto del minorenne con la realtà processuale può infatti richiedere la presenza di un efficace supporto psicologico che ne impedisca o, quantomeno, ne limiti gli effetti potenzialmente negativi, senza però trascurare la considerazione che il miglior antidoto rispetto a pratiche lesive della personalità rimane pur sempre la rigorosa osservanza dei diritti di difesa.

Non si può dunque accettare che nel rito minorile vengano importate le deprecabili distorsioni applicative che si registrano normalmente nella gestione degli strumenti acquisitivi del sapere dell'accusato. La finalità di tutela delle esigenze educative, imposta dall'art. 1 comma 1 d.P.R. n. 448/1988, non rappresenta però solo un argine rafforzato contro prassi devianti mai del tutto estirpate, non si limita a richiedere uno sforzo maggiore dell'autorità procedente nell'assicurare l'effettivo rispetto del *nemo tenetur se detegere*, ma indica anche la via per un approccio diverso fra inquirente e inquisito, un clima improntato al rispetto della personalità debole dell'imputato che deve accompagnare ogni atto processuale secondo il principio di minima offensività.

La difesa è comunque menomata dalla stessa natura del rito anche sul versante dell'apporto tecnico fornito dal difensore. Quello di fiducia è normalmente nominato dai genitori che, tuttavia, potrebbero essere in conflitto di interessi con il figlio, si pensi al caso, non infrequente, in cui la famiglia voglia mettere a tacere al più presto la vicenda penale, mentre il minorenne imputato potrebbe volersi difendere nel merito, con la conseguente celebrazione del processo.

L'ingerenza dei genitori nei rapporti fra difensore e assistito è un dato di esperienza comune, in una certa misura fisiologico, ma potenzialmente distorcente rispetto all'interesse dell'imputato che dovrebbe sempre essere prevalente.

La difesa d'ufficio sconta, invece, i limiti generali ben noti, aggravanti dalla necessità di una specifica preparazione non sempre assicurata dai corsi di formazione.

Si registra, infine, una preoccupante tendenza all'inosservanza del dovere di competenza, soprattutto da parte dei difensori di fiducia, che vengono coinvolti nella vicenda penale alla luce dei rapporti fiduciari con i genitori più che in ragione della loro specializzazione. E ciò viene in qualche modo giustificato dal fatto che il rito minorile sconta quelle criticità sopra evidenziate, il paternalismo

latente che avvolge anche la difesa tecnica in una sorta di melassa processuale che cancella l'idea stessa di una difesa *adversary*.

La strada per l'attuazione del giusto processo minorile è ancora lunga e deve, soprattutto, scontare la pregiudiziale ideologica di un rito a vocazione pedagogica.

L'OPINIONE

La funzione nomofilattica della Corte ‘regolatrice’

CLELIA IASEVOLI

La complessità del contesto è acuita dalle profonde trasformazioni del diritto di cui è protagonista anche la Cassazione, che, spinta da esigenze di efficientismo, esercita la funzione oltre i limiti di legge come risposta di autotutela del sistema, ponendosi come Corte ‘regolatrice’. Si pensi alla teoria del pregiudizio effettivo, all’autosufficienza del ricorso, all’abuso del diritto, all’abuso del processo.

Si tratta di procedure, di origine giurisprudenziale, che si sostanziano in torsioni e distorsioni del testo; *escamotage*, strutturati secondo una logica dicotomica: legalità/effettività, legislatore/giudice, fatto/diritto che, a seconda della tensione prospettica, determinano la prevalenza dell’uno o dell’altro, vulnerando il principio di uguaglianza (art. 3 co. 2 Cost.). Sono queste le ‘valvole’ di salvaguardia dell’efficientismo della giustizia, riconducibili alla concezione del diritto come pratica sociale. Qui affiora la tentazione di allontanarsi dal testo per affermare prospettive sostanzialistiche. In tal caso, i comportamenti del giudice si traducono in opzioni politiche di bilanciamento tra valori/principi costituzionali e, al contempo, in attività di ‘creazione’ del diritto con effetti dirompenti sulla prevedibilità dei comportamenti penalmente rilevanti, nonché sull’affidamento delle parti nel processo.

Una chiara esemplificazione della funzione ‘regolatrice’ svolta dalla Corte è quella in tema di valutazione delle dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso (art. 192 co. 3 c.p.p.) o, ancora, da persona imputata di un reato collegato (art. 192 co. 4 c.p.p.). Su questo versante l’attività concretizzatrice ha prodotto un coartante modello tipico di decisione ovvero un *trend* tipizzante l’itinerario valutativo, mediante la definizione di criteri giurisprudenziali di carattere epistemologico, con l’effetto di ‘regolare’ i margini del ragionamento probatorio.

A destare perplessità non è il dato delle incursioni nel merito, quanto l’esercizio della funzione di legittimità in un ambito che è proprio del legislatore, perseguendo la Cassazione una giustizia sostanziale con la fissazione di regole ‘sue proprie’. In tal modo, il controllo non è circoscritto all’affidabilità e all’attendibilità delle massime d’esperienza utilizzate nel giudizio di merito per controllare il grado di plausibilità razionale della valutazione probatoria – e, quindi, il ragionamento a fondamento della motivazione –, la Corte ne controlla anche la conformità ad un insieme di *regulae* esperienziali, di matrice giurisprudenziale, che, pur essendo inerenti al fatto, si propongono come parametri di orientamento del libero convincimento del giudice.

Da qui il divario tra *legge e processo*, con l’avanzare dell’attività creativa e dei suoi ‘reticolati’ di controllo.

Non si vuole mettere in discussione il rilievo secondo cui la disposizione non resta irrigidita in sé stessa, essendo soggetta a dinamiche evolutive ed esposta ad assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il confine dei significati, resi possibili dalla polisemia del significante testuale. D’altro canto, il nesso tra norma e valore segna il discrimine tra legge fisica e diritto

assiologico, nonché condiziona il suo inevitabile porsi come elemento di un sistema; e, in particolare, la *regula juris* si manifesta come segmento di una complessa costruzione giuridica, coordinata secondo postulati di unitarietà e di completezza, passibile, pertanto, di processi modificativi. Una cosa è il distacco dal testo, strumentale ad assicurare una *maggiore* tutela; altra, e ben diversa, è la situazione in cui l'allontanamento dalla disposizione processuale si risolve nella negazione della garanzia, sottesa al modello logico potere-atto-scopo, che ne ha ispirato il modello legale.

Ed è alquanto curioso che ciò avvenga soprattutto quando si tratta di applicare l'ulteriore margine esegetico secondo cui l'integrazione delle garanzie non può che essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma Cedu sulla legislazione interna debba derivare una maggior tutela per i diritti fondamentali. Non è un azzardo spiegare la coincidenza in termini di costi dell'ampliamento della *vis* dei diritti.

D'altra parte il gioco è facile, basti considerare l'opacità del criterio della massimizzazione della tutela, che potrebbe funzionare soltanto se si sapesse cosa va massimizzato, giacché all'interno dell'area della tutela effettiva vengono riversate logiche contraddittorie. Si pensi all'endiadi: effettività della tutela giurisdizionale e ragionevole durata del processo, oppure effettività della tutela giurisdizionale ed economia processuale. È necessario chiedersi cosa nascondano queste locuzioni e quali operazioni legittimino.

Non v'è dubbio che definire il rapporto tra garanzie, effettività, efficacia ed efficienza della giurisdizione è anche una questione politica. Su questo versante, si riscontra la tendenza a modellare il fatto al diritto, ottenendo un risultato "pratico", volto a stabilire secondo criteri di opportunità in cosa debba risolversi questa conformazione del fatto al diritto, dal momento che le ragioni della speditezza processuale non sono necessariamente coincidenti con quelle della migliore tutela possibile. A ciò si aggiunga che tra effettività ed efficienza vi è un rapporto di presupposizione, che fa della seconda la *condicio sine qua non* della prima.

Da qui il problema politico del funzionamento della macchina processuale, quale presupposto pratico del corretto assolvimento della funzione. Si ricorda, però, che la ragionevole durata è un valore nella misura in cui sia funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale, la quale non può risolversi, esclusivamente, nella celerità del giudizio, essendo una locuzione di sintesi comprensiva dei diritti. A questa componente, spesso, non viene assegnata la 'dovuta' rilevanza proprio a causa dell'indeterminatezza del 'principio' di effettività giurisdizionale, che è suscettibile di facili manipolazioni, svelando la sua incapacità a risolvere i conflitti tra le situazioni soggettive protette.

Vero è che le esigenze di efficienza e di celerità processuale in rapporto ad una conformazione ipertrofica del diritto sostanziale, si sostanziano in opzioni di politica giudiziaria incidenti negativamente sui principi sottesi alle garanzie processuali: il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza, il diritto di accesso alla giurisdizione di controllo, non escludendo contrazioni del principio di determinatezza/tassatività, di materialità, di offensività e personalità della responsabilità penale.

Eppure la Cassazione, chiamata oggi a svolgere una funzione nomofilattica a tutela dell'integrazione dei diritti in un sistema multilivello, non può trascurare il dato che ogni deviazione

dai diritti inviolabili comporti un ritrarsi della stessa democrazia sia con riferimento alle singole prescrizioni legislative, sia con riferimento al singolo giudizio.

Sul piano metodologico, va osservato che i giudici di legittimità sono tenuti a considerare l'impatto concreto della loro attività di integrazione/mediazione, nell'ottica del bilanciamento tra efficienza e garanzie al fine di un'equilibrata espansione di diritti e valori.

Soltanto la luce della *ratio* conduce a fugare il dubbio di irrazionalità dell'enunciato normativo; e la razionalità, come argomento, in un certo senso comprende e assorbe diversi *argumenta* tipici dell'attività esegetica. Secondo lo schema tipico dell'interpretazione conforme a Costituzione, la ragionevolezza – intesa anche come razionalità – deve già operare in sede ermeneutica; sicché il giudice non può fare a meno di ricercare direttamente l'interpretazione razionale, se del caso adeguatrice, circoscrivendo il ricorso al giudice delle leggi a quei casi in cui sia la *littera legis* ad impedire di raggiungere il risultato.

Anche il principio di effettività della funzione giurisdizionale va verificato nel senso della ragionevolezza dell'adeguatezza ed effettività degli strumenti di difesa. Nell'eventualità in cui sia posto un onere processuale, in termini differenziati ad un'altra parte, esso può essere costituzionalmente compatibile e legittimo, in quanto non si riveli irragionevolmente «sproporzionato» rispetto al fine di volta in volta perseguito, si da rendere difficoltoso, se non, addirittura, impossibile, l'esercizio dei diritti procedurali fondamentali.

Stando così le cose, il fattore di riduzione di tale complessità va ricercato in una rinnovata funzione nomofilattica, da espletarsi, avendo come linea metodica privilegiata, la realizzazione dei postulati del principio di ragionevolezza essenziale a realizzare l'interpretazione conforme ai principi/valori costituzionali, al diritto dell'Unione europea, alla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo, e per assicurare la prevedibilità delle decisioni. L'uniformità e la prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali, da un lato, costituisce la precondizione per l'effettività del principio di uguaglianza; dall'altro, è indispensabile ai fini della riduzione della frattura tra teoria e prassi quanto al principio di stretta legalità, assicurando la funzione di orientamento dei comportamenti.

Non si può non essere d'accordo sul dato che tra uguaglianza trattamentale e prevedibilità degli orientamenti giurisprudenziali vi sia un rapporto di presupposizione. D'altra parte, la prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali ha il suo punto di riferimento, innanzitutto nella norma, e trova un supporto nell'attività interpretativa giudiziaria, sempre che non assuma le vesti di incerta giurisprudenza.

Difatti, il pluralismo delle fonti, la crisi della politica interna, la perdita di prescrittività del linguaggio normativo acuiscono le oscillazioni giurisprudenziali e riducono, sensibilmente, l'area di affidamento, che tutela la sfera di libertà della persona nel rapporto con il pubblico potere; e, altresì, l'area di prevedibilità inerente al mutamento degli orientamenti. Il distinguo tra i due termini si perde nell'ermeneutica, in quanto i contenuti di garanzia si muovono all'interno del rapporto sicurezza/prevedibilità/affidamento in un sistema multilivello dei diritti.

Qui si inserisce la funzione della Cassazione penale, che modula, regola, crea, tracciando linee, non sempre coerenti, e segnando 'rottture', talvolta, evidenti.

Il punto di partenza resta, però, l'art. 12 disp. prel. c.c., che al co. 1 sancisce il nesso strutturale tra il significato delle parole e l'intenzione del legislatore; sebbene i giudici di legittimità spesso si liberino dal rapporto di sudditanza con il testo, attraverso la logica dell'ermeneutica. E se appare evidente che la ricostruzione della portata di una disposizione non possa risolversi nella mera esegesi testuale, essendo destinata a conferire un preciso assetto agli interessi coinvolti nelle materie regolate; non meno evidente è che il delicato compito dell'interprete è quello di individuarne la reale '*vis ac potestas*', ossia l'effettivo contenuto precettivo, facendo riferimento, oltre che alla lettera della legge, alla sua *ratio* e alla sua collocazione nel sistema, il cui vigore alimenta lo spirito della stessa norma, come parte del tutto.

Dunque, i metodi interpretativi offrono gli strumenti per non restare imbrigliati nei 'lacci' della disposizione, il che è sicuramente proficuo, purché ci si muova all'interno dei confini segnati dal testo e dalla *ratio*. Una difficoltà di ordine sistematico è costituita proprio dall'indeterminatezza che *in re ipsa* richiede un intervento che dia contenuto alla norma: esso può assumere fattezze diverse a seconda dei tempi, delle circostanze e degli sviluppi. Il giudice, in questo caso, crea il nuovo significato integrando il vuoto speculativo: maggiore è la latitudine del contesto di indeterminatezza, maggiore è il potere attribuito all'organo della giurisdizione con l'apertura a criteri di opportunità.

Permane, però, la convinzione che, a Costituzione data, il giudice non potrà mai presentare le proprie conclusioni come soggettivistiche derivazioni di un *dover essere* dall'*essere*, né come creative forme di produzione normativa. Se lo facesse perderebbe la propria legittimazione e la sua pronuncia sarebbe viziata, perché ogni attività giurisdizionale, rivolta ad assicurare la tenuta dell'ordinamento nel suo complesso, deve ispirarsi all'osservanza del principio di legalità, il cui tessuto assiologico, in ambito processuale si rinviene nella previsione di cui all'art. 101 co. 2 Cost. e da una norma successivamente coniata, che, nella materia dalla prima ha ereditato la *ratio*: l'art. 111 co. 1 Cost.

Che non si tratta di un mero infingimento, lo si evince dall'ampiezza del riscontro concettuale, di cui all'art. 101 co. 2 Cost.: esso rimanda, in via generale, al compito istituzionale dell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma nello specifico affida ai giudici una regola comportamentale. La funzione costituisce lo strumento mediante il quale si vuole assicurare la tenuta dell'ordinamento; ed implica che il giudice ponga a base del suo legittimo esercizio, soltanto ciò che sia voluto o consentito dalla legge, attraverso scelte comportamentali, che seguano l'itinerario normativo. Vi è un rapporto di antecedenza logica tra questo principio e l'art. 111 co. 1 Cost., secondo cui la giurisdizione si attua mediante il *giusto processo* regolato dalla legge (art. 111 co. 1 Cost.), che evidenzia in maniera diretta l'utilizzo del termine legge, privilegiandone la natura di presupposto e di limite di qualsivoglia comportamento giurisdizionale.

Pertanto, la conformità alla legge delle sentenze non è soltanto espressione della subordinazione della funzione giurisdizionale alla stessa, è anche il mezzo mediante il quale si assicura l'uguaglianza trattamentale sul versante applicativo delle norme. Nel disegno costituzionale l'attribuzione alla Corte del potere di annullare le sentenze e le ordinanze *de libertate in violazione di legge*, rappresenta il momento di sintesi tra legalità sostanziale e legalità processuale, ponendo l'asse in simmetria con l'art. 111 co. 6 Cost., secondo cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

L'interrelazione costante tra fatto e norma nel procedimento decisorio rivela che l'operazione di sussunzione non è meccanica, ma si realizza all'interno dell'identificazione di uno spazio interpretativo, in quanto il fatto è sovrapponibile alla fattispecie nella misura della sua maggiore o minore prossimità ai casi che il legislatore ha voluto disciplinare. E, nella maggior parte delle situazioni, l'esegesi di una norma avviene in base ad un ragionamento soggetto ad ambiti vincolati. Sicché il problema è individuare il confine tra interpretazione consentita e non consentita, in quanto il giudice non è autorizzato a coltivare un illimitato spazio ermeneutico.

Ora, non si vuole mettere in discussione quello che è un dato acclarato: il venir meno dell'illusione protoilluministica dell'unica possibile interpretazione del testo; tuttavia, sarebbe fuorviante ritenere che l'attività esegetica si sia spinta a trasformarsi in attività creativa del diritto. A ben vedere, è proprio da questo tipo di attività che discendono i rischi maggiori per la legalità del sistema e, di conseguenza, per la certezza del diritto e della libertà dell'individuo.

La funzione si presenta come conseguenza del passaggio dalla valenza astratta del potere alla sua concreta esplicazione nell'osservanza dei limiti, che incontra nelle modalità di esercizio. Il parametro di riferimento non è soltanto lo schema legale, ma anche l'ufficio organo/soggetto che esercita il potere come espressione della categoria competenza funzionale, ad essa va ricondotto anche il potere di aggiornare gli enunciati normativi. Quest'ultimo, però, va mantenuto entro i margini dell'osservanza della *Lex* fondamentale (art. 101 co. 2 Cost.).

Si vuole dire che l'interpretazione conforme a Costituzione di una norma si insidia nell'ambito delle alternative ermeneutiche plausibili, delle quali non tutte, ma almeno una deve condurre ad un risultato armonico con l'assetto costituzionale. Da qui si originano i vincoli all'opera ermeneutica del giudice: da un lato, essa non può essere *contra reum, oltre i confini, di tipo qualitativo e/o quantitativo, segnati dalla disposizione*; dall'altro, deve contribuire alla prevedibilità degli esiti.

Al riguardo, Gilberto Lozzi individua nel *favor rei* il canone/limite per pervenire all'esatto significato di un enunciato normativo e, quindi, all'esatta osservanza e all'uniforme interpretazione della legge; il *favor rei* si pone come principio generale informatore, con funzione ermeneutica, ed è desumibile sia dall'impostazione costituzionale (art. 27 co. 2 Cost.), sia da talune norme processuali (es. art. 129 c.p.p.).

Ed è proprio su tale principio che – a mio avviso – si fonda la norma di chiusura di cui all'art. 111 co. 7 Cost., offrendo il rimedio contro gli arbitrii per le ipotesi in cui il giudice, tra più esiti interpretativi ipotizzabili, eserciti la funzione di *ius dicere*, scegliendo quello *contra reum*, non autorizzato dall'ambito normativo.

Se le cose stanno in questi termini, il giudice non dovrebbe motivare il suo convincimento soltanto sulla base della maggiore plausibilità dell'opzione ermeneutica, dovrebbe, anche, fondare la sua preferenza spiegando, in termini persuasivi, perché l'opzione più favorevole al reo sia implausibile. D'altra parte, egli non ha soltanto l'obbligo di esporre i motivi di diritto a fondamento della decisione (artt. 111 Cost. e 546 c.p.p.), dovendo anche enunciare le ragioni della sua opinione sulle questioni di diritto (art. 527 c.p.p.).

A ciò si aggiunga che la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 co. 1 c.p.p.; art. 27 co. 2 Cost.) non esclude, bensì comprende i ragionevoli dubbi inerenti allo spazio ermeneutico di una

disposizione; ne discende che al giudice è posto il vincolo di orientare la sua determinazione sulla base della praticabilità della ragionevolezza delle opzioni ermeneutiche più favorevoli. Da qui derivano gli obblighi motivazionali in ordine all'implausibilità dell'opzione più favorevole, come criterio di garanzia che conferisce razionalità al ragionamento giudiziale.

In definitiva, a Costituzione data non è consentita l'assoluta libertà interpretativa dell'organo della giurisdizione; essa è normativamente vincolata all'assetto costituzionale, a cui sono riconducibili i principi del *favor rei* e dell'*in dubio pro reo*, nonché l'obbligo di motivazione. L'esercizio della funzione di *ius dicere* oltre questi limiti segna un punto di rottura all'interno dell'ordine di distribuzione dei poteri. Il vizio della funzione sarebbe da individuarsi a monte nel difetto di potere, che inficerebbe il provvedimento emesso oltre i confini dell'enunciato normativo, non suscettibile di essere ricondotto nei binari dell'interpretazione conforme a Costituzione. In tal caso, si avrebbe una forma di distorsione della funzione in rottura con l'ordinamento nel suo complesso, riconducibile alla sanzione dell'abnormità.

A fronte di tale situazione patologica, rappresenta una garanzia non rinunciabile quella prevista dall'art. 111 co. 7 Cost., attraverso la formula «è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge» contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale. Si tratta di garanzie che si muovono su versanti diversi: la prima, sotto il profilo della tutela, costituisce un rafforzativo della dimensione soggettiva della libertà personale; la seconda rivela una simmetria interna al disposto di cui all'art. 101 co. 2 Cost., che, dal punto di vista di esercizio della funzione di *ius dicere*, statuisce il limite nell'osservanza della legge e, nell'ipotesi immediatamente speculare, di inosservanza della stessa, offrendo il rimedio di ripristino della legalità, laddove, non siano applicabili strumenti alternativi.

Sul versante del sistema penale integrato, il rimedio costituisce l'*ultima ratio* come clausola di salvaguardia dell'ordinamento, per ripristinare la legalità di cui agli artt. 2, 3, 13, 14, 15, 24, 25, 27, 102 co. 2 e 111 Cost., attraverso l'effettività del giudizio di legittimità.

Si vuole dire che la nomofilachia si riempie dei contenuti costituzionali, muovendo dall'inviolabilità dei diritti dell'uomo; essa si sviluppa nell'uguaglianza trattamentale e nelle situazioni di libertà; si pone a presidio del diritto di difesa e della legalità sostanziale e processuale; si manifesta come regola di trattamento e di giudizio dell'indagato/imputato; e garantisce, in tal modo, la separazione dei poteri, nonché la trasparenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Ciò vale soprattutto in relazione ad un processo penale, che si mostra sensibile alle suggestioni negative dell'indeterminatezza di tante norme penali, che offuscano la centralità della ricostruzione del fatto; comportano l'inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato; introducono metodi epistemologici, la cui validità è difficile verificare attraverso il principio del contraddittorio. Il *deficit* di determinatezza costituisce un vizio sistemico, a fronte del quale la tutela dei diritti non ammette alcuna contraddizione tra nomofilachia e *giusto processo*; anzi in relazione a queste situazioni la nomofilachia rappresenta il valore aggiunto della giustizia resa dalla corte Suprema, che assicura l'effettività della tutela.

In parole più chiare, i giudici di legittimità non hanno soltanto il compito di assicurare l'uniformità dell'interpretazione della legge e di *guidare* l'evoluzione della giurisprudenza, né possono perseguire questo fine a scapito della funzione, tesa a garantire la giustizia nel caso concreto.

D'altra parte, l'art. 65 ord. giud. è una norma di legge ordinaria, che non può derogare all'assetto costituzionale. L'art. 101 co. 2 Cost., nel pretendere che il giudice sia soggetto alla legge, non si riferisce alla legge comunque interpretata, esso pretende la soggezione alla legge interpretata in modo uniforme; l'art. 3 co. 1 Cost. nel proclamare solennemente il principio di uguaglianza, tra tanto altro, esige che l'interpretazione sia costante e che essa non muti – nello stesso arco temporale – da caso a caso, da giudice a giudice: la garanzia dell'uguaglianza implica, evidentemente, la prevedibilità dell'interpretazione. E ciò senza mai dimenticare che la funzione di controllo della legalità delle sentenze e la funzione di indirizzo della giurisprudenza vivono in simbiosi.

Se le cose stanno in questi termini a Costituzione data non sono ammessi filtri di ammissibilità dei ricorsi che, in funzione nomofilattica, attribuiscono rilevanza alle sole questioni di principio: una tale selezione contrasterebbe sicuramente con l'impianto processuale delineato dalla *Lex* fondamentale. Dalla previsione della *violazione di legge*, come motivo necessario del ricorso, consegue che il legislatore è libero di consentire l'impugnazione per motivi diversi ed aggiuntivi, ma non può negare il *diritto delle parti* a ricorrere all'art. 111 co. 7 Cost., come *extrema ratio*. La norma individua lo strumento volto a rimediare al *vulnus* inferto al principio di legalità sostanziale e processuale, che incide sulla *vita* delle persone.



GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Disturbi psichici, imputabilità e violenza di genere

SYLVA D'AMATO

ABSTRACT

This paper focuses on the relationship between mental disorders, imputability and 'gender-based violence'. The survey carried out by the Parliamentary Commission of Inquiry on Femicide and Gender-Based Violence on sentencing and expert reports for the biennium 2017-2018 shows that in 59 percent of cases, investigations are carried out on the mental state of the offender, while the 'gender motive' is often neglected. Jealousy, in particular, is in some cases considered a mitigating circumstance or cause for a total mental defect. The topic is analyzed in relation to the impact of socio-cultural factors on the evolution of the notion of 'insanity' and the 'crisis' of the traditional foundations of the legal category of imputability.

SOMMARIO: 1. 'Infermità mentale' e pratica del processo penale in tema di violenza di genere. – 2. La nozione di "infermità" e il doppio livello dell'accertamento dell'imputabilità nel modello teorico originariamente disegnato dal legislatore del 1930. – 3. L'incidenza dei fattori socio-culturali nella evoluzione della nozione di 'infermità'. – 4. L'indagine sul 'movente di genere' e la determinazione della capacità di intendere e di volere. – 5. Il 'delirio' di gelosia e il vizio totale di mente. Un caso paradigmatico: la sentenza n. 1/2020 della Corte di Assise di Brescia. – 6. La relazione tra sofferenza psichica e 'violenza di genere': per una riconsiderazione in chiave critica dell'assetto attuale della disciplina in tema di infermità e vizio di mente.

1. L'istituto giuridico dell'imputabilità, unitamente ai concetti e alle nozioni di infermità, vizio di mente (parziale e totale) e pericolosità sociale - rappresenta il punto centrale di un complesso dibattito che da tempo investe tanto il piano della riflessione teorica quanto quello della prassi applicativa.

Sul piano della riflessione teorica, la categoria è stata oggetto di attenzione, da parte della dottrina più autorevole, sin dalla sua introduzione nel codice del 1930, sia in ordine alla corretta individuazione dei suoi presupposti naturalistici e all'inquadramento teorico in rapporto alle diverse concezioni della capacità penale¹, giuridica e di agire, che al suo fondamento dommatico e politico-criminale e alla sua stessa collocazione, per alcuni aspetti ancora controversa, in rapporto alla struttura del reato². Nonostante la sua previsione nel Titolo IV, dedicato al reo e alla persona offesa dal reato,

¹ A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova 1939, 109 ss.; M. GALLO, *Capacità penale*, in *Nss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, 880 ss.; R. DELL'ANDRO, *Capacità giuridica penale*, in *Enc.dir.*, VI, Milano, 1960, 104 ss. 113, ss.; P. SEVERINO, *Capacità penale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 8 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano 1961, 87 ss.; A. CRESPI, *Imputabilità*, in *Enc.dir.*, XX, Milano, 1970, 763 ss.; G. MARINI, *Imputabilità*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1990, 1 ss.

² M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano 1990, 505 ss.

infatti, l'imputabilità oggi non viene più intesa solo come capacità di pena o come presupposto della capacità giuridico-penale del soggetto agente: ad essa è stata progressivamente riconosciuta una posizione centrale e fondante nell'ambito della concezione tripartita del reato, quale presupposto della colpevolezza in senso normativo, in relazione con le funzioni preventive della pena³. Se quest'ultimo sembra essere un punto fermo su cui vi sono pochi margini di dubbio e discussione, altrettanto salde non possono dirsi le acquisizioni in tema di accertamento della nozione di "infermità" rilevante ai fini del giudizio sulla "capacità di intendere e di volere" del reo. È, infatti, principalmente sul piano della prassi applicativa che i tradizionali fondamenti della categoria penalistica dell'imputabilità sono gradualmente entrati in crisi come conseguenza della difficoltà di distinguere, in sede di accertamento processuale, tra soggetti imputabili e non imputabili, a causa della non univocità stessa della nozione di infermità utilizzata nel codice penale⁴. Di tale situazione di incertezza ha preso atto non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza che, nel rilevare l'inadeguatezza e l'obsolescenza della disciplina codicistica, ha profuso notevole impegno nel tentativo di porvi rimedio mediante una interpretazione adeguatrice della nozione di "infermità"⁵, nell'attesa di un intervento legislativo di ammodernamento e di revisione non solo della disciplina in tema di imputabilità, ma dell'intero sistema del cd. doppio binario, ormai da tempo e da più parti considerato necessario ed auspicato⁶.

L'argomento continua a suscitare interesse ed attenzione, sia per le evidenti aporie sistematiche che connotano la disciplina vigente che per i numerosi problemi e le oscillazioni interpretative che, nonostante gli sforzi profusi, continuano a caratterizzare la prassi applicativa.

Sul punto, sono da ritenere meritevoli di particolare attenzione - sia per la gravità del fenomeno che per la cocente attualità del tema - alcune notazioni provenienti dalla prassi ed inerenti all'opportunità di una riconsiderazione in chiave critica dell'istituto dell'imputabilità «anche alla luce

³ D. PULITANÒ, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in AA.VV., *Le discrasie tra diritto e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli 1991, 87 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Legisl. pen.*, I, 2006, 220 ss.; M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II, *Pre-Art.85*, Milano 2005, 2; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 8ª ed., Bologna 2019, 346 ss. In tema di colpevolezza, la letteratura è vastissima; senza alcuna pretesa di esaustività, v. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, *passim*; G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.; HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, 42 ss.; S. MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. pen.*, 1981, 155 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.; C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 369 ss.; ID., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 16 ss.; ID., *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale?* in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Napoli 2001, 149 ss.; D. SANTAMARIA, *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 646 ss.; G. VASSALLI, *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 17 s.; R. ZAFFARONI, *Colpevolezza e vulnerabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 339 ss. Da ultimo, cfr. spec. R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005.

⁴ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 190 ss. e 222; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, Milano 1993, 97 ss.; M. PORTIGLIATTI-BARBOS, *Responsabilità penale e imputabilità*, in G. CANEPA, M.I. MARUGO (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova 1995, 15 ss. evidenza come tale crisi non sia prerogativa italiana ed investa da tempo anche altri ordinamenti europei. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 24 maggio 2000, n. 8056, in *Cass. pen.*, 2001, 1875.

⁵ Cfr. per tutte, Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 394 ss., con nota di M.T. COLLICA, *Anche i 'disturbi della personalità' sono infermità mentale*, 420 ss.

⁶ Sulla crisi del sistema del doppio binario, in stretta connessione con l'impronta fortemente autoritaria delle misure di sicurezza detentive, per imputabili e non imputabili, cfr. E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano 1978, 127 ss., 142 ss., 185 ss.

delle interrelazioni tra la tematica dell' 'infermità mentale e la pratica del processo in tema di violenza di genere»⁷.

Se *prima facie* potrebbe apparire non agevole ravvisare una relazione tra la crisi che da anni attraversa l'istituto dell'imputabilità e il delicato e complesso tema della 'violenza di genere'⁸, dall'altro vale la pena considerare con attenzione quanto emerge da alcune analisi dirette a rivelare il 'nesso oscuro' tra 'femminicidio'⁹, disturbi mentali e/o abuso di sostanze e fattori socio-culturali¹⁰.

Ci si riferisce, in particolare, agli esiti di una attenta e documentata indagine istituzionale compiuta dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere* istituita presso il Senato della Repubblica, su un campione di sentenze nell'arco temporale di due anni, che, tra le numerose criticità, ha rilevato non solo il frequente ricorso, nei processi per casi di 'femminicidio' e di 'violenza di genere', all'infermità mentale come strategia difensiva, quanto soprattutto la presenza di numerosi pregiudizi e distorsioni valutative¹¹ conseguenti alla mancata o insufficiente considerazione, nel procedimento di sussunzione, delle caratteristiche precipue del fenomeno e, in particolare, del 'movente di genere' quale fattore condizionante il riconoscimento in capo al soggetto agente del vizio parziale e, in taluni casi, totale di mente¹².

Emerge, in tal modo, il particolare profilo di interesse della connessione tra le due tematiche: la rilevanza dei fattori socio-culturali, quale causa principale di una violenza non più considerata solo come agito individuale, ma sempre più analizzata come 'sistemica' e 'strutturale', si presenta idonea ad incidere anche sui contenuti e sui confini della nozione di 'infermità', come finora intesa. Questa,

⁷ M.G. GIAMMARINARO, *Sofferenza psichica, imputabilità e violenza di genere*, in www.societàdellaragione.it, 21 gennaio 2021.

⁸ Secondo la definizione datane al par.17 della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in Gazz.Uff. U.E., del 14.11.2012, recepita con D.Lgs. n. 212 del 15 dicembre 2015, «per violenza di genere s'intende la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti «reati d'onore». Le donne vittime della violenza di genere e i loro figli hanno spesso bisogno di un'assistenza e protezione speciali a motivo dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni connesso a tale violenza».

⁹ Il termine 'femminicidio', come noto, è un neologismo mutuato dalla letteratura sudamericana ed è estraneo al linguaggio del codice e della legge penale italiana. Ad esso tuttavia fanno riferimento molti testi istituzionali e in questa sede verrà utilizzato per indicare i casi oggetto di indagine da parte della *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere (Istituita con deliberazione del Senato della Repubblica del 16 ottobre 2018 e prorogata con deliberazione del Senato della Repubblica del 5 febbraio 2020)*. In argomento, cfr. per tutti, A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio* in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 10 gennaio 2015.

¹⁰ E. CAROPPO, M. SAPIENZA, M. MAZZA, A. SANNELLA, R. CECCHI, G. MARANO, T. KONDO, C. CALABRESE, P. DE LELLIS, *Unveiling the Dark Nexus: A systematic review on the interplay of mental health, substance abuse, and socio-cultural factors in femicide*, in *Legal Medicine*, www.sciencedirect.com, 7 ottobre 2023.

¹¹ Sul punto, cfr. le interessanti notazioni di P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, nota a Trib. di Roma, Sez. V, 4 ottobre 2021 (dep. 23 novembre 2021) n. 11019, in www.sistemapenale.it, 11 gennaio 2022.

¹² V. SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere. Relazione su «La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018» approvata dalla Commissione nella seduta del 18 novembre 2021*, Doc. XXII-bis n.7, Rel. Valente, in www.senato.it, 38 s. e 60 ss., 74 ss.

infatti, è nozione fortemente permeata dal contesto socio-culturale di riferimento e, per l'effetto, dalle peculiari caratteristiche che dall'entrata in vigore del codice del 1930 ad oggi ha progressivamente assunto l'accertamento processuale dell'imputabilità, nella sua duplice dimensione, empirica e normativa.

2. Secondo il modello originariamente delineato dal legislatore del 1930, il giudizio di accertamento della capacità di intendere e di volere del reo corrisponde al modello teorico della "costruzione a due piani" dell'imputabilità¹³. Il codice penale vigente, infatti, come nella maggior parte dei sistemi degli altri Paesi europei, ha optato per una disciplina dell'istituto di tipo misto, "psicopatologico-normativo", articolato cioè sul 'doppio livello': 1) della diagnosi psicopatologica e 2) della valutazione circa l'incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto al momento del fatto che, secondo un'impostazione ormai divenuta prevalente, è presupposto fondante il giudizio di colpevolezza¹⁴.

Il primo livello attiene ad un elemento naturalistico o fattuale, mentre il secondo attiene alla valutazione o qualificazione in termini giuridici del dato fattuale rilevato. Da questa separazione e distinzione dei due piani o livelli - empirico-fattuale e valutativo-normativo - dovrebbe altresì derivare la distinzione dell'ambito delle competenze del perito e del giudice nell'accertamento dell'imputabilità¹⁵, dovendo risultare pacifico che compete esclusivamente al giudice di merito stabilire se l'imputato era o meno "capace di intendere e di volere" al momento della commissione del fatto¹⁶. Vale a dire che, in base al modello adottato nel codice, al perito spettano le sole competenze inerenti al substrato fattuale, mentre la valutazione normativa in termini di attribuzione o ascrizione della capacità/incapacità dovrebbe essere riservata al giudice¹⁷.

Per contro, è d'uso ormai nella prassi che non ci si limiti a chiedere al perito di pronunciarsi sulla diagnosi psicopatologica e cioè di «individuare l'eventuale patologia invalidante e di valutare il possibile rapporto di causalità rispetto alla condotta», ma anche di «stabilire se l'imputato al momento del fatto si trovasse in stato di infermità tale da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere» e di pronunciarsi «sulla eventuale pericolosità sociale e sulla capacità di stare

¹³ Sulla struttura e l'oggetto del giudizio di imputabilità nel codice del 1930, anche in relazione a profili di diritto comparato, cfr. M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 143 ss. e 376 ss.

¹⁴ Per uno studio comparato tra i diversi sistemi europei, cfr. G. CANEPA, *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato. Aspetti comparativi e prospettive di riforma a livello europeo*, in G. CANEPA, M.I. MARUGO (a cura di), *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, cit., 3 ss.

¹⁵ Sulla dimensione empirica e normativa dell'imputabilità, D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, in C. DE LEONARDIS, G. GALLIO, D. MAURI, T. PITCH (a cura di), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano 1988, 128 s.; G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1987, 2, 254; M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivista del controllo sociale a quello funzional-garantista*, in *Ind. pen.*, 1998, 2, 393; M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II, *Sub art. 85*, cit., 16 s.; A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., 221 s.

¹⁶ *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 27 novembre 2014, n. 6818, in www.dejure.it.

¹⁷ D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, cit., 129. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1939, 105 ss. 119 magistralmente distingue l'attività del giudice in due parti: una 'storiografica', di ricostruzione storica degli avvenimenti, l'altra 'volitiva' o 'politica' diretta a rendere la qualificazione normativa dei fatti accertati e a stabilirne le conseguenze.

in giudizio»¹⁸. Il fatto che anche il quesito sulla capacità/pericolosità sociale del reo venga solitamente affidato al perito pone, pertanto, il problema di stabilire se si tratti o meno di una indebita attribuzione di ruolo, di uno «sbandamento della prassi» o di una «insufficienza del modello ‘a due piani’»¹⁹; quest’ultimo, se da un lato sembra voler distinguere il ruolo del perito da quello del giudice, dall’altro determina, sul piano pratico, una interferenza tra le rispettive sfere di competenza²⁰.

Tale sovrapposizione dei ruoli processuali emerge in modo evidente anche dalla lettura delle sentenze di assoluzione per vizio totale di mente nei casi di ‘omicidio di genere’ in cui l’adesione del giudice alla tesi del perito attribuisce un ruolo decisivo alla valutazione del sapere esterno che, ponendo al centro del processo la patologia dell’imputato, finisce spesso per determinare una vera e propria deviazione del baricentro dall’accertamento del fatto e - nei limiti in cui rientri nell’oggetto della prova *ex art.187 c.p.p.* - del contesto personale e relazionale nel quale esso è maturato al profilo psicopatologico dell’imputato²¹.

Emerge così anche nella prassi dei casi di ‘femminicidio’ la problematicità della dicotomia tra la dimensione empirica e normativa del modello teorico delineato dal legislatore del 1930, nella quale si individua il maggiore punto di tensione tra la categoria dell’imputabilità e l’assunto fondamentale del diritto penale secondo il quale tutti gli elementi del reato devono essere determinati ed empiricamente verificabili²². Vale a dire che la complessità dell’intreccio tra empirico e normativo, per quanto frutto di una scelta del legislatore e, in quanto tale, interna al sistema penale, emerge nella prassi con tutte le incertezze derivanti dall’essere la nozione penalmente rilevante di infermità la risultante della evoluzione del contesto culturale di riferimento e della messa in discussione dei paradigmi che hanno fatto da presupposto e fondamento a quel modello teorico²³.

A ben vedere, infatti, il modello disegnato nel codice del 1930 non comportava in origine che il giudice chiedesse al perito ciò che oggi si riconosce che il perito “non sa”, “non può” o “non vuole dire” e cioè se l’imputato era o meno ‘capace di intendere e di volere’²⁴, poiché di tale quesito, all’epoca, non vi era neppure bisogno: sotto il dominio di una visione unitaria della malattia mentale, fondata sul modello medico-organicistico, in cui la natura organica dell’infermità mentale non era posta in discussione, il vizio di mente rilevante era solo quello dichiarabile in presenza di un’infermità

¹⁸ Così, in Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1 dep. 21.12.2020, in www.giurisprudenzapenale.com, 8, su cui v. *infra*, par. 5.

¹⁹ D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, cit., 129.

²⁰ A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino 1997, 49.

²¹ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, cit., 78 s. Sul punto, più approfonditamente, v. *infra* par. 4.

²² Sulla verificabilità empirica del fatto costitutivo di reato come corollario del principio di legalità, cfr. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12^a ed., Milano 202, 89; S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 11 ss.

²³ Sul punto, D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, cit., 127 ss.

²⁴ G. CANEPA, *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, cit., 11, rileva che i periti non sono scientificamente qualificati per fornire pareri validi in merito a questioni morali e filosofiche, come la responsabilità penale.

fisica o psichica clinicamente accertata²⁵. Vale a dire che in un sistema in cui la psichiatria mostrava di offrire certezze che il diritto (penale e civile) faceva proprie, non vi era ragione di ritenere che la valutazione giudiziale si potesse discostare dalla valutazione del perito: una diagnosi di malattia mentale comportava *eo ipso* un giudizio di non imputabilità per infermità di mente e, in base a un giudizio di pericolosità sociale che all'epoca era presunta *juris et de jure*, dava luogo all'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario, quale misura di sicurezza detentiva dalla durata indeterminata e dunque potenzialmente illimitata²⁶.

L'impiego nel codice della parola 'infermità', in presenza di una concezione della malattia mentale comune a scienze, società e diritto, in pratica, rimandava al concetto stesso di malattia mentale²⁷.

La difficoltà attuale di definire il concetto di 'infermità' deriva, secondo un'impostazione che è ormai accreditata, dall'affermazione di differenti modelli interpretativi del concetto stesso di malattia mentale. Dall'entrata in vigore del codice Rocco ad oggi, infatti, si è passati da un paradigma di spiegazione monocausale della malattia mentale, di tipo biologico-organicistico, ad un paradigma multifattoriale ed integrato, frutto di un orientamento critico in rapporto alla nozione di salute mentale, che propone una definizione e una spiegazione del disturbo mentale sulla base di variabili biologiche, psicologiche, sociali, relazionali²⁸. Ciò senza dimenticare i contributi della teoria dell'etichettamento (*labelling approach*), che possono contribuire ad evitare taluni eccessi di 'patologizzazione' o psichiatrizzazione dell'autore e della sua condotta²⁹.

Ciò ha consentito, da un lato, di acquisire maggiore consapevolezza della complessità della questione, ma al contempo ha determinato, dall'altro, una progressiva perdita di certezze.

Se in passato il perito poteva limitarsi ad una diagnosi di malattia mentale, di per sé sufficiente al giudice per una determinazione autonoma del 'secondo livello', la progressiva messa in discussione dei concetti su cui si fonda la nozione di 'infermità' ha infatti contribuito a determinare un'alterazione nell'attribuzione di ruoli rispetto a quanto originariamente inteso dal legislatore del 1930. Ecco allora emergere uno dei principali termini della complessità della questione: la duplice dimensione, empirica e normativa, dell'imputabilità comporta l'attribuzione - al legislatore, prima, e al giudice, poi - del compito di stabilire quali condizioni psicologiche assumono rilevanza ai fini della esclusione

²⁵ Sull'infermità di mente e la volontà del legislatore del 1930, v. BALBI, *Imputabilità ed infermità di mente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 849 ss.

²⁶ G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 4 s. Sulla questione delle proroghe sistematiche delle misure di sicurezza che si trasformano in "ergastoli bianchi", v. SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI LEGISLATURA. COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SULL'EFFICACIA E L'EFFICIENZA DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. XXII-bis n. 4, relatori Sen. SACCOMANNO, BOSONE, approvata nella seduta del 20 luglio 2011, in www.senato.it, 9. In argomento, F. SCHIAFFO, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Crit. dir.*, 2012, 3-4, 275 s.

²⁷ Per G. BALBI, *Imputabilità ed infermità di mente*, cit., 850: «La psichiatria italiana si presentava pienamente concorde nel ritenere la malattia mentale diagnosticabile soltanto attraverso il ricorso alle elaborazioni nosografiche: è quindi fuori di dubbio che questo fosse il concetto che di infermità mentale aveva il legislatore». Un riscontro testuale, in tal senso, si rinviene nel codice che, nel riferirsi all'una e/o all'altra nozione, sembra considerarle equivalenti: infermità psichica (artt. 112 e 222 c.p.); persona inferma di mente (artt. 121 e 716 c.p.), persona malata di mente (artt. 519 e 524 c.p., abrogati); malattia 'nella' mente (art. 571 c.p.), malattia di mente (artt. 591 e 717 c.p.).

²⁸ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., 193 ss.; EAD., *Il nuovo volto dell'imputabilità penale*, cit., 374 ss., 391.

²⁹ In argomento, cfr. per tutti A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, 83 ss.

dell'imputabilità e la necessità di «circoscrivere l'ambito delle valutazioni normative entro i confini segnati dall'indagine empirica»³⁰. Si evidenzia, in tal modo, che se, da un lato, il diritto penale non può fare a meno dei criteri che le scienze del comportamento hanno sviluppato per accertare e misurare empiricamente i fattori che incidono sulla capacità di autodeterminazione e autocontrollo di ciascuno, dall'altro, non può delegare valutazioni che, in quando dirette a stabilire «i confini di rilevanza giuridica di elementi empirici», devono rimanere di esclusiva pertinenza del giurista, nell'acquisita consapevolezza che i concetti di capacità di intendere e volere e vizio di mente, lungi dal corrispondere a categorie scientifico-naturalistiche, sono piuttosto «convenzioni giuridiche», il cui contenuto sostanziale viene costantemente messo in dubbio ed adeguato ai tempi³¹.

3. «Il concetto di infermità si svela allora essere termine vago ed indefinibile, che ha perduto ogni senso da quando non ha più corrisposto, come per il passato, a quello ben collaudato di follia. Il significato di infermità (o di malattia, che per noi non fa differenza) ha perduto per la psichiatria ogni valore da quando essa ha maturato il principio che il disturbo mentale non è *solo* malattia, ma un'entità ben più complessa, non definibile, di cui ben poche certezze si hanno sull'eziologia, ma che in definitiva può intendersi come la risultante di una *condizione sistemica* nella quale concorrono il patrimonio genico, la costituzione, le vicende di vita, le esperienze maturate, gli stress, il tipo dell'ambiente, la qualità delle comunicazioni intra e extra-familiari, l'individuale diversa 'plasticità' dell'encefalo, i meccanismi psicodinamici, la peculiare modalità di reagire, di opporsi, di difendersi. Dunque, *una visione plurifattoriale integrata della malattia mentale*, cioè sistemica, ma non per questo meno pervasa dal dubbio e dal mistero: una condizione che viene affrontata dallo psichiatra, al di fuori di ogni certezza. Oggi nessuno psichiatra potrebbe dare una definizione onesta e persuasiva della malattia mentale, perché in definitiva essa non esiste più nel senso antico del termine»³².

Queste considerazioni rendono, a nostro avviso, in modo molto chiaro il quadro della situazione.

Se la nozione di infermità e, conseguentemente, di vizio di mente rilevante ai fini del giudizio di imputabilità può essere determinata solo con riferimento ai requisiti che le scienze psichiatriche considerano necessari non più sulla base di un criterio unico, ma a partire dai diversi paradigmi esplicativi della nozione di infermità che si sono succeduti e si affermano man mano nel tempo³³, viene chiaramente in evidenza il carattere in evoluzione costante di tale nozione, in relazione allo stato delle conoscenze e al contesto socio-culturale di riferimento.

³⁰ G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, cit., 254.

³¹ Così, cass. pen., sez. VI, 5 maggio 2011, n. 17305, in *www.foroplus.it.*, 3: «Secondo la più accreditata e sensibile dottrina psichiatrico-forense e medico legale, nonché per le scienze del comportamento in genere, è ormai pacifico che le nozioni di “capacità di intendere e volere” e quella di “vizio di mente” non corrispondono a categorie scientifico-naturalistiche. Esse altro non sono che convenzioni giuridiche, nate in un periodo storico dominato dall'ideologia positivista ed ancorato a una psichiatria biologica che non è conforme alle moderne correnti psicodinamiche e fenomenologiche: esse peraltro hanno un contenuto sostanziale che la dottrina e la prassi giurisprudenziale necessariamente si sforzano di adeguare ai tempi, come avvenuto in tema di disturbi gravi di personalità».

³² G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 100. (Il corsivo è degli Autori).

³³ M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., 192 ss.; EAD., *Il nuovo volto dell'imputabilità penale*, cit., 367 ss.

Questa consapevolezza pare essere uno dei pochi punti fermi cui sono giunte sia la dottrina che la giurisprudenza. Nella nota sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 9163/2005³⁴, con la quale si è posto termine al conflitto tra orientamenti contrastanti in ordine alla rilevanza o meno dei disturbi di personalità ai fini del giudizio di imputabilità³⁵, il percorso logico-argomentativo si svolge proprio a partire da una ricostruzione sui contenuti, il ruolo e l'evoluzione della nozione di 'infermità' e «dal difficile rapporto tra giustizia penale e scienza psichiatrica, insorto dal momento in cui quest'ultima ha sottoposto a revisione critica paradigmi in precedenza condivisi, ponendo in crisi tradizionali elaborazioni metodologiche e, nel contempo, legittimando una sempre più accentuata tendenza verso il pluralismo interpretativo (...) che ha, in sostanza, sviluppato una nozione più ampia di infermità rispetto a quella di malattia psichiatrica»³⁶.

Si rimarca, in tal modo, come il rapporto tra diritto penale e scienza psichiatrica sia entrato in crisi a causa della messa in discussione delle premesse su cui si fondava, determinando la difficoltà per il giudice di rinvenire in sede processuale parametri di valutazione univoci ed ancoraggi scientifici sicuri. Tale difficoltà, si osserva, ha inciso sul rapporto di collaborazione tra sapere scientifico e giudice, che di quel sapere è il fruitore; così, nell'aderire all'uno o all'altro dei paradigmi esplicativi, la giurisprudenza si è caratterizzata nel tempo per le forti oscillazioni interpretative in tema, per esempio, di rilevanza o meno delle nevrosi, delle psicopatie, delle anomalie del carattere, dei disturbi della personalità e delle 'reazioni a corto circuito'³⁷. La Corte di Cassazione, quindi, mentre da un lato espressamente rileva l'inadeguatezza e l'obsolescenza della nozione codicistica di imputabilità rispetto allo stato delle conoscenze della scienza psichiatrica, dall'altro evidenzia la necessità di una revisione della nozione di 'infermità' in termini di maggiore ampiezza rispetto alla originaria nozione di malattia mentale di stampo medico-organicistico, al fine di includervi anche i disturbi mentali privi di un substrato organico, attraverso il riferimento ai più accreditati sistemi di classificazione considerati come "parametri di riferimento" e "punto di ancoraggio" in grado di comporre le divergenti teorie interpretative dei disturbi psichici, per poi affermare la necessità di accertare sempre l'esistenza di un nesso causale tra il disturbo psicopatologico e il fatto commesso³⁸.

Si pongono, in tal modo, anche le premesse per un possibile accoglimento di quelle impostazioni dottrinali che già da lungo tempo avevano evidenziato la necessità di rompere l'assioma secondo cui

³⁴ Cass. pen., sez.un., 25.1.2005 n. 9163, cit., 394 ss.; su tale sentenza, v. M.T. COLLICA, *Anche i 'disturbi della personalità' sono infermità mentale*, cit., 420 ss.; M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite. Il Commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 7, 853 ss.; G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi di personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1873 ss.; U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, 1, 274 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., 220 ss.; F. PULEIO, *Brevi note a margine della sentenza S.U. n. 9163 del 25 gennaio 2005*, in *Riv. pen.*, 2006, 7/8, 827 ss.

³⁵ Sulle incertezze, teoriche e pratiche, relative alla definizione e all'accertamento dei disturbi di personalità, v. le chiare notazioni di F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 269 ss.

³⁶ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 398.

³⁷ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 405 s. Sul tema, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 2, 508 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 39, 71, 101; sui diversi orientamenti applicativi in materia, v. l'ampia casistica giurisprudenziale riportata in nota da M.T. COLLICA, *Anche i 'disturbi della personalità' sono infermità mentale*, cit., 422 ss.

³⁸ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 404 s., 419.

alla malattia mentale segue automaticamente l'irresponsabilità del soggetto e di abbandonare ogni tipo di presunzione, per riconoscere che se una diagnosi di malattia mentale non sempre determina un giudizio di irresponsabilità del soggetto, neppure si può sempre escludere l'incidenza di disturbi atipici e/o aspecifici sulle capacità rappresentative e volitive del soggetto agente³⁹. L'accoglimento di una nozione ampia e 'aperta' di infermità⁴⁰ - capace di ricomprendere anche i disturbi atipici, privi di base organica, non integranti gli estremi della malattia psichiatrica in senso stretto, alla quale la nozione di infermità non deve più essere considerata sovrapponibile⁴¹ -, pur temperata dall'introduzione, per via giurisprudenziale, di un parametro selettivo di natura obiettiva, qual è la valorizzazione del rapporto di derivazione causale del reato dalla incidenza del disturbo sul soggetto agente⁴², vale a dire del nesso eziologico tra l'anomalia psichica e la condotta del soggetto nelle sue concrete modalità di realizzazione⁴³, non risolve tuttavia i dubbi sulla eccessiva ampiezza, indeterminatezza e verificabilità empirica⁴⁴ del concetto stesso di infermità e, quindi, il permanere della tensione con i principi di garanzia penalistica⁴⁵.

Le lucide argomentazioni delle Sezioni Unite e lo stesso richiamo ai manuali diagnostici quali parametri di riferimento non impediscono, infatti, che il giudice continui a trovarsi innanzi a risultati peritali radicalmente contrastanti, costretto a stabilire, cioè, a quale delle diverse valutazioni riconoscere maggiore credito e, nonostante le incertezze sulla individuazione del disturbo mentale da cui è affetto il soggetto, a motivare tale scelta⁴⁶. Appare, infatti, sempre più evidente che il rapporto tra malattia mentale e comportamento delittuoso non può essere espresso in termini di pura relazione causale, stante la pluralità di teorie esplicative del disturbo mentale e la qualificazione della causalità stessa in termini di 'congiunzione probabile'⁴⁷.

Anche le nuove scoperte neuroscientifiche e di genetica molecolare, se, da un lato, forniscono un contributo che può in taluni casi rivelarsi utile ad integrare le conoscenze, dall'altro non appaiono dirimenti nei casi dubbi e in presenza dei problemi che ancora circondano l'accertamento della non imputabilità per infermità di mente⁴⁸. Neppure le nuove conoscenze, infatti, offrono una 'legge

³⁹ Cfr. G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 3 ss.

⁴⁰ Per un orientamento contrario ad accogliere una nozione 'aperta' di infermità, cfr. G. BALBI, *Imputabilità ed infermità di mente*, cit., 869.

⁴¹ Così, Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 404.

⁴² Sul punto, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità*, cit., 511 ss.

⁴³ A. MANNA, *Tutela penale del sofferente psichico*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di bio-diritto. Le responsabilità in medicina*, Milano 2011, 1077.

⁴⁴ M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale*, cit., 411 rileva che «il concetto di infermità alla base del vizio di mente non è univocamente determinabile né verificabile». In argomento, cfr. Corte Cost., 8.6.1981 n. 96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1152 ss., con nota di M. BOSCARRELLI, *A proposito del «principio di tassatività»*, 1147 ss.

⁴⁵ Per M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 853, «il riconoscimento del principio di diritto apre nuove questioni, che si aggiungono a quelle vecchie rimaste tutto o in parte irrisolte».

⁴⁶ Cfr. sul punto, Cass. 24.5.2000, n. 8056, in *Cass. pen.*, 2001, 1875. In argomento, cfr. tra gli altri G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 9, 1193 ss.; ID., *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano 2011, 61 ss.

⁴⁷ I. MERZAGORA, *Le probabilità nella psicopatologia forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 4, 1478.

⁴⁸ La letteratura in argomento è ormai molto vasta. Cfr., per tutti, O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, in *Enc. Dir. Ann. VII*, 2014, 711 ss.; O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, *Atti del convegno 21-22 maggio 2012*, Padova 2013, 3 ss.; E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino 2011; C.

scientifico di copertura' che permetta di superare le difficoltà che caratterizzano il passaggio «dalla spiegazione unica a quella più probabile»⁴⁹ che deriva dal ricorso, anche nel giudizio sull'imputabilità, a criteri probabilistici e di compatibilità logica e razionale⁵⁰.

In sostanza, resta il fatto che «la linea di demarcazione tra salute e malattia mentale è ben lungi dal considerarsi scientifica» e che essa varia in base alla scuola di riferimento, all'epoca storica e alle stesse inclinazioni del perito in relazione al caso⁵¹.

4. Il codice penale del 1930 configura l'imputabilità come condizione generale per l'assoggettabilità a pena del reo, disponendo all'art. 85 c.p. che è imputabile chi ha la «capacità di intendere e di volere». L'estrema genericità di tale formula è considerata espressione di una precisa scelta legislativa di darne una definizione non 'in positivo' ma 'in negativo'⁵², con riferimento cioè alle sue condizioni d'uso e alle cause che la escludono o diminuiscono, previste - per quel che concerne l'ambito della nostra indagine - dagli artt. 88 e 89 c.p.⁵³. Il codice, inoltre, espressamente distingue la posizione di chi agisce sotto l'influsso di "stati emotivi e passionali", di cui si presume in via assoluta che non escludano né diminuiscono l'imputabilità (art. 90 c.p.), potendo essi assumere rilevanza solo in sede di determinazione della pena, allorché, ai sensi dell'art.133 c.p., si tiene conto del 'carattere del reo' e dei 'motivi a delinquere'⁵⁴.

La disciplina del codice, in sostanza, si fonda su una presunzione normativa di imputabilità: ovvero, tutti sono presunti imputabili, anche i soggetti affetti da un disturbo psichico, fino a dimostrazione del contrario⁵⁵. Secondo un orientamento ormai consolidato, inoltre, la presenza di un disturbo psichiatrico non basta ad escludere o diminuire l'imputabilità se non quando si dimostri la correlazione causale tra infermità e realizzazione del fatto: è «necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo»⁵⁶. Come si è visto, infatti, il doppio livello del giudizio di imputabilità presuppone un doppio livello di valutazione: una volta accertata l'esistenza del disturbo psichico,

GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, 1 ss. e i relativi riferimenti bibliografici.

⁴⁹ Così, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità*, cit., 517.

⁵⁰ Cass. Sez. Un. 10.7.2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 601 ss. con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, c. 608 ss.

⁵¹ Così, L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze ed imputabilità*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova 2007, 342.

⁵² M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, 850.

⁵³ Così, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 350 s.

⁵⁴ A. MALINVERNI, *Motivi*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 287 ss.

⁵⁵ La giurisprudenza di legittimità è costante nel ritenere che «la capacità di intendere e di volere, per i soggetti che abbiano raggiunto la maggiore età, è in via di principio oggetto di una vera e propria presunzione, sia pure *iuris tantum*» e che «l'obbligo di motivare il giudizio sulla sussistenza della capacità d'intendere e di volere e, specularmente quello sulla superfluità di una perizia volta ad appurarne l'integrità va posto in stretta correlazione con la prospettazione, da parte della difesa, di elementi specifici e concreti, idonei a far ragionevolmente ritenere che nella singola fattispecie detta presunzione sia superata da risultanze di segno contrario, per l'incidenza di una vera e propria infermità, e cioè di uno stato morboso caratterizzato da inequivocabili connotazioni patologiche». Cfr. Cass. pen., sez. II, n. 50196 del 26 ottobre 2018 (dep. 7 novembre 2018), in *www.dejure.it*, 2.

⁵⁶ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 419.

occorre anche che il giudice valuti il ruolo e l'incidenza dello stesso sulla commissione del fatto e ne dia una corretta e motivata qualificazione giuridica.

Premesse queste brevi considerazioni, va evidenziato che allorché il tema dell'accertamento della 'infermità' rilevante ex artt. 88 e 89 c.p. incrocia quello della violenza di genere, la prassi applicativa presenta interessanti spunti di riflessione, in particolar modo con riguardo alla (non) irrilevanza degli stati emotivi e passionali.

Dalla *Relazione su «La risposta giudiziaria ai femminicidi in Italia. Analisi delle indagini e delle sentenze. Il biennio 2017-2018»* resa dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul 'femminicidio'*, emerge, in primo luogo, che la capacità di intendere e di volere del reo è posta in dubbio in ben oltre la metà dei processi per 'femminicidio'⁵⁷. Tale informazione assume ancor più rilievo se considerata unitamente al punto più critico emerso dall'analisi delle sentenze e relativo alla mancata o insufficiente considerazione, in sede di accertamento del fatto, del cd. movente di genere, ovvero del contesto, della qualità della relazione reo-vittima, della eventuale presenza di dinamiche relazionali asimmetriche di sopraffazione, controllo, possesso, dominio⁵⁸, soprattutto con riferimento all'accertamento di un altro dato che appare molto frequente nella dinamica dei fatti (soprattutto nei casi di omicidio/suicidio, per i quali è disposta l'archiviazione per morte del reo)⁵⁹ e relativo alla esistenza di un contesto di separazione/messa in crisi della relazione, o ad una mera dichiarazione di volontà in tal senso da parte della donna, a cui l'autore non riconosce libertà ed autonomia decisionale⁶⁰.

Se tale contestualizzazione appare sovente necessaria ai fini di una corretta valutazione del fatto, lo diventa ancor di più in presenza di dubbi circa l'esistenza di cause psicopatologiche incidenti sulla peculiare dinamica dei fatti e ritenute idonee a spostare il baricentro della dinamica processuale: «(...) ciò impone che nei delitti di violenza di genere, di cui il femminicidio costituisce l'*acme*, gli psichiatri, e poi i magistrati, innanzitutto conoscano il substrato culturale dell'autore di violenza rispetto al genere femminile; accertino eventuali ulteriori fattori di rischio quali le dipendenze patologiche da sostanza o comportamentali; verifichino la pregressa relazione eventualmente

⁵⁷ V. SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, cit., 38. Nel 59 per cento dei casi (70 su 118) è stata posta in dubbio la capacità di intendere e di volere del reo ed è stata depositata una consulenza tecnica psichiatrica (di parte, pubblica o privata) oppure è stata richiesta perizia (affidata ad un perito d'ufficio con possibilità delle parti di nominare e far partecipare propri consulenti tecnici). Il 30 per cento di tali accertamenti ha dato luogo ad assoluzioni per vizio totale di mente o a condanne diminuite per vizio parziale di mente (su 118 processi giunti a sentenza, i dati statistici rilevano che in 57 processi su 118 è stata espletata una consulenza tecnica psichiatrica ed in 29 di questi è stata ritenuta sussistente una patologia psichiatrica).

⁵⁸ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, 50 e 60 ss. Il 'movente di genere', richiamato e delineato in più punti della Relazione, è genericamente inteso come «assoggettamento della vittima a condotte sopraffattorie dell'uomo e di violenze antecedenti» o di «eventuale rapporto di continuativa sopraffazione dell'autore nei confronti della vittima; del motivo di odio di genere che muove il delitto; delle antecedenti violenze patite in silenzio dalla donna in un contesto socio-culturale, omertoso o sminuente, nel quale matura il femminicidio come epilogo punitivo a fronte della 'ribellione' femminile al ruolo di soggezione impostole in quanto donna».

⁵⁹ Cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, 22 e 81 ss.

⁶⁰ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, cit., 60.

controllante, possessiva e maltrattante con la vittima e, solo all'esito, valutino l'incidenza della malattia psichiatrica pregressa riconosciuta dal Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM-5) e la sua diretta corrispondenza motivazionale con il reato commesso». Viceversa, l'indagine istituzionale riscontra ancora una certa «tendenza ad inquadrare il femminicidio come l'atto inconsulto ed estemporaneo di una persona gravemente malata, senza alcuna ricerca del “movente di genere”, cioè delle pregresse violenze o dei rapporti di dominio e controllo dell'uomo nei confronti della vittima»⁶¹.

In particolare, l'analisi delle sentenze di assoluzione per vizio totale di mente rivela che nella maggior parte dei casi non risultavano certificazioni di disturbi dell'imputato antecedenti al fatto, che erano stati diagnosticati, quindi, solo dopo il fatto stesso; e, soprattutto, pone in evidenza elementi ricorrenti, idonei a creare distorsioni nell'accertamento del fatto, quali l'omesso approfondimento della figura della vittima e del tenore dei rapporti con il reo; la mancata valorizzazione di agiti violenti precedenti e di gravi forme discriminatorie manifestate nei confronti delle donne (pur documentate dagli atti di indagine); il mancato collegamento tra delitto, vittima e malattia psichiatrica diagnosticata; l'assenza di quesiti peritali volti ad accertare il 'movente di genere' e, non da ultimo, «l'adesione sistematica alle tesi e alle conclusioni dell'esperto nominato, di cui la sentenza spesso riporta testualmente gran parte del contenuto, talvolta con formule standard, non connesse a fatti concreti»⁶².

Di particolare interesse, in tal senso, il fatto che l'indagine istituzionale prenda in esame anche le consulenze tecniche e le perizie sulla capacità di intendere e di volere, rilevando in molti casi la presenza di uno stereotipo diffuso e generalmente caratterizzante i cd. “crimini senza ragione”, ovvero crimini apparentemente inspiegabili o quantomeno difficili da comprendere e, per queste caratteristiche, più agevolmente riconducibili ad una manifestazione estemporanea di follia del soggetto agente⁶³. Sul punto, i rilievi della Commissione rimandano al ruolo della perizia psichiatrica nel processo penale, spesso richiesta dal giudice non tanto per accertare la salute mentale del reo, quanto per soddisfare un bisogno di comprensione di delitti all'apparenza inspiegabili, difficili da accettare o che suscitano particolare allarme e disagio nella collettività e negli stessi 'addetti ai lavori'⁶⁴. Si è parlato, al riguardo, di una 'truffa delle etichette', ovvero di una 'falsa perizia' o, ancora, di una 'perizia globale', ad indicare la perizia che è chiamata a rispondere a due quesiti: uno 'esplicito' - quello sulla capacità di intendere e di volere - ed uno 'implicito', con il quale sostanzialmente si

⁶¹ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*. Doc. XXII-bis n.7, cit., 74.

⁶² SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*. Doc. XXII-bis n.7, cit., 78.

⁶³ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*. Doc. XXII-bis n.7, cit., 75.

⁶⁴ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, cit., 37 osserva: «In barba al divieto dell'art. 220 del codice di procedura penale - cioè della proibizione di perizie per stabilire il carattere, la personalità, le qualità psichiche dell'imputato - soprattutto nei delitti più gravi, efferati, mal comprensibili secondo i consueti parametri 'costi-benefici', è frequente che i giudici chiedano una spiegazione criminogenetica per meglio comprendere ciò che altrimenti, secondo gli abituali criteri razionali, comprensibile non appare». Nello stesso senso, F. INTRONA, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, XXI, 1999, 712.

chiede al perito di dare la spiegazione di un delitto che si ha difficoltà a comprendere, ovvero di un «crimine senza ragione» e, per questo, folle⁶⁵.

È evidente, infatti, che la mancata collocazione dell'omicidio nel contesto relazionale pregresso determina ed incrementa tali difficoltà di comprensione ed il rischio di distorsioni in sede di valutazione di un fatto che appare, se decontestualizzato, 'razionalmente inspiegabile' e, dunque, più facilmente riconducibile ad una malattia della mente: «Per il contesto giudiziario ampiamente inteso (avvocati, magistrati, psicologi, consulenti, polizia giudiziaria, testimoni) diventa più accettabile e semplice, anche sotto il profilo morale, "psichiatrizzare" il colpevole, qualificando la condotta come priva di logica, piuttosto che inquadrare il delitto in un assetto di relazioni violente normalizzate, invisibili e impunte. In questi casi occorrerebbe, invece, come già sottolineato ricercare comunque e sempre l'impianto strutturale della violenza di genere nelle relazioni intime, al fine dell'accertamento rigoroso dell'imputabilità»⁶⁶.

5. Come evidenziato in dottrina, uno dei problemi più delicati nei casi di omicidio è proprio la corretta ricostruzione della 'causale', ovvero del movente che spinge il soggetto a compiere l'azione delittuosa, considerato essenziale sia per la ricostruzione dei fatti che per determinare la responsabilità dell'autore e il relativo trattamento sanzionatorio, da adeguare alle caratteristiche del caso concreto sia sul piano delle circostanze, sia alla stregua degli indici di commisurazione di cui all'art.133 c.p.⁶⁷.

Nelle sentenze esaminate dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio* emerge di frequente un movente identificato o connesso con stati emotivi e sentimenti di gelosia, rabbia, frustrazione, risentimento, disillusione. Tra questi, un ruolo particolare sembra essere riservato alla gelosia.

Vale la pena precisare subito che la giurisprudenza della Corte di Cassazione riconduce la gelosia al campo di applicazione delle circostanze aggravanti, *sub specie* motivi abietti e futili⁶⁸. Al riguardo, va altresì precisato che non è ritenuto, di per sé, sufficiente ad integrare l'aggravante dei motivi abietti e futili il fatto che il soggetto abbia agito in preda alla gelosia, nel senso che la condizione

⁶⁵ Sul punto, M. FOUCAULT, *Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano 2000, 103 ss.

⁶⁶ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*. Doc. XXII-bis n.7, cit., 77. In talune consulenze e perizie emerge chiaramente come l'esperto non abbia approfondito le specificità del delitto di genere, il suo movente e la relazione con la vittima, giungendo a ritenere esistente il vizio di mente pur in assenza di patologie pregresse e, in un caso, a ritenere l'autore privo di capacità di discernimento o controllo perché offuscato o mosso da sentimenti irrazionali (quali gelosia, rabbia, frustrazione, etc.), anche se è il reo stesso a dichiarare espressamente di avere voluto e preordinato la condotta, adducendone le precise 'ragioni'.

⁶⁷ In argomento, v. tra gli altri V. PATALANO, *I delitti contro la vita*, Padova 1984, 41 ss.

⁶⁸ *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2019 (dep. 26 novembre 2019), n. 48049, in www.onelegale.wolterskluwer.it, 12: «è contestata all'imputato quella forma di gelosia che si risolve nel considerare la persona con cui si è avuta o si ha una relazione come "propria appartenenza", sicché nei suoi confronti in caso di tradimento ovvero di separazione, si nutrono sentimenti di rivalsa o intenti punitivi che sfociano nella volontà di infliggerle un patimento (o addirittura la morte) per l'"insubordinazione" dimostrata e per l'offesa arrecata al malinteso senso d'orgoglio e di possesso dell'agente. Tale modulazione del sentimento della gelosia, del tutto incompatibile con qualsiasi attuale concetto della libertà di autodeterminazione personale e anche con il rispetto della dignità umana è ascrivibile al movente aggravato dei motivi abietti che hanno determinato il delitto (...) poiché si rivela anche spregevole ed ignobile, indice di un grado di perversità tale da destare un profondo senso di ripugnanza in ogni persona di media moralità».

emotivo-patologica - che rientra a pieno titolo nei cd. stati emotivi e passionali che ai sensi dell'art. 90 c.p. non escludono né diminuiscono l'imputabilità - non è ritenuta idonea ad integrare l'aggravante. Secondo il prevalente indirizzo interpretativo di legittimità, infatti, «deve escludersi che la “pura gelosia” possa ritenersi, da sola, espressione di spirito punitivo nei confronti della vittima, né manifestazione di intolleranza alla insubordinazione di questa, considerata come propria appartenenza (...). Viceversa essa deve essere ritenuta configurabile quando la vittima sia considerata, nell'ambito di un processo di sostanziale reificazione, come una sorta di appartenenza dell'agente, tanto da determinare una reazione punitiva a quella che è ritenuta una sorta di insubordinazione al volere dell'altro (...) venendo, in definitiva, connotata da una “abnormità dello stimolo possessivo verso la vittima” (...) assumendo caratteristiche di “ingiustificata espressione di supremazia e possesso (...)»⁶⁹.

Il che, in sostanza, equivale a riconoscere - quantomeno in punto di diritto - un preciso ruolo aggravante al ‘movente di genere’.

A fronte di ciò, viene rilevato che in numerose sentenze - soprattutto di primo grado - la gelosia non solo non viene qualificata come circostanza aggravante ma, al contrario, è in taluni casi valutata in senso favorevole all'imputato, ai fini della concessione delle attenuanti generiche, della diminuzione del vizio parziale di mente e di un complessivo ridimensionamento del trattamento sanzionatorio. In alcune sentenze, addirittura, gelosia e rabbia assumono rilievo per una ricostruzione del reato alla luce del comportamento della vittima⁷⁰ ovvero come ‘reazione’ ad un comportamento qualificato come “provocatorio” (derivante dal rifiuto di riprendere la relazione o di avere un rapporto sessuale) ed individuato come causa di profonda “delusione e risentimento” per essere stato il reo ‘illuso e disilluso’ dalla vittima (!)⁷¹.

⁶⁹ Così, Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2023, n. 45341, in www.dejure.it, 11. In tale sentenza, tuttavia, non risulta agevole comprendere la coerenza del percorso logico-argomentativo dapprima seguito dai giudici di legittimità nel rilevare la sussistenza del motivo di gelosia per poi escluderne la configurazione in termini di circostanza aggravante. Vale la pena riportare testualmente le considerazioni della Corte: «Non è da revocare in dubbio che il delitto sia stato mosso dalla gelosia accompagnata dalla frustrazione per il fallimento di quella (la sua prima) relazione che non solo non aveva assunto la forma desiderata, ma che si stava sgretolando, forse proprio volgendo al termine per la determinazione della donna, che probabilmente aveva ripreso a sentirsi e forse anche a vedersi con O., e non anche per volontà dell'imputato; ciò che per I. era diventato intollerabile». La Corte, però, esclude l'aggravante dei motivi abietti e futili sul presupposto che, nel caso di specie, «non è sufficiente riscontrare che l'omicidio si sia inserito su uno sfondo caratterizzato dalla gelosia morbosa dell'autore del delitto, ma è anche necessario riscontrare che essa abbia assunto una forza tale da costituire espressione di quel connotato di reificazione o di esercizio di supremazia che deve avere rappresentato la causa diretta dell'azione omicidiaria». Da rilevare è, altresì il riferimento, nelle motivazioni della sentenza, alla ricostruzione della condotta del reo come ‘reazione’ a quello della vittima. Sul punto, v. *infra*, nota 69.

⁷⁰ Per un caso paradigmatico, cfr. Tribunale di Roma, Sez. V, 4 ottobre 2021 (dep. 23 novembre 2021) n. 11019, in www.sistemapenale.it, con a margine le interessanti notazioni di P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*.

⁷¹ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, 66-68. Si riportano, al riguardo, alcuni passi della Relazione: «Ad esempio, in un caso risulta esclusa la possibilità di applicare il rigore sanzionatorio derivante dall'aggravante dei futili motivi, in quanto l'imputato era mosso dalla gelosia, come stato emotivo e passionale, in quanto tale sintomatica dell'irrazionalità del motivo stesso per cui il comportamento dell'uomo, pur impetuoso ed efferato, si caratterizzava per l'essere di tipo reattivo rispetto al rifiuto - vissuto come provocatorio - opposto dalla moglie alle sue richieste di tornare insieme e di avere, quella mattina, un rapporto sessuale. Come si evince da alcune delle argomentazioni sopra riportate e dal linguaggio utilizzato, l'uccisione, anche crudele, della propria compagna non è mai frutto di una preordinata deliberazione, ma è sempre o la re-azione alla condotta della vittima che, dunque, ne diventa corresponsabile perché se si fosse comportata diversamente la sua morte non sarebbe avvenuta, oppure è dovuta a una natura incontenibile

La Commissione rileva, inoltre, la necessità e l'importanza di non indulgere, nella ricostruzione e nella qualificazione dei fatti, in un 'linguaggio emozionale' (con riferimento ad espressioni come 'insano gesto', 'raptus', 'impulso irrefrenabile', etc.) e di attenersi più propriamente all'uso di una terminologia tecnico-giuridica che agevoli un corretto inquadramento di ciò che si definisce 'gelosia', quale espressione sintomatica di una relazione di dominio, possesso o controllo⁷².

E' in questo ordine di considerazioni che si rimarca come la mancata considerazione del contesto relazionale, delle precedenti violenze e di un eventuale 'movente di genere' rischia di agevolare una ricostruzione del 'femminicidio' come evento determinato da un moto, sentimento o emozione 'incontrollabile' ed 'improvviso' che in un gran numero di casi conduce a porre in dubbio lo stato di salute mentale del soggetto agente: «La perizia psichiatrica nei processi di femminicidio si è rivelata, in molti casi, uno strumento giuridico e culturale potentissimo perché, specialmente in assenza di acclarate, pregresse e gravi patologie dell'imputato ricollegabili causalmente al reato, rischia di deviare il vero baricentro del processo penale costituito dall'accertamento del fatto, in base a dati oggettivi, e dalla riconducibilità di questo all'autore poiché pone al centro la follia dell'imputato per un atto da lui non liberamente voluto e inserisce in modo apparentemente scientifico elementi estranei al diritto, come la gelosia, in contrasto con gli istituti del codice penale senza approfondire se dietro quella parola si celi, al contrario, un rapporto asimmetrico in cui la vittima ha sempre vissuto in una condizione di soggezione e disprezzo»⁷³.

Un caso paradigmatico, che sembra presentarsi come un compendio delle distorsioni riscontrate dalla Commissione nello studio dei casi di assoluzione per vizio totale di mente, è individuabile nella sentenza n.1/2020 resa dalla Corte di Assise di Brescia, ed avente ad oggetto l'omicidio, avvenuto il 4 ottobre del 2019, di una donna da parte del marito convivente. Contestato dal p.m. il reato di

dell'autore per la sua virilità ferita che, così, inconsapevolmente depotenzia la condotta ad atto a lui non del tutto riconducibile. La conseguenza è che, in molte sentenze, proprio la ricostruzione del femminicidio non come atto di volontà, ma come esito non voluto di un sentimento e di un impulso ha una ricaduta sulle pene applicate o attraverso l'applicazione delle attenuanti generiche o riconoscendo il vizio parziale di mente. Ritenere la gelosia un motivo per ridimensionare la pena costituisce un'inversione logico-giuridica che non trova spazio in nessun altro reato, perché quella che è qualificata come aggravante dalla Corte di cassazione (rientrando la gelosia tra i motivi futili che muovono la condotta delittuosa) viene contraddittoriamente recuperata per legittimare gli argomenti usati dagli imputati, che si descrivono come traditi e abbandonati dalla donna che hanno ucciso (quasi sempre dopo anni di violenze), con il rischio di universalizzare pregiudizi e generare un'aspettativa di tolleranza sociale rispetto alla violenza in palese violazione dell'articolo 12 della Convenzione di Istanbul. Nelle sentenze in cui il femminicidio è ricostruito come l'apice delle precedenti violenze e atto punitivo estremo rispetto alla violazione di regole di sottomissione e ubbidienza imposte ad una donna, al contrario, questo effetto sulla pena non si produce e la lettura del femminicidio è in linea con la Convenzione di Istanbul e la giurisprudenza di legittimità. In queste sentenze, coerentemente con la giurisprudenza citata e con i motivi a fondamento della criminalità di genere, si individua il movente dell'imputato non nell'impulso, ma nella deliberata violenza scaturita dal non essere ubbiditi da una donna; dal non essere riusciti a ridurre l'altra persona a una dimensione di asservimento totale; dalla non accettazione che una moglie possa esprimere libertà e diritti avendo altre relazioni o chiedendo di separarsi, se non al prezzo di morire. In queste sentenze si legge correttamente il femminicidio come espressione dell'intenzione di possedere la vita dell'altra, negandole ogni possibilità di libera determinazione perpetuando, così, una visione arcaica della coppia».

⁷² SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere. Doc. XXII-bis n.7, cit., 61, 63. Sulle componenti impulsive della condotta e gli effetti dell'impulso sulle capacità di autocontrollo e, quindi, su imputabilità, colpevolezza e pena, v. D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 12 ss.

⁷³ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere. Doc. XXII-bis n.7, cit., 78 nota 91.

omicidio volontario aggravato consumato per motivi di gelosia, in sede decisionale, la Corte assolve l'imputato riconoscendolo, al momento del fatto, non imputabile per vizio totale di mente determinato da un 'delirio di gelosia', tale da minarne in radice la capacità di intendere e di volere e dichiarandolo socialmente pericoloso⁷⁴. Il caso, si legge nelle motivazioni della sentenza, *«presenta profili inquietanti proprio perché l'impulso omicida si è infiltrato nella mente dell'imputato in modo silente, ma con insistenza ossessiva, fino a deflagrare il mattino del fatto in una "spinta irrefrenabile", ricalcando lo schema tipico della sindrome delirante, ove il disturbo non interferisce di norma con la quotidianità»*⁷⁵.

La Corte giunge a ritenere la incapacità di intendere e di volere del reo al momento del fatto principalmente sulla base delle conclusioni di una relazione peritale che desta particolare interesse posto che, considerato il soggetto «capace di partecipare coscientemente al processo», in essa si fa in più punti riferimento ad una persona che comprende razionalmente la gravità del fatto commesso⁷⁶ ed ha piena consapevolezza delle conseguenze da questo derivanti⁷⁷. Dalla lettura della sentenza, inoltre, emerge la piena consapevolezza della Corte di trovarsi dinanzi ad un tema, quello della gelosia, *«delicato e complesso, da non banalizzare mediante equivoci concettuali e linguistici»* e della necessità di procedere ad una valutazione critica del sapere esperto, cui viene espressamente attribuito il ruolo di mero 'supporto conoscitivo'⁷⁸, così come della necessità di considerare, nella ricostruzione del fatto, la eventuale presenza di un movente di genere⁷⁹. Nonostante ciò, nel percorso argomentativo della Corte sembrano emergere numerosi tra i profili problematici tipicamente rinvenuti dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nei casi di assoluzione per vizio totale di mente. Tra questi, certamente l'uso di un linguaggio fortemente emozionale⁸⁰; la tendenza a trascurare

⁷⁴ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 7.

⁷⁵ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 12.

⁷⁶ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 7: «In seguito, si è assunto la responsabilità del gesto anche nel corso delle indagini peritali».

⁷⁷ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 14: «Comprende razionalmente che, avendo commesso un omicidio, l'unico posto dove può stare è il carcere, lo capisce benissimo».

⁷⁸ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 11: «Nell'emettere il proprio verdetto la Corte intende ancorare la decisione ai principi e le regole della giurisdizione. Il contributo offerto dai consulenti, pur prezioso, è destinato ad assumere il significato di mero supporto conoscitivo e non certamente di delega a terzi di prerogative proprie, nella distorta ottica di una possibile "medicalizzazione" del processo. In tale prospettiva l'organo giudicante (...) dovrà basarsi su una ragionata sistemazione degli elementi a disposizione mediante un percorso logico-sintomatico-deduttivo, ricomponendo il quadro degli accadimenti attraverso un'attenta selezione e cernita dei tasselli probatori affidabili, da collocarsi entro uno schema razionale e plausibile che tenga conto, al contempo, dell'habitat di riferimento dell'imputato e delle dinamiche ed interazioni con la vittima».

⁷⁹ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 21: «Uxoricidio e femminicidio non sono termini equivalenti e fungibili, perché il primo contrassegna la mera uccisione di una donna, mentre il secondo avente contenuto criminologico, si riferisce all'uccisione di una donna in quanto tale per motivi legati al genere e ciò a causa di situazioni di patologie relazionali dovute a matrici ideologiche misogine e sessiste e/o ad arretratezze culturali di stampo patriarcale».

⁸⁰ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 14: «L'effetto catartico provato dall'imputato dopo il delitto ha disvelato in modo evidente le ragioni del gesto, poiché venuta meno la persona che provocava l'afflizione, il delirio ha preso forza. In quel momento cessa l'assedio ideativo, non c'è più Otello, non c'è più Iago ad incalzarlo, si dissolve "il mostro dagli occhi verdi che dileggia il cibo di cui si nutre". Il dramma che ha provocato la sofferenza e l'umiliazione svanisce di colpo e il ... torna ad essere una persona qualunque. Non è un omicida professionale, è un ottantenne che compie una serie di azioni disorganizzate e, per certi versi, bizzarre. E' un uomo perso, che all'improvviso non ha più accanto a sé l'unico vero punto di riferimento della sua vita, si ritrova troppo piccolo rispetto al dramma che si è consumato».

i pur numerosi elementi indicatori di un ‘movente di genere’⁸¹; e la ricostruzione di un fatto considerato come accadimento improvviso, frutto di una ‘spinta irrefrenabile’. Infatti, sul presupposto che la vittima non avrebbe mai in precedenza espresso timori per la propria incolumità⁸², si giunge a ricostruire un contesto relazionale di coppia idilliaco e a valorizzare il precedente stato depressivo dell’autore in modo da avvalorare una ricostruzione del delitto come frutto del gesto di un folle, pur in presenza di elementi di forte contraddizione; così come emergono elementi che danno conto di una ricostruzione del delitto quale ‘reazione’ scatenata da un agito ‘provocatorio’ della vittima, in tal modo riproducendo dinamiche processuali di vittimizzazione secondaria per le quali l’Italia ha già subito una pesante condanna in sede europea⁸³. Infine, un ulteriore profilo problematico è individuato nel carattere fuorviante del preteso parallelismo tra ‘delirio di gelosia’ e movente di gelosia, cioè tra una sofferenza psichiatrica e la gelosia, quale sentimento o stato emotivo che esprime la pretesa di possedere e/o controllare un’altra persona, espressione di un codice patriarcale basato sulla sopraffazione e il dominio⁸⁴.

6. Gli esiti dell’attenta e documentata indagine svolta dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere* su sentenze e relazioni peritali inerenti a casi di ‘femminicidio’, seppur relative ad un limitato periodo di tempo, possono assumere un ruolo non marginale ed offrire un utile contributo per ulteriori riflessioni sui problemi emergenti dall’analisi delle correlazioni esistenti tra il tema della sofferenza psichica e quello della violenza di genere e così aprire spazi a diversi ordini di considerazioni, in prospettiva sia *de jure condito* che *de jure condendo*.

⁸¹ Cfr. Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 8-11, in ordine al contesto emotivo-relazionale e ad alcune circostanze relative alla commissione del fatto: «Portato cautamente sulla vicenda di causa aveva iniziato con titubanza, estrema lentezza, lunghe pause, soppesando le parole», a parlare degli «accadimenti che lo avevano indotto a ritenere di essere stato tradito dalla consorte» e, interrogato sul suo futuro, affermò che l’aveva «fatta grossa» e che «era una cosa che doveva essere fatta». In rapporto alle relazioni peritali, nella sent. si afferma che «a detta del dott. ...a conferma della componente patologica sottostante al sentimento di rabbia e delusione che aveva animato l’omicida vi era la tipologia delle ferite da punta e da taglio riscontrate nella regione peripubica della vittima, denotanti un ‘insano accanimento con intrinseca valenza sessuale’ poiché inferte quando la donna era già stata colpita mortalmente al collo». E ancora, si rileva espressamente che «i tratti della personalità rigidi, orientati in senso narcisistico, tra i quali una certa freddezza emotivo-affettiva e una significativa mancanza di empatia, avrebbero potuto interpretarsi anche quali caratteristiche personologiche ma non psicopatologiche tali da renderlo di per sé incline a scatti d’ira ed impulsività, come del resto sarebbe emerso dalle SIT rese dalla signora ... che avrebbe frequentemente sentito litigare i coniugi in camera da letto».

⁸² SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*. Doc. XXII-bis n.7, cit., 40, riporta il dato per cui la percentuale di donne che non hanno mai denunciato, né confidato a nessuno di vivere in un contesto violento, di per sé alta, aumenta tra le vittime di omicidi in rapporto ai quali il procedimento penale si è concluso con assoluzione per vizio totale di mente: infatti, quasi nessuna donna uccisa da autori assolti per vizio totale di mente aveva in precedenza segnalato alle autorità competenti o confidato eventuali violenze subite.

⁸³ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, sent. 27 maggio 2021, Ricorso n. 5671/26, *Causa J.L. v. Italia*, in *www.giustizia.it*, Par. 141, «(...) è pertanto essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie, di minimizzare la violenza di genere e di esporre le donne ad una vittimizzazione secondaria, utilizzando affermazioni colpevolizzanti e moralizzatrici atte a scoraggiare la fiducia delle vittime nella giustizia». In argomento, cfr. le interessanti notazioni di P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Pregiudizi giudiziari nei reati di violenza di genere: un caso tipico*, cit., *passim*.

⁸⁴ Così, M.G. GIAMMARINARO, *Sofferenza psichica, imputabilità e violenza*, cit., 8.

Quanto al primo profilo, si tratta di considerare gli esiti della Relazione in ordine alla necessità di attuare, anche in tempi rapidi, un cambio di passo circa il riconoscimento del ruolo e dell'importanza dell'indagine sul 'movente di genere' in sede di accertamento processuale in casi di violenza di genere. Questo, come evidenziato, assume particolare rilievo ai fini di un corretto inquadramento degli accadimenti e, quindi, della qualificazione giuridica degli stessi, nel senso di evitare ricostruzioni che, in buona parte condizionate da distorsioni e *bias* culturali⁸⁵, determinano oscillazioni ed opposte qualificazioni, spesso condizionate da valutazioni moraleggianti sul comportamento asseritamente 'provocatorio' della vittima e/o fortemente condizionate da pregiudizi e stereotipi di ruolo, quando non dal *background* culturale dei soggetti coinvolti nel processo. In tal modo, sembra aprirsi un importante spazio di riflessione per individuare un criterio di orientamento utile a delimitare, *de jure condito*, l'ambito di rilevanza da attribuire alla patologia psichiatrica e agli stati emotivi e passionali nella dinamica del fatto, che superi la tendenza verso un'interpretazione in chiave abrogativa dell'art. 90 c.p.

In questo senso, assume rilievo il richiamo della Commissione alla necessità di valorizzare alcune "buone prassi" pure emerse dalla lettura di talune sentenze, considerate utili ai fini della corretta ricostruzione dei fatti e del 'ciclo della violenza' e, quindi, di una puntuale contestazione, nel capo di imputazione, del reato e delle eventuali circostanze. Tra queste, si sottolinea l'importanza di un inquadramento del delitto nel contesto socio-familiare nel quale è commesso, «evitandone una lettura come fatto episodico, imprevedibile ed isolato», unitamente agli elementi utili a valutare una eventuale pianificazione dello stesso, ovvero i fattori contestuali e successivi alla condotta, con particolare attenzione alle espressioni e ai vissuti di odio, rabbia, vendetta, disprezzo, umiliazione, spirito 'punitivo' nei confronti della vittima per avere violato una regola di 'ruolo'. L'importanza di questo aspetto, finora ancora troppo spesso trascurato, assume ancora maggiore rilievo all'interno di un ordinamento giuridico, come il nostro, il cui retroterra culturale appare ancora fortemente condizionato dalla trasposizione in istituti giuridici - da non molti anni riformati, abrogati o dichiarati incostituzionali e ancora in parte vigenti⁸⁶ - di rapporti coercitivi e forme di controllo, possesso e dominio di coniugi, genitori o fratelli nei confronti di mogli, figlie, sorelle⁸⁷.

La tendenza attuale a trascurare il contesto e a ricondurre determinate condotte lesive ad un processo causale che trova origine in una patologia psichiatrica individuale, per contro, non revoca in dubbio la validità e la legittimità di un sistema che se, da un lato, pone in atto la presa di distanza dal singolo comportamento delittuoso, dall'altro, perpetua il contesto culturale nel quale esso trova

⁸⁵ In argomento, su emozioni e ragionamento penale, cfr. i contributi in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, cit., 205 ss.

⁸⁶ Ci si riferisce in particolare, agli artt. 544, 559, 587 c.p., allo *ius corrigendi* maritale e a tutta la disciplina codicistica dei delitti contro la morale e contro la famiglia.

⁸⁷ Per una interessante indagine storica sulla violenza maritale (con particolare riguardo alla violenza correzionale e al diritto all'esclusiva sessuale), quale elemento fisiologico del matrimonio, accettato legalmente fino a tutto l'Antico Regime e socialmente ben oltre, cfr. M. CAVINA, *Nozze di sangue, Storia della violenza coniugale*, Bari-Roma 2011, 3 ss.

origine dichiarando il soggetto agente non responsabile per avere agito in preda ad impulsi e passioni tali da annullare la capacità di autodeterminazione⁸⁸.

Quanto al secondo profilo, quello della riflessione in prospettiva *de jure condendo*, gli esiti della indagine istituzionale compiuta dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio nonché su ogni forma di violenza di genere* si inseriscono in senso del tutto coerente nel contesto delle riflessioni inerenti la riconsiderazione in chiave critica dell'istituto giuridico della imputabilità e del 'dogma' della irresponsabilità penale del malato di mente su cui si fonda, in vista di una revisione in chiave abolizionista dell'istituto e della disciplina vigente⁸⁹.

Come si è visto, la 'crisi' del modello di imputabilità previsto nel codice segue l'evolversi della scienza medico-psichiatrica, del contesto culturale e, non da ultimo, della legislazione ordinaria, che recepisce una nuova visione della malattia mentale, non più intesa come condizione deviante, né come stato irreversibile, bensì come stato transitorio curabile e spesso anche sanabile. Tale evoluzione ha progressivamente condotto ad un quadro legislativo che si fonda sul "consenso" al trattamento⁹⁰ e che non solo ribalta la concezione tradizionale del malato di mente, quale soggetto 'sempre' incapace di intendere e di volere e socialmente pericoloso⁹¹, ma, progressivamente, giunge ad un'acquisizione, ormai ampiamente diffusa, secondo la quale uno stato di sofferenza psichica solo di rado annulla completamente le capacità di autodeterminazione e/o di controllo degli impulsi violenti ed antisociali⁹². Solo in casi rarissimi il soggetto non mantiene 'quote' seppur minime di responsabilità⁹³.

Ed è sulla base di tale evoluzione culturale e giuridica e dell'acquisizione che anche «il folle è di norma capace di intendere e di volere»⁹⁴ che si è giunti a rivendicare il «diritto all'imputabilità come uno dei diritti fondamentali di cittadinanza»⁹⁵. Una richiesta, questa, che trova riscontro nella considerazione, difficilmente contestabile, secondo cui il codice del 1930 ha delineato un sistema di norme che, se nominalmente intendeva porre il soggetto non imputabile al di fuori del sistema penale

⁸⁸ Il peso di un retaggio culturale che condiziona fortemente il presente e di cui si fa fatica a liberarsi è ben reso, per esempio, nella scelta di celebrare un grande Maestro del passato riproponendo, tra le tante, un'arringa difensiva del 1927 il cui pregio, tra gli altri, è di essere un compendio dei pregiudizi e degli stereotipi di 'ruolo' da cui un avvocato può attingere per la difesa, fuori dal tempo, di un imputato di 'omicidio di genere'. Cfr. *Arringa di Alfredo De Marsico del 1927* in *www.penaledp.it*, 24 gennaio 2020.

⁸⁹ Cfr. M.G. GIAMMARINARO, *Sofferenza psichica, imputabilità e violenza di genere*, cit., 4. Sul tema, v. SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI LEGISLATURA. Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, XXII-bis, n. 4, cit., 10; F. CORLEONE (a cura di), *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'OPG, una scelta radicale*, Fiesole 2019. In argomento, sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *La responsabilità penale 'diseguale'. Contributo ad una riflessione in tema di imputabilità*, Napoli 2020, 105 ss.

⁹⁰ L. 13 maggio 1978 n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Gazz. Uff.*, 16 maggio 1978, n. 133; artt. 33, 34 e 35 l. 23 dicembre 1978 n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Gazz. Uff.*, S.O., 28 dicembre 1978, n. 360.

⁹¹ M. NOVELLO, *Diagnosi psichiatrica e giustizia*, in *aut aut*, 2013, 360, 176.

⁹² A. MANACORDA, *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi*, in AA.VV., *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, cit., 97 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 33.

⁹³ F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, Vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio, Tomo II dal 1993 al 1993*, Milano 1997, 1630.

⁹⁴ F. ROTELLI, *L'istituzione inventata. Almanacco Trieste 1971-2010*, Merano 2015, 209.

⁹⁵ M. NOVELLO, *Diagnosi psichiatrica e giustizia*, cit., 177.

per ragioni di ‘garanzia’ e di fondamentali principi di civiltà giuridica, di fatto ne ha determinato un trattamento ben più afflittivo e meno garantito⁹⁶.

Tali acquisizioni ben si inseriscono nel contesto delle riflessioni che scaturiscono quando il tema dell’accertamento della infermità si incrocia con quello della violenza di genere, per la quale anche si ritiene necessario non confondere «la malattia psichiatrica con il comportamento violento, tanto da stigmatizzare la prima e chi ne è affetto»⁹⁷. Come è emerso dall’indagine istituzionale, la frequente ricerca di una causa psicopatologica per esigenze di strategia difensiva, infatti, agevola una ricostruzione dell’omicidio per causa di genere come esito di una malattia psichiatrica e - unitamente alla sistematica obliterazione del ‘movente di genere’ - determina la tendenza ad una semplificazione e alla riduzione della complessità in sede di accertamento dei fatti: l’agito violento del reo, piuttosto che essere considerato ‘sistemico’ e coerente al contesto socio-culturale discriminatorio, viene spesso ricondotto ad un profilo psicopatologico, in un’ottica di ricostruzione dei fatti chiaramente «deresponsabilizzante»⁹⁸.

L’idea che possa esservi una ‘patologia psichiatrica’ che influisce solo occasionalmente sul comportamento del soggetto, invero, evidenzia che vi sono casi in cui il paziente psichiatrico è soggetto ad esplosioni di violenza, non diversamente da quanto accade per i soggetti non affetti da patologia psichiatrica. Il problema, dunque, va posto proprio nei casi in cui il disturbo psichiatrico in sé viene considerato come la causa principale di un agire violento, in forma eccessivamente presuntiva e con motivazioni che appaiono pura tautologia⁹⁹.

In tal modo, la contraddizione sistemica, causticamente rilevata da Bricola, per la quale spesso ci si trova dinanzi ad «un soggetto che si autodetermina, ma che se commette un reato diventa improvvisamente incapace, in forma anche eccessivamente presuntiva»¹⁰⁰, è resa in maniera esemplificativa nel caso di una persona che viene riconosciuta capace di stare in giudizio, di rendersi

⁹⁶ SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI LEGISLATURA, *Commissione Parlamentare di inchiesta sull’efficacia e l’efficienza del servizio sanitario nazionale. Relazione finale sull’attività della Commissione*, XXII-bis, n. 10, in www.senato.it, 8, 23 s., 82, 103, 116, 118, 121, 131.

⁹⁷ Così, SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, cit., 74.

⁹⁸ Cfr. sul punto, SENATO DELLA REPUBBLICA, XVIII LEGISLATURA. *Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, nonché su ogni forma di violenza di genere*, Doc. XXII-bis n.7, 79: «L’inquadramento del femminicidio come esito di una malattia psichiatrica semplifica e ridimensiona fortemente l’ambito di accertamento dei fatti sotto due profili: da un lato incentrandoli sul profilo patologico dell’imputato; dall’altro attribuendo a saperi tecnici, esterni alla giurisdizione, una responsabilità tanto rilevante da incidere fortemente sulla decisione. In questo modo il femminicidio rischia di non venire collocato nella sua dimensione strutturale di un contesto socio-culturale discriminatorio, in cui la donna è disprezzata e violata nella sua dignità, ma viene relegato a conseguenza imprevedibile di una malattia, in quanto tale deresponsabilizzante».

⁹⁹ G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 100 s.: «Nella prassi forense non vi sono di fatto più argini e si fa uso di pure e semplici tautologie (del tipo che lo stato emotivo e passionale, o il disturbo di personalità, o il discontrollo, o il raptus, o le nevrosi, assumono significato di infermità *se agiscono con meccanismo morboso compromettendo la capacità di intendere o di volere*); ovvero di pronunzie che amplificano illimitatamente il campo dell’infermità (...). In buona sostanza si può dire paradossalmente che, per certa giurisprudenza, diviene idoneo ad abolire o scemare la capacità di intendere e di volere ogni fenomeno psichico che si reputa idoneo a comportare una compromissione dell’intendere e del volere: tautologia, appunto».

¹⁰⁰ Così, F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell’operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, cit., 1630.

conto del fatto e delle conseguenze: incapace di intendere e di volere ‘al momento del fatto’, ma che poi torna subito dopo ad essere ‘normale’ nella vita quotidiana, dopo la commissione del fatto¹⁰¹.

Ciò, a fronte delle più recenti acquisizioni delle scienze del comportamento che, al contrario, evidenziano che l’agire violento trova origine non tanto - e non solo - nella malattia mentale in sé, quanto piuttosto nella sfera socio-culturale-relazionale della persona, cioè nel contesto sociale e culturale di riferimento e nel complesso dei rapporti personali, affettivi, familiari, professionali e lavorativi¹⁰².

Queste considerazioni, inoltre, ben si innestano sulla necessità - affermata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - di valorizzare il rapporto tra il soggetto agente e il ‘fatto’, ovvero la condotta posta in essere, quale espressione della personalità del soggetto valutata nel contesto relazionale in cui essa è realizzata¹⁰³. In tal modo, si evidenzia, al contempo, l’importanza di ‘recuperare’ alla competenza giudiziale una valutazione autonoma del secondo livello dell’imputabilità, ponendo al centro la condotta, nel suo significato di accadimento della vita di relazione del soggetto: il fatto che gravi delitti maturino in circostanze e situazioni caratterizzate da relazioni di possesso, di dominio o controllo, non sempre rese esplicite nella ricostruzione giurisprudenziale, dovrebbe condurre a problematizzare l’indagine, per verificare se la condotta lesiva sia inserita o meno in un contesto di violenza ‘sistemica’, caratterizzato da squilibri di potere che, pur evidenti, rischiano di restare insuperati se consolidati e perpetuati, cioè messi da parte anziché problematizzati, dall’attuale prassi applicativa.

Gli elementi emersi in sede di approfondimento dei rapporti tra sofferenza psichica, infermità e violenza di genere sembrano poter offrire un utile contributo anche al dibattito sulla revisione della disciplina vigente in materia di imputabilità e di trattamento sanzionatorio del malato di mente¹⁰⁴. Ci si riferisce, in particolare, alla riflessione che, nel quadro di una costruzione sistematica teleologicamente orientata, prefigura il superamento del concetto di colpevolezza e un sistema penale in cui l’imputabilità si configuri non più come presupposto della responsabilità, bensì come oggetto del giudizio di responsabilità personale, vale a dire un sistema in cui si rinunci al ruolo ‘ascrittivo’ dell’accertamento del disturbo mentale e se ne recuperi e valorizzi la valenza ‘descrittiva’, quale indice per la predisposizione di un programma di trattamento e recupero sociale differenziato per autori di reato con differenti caratteristiche soggettive¹⁰⁵.

¹⁰¹ Corte di Assise di Brescia, 9 dicembre 2020, n.1, cit., 7.

¹⁰² P. WATZLAWICK, J.H. BEAVIN, D.D. JACKSON, *Pragmatica della comunicazione umana. Studio dei modelli interattivi delle patologie e dei paradossi* (1967), trad.it. Roma 1971, 40 ss.

¹⁰³ C. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*, trad.it. a cura di S. MOCCIA, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano 1984, 2104 ss.

¹⁰⁴ Sulla inadeguatezza del trattamento sanzionatorio per il malato di mente e per un’analisi in prospettiva di riforma, cfr. tra gli altri A. MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 191 ss.; M. BERTOLINO, *L’applicazione e l’esecuzione della pena di fronte alla malattia mentale*, in *Jus*, 2003, 441 ss. e EAD., *Dall’infermità di mente ai disturbi di personalità*, cit., 521 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, cit., 115, tra le varie proposte di riforma, privilegiano la considerazione della malattia mentale al pari delle altre situazioni che attenuano la responsabilità per il delitto e, quindi, la pena.

¹⁰⁵ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 92 s.

Il quadro sanzionatorio in materia di sfruttamento del lavoro: il superamento del modello contravvenzionale per una tutela individuale della dignità del lavoratore

VINCENZO GIORDANO

ABSTRACT

The crime of labor exploitation is placed in an area of criminal disvalue included between the macrocrimes of slavery and the contraventions relating to labor intermediation. In this vast penal area, in which there are undue overlaps and interferences, a reorganization of protection, with the introduction of the case of forced labor and the sliding of the art. 603 bis c.p. towards objective exploitation, leads us to consider the contravention model obsolete, to the point of suggesting its overcoming.

SOMMARIO: 1. L'attuale quadro sanzionatorio. – 2. Limiti dell'assetto complessivo. – 3. Ambizioni di tutela. Il bene giuridico quale chiave di volta per l'assetto di tutela. – 4. Illeciti amministrativi e sfruttamento del lavoro.

1. Al fine di analizzare la reale efficacia del modello contravvenzionale in una prospettiva di riforma del quadro sanzionatorio in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, appare opportuno, in premessa, per una migliore comprensione dei termini del problema, indicare le fattispecie contravvenzionali e gli illeciti amministrativi oggi rilevanti proprio in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro.

L'evoluzione normativa in materia di intermediazione illecita è, come noto, strettamente legata alla disciplina giuslavoristica in materia di somministrazione del lavoro¹.

L'impostazione statalistica degli anni successivi all'emanazione del codice penale vietava l'esercizio delle attività di interposizione e somministrazione di lavoro al di fuori delle procedure gestite dagli uffici pubblici di collocamento, sanzionando in via penale tali eventualità con le fattispecie previste dall'art. 27 l. 264/1949, volte esclusivamente a sanzionare l'incontro tra domanda ed offerta², avendo lo Stato fissato il principio del monopolio pubblico nell'attività di collocamento di manodopera.

A fondamento della legislazione giuslavoristica vi era l'idea per la quale il monopolio pubblicistico garantisse una miglior tutela del lavoratore, soggetto contrattualmente debole nella ricerca del lavoro.

¹ M. LOMBARDO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, 358 ss.

² T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano 1990, 199 ss.

Per questo motivo si introduceva la fattispecie contravvenzionale citata che puniva l'intermediario che avesse fornito manodopera al di fuori dei sistemi di collocamento, nonché il datore di lavoro che avesse usufruito della forza lavoro così reclutata. Le pene previste erano esclusivamente di natura pecuniaria, salvo il caso dello scopo di lucro, e costituirono per circa 40 anni l'unico strumento repressivo indiretto delle condotte di sfruttamento.

L'art. 27 subì diverse modifiche nel corso del tempo, prima con la degradazione ad illecito amministrativo della contravvenzione prevista per il datore di lavoro e dopo con l'introduzione del sequestro del mezzo di trasporto usato per esercitare l'attività di mediazione³.

Successivamente, con la l. 1369/1960 veniva introdotto il divieto assoluto di interposizione di manodopera, a presidio del quale erano previste fattispecie contravvenzionali, attraverso la tecnica della fattispecie ulteriormente sanzionatoria di natura pecuniaria e la sanzione giuslavoristica dell'effettività del rapporto di lavoro nei confronti dell'imprenditore utilizzatore; veniva estesa, inoltre, la tutela penale all'appalto fittizio di manodopera, ossia il fenomeno della cd. interposizione; il d.l. 7/1970 introduceva una disciplina analoga per la mediazione abusiva nel settore agricolo⁴.

Il punto di svolta nella legislazione penale si è avuto a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵ che sancì l'incompatibilità del monopolio statale in materia di collocamento ed interposizione nel lavoro con il principio di concorrenza e libertà nell'iniziativa economica previsto dai Trattati europei, con la susseguente liberalizzazione del mercato del lavoro, da cui scaturì la prima la figura del lavoro interinale (previsto nel cd. "pacchetto Treu", l. 196/1997) e in seguito la cd. Legge Biagi (d.lgs. 276/2003, in attuazione della legge delega 30/2003).

Quest'ultima, nell'ambito di un generale riordino della disciplina del mercato del lavoro, abrogava integralmente l'art. 27 della l. 264/1949 e l'intera legge 1369/1960, introducendo un regime apposito, sottoposto ad autorizzazione amministrativa, dell'intermediazione privata attraverso agenzie del lavoro, con uno specifico apparato sanzionatorio per la sua violazione.

L'art 18 della legge Biagi rappresentava, e rappresenta ancora oggi, l'architrova per le sanzioni penali (oggi anche amministrative) contravvenzionali di pericolo, arricchito dall'art. 28 per le somministrazioni illecite caratterizzate da dolo specifico di eludere norme inderogabili di legge o di contrattazione collettiva⁶.

Con tale disciplina il legislatore sanzionava la violazione delle regole con cui lo Stato, attraverso il regime dell'autorizzazione, seppur in un'ottica aperturista, gestiva il mercato del lavoro, disinteressandosi dei beni personalistici dei lavoratori.

Nel 2016 il legislatore, con il d.lgs. n. 8 del 15 gennaio, determinava la degradazione ad illecito amministrativo di tutte le ipotesi criminose punite con la sola pena dell'ammenda o della multa, motivo per il quale numerose ipotesi previste dall'art. 18 venivano per questo depenalizzate.

³ Per le implicazioni di tali modifiche v. G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro; politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina – I Parte*, in *Resp. civ. prev.* 2018, 1773.

⁴ L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis CP)*, in *Leg. pen.*, 2020, 3.

⁵ C.G.C.E. 11/12/1997, C-55, Job Centre arl.

⁶ Per una illustrazione analitica delle singole fattispecie v. A. GIULIANI, *I reati in materia di caporalato. Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova 2015, 46 ss.

Nella formulazione attuale, l'art. 18 prevede l'illecita somministrazione abusiva di manodopera (contravvenzione in caso di sfruttamento dei minori), l'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione e di utilizzazione illecita (illecito penale soltanto in caso di finalità di lucro o di sfruttamento di minori), il reato di illecita imposizione di oneri in capo ai lavoratori, l'interposizione illecita, l'appalto e distacco illeciti, quest'ultimi di natura amministrativa⁷.

Negli anni successivi alla legge Biagi, caratterizzati dall'introduzione del reato di cui all'art. 603 bis c.p. ad opera del d.l. 138 del 2011, convertito in l. 148/2011, si sono avuti interventi di natura ondivaga sugli ulteriori strumenti sanzionatori.

L'art. 55 co. 1 lett. D) d.lgs. 81/2015 (cd. *Jobs act*) abrogava, infatti, gli artt. da 20 a 28 della legge Biagi, tra cui anche la contravvenzione della somministrazione fraudolenta, mentre l'art. 40 del medesimo decreto introduceva due ulteriori illeciti amministrativi, quali la somministrazione irregolare per violazione dei limiti e dei criteri di cui agli artt. 31, 32 e 33 e la somministrazione nulla per mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione ex art. 38; l'art. 40, infine, prevedeva

⁷Si riporta per esteso l'attuale formulazione dell'art 18.

1. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), è punito con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, lettera c), è punito con la pena dell'arresto fino a sei mesi e dell'ammenda da euro 1500 a euro 7500. Se non vi è scopo di lucro, la pena è dell'ammenda da euro 500 a euro 2500. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), è punito con l'ammenda da euro 750 ad euro 3750. Se non vi è scopo di lucro, la pena è dell'ammenda da euro 250 a euro 1250.

Nel caso di condanna, è disposta, in ogni caso, la confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività di cui al presente comma.

2. Nei confronti dell'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), ovvero da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 4, comma 1, lettera b), o comunque al di fuori dei limiti ivi previsti, si applica la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

3. comma abrogato dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

3-bis. comma abrogato dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

4. Fatte salve le ipotesi di cui all'articolo 11, comma 2, chi esiga o comunque percepisca compensi da parte del lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione è punito con la pena alternativa dell'arresto non superiore ad un anno o dell'ammenda da Euro 2.500 a Euro 6.000. In aggiunta alla sanzione penale è disposta la cancellazione dall'albo.

4-bis. Fatte salve le ipotesi di cui all'articolo 11, comma 2, è punito con la sanzione penale prevista dal comma 4, primo periodo, chi esige o comunque percepisce compensi da parte del lavoratore in cambio di un'assunzione presso un utilizzatore ovvero per l'ipotesi di stipulazione di un contratto di lavoro o avvio di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore dopo una missione presso quest'ultimo.

4-ter. Nelle ipotesi di cui al comma 4-bis in aggiunta alla sanzione penale è disposta la cancellazione dall'albo.

5. In caso di violazione dell'articolo 10 trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nonché nei casi più gravi, l'autorità competente procede alla sospensione della autorizzazione di cui all'articolo 4. In ipotesi di recidiva viene revocata l'autorizzazione.

5-bis. Nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'articolo 30, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

6. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali dispone, con proprio decreto, criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro.

sanzioni amministrative per tutte le ipotesi di mancata attuazione delle tutele garantite ai lavoratori in somministrazione dagli artt. 35 e 36.

Il decreto-legge 87/2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 96/2018, ripristinava, tuttavia, il reato di somministrazione fraudolenta previsto dall'art. 28 della Legge Biagi, abrogato nel 2015, inserendolo con la medesima formulazione all'art. 38 *bis* del d.lgs. 81/2015.

Illustrate le fattispecie rilevanti in materia di intermediazione illecita, da una diversa prospettiva, altre fattispecie interferiscono con l'ambito di applicazione dello sfruttamento illecito del lavoro, in particolare con gli indici di sfruttamento previsti dall'art. 603 *bis* c.p.

Vengono in rilievo la sanzione amministrativa per il superamento del limite massimo dell'orario di lavoro, di cui all'art. 18 *bis* co. 3 d.lgs. 66/2003, la costituzione del rapporto di lavoro presso l'utilizzatore od appaltante (art. 38 d. lgs. 81/2015 e art. 29 d.lgs. 276/2003) e, infine, le sanzioni amministrative e la regolarizzazione del rapporto di lavoro nel caso di lavoro non dichiarato secondo la disciplina di contrasto al lavoro sommerso, *ex* art. 22 d. lgs. 151/2015, che ha modificato l'art. 3 co. 3 del d.l. 12/2002.

Anche la già citata disposizione di cui all'art. 38 *bis* d.lgs. 81/2015, concernente la fattispecie di somministrazione fraudolenta, punendo con la pena dell'ammenda di 20,00 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione, purché vi sia il dolo specifico di eludere le norme inderogabili o la contrattazione collettiva, interferisce con gli indici di sfruttamento previsti dalla fattispecie di cui all'art. 603 *bis* c.p.

Infine, vi è l'intero universo delle contravvenzioni previste dal d.lgs. 81/2008 in materia di igiene e di sicurezza del lavoro che, pur costituendo un apposito apparato sanzionatorio, è pedissequamente richiamato dall'indice di sfruttamento di cui al n. 3, in questo modo configurando un collegamento osmotico tra il caotico mondo dello sfruttamento del lavoro e l'ordinato cosmo della sicurezza⁸.

Si pensi solo, ad esempio, alla sospensione dell'attività imprenditoriale di cui all'art. 14 del .T.U. del 2008, che prevede tale potere in capo all'Ispettorato del Lavoro quando riscontra che almeno il 10 per cento dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro risulti occupato, al momento dell'accesso ispettivo, senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro ovvero inquadrato come lavoratori autonomi occasionali in assenza delle condizioni richieste dalla normativa, nonché, a prescindere dal settore di intervento, in caso di gravi violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza del lavoro.

2. Così elencate le fattispecie contravvenzionali ed amministrative volte alla tutela del mercato del lavoro e del rapporto di lavoro, è necessario provare a ricostruire il complessivo assetto di tutela, per valutare la coerenza contenutistica e l'effettività applicativa.

Secondo autorevole dottrina, con l'introduzione del delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p., così come riformato nel 2016, il legislatore ha delineato un sistema di tutela articolato secondo una logica stadiale⁹.

⁸ Sul quale v. D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bologna 2016.

⁹ G. ROTOLO, *Dignità del lavoro e controllo penale del caporalato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 817.

Ed invero, all'apice della piramide di tutela si pongono i gravi delitti a tutela della libertà individuale, quali la riduzione in schiavitù o in servitù; in posizione intermedia la fattispecie di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro; al gradino più basso della piramide le contravvenzioni e gli illeciti amministrativi a contenuto sanzionatorio in precedenza illustrati.

A questa ricostruzione si aggiunge che forse le piramidi di tutela possono essere distinte in due sistemi: uno concernente l'utilizzazione, assunzione e impiego di manodopera, alla cui base si pongono gli illeciti ed i reati previsti dalla legge Biagi e al vertice più alto il delitto di cui all'art. 600 c.p.

In quest'ottica, il delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p. avrebbe l'ambizione politico criminale di intercettare le forme di caporalato grigio, ossia quelle prassi più subdole di sfruttamento del lavoro, particolarmente diffuse, ad esempio, nel settore della logistica o dell'informatica.

Il secondo sistema di tutela individuabile concerne il reclutamento della manodopera, ove gli illeciti minori, come ad esempio le sanzioni avverso il lavoro sommerso, o ancora il delitto previsto dall'art. 22, commi 12 e 12 *bis*, del T.U. imm., anticipano la tutela prevista dall'intermediazione illecita al fine di sfruttare i lavoratori, di cui all'art. 603 *bis* c.p.

Quest'armonia di tutela, che certamente costituisce un obiettivo di politica criminale, si infrange, tuttavia, all'analisi della realtà.

Il sistema, infatti, appare caratterizzato maggiormente da interferenze e sovrapposizioni, con annessi problemi di duplicazione della sanzione, che da progressività e gradualità della tutela.

Tralasciando i profili di incoerenza tra l'art. 603 *bis* c.p. e l'art. 600 c.p.¹⁰, anche nel rapporto tra il gradino intermedio e quello più basso di tutela emergono possibili divergenze.

In primo luogo, gli indici di sfruttamento previsti dall'art. 603 *bis* c.p. non rappresentano, come ribadito dalla giurisprudenza, degli elementi costitutivi del reato bensì dei meri criteri di orientamento probatorio¹¹, di conseguenza non può rappresentarsi l'art. 603 *bis* c.p. alla stregua di un reato complesso, motivo per il quale andrebbero chiariti i rapporti tra contravvenzioni, illeciti amministrativi ed indici di sfruttamento.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità ritiene l'elencazione degli indici di sfruttamento previsti dall'art. 603 *bis* c.p. come non tassativa; pertanto, potrebbero emergere ipotesi di sfruttamento ulteriori e diverse da quelle indicate dall'art. 603 *bis* c.p., in grado, tuttavia, di radicare il reato così come violazioni degli indici previsti che non siano sufficienti per configurare il reato (ad esempio perché manca l'elemento dello stato di bisogno del lavoratore)¹².

In questi casi riemergerebbe l'annoso tema della specialità reciproca tra fattispecie¹³ (coincidenza tra sottofattispecie ed un elemento particolare), risolta prevalentemente dalla Corte di Cassazione¹⁴, secondo la teoria dei rapporti strutturali, con il concorso formale eterogeneo.

¹⁰ Già ampiamente analizzati nel presente lavoro.

¹¹ Già analizzati da S. Seminara nel primo volume di quest'opera.

¹² Nel medesimo senso L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis CP)*, cit., 17.

¹³ Nell'immensa bibliografia sul tema, si veda per tutti, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, Bologna 1966.

¹⁴ *Ex multis*, Sezioni Unite del 23.2.2017, n. 20664, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di S. FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. Le Sezioni Unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*.

Anche in merito ai rapporti tra l'art. 603 *bis* c.p. e l'art. 18 della Legge Biagi emergono numerose perplessità.

La contravvenzione di esercizio non autorizzato delle attività di intermediazione, infatti, è punita dall'art. 18 soltanto se a scopo di lucro, elemento intellettuale estraneo all'art. 603 *bis* c.p., così come le contravvenzioni di esercizio non autorizzato delle attività di intermediazioni e somministrazione con sfruttamento dei minori prevedono quest'ultimo elemento che pure è avulso dall'art. 603 *bis* c.p.¹⁵

In altri termini, si è voluto dimostrare come i due diversi sistemi, quello contravvenzionale e il delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p., invece che porsi in un rapporto di progressività criminosa, con assorbimento delle ipotesi minori nel reato di caporalato, sono talvolta in evidente interferenza, con ricadute applicative distoniche, sia per eccesso, con sproporzione sanzionatoria o per difetto, con possibili *ne bis in idem*.

Sotto quest'ultimo profilo, si consideri come spesso il caporalato emerga progressivamente, proprio a causa dei suoi confini labili, motivo per il quale non è infrequente che, ad esempio, un singolo indice di sfruttamento possa essere già stato sanzionato in chiave amministrativa, con illeciti a contenuto sanzionatorio, con le evidenti ripercussioni sulla duplicazione dell'accusa in chiave processuale.

In conclusione, il complessivo sistema di tutela appare caratterizzato sia nel suo livello alto di tutela, dove si affollano i reati di cui agli artt. 600 e 601 c.p., e pure le fattispecie talvolta piegate dalla giurisprudenza nella ricerca di tutela del lavoratore, come gli artt. 572, 612 *bis* o 629 c.p., che nel suo livello più basso (contravvenzioni e illeciti amministrativi) da una vocazione a coprire interamente l'area intermedia rappresentata dal delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p., senza tralasciare le interferenze causate a loro volta dalla tutela prevista per gli stranieri dall'art. 22 del T.U.imm. e dal sistema della sicurezza sul lavoro.

3. L'entropia applicativa che si è cercata di delineare rinviene la propria eziologia anche nelle diverse prospettive di tutela in cui si pongono i singoli gradini della piramide.

Partendo dagli illeciti previsti dalla Legge Biagi, ed in generali quelli in materia di intermediazione, la linea di tutela immaginata dal legislatore si inserisce in quel vasto fenomeno del diritto penale dell'economia in cui, a fronte della deterritorializzazione delle attività produttive, l'autorità statale ha cercato di reagire attraverso rigidi apparati amministrativi, tutelati dalla sanzione penale¹⁶.

Si è assistito, così, nella cd. amministrativizzazione del diritto penale, ove la sanzione penale, anziché costituire *extrema ratio*, rappresenta la garanzia per il rispetto delle funzioni amministrative, scivolando verso un diritto penale del comportamento¹⁷.

¹⁵ Cfr. L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis CP)*, cit., 20.

¹⁶ Cfr. M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1808.

¹⁷ Per tutti, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni; tra illusioni postmoderne e reflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 344 ss.

Anche nel settore in esame, infatti, il legislatore ha predisposto una serie di fattispecie contravvenzionali che sanzionano la mera violazione delle prescrizioni autorizzative e di controllo previste per l'esercizio delle attività di intermediazione e somministrazione di lavoro¹⁸.

Questo significa illeciti di mera condotta, di pericolo astratto o presunto, con una significativa anticipazione della soglia della tutela penale e, spesso, una indeterminatezza del precetto, costruito seguendo la tecnica della norma penale in bianco.

Inizialmente, come già anticipato, la tutela prevista dalla l. 264 del 1947 e dalla l. 1369 del 1960 nel diritto penale del lavoro¹⁹ era volta a tutelare la collettività della forza lavoro, ritenuta contraente debole nella fase di incontro tra domanda e offerta.

Successivamente, con l'evoluzione delineata in premessa, si è assistito ad un tentativo di individualizzazione della tutela verso il singolo lavoratore, il quale doveva essere garantito da fenomeni abusivi o fraudolenti di intermediazione o somministrazione.

Con la legge Biagi questo tentativo ha visto la sua massima estensione, in quanto dietro la richiesta di liceità dell'attività di intermediazione vi era l'idea del lavoratore come contraente per definizione debole, sia che fosse già titolare di un rapporto di lavoro sia che fosse alla ricerca dello stesso²⁰.

Tale obiettivo di politica criminale, tuttavia, non si è tradotto in un prodotto tecnicamente adeguato allo scopo, avendo adoperato la già abusata tecnica della norma ulteriormente sanzionatoria, a presidio del regime amministrativo di autorizzazione delle agenzie private.

Non vi è, infatti, alcuna connessione biunivoca tra la violazione delle procedure amministrative di intermediazione ed interposizione con lo sfruttamento del lavoratore. In altri termini, è mancata del tutto la ricerca di condotte realmente incidenti sulla condizione del lavoratore, frutto evidentemente di un errore metodologico tipico del diritto penale dell'economia, in cui si è ritenuto sufficiente tutelare gli apparati amministrativi quali beni strumentali per la tutela delle persone.

Il modello così delineato ha prodotto modestissimi risultati in termini di efficacia deterrente²¹, sia per la natura contravvenzionale, con le evidenti ripercussioni in termini di oblazione e prescrizione, sia per le scarse denunce, tenuto conto della sproporzione tra la gravità del fenomeno e la risposta sanzionatoria²².

Per queste ragioni venne introdotto il delitto di cui all'art. 603 *bis* c.p., per tentare di introdurre un riferimento intermedio tra la bagattellizzazione contravvenzionale e il gigantismo delle fattispecie di riduzione in servitù o schiavitù²³.

¹⁸ Cfr. A. GIULIANI, *I reati in materia di caporalato. Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., 54.

¹⁹ Per una accurata ricostruzione storica, v. T. PADOVANI, *Reati contro l'attività lavorativa*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.

²⁰ Cfr. A. GIULIANI, *I reati in materia di caporalato. Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., 57.

⁽²¹⁾ S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli 2013, 875.

²² Per una accurata disamina della questione v. E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino tra l'incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, in *Crit. dir.*, 2011, 41 ss.

²³ La metafora è di S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., 874.

I risultati, come già illustrati nel primo volume di quest'opera, sono stati in parte insoddisfacenti, anche a causa della difficoltà a rinvenire una coerenza normativa tra i diversi sistemi di tutela esistenti.

Sulla base delle premesse illustrate, allora, ai fini di una compiuta riorganizzazione dell'assetto di tutela complessivo, appare necessario ricostruire l'oggettività giuridica da cui partire per cercare finalmente di costruire quella tutela stadiale più volte invocata.

In questa prospettiva l'interprete deve volgere lo sguardo verso la Carta Costituzionale, alla ricerca di angolazioni prospettive vincolanti²⁴.

L'articolo 36 Cost. stabilisce, in materia di retribuzione, che il lavoratore ha diritto ad una esistenza libera e dignitosa, disposizione riprodotta anche in ambito europeo, seppur in termini meno pregnanti, dall'articolo 4 della Carta sociale europea (equa retribuzione che assicuri un livello di vita soddisfacente). La combinazione tra gli articoli 1 e 36 Cost. delinea il lavoratore quale essere umano libero e dignitoso per eccellenza²⁵.

L'articolo 41 Cost. con una felice espressione stabilisce che l'iniziativa privata, pur essendo libera, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

La dignità e la libertà dell'essere umano divengono così, oltre che criterio di valutazione delle condizioni lavorative, un limite funzionale all'attività economica²⁶.

Nella medesima scia si pone l'articolo 4 della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, che vieta il lavoro forzato e la schiavitù, con una formulazione speculare all'articolo 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Dall'ordito normativo elencato emerge nitidamente come il referente teleologico del diritto del lavoro sia costituito dalla dignità del lavoratore, quale prototipo di libertà fondamentale e limite all'esercizio dell'iniziativa imprenditoriale.

La dignità del lavoratore è associata costantemente in tutta la legislazione alla disciplina delle condizioni di lavoro, materiali e giuridiche, in quanto la ricerca di una esistenza decorosa è impedita da contesti di lavoro degradanti.

Sono questi motivi che inducono parte della dottrina e la giurisprudenza di legittimità²⁷ a ritenere come sia la dignità dell'essere umano il bene giuridico protetto dall'incriminazione di cui all'art. 603-bis c.p. La sottoposizione a condizioni di sfruttamento viola la dignità del lavoratore, perché impedisce la sua libera ricerca di una vita decorosa, in correlazione al suo progetto di benessere e felicità.

La mortificazione di una equa retribuzione o la sottoposizione a turni di lavoro massacranti o comunque inidonei ad assicurare al lavoratore un delicato equilibrio tra lavoro e socialità rappresentano condizioni di violazione del senso ultimo del lavoro.

²⁴ Nel primo volume di quest'opera si sono svolte delle considerazioni sul bene giuridico esclusivamente nell'ottica di cui all'art. 603 bis c.p.; adesso, si pone la necessità di allargare lo sguardo all'intero ordito sanzionatorio.

²⁵ Negli stessi termini S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2015, 189.

²⁶ Cfr. D. GENOVESE, *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia*, in *Leg. pen.*, 2018, 7.

²⁷ Da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 2023 (ud. 30 novembre 2022), n. 9473.

D'altronde, la nostra Costituzione accoglie una concezione personalistica dell'uomo-fine, non strumentalizzabile verso alcun interesse esterno, come previsto dall'articolo 27, comma 1, sulla personalità della responsabilità penale. Questo comporta l'assoluta centralità della persona umana, «costituendo, nella gerarchia dei valori, la conservazione, la dignità e lo sviluppo della persona umana, nella sua duplice dimensione individuale e sociale, il fine primario e il fine ultimo dell'ordinamento giuridico»²⁸.

L'individuazione della dignità dell'essere umano – e del lavoratore in particolare – quale bene giuridico dell'art. 603 *bis* c.p. può estendersi quale referente dell'intera materia del diritto penale del lavoro, in modo tale da costruire un assetto di tutela completamente imperniato sulla dignità del lavoratore.

Le coordinate costituzionali in tema di diritto a condizioni di lavoro dignitose, infatti, in combinato disposto con la indicata centralità della persona umana, tramite un'interpretazione adeguata al principio personalistico, impongono l'individuazione del bene giuridico di categoria nella dignità umana del lavoratore²⁹.

Le condotte di sfruttamento, mortificando i diritti di libertà dei lavoratori, offendono la dignità umana, negando una libera autodeterminazione della persona offesa, avvilendone la personalità individuale³⁰.

Nel contesto lavorativo, come si è visto, dignità e libertà rappresentano due concetti in comunione che non sono assolutamente sottratti al bilanciamento con altri interessi di pari rango.

Lo stesso articolo 41 Cost., laddove individua la dignità tra i possibili limiti dell'iniziativa privata, pone una ricca prospettiva per il diritto penale, legittimato ad intervenire sull'abuso dell'iniziativa imprenditoriale, che si esplica attraverso la libertà contrattuale, laddove calpesti la dignità umana del lavoratore, ancor prima di qualche aspetto della sua personalità.

Ed ancor di più, allora, il compito dell'ordinamento è quello di assicurare le condizioni affinché l'autodeterminazione del soggetto si espliciti liberamente, anche attraverso lo strumento penale.

L'individuazione della dignità lavorativa quale referente teleologico consente anche di valorizzare il contenuto collettivo del bene giuridico, il quale prescinde dall'identità del lavoratore, proprio perché individua la persona offesa tramite il ricorso al contesto lavorativo.

Seguendo una simile prospettiva, quel processo di individualizzazione della tutela, focalizzato sul singolo lavoratore e sulle sfaccettature della sua dignità, deve essere portato a compimento estremo, fin dal gradino più basso della piramide di tutela.

Questo significa una attenta selezione delle condotte penalmente rilevanti, anche attraverso significative, perché pregnanti, anticipazioni di tutela a condotte davvero rivelatrici di possibili contesti di sfruttamento, superando la mera tutela di funzioni tipiche delle contravvenzioni in materia.

²⁸ F. MANTOVANI, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. Dir.*, Ann. II, 2008, 842.

²⁹ In questo senso S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali*, cit., 873.

³⁰ Cfr. A. VALSECCHI, *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, in E. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino 2015, 255.

Fuori da questo contesto, deve ricalibrarsi il ruolo dell'illecito amministrativo, non esclusivamente a contenuto sanzionatorio, bensì alla ricerca della ricostituzione della legalità del contesto di lavoro.

4. Per poter operare la selezione delle condotte penalmente rilevanti e rimodulare i rapporti tra l'art. 603 *bis* c.p. e la galassia di contravvenzioni e illeciti amministrativi disseminati nella legislazione speciale, sarebbe opportuno differenziare le fattispecie di intermediazione o somministrazione illecita e di sottoposizione di lavoratori a condizioni di sfruttamento.

Storicamente, come visto, il legislatore ha tentato di salvaguardare il lavoratore attraverso la tutela penale prima del monopolio in materia di collocamento e dopo con la tutela penale del regime amministrativo, tecnica miope in quanto le violazioni dei due regimi non hanno implicazioni necessarie con le condizioni di sfruttamento dei lavoratori.

Da questo punto di vista sarebbe opportuno dividere concettualmente l'intermediazione illecita dallo sfruttamento lavorativo: si tratta di due fenomeni non necessariamente connessi che meriterebbero forse anche topograficamente due distinte fattispecie incriminatrici, in ragione delle diversità fenomenologiche.

Il reclutamento illecito della manodopera allo scopo di destinare i lavoratori presso terzi in condizioni di sfruttamento è una fattispecie in grado di esaurire da sola l'intero disvalore penale dell'offesa a beni personali e meriterebbe una sanzione penale a prescindere dall'approfittamento delle condizioni di bisogno del lavoratore, evenienza che potrebbe configurarsi alla stregua di una circostanza aggravante.

In questo sistema di tutela, allora, le diverse contravvenzioni dovrebbero essere depenalizzate in illeciti amministrativi, non necessariamente a contenuto punitivo, proprio perché volte alla ricostituzione della legalità del mercato del lavoro³¹.

Si intende con la nozione di illeciti a carattere punitivo sanzioni che siano caratterizzate dall'inflizione all'autore di un pregiudizio ulteriore e distinto dal ripristino dello *status quo ante*; superare l'ottica meramente punitiva vuol dire, allora, finalizzare l'illecito proprio al ripristino della legalità violata o, al più, ad una finalità preventiva di gestione di una situazione pericolosa.

Una simile caratterizzazione delle sanzioni consentirebbe di escludere la qualificazione in termini sostanzialmente penali, con tutte le conseguenze in termini di garanzie applicative e contenutistiche.

Diverso, invece, appare il tema dello sfruttamento del lavoro. In questo senso, risulta davvero necessaria l'introduzione di una fattispecie che risolva l'annosa questione dei rapporti tra sfruttamento del lavoro e riduzione in servitù, incriminando le ipotesi di sfruttamento del lavoratore più estreme e significative. Una simile fattispecie potrebbe richiamare il concetto internazionale di lavoro forzato e occupare, nella invocata tutela stadiale, il gradino più alto della tutela³².

³¹ Si adopera la terminologia indicata da F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.

³² Sul punto non si ritiene di dover andare oltre, rinviando alle trattazioni di S. Seminara e S. Braschi all'interno di quest'opera.

L'introduzione di una simile fattispecie richiederebbe un necessario riorientamento dell'art. 603 bis c.p., volta ad una maggiore aderenza oggettiva alle condizioni di sfruttamento, larvate o palesi che siano, al fine di tutelare la dignità del lavoratore.

Ebbene, proprio la necessità di un simile orientamento porta l'interprete a valutare se anche per lo sfruttamento del lavoratore sia necessario quale elemento costitutivo l'approffittamento dello stato di bisogno.

La dignità del lavoratore, infatti, può essere violata e offuscata anche in assenza di una lesione della libertà di autodeterminazione contrattuale del soggetto debole, per la sola sottoposizione a condizioni obiettivamente degradanti o umilianti³³.

Un simile assestamento oggettivo della fattispecie consentirebbe anche di meglio delimitare il bene giuridico, declinando la dignità, come sopra invocata, specificamente nel contesto lavorativo, come diritto ad ottenere condizioni dignitose di lavoro, quale presupposto indefettibile per il riconoscimento della dignità dell'essere umano³⁴ mentre la nuova fattispecie di lavoro forzato si occuperebbe della dignità del lavoratore intesa quale libertà di autodeterminazione.

Per consentire una simile operazione, sarebbe necessario una severa valutazione degli indici di sfruttamento, individuando standard normativi nel diritto del lavoro in grado di assurgere a parametri vincolati per l'individuazione di una situazione di sfruttamento.

L'eventuale approffittamento di condizioni di vulnerabilità del lavoratore, così come la violenza o la minaccia quali connotati della condotta, andrebbero di conseguenza valorizzati nella diversa fattispecie di lavoro forzato o, al più, quali circostanze aggravanti, meglio se ad efficacia speciale, della fattispecie base di sfruttamento del lavoro.

Una fattispecie così delineata, tuttavia, non dovrebbe certo appiattirsi su delle mere violazioni formali ma dovrebbe essere in grado, invece, di individuare quelle violazioni dalle quali emerga in maniera lineare la lesione del bene giuridico della dignità lavorativa. Una soluzione potrebbe individuarsi, oltre alla necessaria presenza del requisito della reiterazione della violazione, quello della presenza di almeno due indici di sfruttamento³⁵.

Sembrerebbe, d'altronde, questa la medesima linea indicata dal legislatore europeo con la direttiva 2009/52/CE, quando nel definire le condizioni lavorative di particolare sfruttamento indica le condizioni in cui vi sia una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente: ciò che rileva è la compromissione del bene giuridico della dignità del lavoratore mediante la violazione di un qualunque diritto del lavoratore³⁶.

³³ Nello stesso senso L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603 bis CP)*, cit., 30 e G. ROTOLO, *Dignità del lavoro e controllo penale del caporalato*, cit., 812.

³⁴ Autorevole dottrina ha parlato in tal senso di dignità quale bene strumentale verso la tutela del bene scopo della libertà di autodeterminazione del lavoratore, M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. DONINI-D. CASTRONUOVO, Padova 2008, 246.

³⁵ Suggestisce tale soluzione S. ROSSI, *Lo sfruttamento del lavoratore tra sistema sanzionatorio e misure premiali*, in *Lav. giur.*, 2021, 724.

³⁶ Cfr. L. LOREA, *Sulla nozione di "sfruttamento del lavoro": cosa è cambiato*, in *Dir. relaz. ind.*, 4/2020, 1083 ss.

Potrebbe allora replicarsi uno schema di tutela come quello individuato nel codice spagnolo con un capo dedicato ai delitti contro i diritti del lavoratore, nel quale far confluire, in omaggio al principio della riserva di codice, anche le ulteriori fattispecie già esistenti e variamente collegate capaci di radicare una lesione alla dignità del lavoratore³⁷.

Un simile articolato di tutela richiede necessariamente, tuttavia, un ripensamento del gradino inferiore del sistema piramidale.

Se per il caso della intermediazione illecita si è proposta *tout court* una depenalizzazione a tappeto, vista la interconnessione con la mera tutela di funzioni della precedente disciplina, una logica maggiormente prudente e preventiva consiglia di muoversi diversamente per lo sfruttamento lavoratori, in considerazione della pregnanza dei beni in gioco.

Non deve dimenticarsi, invero, che il fenomeno dello sfruttamento lavorativo è particolarmente dinamico, capace di adeguarsi ai diversi contesti lavorativi e che spesso supera le soglie ed i confini nazionali.

In tale scenario, ritenere che una fattispecie penale di sfruttamento lavorativo, seppur costruita oggettivamente e verso indici medio-bassi di gravità, possa esaurire l'intero disvalore penale significherebbe rinunciare a qualsiasi capacità preventiva del sistema³⁸.

Pertanto, il legislatore dovrebbe essere in grado di selezionare le violazioni di singoli indici di sfruttamento che, seppur non ancora reiterate o di grave intensità, meritino rilevanza penale o, in ultima istanza, gravi illeciti amministrativi a contenuto sanzionatorio.

Una simile soluzione consentirebbe di salvaguardare il carattere frammentario e sussidiario del diritto penale, rinvigorendo, allo stesso tempo, il diritto del lavoro anche in chiave sanzionatoria³⁹.

In questo caso ad essere violato sarebbe il singolo diritto del lavoratore oggetto della violazione, quale gradino antecedente alla lesione della dignità dello stesso.

Così operando, laddove non si ritenga necessaria una sanzione penale, saranno i paradigmi giuslavoristici ad assumere rilevanza, come nel caso della regolarizzazione del rapporto di lavoro non dichiarato o la costituzione del rapporto di lavoro per l'utilizzatore o l'appaltante.

In un sistema così articolato per lo sfruttamento del lavoratore (lavori forzati – sfruttamento del lavoratore in chiave oggettiva – singole violazioni di indici di sfruttamento, puniti con sanzioni penali o illeciti amministrativi a carattere sanzionatorio, illeciti preventivi giuslavoristici) residua un ultimo e rilevante aspetto problematico, quello concernente il tema del rapporto tra le pluralità delle sanzioni.

In particolare, deve essere affrontata l'eventuale concorrenza tra illeciti amministrativi a carattere sanzionatorio, ricadenti nella nozione di materia penale, e l'eventuale fattispecie di sfruttamento del lavoratore.

Premesso come abbracciando la tesi della pluralità degli indici per la configurazione della fattispecie il tema non si pone, in quanto non si avrebbe mai il medesimo fatto (essendo sempre

³⁷ In questo senso, magistralmente, S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., 873.

³⁸ Valorizza molto il carattere preventivo del sistema stadiale G. ROTOLO, *Dignità del lavoro e controllo penale del caporalato*, cit., 821.

³⁹ Cfr. C. VALBONESI, *Note critiche sulla recente giurisprudenza di legittimità (e di merito) in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *ADL*, 6/2022, 1367.

necessarie almeno due violazioni distinte, l'eventuale concorso tra la singola violazione e la fattispecie penale si risolverebbe ai sensi dell'art. 9 della l. 689 del 1981), così come non rilevarebbe nel caso di caratterizzazione soggettiva della condotta (approfittamento dello stato di bisogno o vulnerabilità), il problema emerge in tutta la sua difficoltà con una fattispecie improntata oggettivamente ove è sufficiente anche la violazione di un solo indice, per quanto reiterata.

Come noto⁴⁰, nella sentenza *A and B v. Norway*⁴¹, la Grande Camera della Corte Edu sancì che la previsione di doppi binari sanzionatori non viola la garanzia convenzionale prevista dall'art. 4 del protocollo 7 CEDU quando sussista una stretta connessione sostanziale e temporale tale da far apparire le sanzioni previste come un sistema integrato mirante a colpire profili diversi dell'illecito, non comportanti oneri eccessivi per l'interessato e prevedibile *ex ante* per lo stesso.

Principi simili sono stati espressi in seguito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tre casi gemelli pubblicati il 20 marzo 2018⁴², ove vennero valutati sistemi sanzionatori nazionali di doppio binario rispetto al diritto al *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 CDFUE.

Seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia, l'avvio di un procedimento penale nei confronti di una persona per un fatto per il quale vi è già stata una sanzione amministrativa di natura penale costituisce una limitazione al diritto fondamentale previsto dall'articolo 50 della Carta che diviene una violazione in assenza di giustificazioni.

Una tale giustificazione potrebbe ravvisarsi nei casi in cui la duplicazione sanzionatoria sia volta ad un obiettivo di interesse generale, purché vi sia una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare per gli interessati derivante dal cumulo di procedimenti e che sussistano norme in grado di temperare la severità del complessivo trattamento sanzionatorio.

Applicando le coordinate ermeneutiche sovranazionali, il legislatore dovrebbe prevedere un complesso di regole procedurali in grado di disciplinare il concorso tra i procedimenti penali e quelli sanzionatori amministrativi.

Ovviamente, la previsione di una apposita disciplina di legge soddisfa il requisito della prevedibilità della duplicazione sanzionatoria per il datore di lavoro. A tale garanzia dovrebbe affiancarsi un complesso di regole volto ad evitare la duplicazione nella raccolta delle prove tra, ad esempio, l'attività dell'Ispettorato del lavoro e la Procura della Repubblica e meccanismi che consentano al giudice penale di tenere in considerazione la sanzione amministrativa già eventualmente subita dal datore di lavoro.

Un simile apparato di regole consentirebbe, sia per lo sfruttamento del lavoro che per l'intermediazione illecita, di coordinare il sistema sanzionatorio amministrativo e quello penale, tenuto conto, come più volte già detto, che il caporalato, nell'epoca della Gig Economy⁴³, è fenomeno

⁴⁰ I minimi riferimenti presenti nel testo non hanno alcuna pretesa di esaustività dell'argomento, tra i più complessi della scienza penale. Si rinvia per una efficace esposizione del problema a F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Riv. soc.*, 1/2023, 189 ss.

⁴¹ C. EDU 15 novembre 2016, app. n. 24130/11 e 29758/11.

⁴² Sentenza C. giust. UE, Grande Sezione, sentenza 20 marzo 2018, Menci C-617/10; Grande Sezione, sentenza 20 marzo 2018, Garlsson, C-537/16; Grande Sezione, sentenza 20 marzo 2018 De Puma C-596/16.

⁴³ Cfr. A. ESPOSITO, *Gig economy e recupero della legalità*, in *Leg. pen.*, 2020.

perverso e controverso, caratterizzato da insularità e progressività, motivo per il quale spesso i due sistemi possono essere coinvolti in tempi e modi differenti.

Tale conclusione non viene scalfita dalla necessità, in precedenza segnalata, di introdurre eventuali sanzioni giuslavoristiche che, essendo volte alla tutela preventiva del lavoratore e alla ricostituzione della legalità del mercato del lavoro, sono estranee ad eventuali lesioni del diritto al *ne bis in idem*, trattandosi di illeciti con scopi differenti.

Quesiti referendari «scritti male» o “dovere di vivere”? La tutela penale della vita, i princìpi costituzionali ed i “diritti scomodi” sottesi alla morte del consenziente nelle ipotesi di patologia irreversibile

ANTONIO NAPPI

ABSTRACT

Italian Constitutional Court declared inadmissible the referendum partially repealing art. 579 of criminal code (judgment n. 50/2022) on a ground that, on the one hand, goes far beyond the limits that the Constitution sets - in subiecta materia – to the Court's discretion; on the other hand, appear specious, subtending an ostracism toward any legislative change that could expand self-determination boundaries in end-of-life choices. The essay tries to provide a contribution in identifying an axiologic route that makes – in the book ed in action – the discipline of therapeutic/clinic self-determination of irreversible patients respectful of the constitutional principles.

SOMMARIO: 1. *Volenti non fit iniuria*, bioetica e prospettiva relativistica: cenni introduttivi. – 2. Autodeterminazione terapeutico/clinica e patologia irreversibile. – 3. L'inderogabile indisponibilità del bene vita nel disegno codicistico. – 4. Diritto alla salute, consenso informato ed intangibilità del proprio corpo nel disegno costituzionale. – 5. La svolta legislativa determinata dall'entrata in vigore della l. n. 219/2017. – 6. La dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p. (Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019). – 7. La dichiarazione di inammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 579 c.p. (Corte cost. n. 50/2022). – 8. Il complesso bilanciamento tra esigenze solidaristiche e diritto di autodeterminazione.

1. Molte e complesse questioni si pongono nelle ipotesi di rinuncia alla tutela di un bene giuridico da parte del suo titolare.

Esse attengono ai limiti di *efficacia del consenso*, e, pertanto, alla possibile *indisponibilità* dei diritti individuali; alla discussa esistenza di *beni propri* di ciascuno a *titolo originario*, a prescindere da qualsiasi riconoscimento legislativo; all'elisione o meno dell'*offesa*, allorché la materiale distruzione, diminuzione o esposizione a rischio del bene protetto siano volute dal titolare dello stesso; alla *natura giuridica* del consenso dell'avente diritto, che ne implica o meno la configurazione quale causa di giustificazione.

Gli aspetti di gran lunga più delicati attengono alla disponibilità della vita, sede dei più complessi nodi problematici. Il tentativo di scioglierli inoltra la speculazione nei sentieri della bioetica, disseminati delle insidie epistemologiche, implicate dal fatto che la scienza giuridica si nutre delle

convinzioni proprie d'ogni *osservatore*¹. Ciò amplifica l'influenza che – sull'una o l'altra argomentazione – viene esercitata dalle precomprensioni di ciascheduno², sovente prodromiche alla tentazione di ergere a *dogmi* i propri convincimenti: cedervi, spinge verso assiomatiche derive, comportando il tralignare dell'indagine dall'epistemologia propria degli ordinamenti laici³. Questi ultimi, infatti, sono inconciliabili con paradigmi etici asseritamente validi per tutti⁴ – ovvero con l'idea di concezioni morali superiori a tutte le altre⁵ – nonché, per l'effetto, con scelte di criminalizzazione fondate sulla mera contrarietà di una condotta all'*èthos* dominante⁶.

Ben diversa è la rotta segnata dal principio di *falsificabilità*, tratto identitario dell'attività scientifica, implicante la “possibilità di confutazione”⁷ e, per l'effetto, il rifiuto di “verità” incontestabili, nonché, specularmente, l'accoglimento dei soli concetti empiricamente dimostrabili.

¹ Tali insidie sono disseminate in ogni sentiero della bioetica, branca della scienza che, nell'interrogarsi sui limiti di accettabilità degli interventi medici e biologici sull'essere umano, pone – dal punto di vista giuridico – interrogativi ai quali, nonostante la prevalente dimensione morale, filosofica e religiosa che li connota, è chiamato a dare risposta il biodiritto. Il rapporto tra bioetica e biodiritto è stato oggetto di autorevoli approfondimenti: si rinvia, tra essi, a S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna 2015, 7 s.; C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino 2012, 4 s.; S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in ID. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari 1993, 421 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Bioetica e diritto*, in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano 1995, 3 ss. La parte del biodiritto che si occupa della rilevanza *in criminalibus* dei problemi di tutela della vita, dell'integrità fisica e della salute, suol definirsi biodiritto penale, secondo terminologia risalente già a S. MOCCIA, *Bioetica o 'Biodiritto'? Gli interventi dell'uomo sulla vita in fieri di fronte al sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 863 ss. Sul tema, *ex multis*, G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, L, II-III, 546 ss.; D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano 2011, 637 ss.

² Sempre attuale, in tal senso, l'insegnamento di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. a cura di S. PATTI, G. ZACCARIA, Napoli 2010.

³ Per approfondimenti, *ex plurimis*, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano 2006, 139 ss.; GIOV. DE FRANCESCO, *Pauca dicta sui fondamenti e sui principi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, LVI, III, 1337 ss.; T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, *ivi*, p. 1087 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, *ivi*, 1981, 477 ss.; G.E. RUSCONI, *Laicità ed etica pubblica*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino 2006, 45 ss.

⁴ Alla mancanza di un *èthos* valido per tutti consegue, negli assetti ordinamentali non confessionali, la separazione tra diritto e morale: sul punto, *ex multis*, E. DOLCINI, *Laicità, «sana laicità» e diritto penale. La Chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, LII, III, 1017 ss.; S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio: dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979, 3 ss.; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, II, 651 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, I, 55 ss.

⁵ In tal senso, S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 250.

⁶ Il diritto penale non può castigare costumi immorali, né orientare opzioni culturali individuali o collettive: così, per tutti, S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., 139 s. In senso conforme, *ex plurimis*, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2009, spec. 204 ss. Si esprimeva in senso opposto G. BETTIOL, *Scritti giuridici*, II, Palermo 1948, 702.

⁷ «Nessuna quantità di esperimenti», sostenne in tale prospettiva Albert Einstein in una lettera a Max Born datata 4 dicembre 1926, «potrà dimostrare che ho ragione; un unico esperimento potrà dimostrare che ho sbagliato»: M. BORN, *The Born-Einstein Letters 1916-1955: Friendship, Politics and Physics in Uncertain Times*, New York 2005, 88 (la traduzione in italiano è nostra). La falsificabilità coincide con la razionale controllabilità, ed è caratteristica propria delle teorie ascrivibili alla scienza: cfr. K.R. POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, trad. it. a cura di M. TRINCHERO, Torino 1969, 146.

Delle due, insomma, l'una: «dimostrare l'oggettiva superiorità dei propri valori»⁸ ovvero seguire la prospettiva relativistica⁹, muovendo dalla consapevolezza che «tutto ciò che è detto, è detto da un osservatore»¹⁰, e rendendo inoltre ogni persona arbitra delle proprie scelte etiche¹¹.

2. Le profonde implicazioni di tale dicotomia epistemologica si colgono nel riflettere sui confini dell'autodeterminazione terapeutico/clinica¹², specie allorché ci si inoltra nelle estreme lande ubicate nel limbo tra la vita e la morte, ossia in quei territori della speculazione biogiuridica ad alta “sismicità assiologica”. Si avvertono, infatti, con sempre maggior nitidezza, anche nell'ordinamento italiano vigente, le scosse telluriche prodotte dal binomio tra «medical sophistication» e «longer life expectancies», che ha determinato l'esponenziale crescita del numero di persone tenute nolente in vita con l'ausilio di tecniche elaborate nell'incessante progredire della ricerca in campo medico e biotecnologico¹³.

Ciò ha generato, in molti pazienti affetti da patologia irreversibile¹⁴, la preoccupazione di vedersi costretti a prolungare la propria esistenza in condizioni da essi reputati angoscianti e non dignitose¹⁵. Ne è conseguita, sempre più spesso, una vera e propria “sindrome *locked-in*”, che ha indotto i diretti interessati ad invocare la liberazione *dal* corpo, con un curioso stravolgimento della prospettiva dell'*habeas corpus*, cui matrice storica è l'opposta istanza di libertà *del* corpo da ingerenze esterne¹⁶.

Tali diffuse ed accorate istanze continuano a generare profonde contrapposizioni nel dibattito scientifico.

Una parte della dottrina – argomentando dai concetti di “sacralità” della vita e “dignità” della persona – sostiene, infatti, la necessità di ancorare il nostro ordinamento al principio di assoluta indisponibilità della vita, paventando, diversamente, abusi ai danni delle persone vulnerabili, e sostenendo che «sarebbe paradossale ricavare dal diritto alla vita il suo contrario», e, pertanto, che «del tutto illogica risulterebbe anche la scelta di configurare “la libertà di darsi la morte come risolto

⁸ V. MURA, *Paternalismo e democrazia liberale, un equivoco da chiarire*, in *Meridiana*, 2014, LXXIX, 60.

⁹ In tema di concezione relativistica dei valori, *ex multis*, P. PIOVANI, *Conoscenza storica e coscienza morale*, Napoli 1966, spec. 157 ss.

¹⁰ Sulle implicazioni di tale icastico concetto si rinvia a H. MATURANA, F. VARELA, *Autopoiesi e cognizione. La realizzazione del vivente*, trad. it. a cura di A. STRAGAPEDE, Venezia 1985.

¹¹ Si veda, per tale ricostruzione relativistica, H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, trad. it. a cura di A.M. CASTRONUOVO, F.L. CAVAZZA, G. MELLONI, Bologna 1966, 192 ss. Per approfondimenti, R. DWORKIN, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it. a cura di L. CORNALBA, Milano 2007, 28.

¹² Impieghiamo questa terminologia, distinguendo l'autodeterminazione terapeutica da quella clinica, poiché quest'ultima espressione ci sembra indicare con maggior precisione e appropriatezza le ipotesi in cui la scelta del paziente abbia ad oggetto trattamenti che, considerata l'irreversibilità e incurabilità della malattia, non hanno alcuna speranza di condurre alla guarigione e non possono quindi considerarsi terapeutici, avendo ad oggetto, piuttosto, rimedi meramente clinici, diretti a prolungare la vita, senza alcuna ragionevole pretesa di cura: per approfondimenti, A. NAPPI, *Diritto penale e malattia irreversibile. Dal 'dovere di vivere' al diritto di autodeterminazione*, Napoli 2019, 17 spec. nt 16.

¹³ Approfondisce il tema L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino 2018.

¹⁴ Sull'inevitabile incertezza, anche alla luce di possibili nuove scoperte scientifiche, della diagnosi di incurabilità, cfr. F. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Arch. giur.*, 1970, I-II, 37 ss.

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, IV, sentenza 24 aprile 2002, Diane Pretty c. Regno Unito, ricorso n. 2346/2002, in www.echr.coe.int, § 65

¹⁶ Sul punto, E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul “caso Cappato”*. Nota a ordinanza Corte costituzionale 16 novembre 2018, n. 207, in *Fam. dir.*, 2019, III, 236 ss.

negativo del diritto alla vita»¹⁷. In tale prospettiva, inoltre, si adducono l'*in dubio pro vita* quale canone teleologico vincolante; l'indeterminatezza del concetto di irreversibilità della malattia; la difficoltà di presumere il consenso dei pazienti privi della capacità naturale; l'inconciliabilità della professione medica, finalizzata a salvare la vita, con la realizzazione di condotte che contribuiscano a porre fine all'esistenza di pazienti; la non rifiutabilità/rinunciabilità di alimentazione e idratazione artificiali, ritenuti non trattamenti sanitari, bensì "presidi di cura" e "meri sostentamenti ordinari di base"¹⁸.

Un diverso orientamento sostiene invece che l'attuazione del dettato costituzionale implichi la necessità di superare la paternalistica impostazione del codice Rocco, e, con essa, il principio di assoluta indisponibilità della vita¹⁹. La salute, pertanto, andrebbe intesa «come stato di completo benessere fisico e psichico»²⁰, dal quale discenderebbe il diritto di non sottoporsi a trattamenti sanitari contrari alla propria determinazione, pur ove da ciò consegua il sacrificio della propria vita²¹. Tale impostazione ha trovato anche un solido ancoraggio giurisprudenziale, a partire da Corte cass. n. 21748/2007²², ed in anni più vicini è stata avallata da un intervento legislativo che ha provato a delineare una disciplina organica della materia.

3. Nell'indagare i riflessi di tale dialettica sulle scelte politico-criminali operate dal legislatore italiano occorre far i conti con il codice Rocco, nel cui utilitaristico disegno la persona è concepita non quale *fine* dell'intervento normativo, bensì quale *mezzo*, funzionale alla realizzazione degli

¹⁷ F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 2020, I, 3 ss. Per approfondimenti, GIOV. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, in *La legislazione penale*, 16 marzo 2020, 3.

¹⁸ Per riflessioni problematiche, orientate, sia pure con diversità di accenti, nel senso indicato nel testo, cfr., *ex plurimis*, F. MANTOVANI, *Caso Eluana Englaro e inquietudini giuridiche*, in *Iustitia*, 2009, I, 7 ss.; M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, II-III, 506 ss. Si rinvia inoltre a L. CORNACCHIA, *Placing care. Spunti in tema di paternalismo penale*, in *Criminalia*, 2011, 239 ss.; L. EUSEBI, *Autodeterminazione: profili etici e biogiuridici*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, a cura di F. BASILE, D. BRUNELLI, S. CANESTRARI, Torino 2011, 957 ss.

¹⁹ Così, cfr., *ex plurimis*, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Il Foro it.*, 2009, V, 228.

²⁰ Cons. st., sentenza 21 giugno 2017, n. 3058, in www.anaao.it

²¹ In tal senso S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *La legislazione penale*, 19 dicembre 2018, 2 ss. Cfr., inoltre, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.

Emblematica della difformità interpretative, in anni a noi vicini, è stato il parere del Comitato Nazionale di Bioetica sul "Suicidio medicalmente assistito" approvato il 18 luglio 2019, con una spaccatura plasticamente rappresentata dalle divisioni nel voto finale, che ha portato all'approvazione con 13 voti favorevoli ed 11 contrari del documento, che, tra l'altro, così recita: «alcuni sono contrari alla legittimazione, sia etica che giuridica, del suicidio medicalmente assistito, e convergono nel ritenere che la difesa della vita umana debba essere affermata come un principio essenziale in bioetica (...) e che l'«agevolare la morte» segni una trasformazione inaccettabile del paradigma del «curare e prendersi cura». Altri (...) sono favorevoli sul piano morale e giuridico alla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito sul presupposto che il valore della tutela della vita vada bilanciato con altri beni costituzionalmente rilevanti, quali l'autodeterminazione del paziente e la dignità della persona. Altri ancora (...) evidenziano i concreti rischi di un pendio scivoloso a cui condurrebbe, nell'attuale realtà sanitaria italiana, una scelta di depenalizzazione o di legalizzazione del c.d. suicidio medicalmente assistito modellata sulla falsariga di quelle effettuate da alcuni Paesi europei» (Comitato Nazionale di Bioetica, presieduto dal Prof. Lorenzo D'Avack, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito, Parere del 18 luglio del 2019*, in www.bioetica.governo.it).

²² Cass. civ., I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2007, I, 3025, con nota di G. Casaburi, *Considerato in diritto*, § 6.1.

interessi meta-individuali, poiché «non è lo Stato che serve all'individuo, ma sono gli individui e le corporazioni che servono allo Stato»²³.

In tale prospettiva, i diritti dei singoli vengono intesi non quali inalienabili prerogative dell'uomo²⁴, bensì come oggetto di mere *concessioni* dell'autorità al cittadino²⁵: pertengono allo Stato, quindi, l'integrità fisica e la stessa vita, e ciò spiega la limitata efficacia giustificante del consenso, *ex art. 50 c.p.* circoscritta ai diritti "disponibili", e quindi esclusa, ad es., *ex art. 5 c.c.*, per gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente della propria integrità fisica, nonché dagli artt. art. 579 (Omicidio del consenziente) e 580 (Istigazione o aiuto al suicidio) c.p. Tali ultime due disposizioni, alle quali adesso accenneremo, sanciscono il principio dell'indisponibilità della vita, rendendo punibile anche colui che, pur con atto di solidarietà umana, accolga la richiesta di aiuto a morire²⁶.

L'art. 579 c.p., in adesione all'idea che nessuno ha il diritto di «farsi carico di richieste di morte»²⁷ - pur operando un «giudizio di prevalenza, *ex lege*, dell'elemento attenuatore del consenso su ogni altro elemento di maggior gravità del fatto»²⁸ - rende punibile l'omicidio del consenziente, al fine di preservare la vita umana dai rischi sottesi a «scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate»²⁹. L'art. 579 c.p. contempla una comminatoria edittale più benevola di quella prevista dall'art. 575 c.p., marcando così una differenza rispetto al codice Zanardelli, che disciplinava questa fattispecie alla stregua di un omicidio doloso comune³⁰. Ciononostante, l'art. 579 c.p. non è applicabile alle ipotesi di eutanasia consensuale di pazienti irreversibili: in esse, infatti, la sofferenza prodotta dalla malattia genera uno stato di prostrazione fisica e psicologica. Ne consegue la riconducibilità di queste fattispecie all'art 579³, n. 2, c.p., che rende punibile a titolo di omicidio (non del consenziente, bensì) volontario di chi commetta il fatto «contro una persona inferma di mente, o che si trov[i] in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità»³¹. Sarebbe stato invece preferibile – accertata la natura consapevole e non coartata della decisione dell'avente diritto –

²³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino 1937, 527. Sulla collettivizzazione del bene vita nel codice Rocco: G. MAGGIORE, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 1950, 631 ss. Cfr., per un'approfondita analisi di queste fattispecie, A. MANNA, *Artt. 579-580. Omicidio del consenziente ed istigazione o aiuto al suicidio: l'eutanasia*, in ID. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino 2007, 49 ss. Per un'articolata chiave di lettura del tema delle interazioni tra diritto, etica e politica, sviluppato, in prospettiva storica, cfr. M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *Discrimen*, 28 marzo 2019, 1 ss.

²⁴ Relazione Ministeriale sui libri secondo e terzo del Progetto di Codice penale del 22.11.1887, 1889, 320 ss.

²⁵ Cfr. C. FIORE, voce *Libertà*, V) *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma 1990, 2.

²⁶ Il *discrimen* tra le fattispecie, secondo l'interpretazione da tempo consolidata in giurisprudenza, risiederebbe nel dominio finalistico della decisione in merito alla morte: il fatto è ascrivibile all'art. 580 c.p., e non all'art. 579, «tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione [...] e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria»: Cass. pen., sentenza 12 marzo 1998, n. 3147, in www.cortedicassazione.it

²⁷ D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 507.

²⁸ Cfr. questi rilievi in A. MANNA, *Artt. 579-580.*, cit., 42.

²⁹ Corte cost., sentenza 15 febbraio 2022, n. 50, in www.cortecostituzionale.it, *Considerato in diritto*, § 5.3.

³⁰ A. MANNA, *Artt. 579-580.*, cit., 41.

³¹ Il corsivo è nostro. Per approfondimenti, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 97 ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, I, 82; F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, *ivi*, 1988, II, 463; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 677 ss., spec. 714 s.

rendere applicabili a tali ultime ipotesi l'art. 579 c.p.: si sarebbero così evitati esiti sanzionatori draconiani, e, quindi, violazioni del principio di ragionevolezza/proporzione³².

L'art. 580 c.p., invece, rende punibili determinazione, istigazione ed aiuto al suicidio, prevedendo per tali condotte una medesima comminatoria edittale. Tale equiparazione – irragionevole in virtù del ben diverso disvalore che connota le tre fattispecie – è fonte di un patente contrasto con l'art. 3 Cost.³³, e non può dirsi sufficiente, per sanare tale *vulnus*, il potere di commisurazione della pena, concesso al giudice ex art. 133 c.p. Ogni disposizione, infatti, già in astratto dovrebbe esser rispettosa dei principi di proporzione ed uguaglianza, che in questa sede suggerirebbero di (i) riservare alla sola «determinazione» al suicidio il severo trattamento sanzionatorio oggi previsto³⁴; (ii) precisare il vago concetto di «istigazione»; (iii) riformare – seguendo i tracciati di *extrema ratio* e frammentarietà dell'intervento penale - la disciplina dell'«agevolazione» al suicidio.

De iure condito va evidenziato che la fattispecie è naturalisticamente plurisoggettiva, ma normativamente monosoggettiva³⁵. Il suicidio, infatti, neanche nella forma tentata è perseguibile: vi osta sia la scarsa funzionalità, in termini di prevenzione generale e speciale, della minaccia penale e della sua esecuzione, sia la considerazione della *poena naturalis* connessa alla frustrazione dell'intento suicida³⁶ ed al grave disagio psichico che inevitabilmente affligge chi compia tale gesto³⁷. Sarebbe stato anche ipotizzabile, ma solo in un contesto ordinamentale diverso da quello nel quale ha visto la luce il codice Rocco, che l'irrilevanza penale del tentativo di suicidio si fondasse sull'implicito riconoscimento di un diritto di autodeterminazione del singolo nel decidere di por fine alla propria vita³⁸.

A tali questioni, si connette il dibattuto tema della natura giuridica del suicidio, al quale possiamo qui dedicare solo brevi cenni. Secondo un orientamento dottrinale, il suicidio, pur se non punibile, costituirebbe atto *contra ius*, concretando una violazione dell'obbligo di esercitare i doveri del singolo

³² A. MANNA, *Artt. 579-580*, cit., 37 ss., spec. 41. Cfr. inoltre S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 98.

³³ Così A. MANNA, *Artt. 579-580*, cit., 47 s. L'art. 580 c.p. si pone quindi in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale: per approfondimenti, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino 1997, 133 ss. Sul rapporto tra il primo e il secondo comma dell'art. 3 Cost. cfr., nell'ambito della dottrina non penalistica, S. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1982, 133 ss.; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Cost.*, Padova 1984, 19 ss.; C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 17 ss.; L. PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 605 ss.; ID., *Eguaglianza (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 1 ss.; U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 165 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Corte Costituzionale e principio di uguaglianza*, in N. OCCHIOUPO (a cura di), *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, 103 ss.

³⁴ Così S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 37.

³⁵ Cfr. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, 157 s.

³⁶ Per un autorevole, risalente opinione in tal senso rinviamo a F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale. Parte speciale*, I, Lucca 1878, § 1155, 216, richiamato da S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 64, nt. 3.

³⁷ In tal senso già C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Firenze 1764, in L. FIRPO (a cura di), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Milano 1984, § XXXII, *Suicidio*, 103 ss. Sul ritrarsi della repressione penale del suicidio e del tentato suicidio, avvenuta solo in epoca moderna, D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, VII, 66, che richiama in tal senso, *ivi*, in nota 42, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, X, 1 ss.

³⁸ Per approfondimenti, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 228.

verso la società, che presuppongono l'esistenza in vita³⁹. Questa ricostruzione non ci sembra condivisibile: la tutela della salute, infatti, in ottica personalista, dovrebbe esser scevra da risvolti utilitaristici⁴⁰. Un diverso orientamento ravvisa nel suicidio un atto giuridicamente tollerato⁴¹, ma connotato da disvalore⁴². Anche tale argomentazione non ci pare condivisibile, poiché essa – nell'operare un giudizio di (dis)valore – sovrappone la valutazione collettiva a quella del diritto interessato, con effetti di prevaricazione di quest'ultima. Una ulteriore teorizzazione ravvisa nel suicidio l'estrinsecazione di una libertà fondamentale⁴³, che, nelle ipotesi di malattia, si tradurrebbe nel diritto di non curarsi, comprensivo di quello – enucleabile ex artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost. – di morire⁴⁴. La tesi, apprezzabile per la sua attenzione al principio personalistico, è condivisibile nella misura in cui sottenda, in una prospettiva pluralistica, che il suicidio, non mettendo a repentaglio beni giuridici altrui, andrebbe considerato atto lecito⁴⁵, in relazione al quale lo Stato non si intromette⁴⁶ al

³⁹ Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., VIII, 111 ss. Nello stesso senso: P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio*, in AA.VV., *Suicidio e tentato suicidio in Italia. Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*, I, Milano 1967, 391. Sussisterebbe, quindi, un dovere civico alla salute: per approfondimenti, P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli 1983, 55 ss. Critico nei confronti di questa impostazione F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 84.

⁴⁰ Per quest'ordine di idee, *ex plurimis*, F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., 47 ss.

⁴¹ In una diversa, autorevole prospettiva (GIOV. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, cit., 6), tale impostazione è stata criticata sostenendo che: «piuttosto che avventurarsi sul terreno di un *tertium genus* dai contorni ambigui e sistematicamente sfuggenti [*id est* l'atto tollerato, contrapposto sia all'atto lecito che a quello illecito] resta preferibile la tesi in base alla quale il suicidio denoti pur sempre un fenomeno illecito, sebbene con la fondamentale precisazione che la conseguenza di un simile attributo si esprime concretamente nella sola possibilità di impedirne il compimento».

⁴² In tal senso F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit, 124 ss., secondo cui l'art. 580 c.p. sarebbe equiparabile, per certi aspetti, al favoreggiamento e allo sfruttamento della prostituzione, intese come condotte che accedono a un fatto, come la prostituzione, da considerarsi quale disvalore, perché lesivo della dignità della prostituta. Le posizioni della dottrina italiana sono analizzate da M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2016, II, che in nota 15, che oltre a richiamare la qui descritta posizione di Mantovani, opera un riferimento alle diverse tesi in merito alla qualificabilità del suicidio: condotta penalmente atipica, ma nondimeno antisociale (F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in AA.VV., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano 1991, 207) ovvero giuridicamente non vietata e indifferente: (P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, Milano 2011, 118 ss.); o giuridicamente lecita e atipica per l'autore (M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, 187 ss.).

⁴³ Afferma che il suicidio sia ascrivibile alle fondamentali libertà riconosciute all'individuo, cui non corrisponde alcun dovere di impedimento da parte di terzi, S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, cit., 196. Cfr. inoltre ID., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 677 ss.

⁴⁴ Ritiene, invece, non configurabile una libertà di suicidarsi, incompatibile con la disciplina del codice penale vigente, cfr., *ex plurimis*, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.; R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo: art. 5*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca 1943-2011*, Estratto dal volume "Delle persone fisiche (art. 1-10)", Bologna-Roma 1988, 34 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino 2003, cit., 90 ss.

⁴⁵ Si è obiettato che una simile ricostruzione finirebbe per rinvenire nel suicidio un diritto garantito, comportando inaccettabili conseguenze: in particolare, l'incriminabilità della «condotta di salvataggio di un terzo nei confronti del suicida come violenza privata e, per converso [la scriminabilità] per legittima difesa del comportamento del suicida che uccida il soccorritore»: così S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 65 s. Si tratta di osservazioni acute ma, invero, a nostro sommo avviso, l'azione del terzo costituirebbe un'azione 'socialmente adeguata' e quindi non penalmente tipica: non costituirebbe, pertanto, violenza privata la condotta del terzo soccorritore; né sarebbe scriminato dalla legittima difesa colui che uccidesse il proprio soccorritore.

⁴⁶ S. CANESTRARI, *op. ult. cit.*, 67.

fine di rispettare la «sfera personale più intima»⁴⁷. A tale impostazione è stato autorevolmente obiettato che «sarebbe invero necessario poter dimostrare l'illiceità del suicidio, onde – laddove ciò si rivelasse impossibile – coerenza vorrebbe che l'azione del terzo [volta a contrastare la condotta suicida] debba considerarsi essa stessa illecita e per tale ragione, oltre che impedibile, legittimamente incriminabile»⁴⁸. In altri termini, stando a tali rilievi, considerare il suicidio come atto lecito implicherebbe, da un lato, la non impedibilità del suicidio; dall'altro, l'impedibilità – e punibilità a titolo di violenza privata – dell'azione del terzo “soccorritore”, volta a contrastarne la commissione. Pertanto, per evitare questa catena di paradossali effetti, è stato teorizzato che sarebbe preferibile configurare il suicidio come atto illecito, considerato che «la qualifica d'illiceità può ben consistere nella sola impedibilità del fatto, senza generare alcun altro di tipo di misura ‘sanzionatoria’ anche sotto il profilo extrapenale»⁴⁹. Si aggiunge, in tale prospettiva, che «la teoria tripartita del reato ammette l'esistenza, non soltanto di fatto tipici ma non illeciti; ma anche di fatti illeciti, anche se non penalmente tipici», e se ne desume che sia «giocoforza ritenere che il gesto autolesivo debba essere inquadrato, pur con le specificità or ora segnalate, proprio nella seconda categoria di fenomeni»⁵⁰. La mancanza di tipicità della condotta suicida, infatti, risulta *per tabulas* dalla sua mancata incriminazione, e si fonda sull'assenza, in tale azione, poiché, rivolta «contro sé stessi», di un «offesa penalmente rilevante a beni giuridici altrui»⁵¹. Tuttavia – si aggiunge con ingegnoso rilievo – il suicidio «venendo a coinvolgere l'interesse di terzi a conservare la relazione con l' 'altro' di cui la vita è presupposto, non può meritare una qualifica positiva di liceità, e nemmeno, di conseguenza, precludere ai soggetti in questione di attivarsi per impedire quel gesto da cui deriverebbe la cessazione di tale rapporto»⁵².

Accogliendo la soluzione della liceità, così finemente prospettata, il suicidio configurerebbe dunque un atto illecito, anche se non penalmente tipico. A nostro sommo avviso, tuttavia, qualificare il suicidio come atto lecito, oltre a costituire soluzione coerente con la scelta di non punibilità operata dal legislatore, non implicherebbe l'impedibilità della condotta di contrasto all'azione suicida, né l'incriminabilità del terzo, poiché la condotta del “soccorritore” costituirebbe un'azione socialmente adeguata⁵³. Essa, pertanto, non sarebbe impedibile né punibile, appartenendo al novero di quelle azioni che «per la loro coerenza con lo stile di vita, storicamente condizionato, della comunità, non possono farsi rientrare, al tempo stesso, nella fattispecie di un reato»⁵⁴.

⁴⁷ 57 In tal senso L. CORNACCHIA, *Placing care*, cit., 270.

⁴⁸ GIOV. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, cit., 2.

⁴⁹ GIOV. DE FRANCESCO, *op. ult. cit.*, 6.

⁵⁰ GIOV. DE FRANCESCO, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con 'l'altro'*, in *La legislazione penale*, 16 marzo 2020, 6.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Si veda, sul concetto di adeguatezza sociale e sulle sue implicazioni *in criminalibus*, C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2023, 328; C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli 1966; ID., *Azione socialmente adeguata*, in *Enc. dir. Treccani*, 1988, IV, 1 ss.

⁵⁴ Così C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 333, ove si aggiunge: «l'idea dell'adeguatezza sociale non è altro che un punto di vista nell'interpretazione della fattispecie, che serve ad escludere dalla previsione normativa le condotte che, in realtà, non vi corrispondono, perché in esse manca una reale dimensione aggressiva del bene».

4. Il dominio dell'ideologia utilitaristica fu interrotto dall'entrata in vigore della Costituzione, i cui artt. 2 e 13¹ sanciscono «rispettivamente il «principio personalistico», che pone l'uomo, e non lo Stato, al centro della vita sociale⁵⁵. I diritti fondamentali, in tale prospettiva, spettano all'individuo a titolo originario⁵⁶, e non sono condizionabili da finalità collettive né ad esse subordinabili⁵⁷. Tra essi figura il diritto alla salute – riconosciuto ex art. 32¹ Cost., nodale ai fini della nostra indagine, ed inviolabile (art. 2) – al pari della libertà personale (art. 13) di cui è articolazione⁵⁸. Tantomeno il diritto alla salute è coartabile. Trattamenti sanitari obbligatori, infatti, sono ammessi unicamente se previsti espressamente dalla legge, ed entro i limiti imposti dal rispetto della persona umana (art. 32² Cost.⁵⁹).

Gli articoli 2, 13¹, 32 Cost., pertanto, disegnano ampi confini per l'autodeterminazione terapeutico/clinica⁶⁰, e radicano in capo alla persona un diritto all'intangibilità del proprio corpo, che richiama alla mente la fascinosa analogia di Feinberg⁶¹ tra l'autonomia dell'individuo, intesa come signoria assoluta su sé stessi, e lo «Stato sovrano» che esercita il dominio sul proprio territorio.

Ne consegue, da un lato, che i trattamenti sanitari dovrebbero essere imposti solo ove necessari per tutelare diritti di terzi, in base una valutazione legislativa di pericolosità – compiuta, nell'ordinamento vigente, solo ex art. 34, l. n. 833/1978, in relazione alle ipotesi di malattia mentale del soggetto coartato⁶². Dall'altro, che il consenso informato quale «espressione della consapevole

⁵⁵ Corte cost., sentenza 22 novembre 2019, n. 242, in www.cortecostituzionale.it, *Considerato in diritto*, § 1.1.

⁵⁶ A prescindere, quindi, dal riconoscimento statale: cfr., *ex multis*, V. ONIDA, voce *Costituzione Italiana*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1989, 329 ss. Nello stesso senso, inoltre, nell'ambito della dottrina costituzionalistica cfr., *ex multis*, A. BARBERA, *sub Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 102 ss.

⁵⁷ Come rilevavamo poc'anzi, infatti, negli ordinamenti liberali e democratici «l'individuo è protetto nella sua libertà anche a scapito degli interessi dello Stato medesimo»: così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., VIII, 527, citato da G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita, tra attualità della sua espressione, rispetto da parte del giudice e doveroso esercizio per il beneficiario da parte dell'amministratore di sostegno (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. e previd.*, 2009, III, 486, nt. 2. Cfr., nel senso di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 579 e 580 c.p., *ex plurimis*, F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., 74 ss.; M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1382 ss.; D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, cit., 65 ss.; F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, cit., 47 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit., 477 ss. S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 670 ss.; Per riferimenti al tema trattato in rapporto al principio personalistico F. PALAZZO, *Persona (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 294 ss.

⁵⁸ Cfr. in tal senso M.B. MAGRO, *Etica laica e tutela della vita umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, cit., 1382 ss.

⁵⁹ D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, VI, 1204.

⁶⁰ Il diritto di autodeterminarsi in ambito sanitario è inviolabile e si identifica nella libera «esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo e quindi di rifiutare le cure anche quelle ritenute salvavita»: così A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, III, 47; nello stesso senso, G. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita*, cit., 489. Sulla portata dell'art. 32, 2° co., Cost., e sui riflessi di questa previsione sul principio dell'incoercibilità del vivere, *ex plurimis*, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 59 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Commento all'art. 32, 2° comma, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., 167 ss. Per ulteriori approfondimenti A. CAVALIERE, *Paternalismo, diritto penale e principi costituzionali: profili di teoria generale*, in *i-lex*, 2013, XX, 421 ss.; L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, Torino 2008, 19 ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, I, 82 ss.

⁶¹ J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, III, *Harm to self*, New York 1989, 53 ss.

⁶² Tale previsione, comportando il pericolo di violare fondamentali diritti di libertà individuale, va interpretata restrittivamente. La sua applicabilità, in particolare, va limitata alla presenza di gravi ed evidenti patologie psichiche, che rendano il trattamento sanitario imposto necessario per salvaguardare diritti altrui (cfr., al riguardo, F. VIGANÒ, *Art. 50*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, Milano 2011, 716 s). Diversamente, dovrebbe prevalere il diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica, e nessun trattamento sanitario andrebbe attuato in assenza del consenso,

adesione al trattamento sanitario proposto dal medico»⁶³, costituisce «sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»⁶⁴. Il consenso informato, pertanto, costituisce «principio fondamentale in materia di tutela della salute»⁶⁵, e trova fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione ed in ulteriori disposizioni dalla legislazione ordinaria interna⁶⁶, ma anche nelle fonti sovranazionali⁶⁷.

5. Le implicazioni personaliste del diritto alla salute rimasero per lungo tempo confinate alla dimensione teorica⁶⁸. Esse, tuttavia, negli ultimi decenni sono progressivamente penetrate nella realtà *in action* dell'ordinamento italiano, ed alla loro attuazione è stata impressa una decisa accelerazione con l'approvazione della l. n. 219/2017, rubricata "*Norme in materia di consenso informato e di*

eccettuati i casi in cui si versi nello stato di necessità contemplato dall'art. 54 c.p., e non possa quindi attendersi che il diretto interessato torni cosciente e possa così esprimere la propria volontà: per approfondimenti, C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria attuale dell'illecito penale*, trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli 1996, 175 s.

⁶³ Corte cost., sentenza 15 dicembre 2008, n. 438, in www.cortecostituzionale.it, *Considerato in diritto*, §4.

Sul fondamento costituzionale del diritto al consenso informato, *ex multis*, R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna 2013, 37 ss.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 438/2008, cit., *Considerato in diritto*, §4.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: tra esse, l'art. 3 della l. n. 219/2005 ("Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati"); l'art. 6 della l. n. 40/2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"); l'art. 33 della l. n. 833/1978 ("Istituzione del servizio sanitario nazionale"), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge; artt. 5, 12² e 18 l. n. 194/1978 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza": cfr., sul punto, Corte cost., sent. n. 438/2008, cit., *Considerato in diritto*, §4).

⁶⁷ Tra esse, la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 (non ratificata in Italia, ma dotata di valore ausiliario sul piano interpretativo) prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato» che deve seguire ad «una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi»; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge» (Corte cost., sent. n. 438/2008, cit., *Considerato in diritto*, §4). Inoltre, la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176: l'art. 24, infatti premesso che gli Stati «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore». (*ibidem*). Il principio in parola era inoltre riconosciuto, ad esempio, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, entrata in vigore come testo vincolante con il Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

⁶⁸ Sul punto, G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, cit., 232. Si veda inoltre, in merito alla tendenza a interpretare i principi costituzionali in funzione di pregiudiziali opzioni politico-ideologiche, ID., *Nuovi orizzonti della tutela penale della persona*, in S. CANESTRARI, L. FOFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?*, Milano 2005, 188 ss.; ID., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, II-III, 546 ss.

*disposizioni anticipate di trattamento*⁶⁹. Tale atto normativo recepisce e sviluppa le conclusioni alle quali era pervenuta la giurisprudenza ordinaria⁷⁰, sancendo il diritto del paziente all'informazione terapeutico/clinica⁷¹. In questa prospettiva, l'art. 1¹ dispone che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Ogni persona capace di agire – statuisce coerentemente l'art. 1⁵ – ha il diritto «di rifiutare, in tutto o in parte (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario» nonché di rinunciare ad esso, revocando «in qualsiasi momento (...) il consenso prestato»⁷². Con importante precisazione, inoltre, vengono ascritti ai trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, costituendo essi «somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti, mediante dispositivi medici» (art. 1⁵). L'art. 1⁷, poi, statuisce che «Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'*equipe* sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente *ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla*» (enfasi aggiunta). Viene in tal modo sancito quanto già desumibile dall'art. 54 c.p., che disciplina lo *stato di necessità*, escludendo la punibilità di chi abbia «commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare (...) altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

Le previsioni della l. 219/2017 sin qui descritte non costituiscono mera riproposizione di quanto sancito dall'art. 32, 2° co., Cost., poiché non si limitano a vietare i trattamenti sanitari coattivi⁷³. Potrebbe anzi sostenersi che esse - consentendo il rifiuto e la rinuncia dei trattamenti sanitari, anche se di sostegno vitale – abbiano rese lecite talune forme di eutanasia consensuale⁷⁴, ossia, nelle ipotesi

⁶⁹ Per approfondimenti, *ex multis*, G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della l. 219/2017*, in *Biolaw Journal*, 2018, II, 97 ss.; S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017*, cit., 3 ss.; F. D'AGOSTINO, *Forum "La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento". Come leggere la legge n. 219/2017*, in *Biolaw Journal*, 2018, I, 15 ss.; M. PERIN, *Valorizzare la dignità della persona nelle «norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»*, in *Biolaw Journal*, 2017, II, 125 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo critico sulla l. 219/17, in dialogo con Stefano Rodotà*, 2018, I, 121 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Forum "La legge n. 219 del 2017, Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento". Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *Biolaw Journal*, 2018, I, 85 ss.

⁷⁰ Corte cost., ord. n. 207/2018, in www.giurcost.it/decisioni, *Considerato in diritto*, § 8.

⁷¹ Tale diritto espressamente sancito *ex art.* 1³, l. n. 219/2017, stando al quale l'informazione fornita al paziente dev'esser completa, aggiornata, comprensibile; avere ad oggetto sia diagnosi, prognosi, benefici e rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati dai medici curanti, sia le possibili alternative e le conseguenze dell'eventuale rifiuto/rinuncia ai medesimi. Per approfondimenti, Servizio studi della Camera dei deputati, documento n. 252 del 22 febbraio 2017, in www.camera.it/leg17, 1 ss.

⁷² Esse, in particolare, sanciscono l'equivalenza di due situazioni distinte sul piano naturalistico: da un lato, il «rifiuto» di trattamenti sanitari, che si sostanzia nella decisione di non intraprenderli; dall'altro, la «rinuncia» agli stessi da parte di un paziente che richieda la loro sospensione o interruzione: S. CANESTRARI, *La legge n. 219 del 2017*, cit., 9. Per approfondimenti, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, X, 101.

⁷³ D. PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità di morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, VI, 1204.

⁷⁴ Sul tema dell'eutanasia si veda, nell'ambito della sterminata bibliografia, R. BARCARO, *L'eutanasia. Un problema paradigmatico della bioetica*, Milano 1998, 186 ss.; A. CARUSO, *L'eutanasia nell'ordinamento giuridico italiano: problemi medico legali de iure condito e de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1982, II, 697 ss.; A. ESER, *Possibilità e limiti dell'eutanasia dal punto di vista giuridico*, in AA.VV., *Vivere: un diritto o un dovere? Problematiche dell'eutanasia. Atti del convegno tenutosi a Rieti dal 23 al 26 ottobre 1986*, Roma 1987, 71 ss.; G. IADECOLA, *Eutanasia e sue problematiche giuridiche*, in *Giust. pen.*, 1985, VI, 188 ss.; F. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'abbandono e il rifiuto delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1009 ss.

di rifiuto, l'eutanasia consensuale *passiva*, caratterizzata dall'inattività del medico, e dal sopraggiungere della morte per l'evolvere del naturale decorso della malattia⁷⁵. Inoltre, nelle ipotesi di rinuncia, un'eutanasia consensuale che potrebbe definirsi *attiva*⁷⁶ (poiché caratterizzata dal *facere* del medico, che interrompa un trattamento sanitario in atto) e *indiretta* (in quanto limitata alla riduzione del tempo di vita, così distinguendosi da quella *diretta*, che induce direttamente la morte, come, ad es., nel caso di somministrazione di un farmaco letale⁷⁷).

Va tuttavia evidenziato, che il concetto di eutanasia attiva viene attualmente interpretato in senso più restrittivo. Prezioso, in tal senso, è il Preámbulo della Ley Orgánica 3/2021⁷⁸, che, richiamata l'etimologia della parola eutanasia, riconducibile alla «buona morte»⁷⁹, definisce il relativo concetto «*como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, produciendo por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento*»⁸⁰. L'eutanasia è, cioè, definita come atto finalizzato a porre fine alla vita di una persona, espressamente volto ad evitare una sofferenza del soggetto passivo. Ciò premesso, si rileva che nella dottrina bioetica e penalistica si è oramai consolidato l'orientamento volto a limitare l'impiego del concetto di eutanasia alla morte prodotta in modo *attivo e diretto*, e mediante una relazione causa-effetto unica e immediata⁸¹. In tale prospettiva, vengono estromesse dal concetto bioetico e giuridico-penale di eutanasia, sia condotte omissive che

L'etimologia richiama la 'buona morte', ed il termine eutanasia può continuare ad esser correttamente impiegato, anche se l'inquietudine generata da vocaboli che richiamano il concetto di morte ha indotto a suggerirne la sostituzione con diversi termini (Si veda, per il dibattito inerente a questo aspetto terminologico, S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, cit., 63 ss.; ID., *Rifiuto e rinuncia ai trattamenti sanitari*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale. Parte speciale, VII, I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino 2011, 681 ss.; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., 1 ss.; F. MANTOVANI, *Eutanasia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino 1990, 423 ss.

⁷⁵ C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, III, 265.

⁷⁶ L'eutanasia attiva è connotata dal *facere* di chi la attua (Cfr. F. MANTOVANI, *Eutanasia*, cit., 423 ss.) ma la sua distinzione dall'eutanasia passiva è sempre più sfumata, in virtù della crescente complessità delle tecniche di assistenza dei malati irreversibili ed i relativi confini appaiono, ormai, ancor più flebili di quelli che distinguono l'agire dall'omettere penalmente rilevante: Per approfondimenti, *ex multis*, a F. GIUNTA, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, IV, 554 ss.; G. G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 2009, XII, 227 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, spec. 50 ss., nel contesto di un'opera volta a evidenziare, tra l'altro, la fondamentale valenza del principio di autodeterminazione, il cui esercizio comporta il venir meno del profilo dell'offesa. Si vedano inoltre i contributi di cui al volume A. FIORELLA (a cura di), *Questioni della parte speciale di diritto penale*, Torino 2019.

Si veda inoltre, Sulla distinzione tra l'agire e l'omettere penalmente rilevante cfr., *ex plurimis*, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova 1988, *passim*; C. CUPELLI, *La disattivazione di un sostegno vitale tra agire e omettere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, III, 1145 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, II, Bologna 2013, 2 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano 1983, 192 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 70 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2017, 125 ss. In riferimento alla connotazione solo apparentemente passiva di alcune condotte eutanasiche, con riferimenti anche di ordine comparatistico, cfr. M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit., spec. 14 s.

⁷⁷ Per approfondimenti, *ex multis*, S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, V, 752 ss.; M.B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino 2001, 31 ss.; S. TORDINI CAGLI, *Le forme dell'eutanasia*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, Milano 2011, 1824 ss.

⁷⁸ Ley Orgánica, 24 marzo 2021, n. 3, *de regulación de la eutanasia*, in «BOE», 2021, LXXII, 34037 ss., *Preámbulo*, I.

⁷⁹ «La eutanasia significa etimológicamente 'buena muerte'»: *ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ «En nuestras doctrinas bioética y penalista existe hoy un amplio acuerdo en limitar el empleo del término «eutanasia» a aquella que se produce de manera activa y directa, mediante una relación causa-efecto única e inmediata»: *Ibidem*.

si ascrivevano all'*eutanasia passiva* (come la mancata adozione dei trattamenti tendenti a prolungare la vita e la interruzione di quelli già in atto e conformi alle *lex artis*), sia quelle che potevano considerarsi come *eutanasia attiva indiretta* (utilizzo di farmaci o mezzi terapeutici che alleviano la sofferenza fisica o psichica, anche se accelerano la morte del paziente, o, comunque, rimedi palliativi)⁸².

Per un verso, quindi, sembra confermata l'idea che sarebbe ad oggi «impossibile o troppo controversa, in Italia» l'espressa introduzione di «forme di eutanasia diretta e attiva»⁸³. Per l'altro, il legislatore, consentendo di interrompere, anche attraverso una condotta attiva, i trattamenti sanitari, ha inteso superare l'«effetto tremendo e perverso»⁸⁴ di pazienti irrevocabilmente vincolati alla prosecuzione di trattamenti sanitari ai quali non avevano prestato consenso (iniziati da un medico che aveva agito in stato di necessità e durante uno stato di incoscienza dell'interessato⁸⁵) o che non prestavano consenso a intraprenderli per il timore di non potervi poi rinunciare⁸⁶.

La l. n. 219/2017 non ha invece aperto alcun varco di liceità per le ipotesi di suicidio medicalmente assistito, cagionato cioè dal paziente stesso, *motu proprio*, assumendo un farmaco letale preparato da chi ne abbia qualificazione e competenza: su tale aspetto hanno tuttavia inciso due pronunce della Consulta – Corte Cost. ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019 – che si avrà adesso cura di approfondire⁸⁷.

6. La l. n. 217/2019 si presta ad esercitare una progressiva influenza sui confini degli artt. 579 c.p. e 580 c.p., riducendone lo spettro applicativo. Non sorprende, pertanto, che la sua entrata in vigore abbia impresso un'accelerazione all'esame della questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

L'antefatto è noto: Marco Cappato, denunciò sé stesso per aver agevolato il suicidio assistito di Fabiano Antoniani. Nell'ambito del procedimento penale seguitone, la Procura di Milano chiese l'archiviazione, ma il Giudice per le indagini preliminari emanò ordinanza di imputazione coatta⁸⁸, dalla quale originò il giudizio nel corso del quale la Corte di Assise del Tribunale di Milano ritenne che la condotta dell'imputato integrasse la fattispecie dell'aiuto al suicidio, come interpretata da costante giurisprudenza della Corte di cassazione⁸⁹, e sollevò pertanto questione di legittimità

⁸² «De manera que las actuaciones por omisión que se designaban como eutanasia pasiva (no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la *lex artis*), o las que pudieran considerarse como eutanasia activa indirecta (utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente –cuidados paliativos–) se han excluido del concepto bioético y jurídico-penal de eutanasia»: *ibidem*.

⁸³ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 marzo 2017, 4.

⁸⁴ M. DONINI, *op. ult. cit.*, 11.

⁸⁵ Così C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, cit., 265 s.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Vedi *infra*, § 6.

⁸⁸ Trib. Milano, uff. G.i.p., ord. n. 11095/2017 r.g. Gip. Cfr., per un commento alla decisione del G.i.p. Milanese, P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, VII-VIII, 256 ss.

⁸⁹ Cfr., per tutte, Cass. pen., sent. 12 marzo 1998, n. 3147, in www.avvocato.it.

costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui incriminava le condotte di aiuto al suicidio che non avessero contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima⁹⁰.

L'eccezione di legittimità costituzionale – implicando l'esistenza del diritto di rifiutare le cure, pur se necessarie *quoad vitam*⁹¹ – sembrò quasi sottendere che «rispetto ai divieti contenuti nel codice Rocco, l'autodeterminazione del singolo ponga un problema di eventuali controllimiti: limiti di legittimità di una tutela paternalistica della vita»⁹². La Consulta condivise i rilievi espressi dal remittente, e riconobbe, tra l'altro, che «la sedazione profonda continua ed il correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale», ma anche «la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte», costituiscono legittime «modalità di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze»⁹³. Il giudice delle leggi, pertanto, con pregevoli argomentazioni, rimarcò l'indifferibilità di una riduzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 580 c.p.⁹⁴, in virtù del contrasto tra tale disposizione e il dettato costituzionale⁹⁵. Da ciò, tuttavia, non vennero tratte le conseguenze suggerite dalla coerenza, che pur la Corte costituzionale aveva 'in punta di penna', ossia la declaratoria, di parziale illegittimità della disposizione denunciata, nella parte in cui incrimina l'agevolazione al suicidio, anche laddove esso attui, entro i limiti di legge, il diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica del paziente⁹⁶. Il *dictum* dell'ordinanza n. 207/2018, infatti,

⁹⁰ La Corte meneghina, più precisamente, eccipì le questioni di legittimità costituzionale, per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, 25, 2° co. e 27, 3° co., Cost., dell'art. 580 Cp: «a) nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio», per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, 1° co. e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU; b) nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [*recte*: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione». Per il testo integrale dell'ordinanza di rimessione: Corte Ass. Milano, ord. 14 febbraio 2018, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 febbraio 2018, con nota di M. FORCONI, *La Corte di Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*

⁹¹ Tale diritto venne correttamente inteso quale espressione del diritto alla salute e fondamentale connotato del diritto alla libertà personale dell'interessato: in tal senso, O. DI GIOVINE, *Brevi note a proposito della recente legislazione in materia di consenso informato e DAT, della legittimità del suicidio assistito e biodiritto in generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, VII, 917 ss.

⁹² D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 58 s. in tale prospettiva – aggiunge ivi il chiaro Autore – il fuoco della tutela apprestata dall'art. 580 c.p. venne spostato dalla vita alla libertà di autodeterminazione del singolo. *Nello stesso senso* R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 98: l'Autore, *ivi*, 99, richiama a sostegno di quanto rilevato nel testo l'assunto del provvedimento di rimessione stando al quale «il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente».

⁹³ Corte cost. ord. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 10: la disciplina di tali modalità id esercizio in senso negativo del diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica, aggiunse tuttavia la Corte (*ibidem*) non rendeva tuttavia necessario modificare l'art. 580 c.p., potendo piuttosto inserirsi tale disposizione «nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico», opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima».

⁹⁴ Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 10. La Consulta ha così argomentato anche in adesione ai convincenti rilievi della difesa di Marco Cappato: cfr. V. MANES, *È ancora suicidio*, Note di udienza (Corte cost., ud. 23.10.2018), in www.associazionelucacoscioni.it, 1 ss.

⁹⁵ In tal senso, infatti, esplicita era stata Corte cost., ord. n. 207/2018, *Considerato in diritto*, § 11, in www.cortecostituzionale.it/decisioni.

⁹⁶ Soluzione altrettanto valida sarebbe stata quella di ricorrere a una sentenza interpretativa di rigetto, volta a precisare che la condotta di agevolazione al suicidio andasse intesa in termini restrittivi, escludendo dall'ambito di operatività dell'art. 580 Cp l'ipotesi del soggetto che si limiti ad accompagnare il paziente irreversibile nel luogo in cui altri hanno predisposto il trattamento diretto a determinare la morte: per approfondimenti, R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 8 aprile 2019, 11.

fu limitato all'invocazione di un intervento legislativo, volto a modificare una disciplina che – ancor più all'esito della l. n. 219/2017 – non appariva in linea con il dettato costituzionale⁹⁷: il giudizio, pertanto, venne rinviato ad una nuova di discussione, fissata per il 24 settembre 2019, ed all'esito della quale valutare l'eventuale sopravvenienza di una nuova disciplina normativa⁹⁸.

Il legislatore rimase inerte, e la Consulta ha quindi pronunciato quindi la sentenza n. 242/2019, dichiarando l'illegittimità dell'art. 580 c.p, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, 2° co., Cost., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 (...) agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

In motivazione, evidenziato il fondamentale valore della vita, se ne desume che «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, non può ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione»⁹⁹. Si rileva, però, d'altro canto, che la l. n. 219/2017, in determinate situazioni obbliga il medico a rispettare la decisione del paziente di interrompere i trattamenti di sostegno vitale, e, quindi, si osserva: «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento,

⁹⁷ Corte cost., ord. n. 207/2018, *loc. ult. cit.*

⁹⁸ Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 11. La Consulta fondò tale scelta procedimentale con «l'intento di lasciare al legislatore, in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale (...) le scelte in tema di bilanciamento tra valori di primario rilievo; evitando, al contempo, un duplice deprecabile effetto: da un lato, che la disposizione impugnata continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili; dall'altro, che vengano scongiurati vuoti di tutela di valori, anch'essi, costituzionalmente rilevanti» (*ibidem*).

A nostro sommo avviso, tali argomentazioni non sono fondate. Per dimostrarlo, è sufficiente ipotizzare cosa sarebbe accaduto se la Corte, invece di tale ordinanza interlocutoria, avesse pronunciato sentenza di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p.: (i) sarebbe stato rispettato l'art. 134 Cost., che - in linea con il principio della separazione dei poteri - attribuisce alla Corte costituzionale il compito di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi, e non quello di sospendere il giudizio, invitando il Parlamento a provvedere, indicando inoltre come - ed entro che data - farlo; (ii) non si sarebbe verificato alcuno dei deprecabili effetti paventati dalla Consulta (effetti costituzionalmente incompatibili e vuoti di tutela): la disposizione, infatti, avrebbe continuato a vivere esattamente nei termini in cui la Corte auspicava che avrebbe vissuto in virtù dell'invocato intervento legislativo, e nei termini in cui essa vive all'esito di Corte cost., sent. 22 novembre 2019, n. 242, in *www.giurcost.it*: sul tema, *amplius*, volendo, A. NAPPI, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in *La legislazione penale*, 23 settembre 2019, 29 s.

Appare evidente che la Consulta tende a reinterpretare il proprio ruolo, incentrandolo sul «confronto sempre più serrato col legislatore» ed ipotizzando un «nuovo contesto», nel quale «il tema più delicato diviene quello delle soluzioni di disciplina che conseguono nell'ipotesi in cui sia accolta la questione di legittimità» (Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., *Considerato in diritto*, § 11). Di ciò, tuttavia, non v'è traccia nel testo costituzionale, chiarissimo nel sancire in modo netto il principio della separazione dei poteri, e nell'individuare nel giudice l'interlocutore della Corte nei giudizi di legittimità costituzionale, che, ex art. 134 Cost., devono condurre ad una pronuncia sulla questione posta dal rimettente.

Potrebbe replicarsi che soluzioni procedimentali simili a quella adottata dall'ord. n. 207/2018 sono frequentemente sposate, ad esempio, dalla Corte EDU: i giudici di Strasburgo, però, non hanno il compito di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge. Vale, in quel caso, il principio di autonomia degli Stati membri. In relazione all'operato della Consulta, invece, vale il rispetto della Costituzione.

⁹⁹ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., *Considerato in diritto*, § 2.2.

non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri»¹⁰⁰. Sarebbe infatti irragionevole (poiché si costringerebbe il paziente che intenda congedarsi dalla vita a subire «un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»¹⁰¹) frapporre «un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»¹⁰². Pertanto – nelle tragiche ipotesi connotate dalle caratteristiche indicate nel dispositivo della sent. n. 242/2019 – il fondamentale valore della vita «non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)»¹⁰³. La conclusione è dunque che, entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita. Pertanto, Corte Cost. 242/2019 ha scalfito il rigido dettato dell'art. 580 c.p. Si è però trattato di un intervento molto limitato, “ritagliato” sulla fattispecie concreta da cui il giudizio costituzionale ha preso le mosse. Oltre – in relazione alle disposizioni che sanciscono l'indisponibilità del bene vita – non si è tutt'ora andati. Eppure, i tentativi non son mancati: ha reso vano l'ultimo di essi – dichiarando inammissibile un *referendum* parzialmente abrogativo dell'art. 579 c.p. – la Consulta, con la sentenza n. 50/2022 che adesso approfondiremo.

7. Le istanze riformatrici non hanno lasciato immune la disciplina dell'omicidio del consenziente¹⁰⁴, oggetto, da ultimo di una richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione parziale dell'art. 579 c.p., costruita con la «tecnica del ritaglio, ossia chiedendo l'abrogazione di frammenti lessicali della disposizione attinta, in modo da provocare la saldatura dei brani linguistici che permangono»¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Corte cost., sent. n. 242/2019, cit., *Considerato in diritto*, § 2.3

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Vedi *supra*, § 3.

¹⁰⁵ Corte costituzionale, sent. 2 marzo 2022 n. 50, *Considerato in diritto*, § 3.2: Agli elettori veniva chiesto se volessero una abrogazione parziale della norma incriminatrice che avrebbe investito il primo comma dell'art. 579 cod. pen., limitatamente alle parole «la reclusione da sei a quindici anni»; l'intero secondo comma; il terzo comma, limitatamente alle parole «Si applicano» (*ibidem*).

Per approfondimenti, *ex multis*, S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato?*, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022; A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, in *BioLaw Journal*, 2022, II, 10 ss.; ID., *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2022, II, 92 ss.; E. ROSSI, *La corte e l'omicidio del consenziente: una decisione opportuna che induce a ripensare al controllo sull'ammissibilità del referendum come controllo sulla costituzionalità della normativa di risulta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, III, 1785 ss.

Per effetto del ritaglio e della conseguente saldatura tra l'*incipit* del primo comma e la parte residua del terzo comma, la disposizione risultante dall'abrogazione avrebbe stabilito quanto segue: «Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno»¹⁰⁶.

Pertanto – si legge nella motivazione con la quale Corte cost. sent. n. 50/2022 ha dichiarato inammissibile il *referendum*¹⁰⁷ – il successo dell'iniziativa referendaria avrebbe reso «penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione». La norma risultante dalla vittoria del sì sarebbe venuta quindi a sancire «la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte»¹⁰⁸. Ciò premesso, la Consulta evidenzia che la vita «si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona»¹⁰⁹ deducendone che le «istanze di protezione della vita» non possono soccombere «a tutto vantaggio della libertà di autodeterminazione individuale»¹¹⁰, come accadrebbe per effetto dell'approvazione della proposta referendaria¹¹¹. Pertanto, ad avviso della Corte, la «normativa oggetto del quesito» ha natura «costituzionalmente necessaria» ed è «sottratta all'abrogazione referendaria, con conseguente inammissibilità del quesito stesso»¹¹².

Tali argomentazioni stridono con la lettera del testo costituzionale, che fornisce alla nostra riflessione due inequivocabili premesse: (i) il dettato dell'art. 75² Cost., ai sensi del quale «Non è ammesso il *referendum* per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare i trattati internazionali»; (ii) l'estraneità dell'oggetto del *referendum* abrogativo alle ipotesi indicate da tale disposizione.

Da tali premesse sarebbe stato lecito attendersi – quale logica conclusione – la pronuncia di ammissibilità del *referendum*¹¹³: come autorevolmente evidenziato, infatti, i limiti posti dall'art. 75² Cost. sono «inequivoci»¹¹⁴, nonché «di stretta interpretazione, come sempre quando è in gioco l'esercizio di un diritto (di voto, in questo caso)»¹¹⁵.

¹⁰⁶ Corte cost., 50/2022, *Considerato in diritto*, § 3.2.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ivi*, § 3.2.

¹⁰⁹ *Ivi*, § 5.2.

¹¹⁰ *Ivi*, § 5.3.

¹¹¹ *Ivi*, § 5.4.

¹¹² *Ivi*, § 6.

¹¹³ Per approfondimenti, nell'ambito della sterminata letteratura sul giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, in *Il Foro Italiano*, Bologna-Roma 200; A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna 2022; A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010; R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2008.

¹¹⁴ A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 11.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Del resto, l'accoglimento di una tesi diversa da quella qui sostenuta, si imbatterebbe nell'ulteriore, insormontabile ostacolo costituito dall'art. 2, l. cost. 1/1953, che attribuisce alla Corte costituzionale il compito di «giudicare se le richieste di *referendum* abrogativo presentate a norma dell'art. 75 della Costituzione *siano ammissibili ai sensi del secondo comma dell'articolo stesso*» (enfasi aggiunta).

Nel disegno costituzionale, quindi, «il *referendum* è la regola, la sua inammissibilità l'eccezione»¹¹⁶.

Eppure, tale rapporto è stato stravolto dalla Consulta: si conta infatti, «un'ecatombe pari al 50%»¹¹⁷ dei quesiti referendari vagliati dalla Corte e dichiarati inammissibili, a far data da Corte cost. n. 16/1978¹¹⁸, stando alla quale sarebbe «troppo restrittiva quella configurazione del giudizio di ammissibilità, per cui sarebbe affidato alla Corte il solo compito di verificare se le richieste di *referendum* abrogativo riguardino materie che l'art. 75 secondo comma Cost. esclude dalla votazione popolare: con espresso ed esclusivo riguardo alle "leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali"»¹¹⁹. Questa interpretazione – rileva il giudice costituzionale – non avrebbe «nessuna altra base (...) al di fuori dell'assunto – postulato più che dimostrato – che la testuale indicazione delle cause d'inammissibilità, contenuta nel capoverso dell'art. 75, sia rigorosamente tassativa; laddove è altrettanto sostenibile – in ipotesi – che essa presuppone una serie di cause inesprese, previamente ricavabili dall'intero ordinamento costituzionale del *referendum* abrogativo»¹²⁰.

Partendo da tali assunti, il giudice costituzionale ha forgiato «una serie di cause inesprese» di inammissibilità del *referendum* abrogativo, precludendo il ricorso al corpo elettorale in una serie indefinita di ipotesi, che vanno ben oltre quelle espressamente indicate dal Costituente, e sono riconducibili a «criteri inediti, variamente interpretabili», tanto «sostanziosi e numerosi»¹²¹, da render impresa ardua persino il «farne l'inventario»¹²².

Eppure, questi esiti ermeneutici si pongono in contrasto con il dettato del Costituente che, nell'individuare le ipotesi di inammissibilità del *referendum*, è stato a tal punto specifico da far escludere la configurabilità di una “lacuna”, *condicio sine qua non* della legittima estensione dell'art. 75² Cost. ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle espressamente previste dalla disposizione costituzionale.

Incurante di ciò, la Consulta si attribuisce il compito ermeneutico di «stabilire, in via preliminare, se non s'impongano altre ragioni, costituzionalmente rilevanti, in nome delle quali si renda indispensabile precludere il ricorso al corpo elettorale, ad integrazione delle ipotesi che la Costituzione ha previsto in maniera puntuale ed espressa»¹²³.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Corte cost., sent. 2 febbraio 1978, n. 16, in www.giurcost.it/decisioni: tale pronuncia è espressamente richiamata da Corte cost. sent. 50/2022, cit., § 5.1.

¹¹⁹ *Ivi*, § 2.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 11.

¹²² A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 11. Si aggiunge, in tal senso, *ibidem*, riferendocisi a A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2022, 381 ss., che tale accreditato manuale, per censirli tutti, impegna una decina di pagine.

¹²³ Corte cost., sent. 2 febbraio 1978, n. 16, cit., § 2.

Si teorizza, cioè, l'esistenza – accanto alle «cause d'inammissibilità testualmente descritte nell'art. 75 cpv.»¹²⁴ – di «ipotesi implicite d'inammissibilità, inerenti alle caratteristiche essenziali e necessarie dell'istituto del *referendum* abrogativo»¹²⁵ che l'art. 75² non considera «specificamente»¹²⁶.

Sarebbero ascrivibili a tali cause implicite di inammissibilità (la cui individuazione – manco a dirlo! – il giudice costituzionale riserva a sé stesso):

(i) «le richieste così formulate, che ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria (...)»¹²⁷.

(ii) «le richieste che non riguardino atti legislativi dello Stato aventi la forza delle leggi ordinarie (...)»¹²⁸.

(iii) «i *referendum* aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»¹²⁹.

In senso critico, rileviamo che le ipotesi sub (i), richiamano un mero limite di logica e di ragione valevole per l'oggetto di qualunque consultazione popolare, mentre quelle sub (ii) sono in realtà espressamente previste dall'art. 75¹ che si riferisce unicamente alle «leggi» ed agli «atti aventi forza di legge» quali possibili oggetto di *referendum* abrogativi.

A nostro sommo avviso, pertanto, tale artificiosa moltiplicazione delle ipotesi di inammissibilità serve unicamente a coprire solo quelle sub (iii): esse, infatti, prescindendo del tutto dalla *littera legis* ampliano in modo pressoché illimitato il sindacato della Corte, disancorandolo dal testo costituzionale. Tale *modus procedendi* è fonte di aporie e contraddizioni, disseminate in un catalogo di ragioni di inammissibilità che, oltre ad esser plasmabili in base alle precomprensioni dell'interprete, «rendendo imprevedibile la decisione del giudice referendario»¹³⁰.

La Corte costituzionale – pur avendo spinto sino a tal punto la propria creatività – ha ribadito che il giudizio di ammissibilità del *referendum* non può trasformarsi in un sindacato di costituzionalità

¹²⁴ *Ivi*, § 3.

¹²⁵ *Ivi*, § 2.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ivi*, § 3.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ A. PUGIOTTO, *op. loc. ult. cit.*

preventivo sui suoi ipotetici esiti normativi¹³¹. Tale «limite invalicabile»¹³² viene espressamente indicato anche da Corte Cost. n. 50/2022: «Il giudizio di ammissibilità che questa Corte è chiamata a svolgere si atteggia, per costante giurisprudenza, con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti con forza di legge (...) Non sono pertanto in discussione, in questa sede, profili di illegittimità costituzionale, sia della legge oggetto di *referendum*, sia della normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria»¹³³.

Contraddittoriamente rispetto a tali premesse, Corte Cost. n. 50/2022 ha ritenuto il quesito referendario inammissibile poiché la sua approvazione avrebbe implicato il venir meno della tutela minima costituzionalmente necessaria del bene della vita, in nome di un'incondizionata «libertà di autodeterminazione individuale»¹³⁴.

Ebbene, bocciare il quesito «per il *vulnus* che provocherebbe al valore della vita equivale ad esercitare un giudizio astratto di legittimità sul suo esito normativo»¹³⁵. Inoltre, «valutare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo tra diritti (alla vita e all'autodeterminazione) è compito della Consulta, ma solo *ex post* in sede di giudizio incidentale, non *ex ante* in sede di cognizione dell'ammissibilità del *referendum*»¹³⁶.

Come si spiegano tali contraddizioni? E, con esse, la smisurata estensione della discrezionalità che la Corte costituzionale è venuta ad attribuirsi?

¹³¹ La necessità di distinguere il giudizio di ammissibilità del *referendum* da quello di legittimità costituzionale (e di evitare, pertanto, che il primo di essi si trasformi in un'anticipata effettuazione del secondo), è costantemente affermata dalla Consulta (cfr. Corte cost. sent. 22 dicembre 1974, n. 251, in www.giurecost.org, stando alla quale il giudizio di ammissibilità è «una competenza che si è aggiunta a quelle demandate alla Corte dall' art. 134 della Costituzione, ed il relativo giudizio (...) si atteggia con caratteristiche specifiche ed autonome nei confronti degli altri giudizi riservati a questa Corte, ed in particolare rispetto ai giudizi sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge». Cfr., inoltre, Corte cost. sent. 19 gennaio 2016, n. 17, in www.costecostituzionale.it: il giudizio di ammissibilità «non può estendersi alla valutazione della legittimità costituzionale della normativa conformata dall' eventuale accoglimento del quesito, verifica che non può che competere ai giudizi a ciò appositamente deputati». Conf., tra le tante, cfr. sentt. nn. 10/1972; 251/1975; 16/1978; 24 e 26/1981; 26/1987; 63/1990; 25/2004; 45, 46, 47 e 48/2005; 15 e 16/2008; 26/2011; 17/2016; 27/2017; 10/2020).

Tale enunciato, però, è oramai ridotto a mera clausola di stile, poiché contraddetta dalle decisioni della Corte, come emerge anche da Corte cost. sent. n. 50/2022, cit.

Ciò dà linfa alla tesi che confuta la persistente validità della distinzione, muovendo dalla constatazione che i giudizi di ammissibilità sembrano essersi trasformati in veri e propri giudizi anticipati di legittimità costituzionale: in tal senso, ritenendo che il controllo di ammissibilità si risolve in un particolare controllo di legittimità costituzionale, e, pertanto, teorizzando l'insostenibilità, a partire da Corte cost. 17/1978, di una già distinzione tra giudizio di ammissibilità e giudizio di legittimità G. GUZZETTA, *Quale futuro per il referendum? Considerazioni sul giudizio di ammissibilità e possibili svolte ermeneutiche* de jure condito, in www.Federalismi.it, 2023, VII, 59 ss.; M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, cit., 331 ss., spec. 343 ss.; G. LUCIFREDI, *Il controllo sulla costituzionalità delle richieste di referendum abrogativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 134. *Contra*, condivisibilmente, A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2022, II, 83 ss.

L'accoglimento di questa tesi, pur trovando riscontro nella prassi giurisprudenziale, a nostro sommo avviso non è condivisibile, non solo perché condurrebbe ad un'inammissibile restrizione degli spazi lasciate alle iniziative referendarie, ma anche poiché contrastante con il dettato costituzionale, ed in particolar modo con il combinato disposto degli artt. 75, 134 Cost. e 2 l. cost. 1/1953.

¹³² Così A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 11.

¹³³ Corte cost., sent. 2 febbraio 1978, n. 16, cit., § 3.

¹³⁴ A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 10.

¹³⁵ A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 12.

¹³⁶ *Ibidem*.

Potrebbe ritenersi che tali geometrie ermeneutiche siano funzionali a non ammettere i *referendum*, in virtù di ragioni “politiche”, ben più che giuridiche, volte a precludere «il ricorso al corpo elettorale»¹³⁷, in dispregio dell’art. 1 Cost., ai sensi del quale «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

D’altronde – a dispetto dei timori paventati dalla “paternalistica” pronuncia della Consulta – ove i legittimati al voto non fossero stato in grado di compiere le valutazioni implicate dal fondamentale rilievo del valore della vita, il Parlamento avrebbe potuto correggere la rotta impressa dall’esito referendario.

Perché, dunque, tale pronuncia di inammissibilità?

Giuliano Amato, Presidente della Corte costituzionale al tempo della pronuncia, ha attribuito le ragioni di tale decisione, tra l’altro, alla «incapacità dei promotori di confezionare quesiti costituzionalmente corretti»¹³⁸.

Eppure, si rileva correttamente in dottrina¹³⁹, «non è così», poiché «i limiti tracciati dall’art. 75, 2° comma, Cost. sono pochi, e alla Consulta spetterebbe giudicare delle richieste referendarie solo alla luce di questi (come prescrive l’art. 2, legge cost. n. 1 del 1953)».

È allora plausibile che Corte cost. n. 50/2022 abbia inteso sacrificare interamente il principio di autodeterminazione sull’altare del dovere di vivere: nulla di nuovo, quindi, vien da dire, poiché «verso i diritti scomodi l’atteggiamento prevalente si conferma quello di sempre: paternalistico o proibizionistico»¹⁴⁰.

Il tema, quindi, non sembra esser quello di quesiti referendari «scritti male»: più semplicemente, non si vuol mettere in discussione il “dovere di vivere”, a tal punto “sacro” da esser proiettato in una “zona franca” dall’appartenenza della sovranità al popolo.

8. Le nostre riflessioni non sono volte a negare la profonda delicatezza del tema indagato, ed i pericoli di abusi e strumentalizzazioni ad esso sottesi, particolarmente evidenti allorché le istanze di por fine alla propria vita provengano da pazienti irreversibili, «esposti a gravi sofferenze», e, quindi, solitamente da considerarsi «persone vulnerabili»¹⁴¹.

La solidarietà, nella condivisibile prospettiva della Corte, dovrebbe operare anche ove il paziente decida di interrompere la propria esistenza, dovendo in tali ipotesi bandirsi ogni soluzione che implichi una «prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, ad offrire sempre al paziente concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua sofferenza»¹⁴².

Più in generale, soluzioni che non trascurino l’aspetto della solidarietà dovrebbero tradursi – a nostro sommo avviso – nell’adozione di misure volte a evitare due opposti rischi: da un lato, il rendere l’autodeterminazione terapeutico/clinica un sostanziale privilegio per ricchi; dall’altro,

¹³⁷ Corte cost., sent. 2 febbraio 1978, n. 16, cit., § 2.

¹³⁸ Efficace, in tal senso, A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 11.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ A. PUGIOTTO, *A proposito della sentenza n. 50 del 2022*, cit., 13.

¹⁴¹ Corte cost., ord. n. 207/2018, cit., § 10.

¹⁴² *Ibidem*.

trasformarla in spada di Damocle che penda sul capo di ogni infermo che versi in condizioni di povertà. Esiti del primo tipo conseguirebbero a opzioni che sancissero l'assoluta indisponibilità del bene vita, trasformando il curarsi in 'dovere', così rendendo l'autodeterminazione un diritto attribuito 'per censo', riservato a chi possiede mezzi economici e sostegno per recarsi in Stati che, come nel caso di Antoniani, consentano forme di morte pietosa. Il secondo ordine di pericoli che evidenziavamo si concretizzerebbe ove – disconosciuto l'aspetto empatico proprio dell'alleanza terapeutica – si legittimasse una prassi di 'morte dei poveri', frutto di una fredda e burocratica concezione del rapporto tra medico e paziente, che abbandonasse quest'ultimo a sé stesso, nella drammaticità della sua condizione, di vulnerabilità ancor maggiore se correlata ad una condizione di povertà economica.

Ciò posto, però, i pericoli sottesi al riconoscimento di un diritto non possono comportarne la negazione.

Pertanto, sancito il diritto di autodeterminazione terapeutico/clinica, c'è ampio spazio «per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico»¹⁴³.

Le riflessioni sin qui svolte potrebbero – a nostro sommo avviso – contribuire a delineare una concezione della vita meno sacrale, e più intrisa di un'umana socialità, inoltrando la riflessione biogiuridica nei sentieri tracciati dal rispetto del diritto di autodeterminazione: verrebbe così a ridisegnarsi il quadro compositivo di principi, valori ed interessi che vengono in rilievo nella delicatissima materia indagata.

¹⁴³ Cass. civ., I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6.1.

Tre tesi sull'incostituzionalità sostanziale dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER¹

ABSTRACT

This article focuses on the question of the constitutional instrumentality of criminal procedure and also on the principle of correlation between accusation and sentence. The theoretical approach is justified due to the overly simplistic and even reductionist form in which this topic has developed in Brazilian doctrine and jurisprudence. The topic will be treated with the objective of overcoming the positivistic dichotomy of a question of fact versus a question of law. In this sense, the unconstitutionality of the current article 383 of the Brazilian Criminal Procedure Code is verified, through the presentation of the related problems summarized in three topics.

SOMMARIO: 1. Un'ermeneutica disforme sul principio *iura novit curia*? – 2. Il Caso *Drassich* e il diritto al contraddittorio sulla modifica del *nomen juris*. – 3. Questioni di fatto e questioni di diritto: osservazioni sulle ricomposizioni concettuali. – 4. Politica inquisitoria dell'accusa: criptoimputazione.

1. Basato sul presupposto della strumentalità costituzionale della procedura penale² il principio della *correlazione tra imputazione e sentenza* manca, nel pensiero processuale penale brasiliano, di certo approfondimento teorico. Con rare eccezioni³ la dottrina brasiliana si vale di brocardi e massime di esperienza, voci giurisprudenziali che a suo modo riproducono un sistema anacronistico delle categorie processuali non aderenti alla massima efficacia delle garanzie previste nella Costituzione. Si vuole dire che oltre alla teoria generale del processo – che a sua volta individua variegati significati ai concetti processuali penali, alcune volte come se fossero di matrice privatistica (basta pensare ai concetti: oggetto del processo, azione penale, nullità, ecc.) – si può constatare la sopravvivenza di categorie, che sono propriamente pandettistiche oppure romanistiche. Il grande problema è che esse sono incapaci di offrire una buona risposta alle domande sociali proprie d'una società complessa. Alcune volte, addirittura, sono antitetici oppure svuotate di significato. È evidente che la tradizione giuridica non deve essere semplicemente dimenticata o neutralizzata attraverso un 'giro' linguistico

¹ Professore di Procedura Penale e Criminologia della Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² LOPES JÚNIOR, Aury, *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*, 10 ed. São Paulo, Saraiva, 2013; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*, 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

³ In queste eccezioni si può includere BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed., *Correlação Entre Acusação e Sentença*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009; MALAN, Diogo. *A Sentença Incongruente no Processo Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

capace di creare un “grado zero del linguaggio”⁴. Il grande problema rimane nella incapacità dei concetti, propria della metafisica della coscienza, di esprimere criteri efficaci e adeguati ad un processo penale orientato alle garanzie.

Nell’ambito del presente articolo si deve rinunciare ai vecchi assiomi come *iura novit curia*, da *mihi factum dabo tibi jus* come criteri giuridici validi per assicurare una giusta applicazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza. La tradizionale interpretazione che è affidata a questi brocardi non riesce a garantire la piena osservanza dei diritti fondamentali dell’imputato. E anche per conto dell’estrema semplicità logica in cui questi brocardi sono stati costruiti, cioè, come categorie statiche, universali, senza relazione con l’evoluzione della teoria della fattispecie (senza considerare quei reati in cui la fattispecie è esclusivamente normativa; *rectius*: senza “fatti naturali”). Se, da un lato, il principio della *stricta* giurisdizione (il *nulla poena sine iudicio* in senso materiale)⁵ è concepito come una garanzia costitutiva della procedura penale contemporanea, dall’altro, il principio di correlazione tra imputazione e sentenza deve essere meglio osservato dalla dottrina al fine di precisarne i contorni giuridici. Questo è l’obbiettivo dell’articolo, come già riferito.

La dottrina e la giurisprudenza brasiliane trattano, in maniera sintetica, le questioni derivate dal principio di correlazione, ricorrendo ad una interpretazione lineare, e anche letterale, degli articoli 383⁶ e 384⁷ del codice di procedura penale. Questi articoli sono stati oggetto della riforma del 2008, che ne ha riscritto i contenuti, senza però mutarne l’essenza. In particolare, ratificando la struttura autoritaria del codice del 1941, il principio della correlazione tra accusa e sentenza è presentato nella ragione inquisitoria della codificazione come un vero ostacolo alla celerità e al buon funzionamento della giustizia penale.

Le ragioni che hanno imposto la struttura del principio sono coerenti ad una logica deforme, che governa il modello autoritario di processo penale. L’efficacia è antigarantista. Nelle parole del Guardasigilli Francisco Campos, che ha scritto il disegno di legge, si percepisce il contenuto politico autoritario che ha informato il progetto. Questo codice è, in verità, una replica del Codice Rocco del 1930. Il sistema, perciò, segue la logica della massima speditezza con l’indebolimento dei diritti dell’imputato e della difesa.

Più specificamente, nel codice brasiliano si afferma che «il progetto, generalizzando il principio consacrato nella legge sulla giuria ripudia il divieto della sentenza di condanna *ultra petitum* oppure la modifica *in pejus* del reato imputato. Costituisce uno degli eccessi del liberalismo il trapianto di questo divieto, proprio del diritto privato al diritto pubblico. L’interesse della difesa sociale non può essere superato per l’unilaterale interesse personale dei criminali. Non si può riconoscere all’imputato in pregiudizio del bene sociale uno strano diritto acquisito ad un *quantum* di pena ingiustificatamente

⁴ STRECK, Lênio L. *O que é Isto? Decido Conforme Minha Consciência*, 4 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

⁵ Come ha dimostrato FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 4 ed., Madrid, Trotta, 2004.

⁶ Art. 383. “Il giudice senza modificare la descrizione del fatto contenuta nella denuncia o querela potrà attribuire definizione giudica diversa, anche in conseguenza deva applicare pena più grave”.

⁷ Art. 384. “Finito il dibattimento se intendere possibile nuova definizione giuridica del fatto in conseguenza di prova di elemento o circostanza della infrazione penale non contenuta nella accusa, il Pubblico Ministero dovrà additare la denuncia o querela in cinque giorni negli casi di azione pubblica” (...)

diminuita soltanto perché il Pubblico Ministero anche per equivoco non ha richiesto pena maggiore. In ragione dell'antico sistema succedeva frequentemente il seguente inconveniente: non essendo possibile rettificare la fattispecie per imporre all'imputato sanzione più grave, il giudice doveva annullare il processo o dichiarare infondata l'accusa, dovendo il pubblico ministero offrire nuova denuncia, nel caso in cui il reato non fosse dichiarato prescritto. Se l'imputato era stato preso, era messo in libertà e l'esito del secondo processo diventava, ogni volta, impossibile, per conto della dispersione dei mezzi di prova.

Assolutamente diversa è la soluzione stabilita nel progetto, che fa la distinzione fra due ipotesi: il fatto provato nel dibattimento è uguale a quello descritto nella denuncia o querela, però la classificazione giuridica è errata; o il fatto provato ha riscontro in circostanze diverse che non stanno contenute esplicitamente o implicitamente nella denuncia, provocando il dislocamento della classificazione giuridica. E i due casi sono così risolti: nel primo è conferita al giudice la facoltà di cambiare la fattispecie anche per applicare pena più grave; nel secondo se la circostanza provata non era stata contenuta esplicitamente o implicitamente nella denuncia o querela, dovrà il giudice concedere all'imputato otto giorni per allegazioni e prove, e se importa in fattispecie con pena più grave, dovrà rinviare al pubblico ministero per additare la denuncia o querela e subito stabilirà nuovi termini per la difesa, per le allegazioni e prove»⁸.

Si percepisce facilmente che si tratta d'una struttura processuale assolutamente avversa a qualsiasi norma limitatrice tanto dei poteri giudiziali, quanto dei poteri dell'accusa.

L'attenzione va soffermata sulla circostanza che negli articoli 383 e 384 del codice di procedura penale brasiliano e, pure, nelle parole del Guardasigili, l'espressione "*fatto*" attribuisce significato e funzionalità alle disposizioni processuali. In altre termini, la nozione "*fatto*" stabilirebbe una definizione del principio di correlazione, cioè, del fatto in senso ontologico.

Tuttavia, l'idea di correlazione come una proprietà della sentenza avviene, preliminarmente, associata alla tradizione in cui la sentenza deve essere una specie di specchio della pretesa accusatoria, cioè, deve rispettare i suoi limiti, non potendosi configurare come una decisione *ultra, extra* oppure *citra petita*⁹. Secondo Pedro Aragonese, la correlazione è un principio normativo indirizzato alla limitazione delle facoltà risolutive dell'organo giurisdizionale, avendo necessità di preservare l'integrità tra il giudicato e la materia sottoposta al contraddittorio delle parti, e anche in rapporto ai poteri attribuiti dall'ordinamento giuridico all'organo giurisdizionale¹⁰. Secondo Armenta Deu, il principio di correlazione, nella procedura civile, è dovuto ai principi dispositivi e di parte, oltre al divieto di *non liquet*.

Nel processo penale il fondamento della nozione di correlazione si rinviene nel principio accusatorio e nel contraddittorio¹¹. Infatti, l'incongruenza si avrà nell'ipotesi in cui la sentenza non

⁸ CAMPOS, Francisco, Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Dec. Lei 3.689, de 3-10-1941), Ítem XII.

⁹ GUASP DELGADO, Jaime; ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, T. I. 6 ed. Madrid, Civitas, 2003, 519.

¹⁰ ARAGONESES, Pedro, *Sentencias Congruentes: pretensión, oposición, fallo*, Madrid, Aguillar, 1957. 227.

¹¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3 ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, 42.

rifletta l'oggetto del processo¹². Tuttavia, su questo pensiero si può osservare un certo grado di aderenza o di subordinazione al principio *iura novit curia*. Sulla base politica del principio *iura novit curia* i tribunali e i giudici non sono limitati dagli errori o dalle omissioni delle parti, potendo decidere in maniera svincolata rispetto a quegli aspetti formali della pretesa¹³. Nel processo accusatorio non vi è spazio per l'eliminazione di un vincolo tra la sentenza e l'accusa, come ha scritto Luchini nel commentario alla involuzione inquisitoria in Italia¹⁴.

Evidentemente, l'interpretazione orientata dal principio *iura novit curia* ammette, in conformità alle decisioni più avvezze ad una ermeneutica letterale degli articoli 383 e 384 del codice di procedura penale brasiliano, la conclusione sulla inesistenza del diritto al contraddittorio sulle questioni normative, cioè, sulle questioni di diritto. La posizione autoritaria del codice di procedura penale brasiliano è anzi rafforzata dalla sostanzializzazione del fatto naturalistico, in una semplicistica interpretazione che autorizza alcune conclusioni veramente in contrasto con lo sviluppo della scienza processuale penale. In via preliminare, mi soffermerò sul caso *Drassich*.

2. Come è noto, Mario Drassich, magistrato a Trieste, è stato imputato per la commissione d'una certa modalità di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); ed è condannato in primo e secondo grado. Nel 2004 ha presentato ricorso alla Corte di cassazione contro la sentenza di condanna della Corte d'Appello di Venezia, ritenendo che si fosse verificata la prescrizione del reato. La Cassazione ha riqualificato la fattispecie, affermando che si trattasse d'una altra modalità di corruzione (corruzione in atti giudiziari ai sensi dell'art. 319-ter c.p.) con l'effetto di allungare il tempo di prescrizione. Nel 2007 Drassich impugna la decisione e ricorre alla Corte europea dei diritti dell'uomo, allegando la violazione dell'articolo 6 della Convenzione, che garantisce il diritto di essere informato, in un tempo ragionevole, in una lingua comprensibile e in maniera dettagliata sulla natura e sui motivi della accusa¹⁵.

In linee generali, l'oggetto del caso esaminato per la Corte comprendeva i seguenti punti: a) l'esistenza d'una riqualificazione giuridica *ex officio* dei fatti da parte della Corte di Cassazione; b) l'inesistenza d'alcuna allegazione o manifestazione della difesa di Drassich sulla nuova fattispecie. Come corollario di questi punti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha valutato che la regola, contenuta nell'articolo 6 della Convenzione, era stata violata proprio nella parte in cui prescrive che gli accusati devono ricevere le informazioni relative all'imputazione. Quindi, non soltanto i motivi che hanno supportato l'imputazione devono essere chiari al reo, ma anche la stessa riqualificazione giuridica del fatto deve essere conosciuta dall'imputato. Inoltre, la Corte ha chiarito che l'informazione precisa sull'imputazione rappresenta una condizione indispensabile dell'equità del procedimento.

¹² ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 269.

¹³ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4 ed., Buenos Aires, Montevideo, B de F, 2005, 234. Per una digressione storica e orizzontale del principio *iura novit curia* ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000 e SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Juez y el Derecho (Iura Novit Curia)*. Buenos Aires: EJE, 1957.

¹⁴ LUCHINI, Luigi, *Elementi di Procedura Penale*, 4 ed., Firenze, Barbèra, 1920, 408 et seq.

¹⁵ Ricorso 25575/04, caso *Drassich vs Italia*.

L'argomento del Governo italiano faceva perno sulla circostanza secondo cui la nuova fattispecie non era altro che una fattispecie riqualificata e che, perciò, non produceva alcuna violazione dell'articolo 6 della Convenzione. La Corte, invece, ha deciso che la fattispecie riqualificata fosse una nuova figura normativa, caratterizzandosi per l'inserimento d'un nuovo elemento nella fattispecie originaria. Sicchè la modifica del *nomen juris* ad opera della Cassazione aveva precluso ogni possibilità di difesa e di allegazione da parte dell'imputato, i cui diritti erano stati esercitati sulla base della sola accusa originaria¹⁶.

Il precedente emesso dalla Corte, come ricorda Capone, rappresenta una nuova configurazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza¹⁷, vale a dire, che i limiti cognitivi stabiliti per l'autorità giurisdizionale sono fisiologici e connaturali al sistema accusatorio. Non si tratta soltanto d'una questione inerente alla natura del nuovo giudicato oppure alla separazione dei poteri fra magistrato e parti o, ancora, al principio dispositivo o inquisitorio¹⁸.

Il divieto di occuparsi delle questioni che non sono state sottoposte al giudice in forma espressa è dovuta alla distinzione tra parte e organo incaricato di emettere la sentenza. In questo senso il contraddittorio è configurato come uno strumento a tutela della imparzialità del giudice¹⁹. Infatti, il giudice non dovrà pronunciarsi su materia che non è stata oggetto della richiesta della parte accusatoria. Il principio generale che regola i rapporti tra iniziativa di parte e poteri giudiziali è quello della correlazione tra accusa e sentenza²⁰. Questa posizione è vicina in molti aspetti a quella di Badaró secondo cui «la non necessità della *mutatio libelli* non implica la dispensa del contraddittorio sulle questioni di diritto»²¹.

Del tutto evidente che all'applicazione della regola contenuta nell'articolo 6 della Convenzione sulla necessità della previa informazione all'imputato, in tempo ragionevole per l'elaborazione della difesa, così come all'esercizio del contraddittorio è riconosciuto uno spazio residuale sia nell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano, sia nell'articolo 521 del codice di procedura penale italiano.

E la decisione della Corte, basata sulla nullità della decisione della Corte di cassazione, è incapace di rispondere alla duplicazione dei problemi che ne derivano. E se il risultato del caso Drassich è stata la rinnovazione dell'imputazione e l'esigenza di garantire la possibilità dell'esercizio della difesa dell'imputato, va però sottolineato che l'imputato è stato giudicato dalla stessa Corte di

¹⁶ Davvero nel caso Drassich la Corte ha citato altri precedenti come i casi *Pelissière e Sassi vs Francia* e *Sadak e altri contro Turquia*.

¹⁷ CAPONE, Arturo, *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2010, 108.

¹⁸ Non è scopo di questo articolo il dibattito sulla competenza o sull'adeguatezza dei rimedi giuridici del sistema processuale penale italiano. Quello che ci interessa è esclusivamente il contenuto del giudicato e l'interferenza sui presupposti del principio di correlazione.

¹⁹ CAPONE, Arturo, *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2010, 108.

²⁰ CAPONE, Arturo, *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, cit., 138.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed, *Correlação Entre Acusação e Sentença*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009, 119.

cassazione, dopo l'impugnazione proposta contro l'ordinanza del giudice di esecuzione al fine di dichiarare inesequibile la sentenza di condanna, ai sensi dell'articolo 670 c.p.p.²².

In questa decisione la Cassazione ha annullato la sentenza di condanna oggetto di esame della Corte Europea e, allo stesso tempo, ha deciso il procedimento (in quella parte che riguardava la prescrizione), garantendo all'imputato il contraddittorio sulla qualifica dei fatti.

I diritti stabiliti nell'articolo 6 della Convenzione non possono essere garantiti con un livello di protezione intenso ed efficace, se sono mantenuti gli stessi tessuti costitutivi della *epistème* inquisitorio, cioè, la dicotomia “questione di fatto” e questione di diritto”. Naturalmente in questa visione c'è una apparente supremazia delle questioni di fatto sulle questioni di diritto²³. In definitiva, le ripercussioni processuali e probatorie incidono sempre sui fatti (interpretati come naturalistici) e non sulle questioni di diritto.

3. Secondo Taruffo la differenziazione tra giudici di fatto e giudici di diritto, introdotta per conto della riforma giudiziaria inglese del Henrique II corrisponderà al distinguo tra questione di fatto e questione di diritto. Dopo la conquista normanda, la configurazione della giuria come *trial of fact* corrisponderà al cuore più festeggiato di quel sistema: la distinzione tra *issues of law* e *issues of fact* segue, giustamente, la distinzione fra la funzione del giudice e la funzione della giuria²⁴.

Ha ragione Castanheira Neves quando, interrogandosi sulla dicotomia “questione di fatto” “questione di diritto”, si chiede se essa sia un problema dogmatico, metodologico o epistemologico.²⁵

D'altra parte, la molteplicità di risposte della dottrina indicano la confusione che c'è nel campo processuale, specialmente per quanto concerne il canone *iura novit curia*, confusione che si rinviene pure nel diritto materiale (errore di diritto ed errore di fatto).

A quest'ampia dimensione della dicotomia sono collegate categorie diverse che sono proprie del subiettivismo di formazione volontaristica (questione di fatto e questione di diritto) fino alla sua estensione processuale (che avviene come errore in *procedendo* ed errore in *judicando*).

L'apice del problema rimane, giustamente, nella mutabilità delle narrative processuali²⁶ sotto il profilo del vincolo alla decisione. Assumere una posizione positivista significa pervenire agli “errori” riferiti che trovano spazio in una epistemologia normativa che si riflette nell'ambito decisorio e cognitivo dei tribunali. A ciò si aggiunga che la stessa competenza costituzionale – che definisce le attribuzioni dei tribunali di grado superiore – incide sull'inquadramento della questione, restringendo e comprimendo il problema in una specie di circolo prodotto dalla autocomprensione del sistema: la norma è quello che definisce l'ambito del fatto e del diritto. C'è, perciò, in questa prima impostazione una normatività in differendo tra il dominio del fatto e del normativo. Per esclusione, il campo di ciò

²² Parte della problematica è dovuta all'inesistenza, all'epoca, degli strumenti giuridici propri per garantire la decisione della Corte di Strasburgo, specialmente la riapertura del procedimento. Così Drassich ha impugnato la decisione del giudice della esecuzione e il caso è stato di nuovo oggetto di esame per la Cassazione.

²³ UBERTIS, Giulio, *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio Penale*, Milano, Giuffrè, 1979, 43.

²⁴ TARUFFO, Michele, *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012, 212.

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, v. 1. Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 483.

²⁶ Sulla narrativa processuale come un campo contigua alla prova TWINING, William, *Rethinking Evidence: exploratory essays*, 2 ed., New York, Cambridge University Press, 2006.

che è meramente fatto è ricondotto alla scienza empirica, però è anche normatizzato come “pura perdita”, come una lacuna delegata ad altro campo e che, pertanto, non è propria del mondo giuridico. In entrambe le ipotesi vi è un orientamento normativo del fatto.

Questa dicotomia tra fatto e diritto, sostenuta dal pensiero positivista, era operata dalle teorie che riconoscevano unicità metodologica al diritto positivo e che ammettevano che la questione di fatto e la questione di diritto fossero utilizzabili in qualche area del diritto. A questo punto, l’ossessione per un metodo che salvasse la distinzione tra scienza giuridica e scienze naturali implicava percorsi a fondamento di una indiscutibile scissione. In questo contesto si poneva in evidenza che se il diritto opera attraverso criteri normativi (primato dell’imputazione), le scienze naturali, invece, privilegiavano il metodo causale. Tuttavia, la preoccupazione per lo sradicamento dei fantasmi della causalità o di qualche altro indicatore capace di compromettere il purismo metodologico faceva rientrare gli elementi espulsi attraverso altri itinerari. Davvero l’idea del purismo era soltanto una ragione metodologica; ma era impossibile creare una scienza meramente normativa. Il piano epistemologico rientrava per molteplici aperture, traumatizzando il monismo metodologico neokantiano. Si ha una specie di riallineamento metodologico della scienza del diritto, quando ciò che succede è già più propriamente l’oggetto ricostruito: la questione di diritto essenzialmente. Il fatto è stato rilegato al dominio naturale, per questa ragione non è stato difficile descrivere il fatto come un elemento puramente extraprocessuale.

Quest’impostazione portava ad un’irrevocabile struttura basata su due distinzioni: da un lato, l’oggetto del diritto: le questioni di diritto governabili con il metodo positivista; dall’altro e in parallelo, il fatto cui la sua apprendibilità era abbandonata alle scienze naturali. Soltanto oltrepassata questa fase di stretta irriducibilità d’una dimensione all’altra sarà possibile costatare la parte residua e la colonizzazione dell’ambito giuridico sul fenomenico: ovvero la prigione del fatto nel diritto.

Sul piano dommatico un nuovo orientamento ha cercato d’indirizzare critiche precise al formalismo metodologico unitario: il normativismo teleologico. Il normativismo teleologico ha come suo presupposto l’autonomia del concetto giuridico di fatto come equivalente gnoseologico o filosofico. In questo senso, il fatto sarebbe compreso nelle viscere giuridiche, ossia, un fatto giuridico qualificato da concetti che a turno ne definiscono la forma. In un primo momento sarebbe logico considerare che la metodologia teleologica ha raggiunto – almeno apparentemente – la rottura della unicità nomologica primitiva dell’antecedente formalismo. Questa critica è stata dovuta alla pluralizzazione unitaria di suoi concetti, adesso veramente concetti derivati.

Per questa via, la ricostruzione del concetto di fatto è sviluppata, partendo dai confini dei sottosistemi giuridici e secondo criteri che riconducono alle “funzioni” del sistema giuridico. La rottura è apparente perché la profonda specializzazione e il livello di densità concettuale non sembra permeabile dalla questione epistemica. Allora la metodologia teleologica ha portato in verità una molteplicità di problemi, alcuni più gravi di quelli scaturenti dal pensiero positivista classico²⁷. In questo caso concetti come “società di fatto”, “situazione giuridica di fatto”, ecc., consistono in

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, v. I Coimbra, Coimbra Editora, 1995, 490.

definizioni oggettivanti del fatto, basati sugli altri concetti giuridici: «sono concetti giuridicamente determinati – nel seno del diritto en per il diritto»²⁸.

Il risultato di queste tensioni tra due matrici positivistiche è che fatto e diritto non possono essere mutualmente escludenti, né sono riducibili uno all'altro. È possibile affermare secondo Castanheira Neves che vi è un'interconnessione fra questione di diritto e questione di fatto. Non c'è fatto indipendente della norma giuridica, né norma giuridica che non sia creata, pensata e modellata secondo criteri avvenuti del fatto: «il diritto concretamente sostantivato trascende e assume, simultaneamente la questione-di-fatto e la questione-di-diritto, essendo il risultato e la sintesi-soluzione di ambedue»²⁹. E le cose sono così perché il diritto configura il fatto come suo elemento integrativo. La correlatività fra diritto e fatto può essere equiparata e dislocata nel panorama della problematicità derivata dalla intenzionalità del diritto. Quindi, tutta la norma è una norma abile per risolvere un determinato caso, una norma che non può lasciare il fatto³⁰.

Dalla breve analisi del pensiero di Castanheira Neves è possibile concludere che il normativismo, in ognuna delle sue caratteristiche, manifesta la tendenza alla oggettivazione del fatto trasformandolo in una specie di piano atemporale generatore di conseguenze normative. In questo campo il fatto sarà mero supporto fattuale verso l'incidenza della norma, sia quando è identificato nel diritto una metodologia univoca, sia quando ne è attribuito determinati dispositivi della differenziazione sistemica, giustificati per una orbita plurifunzionale (nonostante autonoma con riguardo ai diversi aree del diritto).

Queste sistematizzazioni sono equivoche nello scopo di comprendere alcuni punti importanti per identificare le aporie implicate nella dicotomia questione di fatto e questione di diritto. Preliminarmente, il pensiero monista è incapace di affrontare i diversi substrati epistemici che sono incorporati dai compiti stabilizzatori o normalizzatori attraverso l'impiego delle categorie come dispositivi decisionali. In sintesi, è possibile affermare che il positivismo formalista trascura degli elementi pragmatici delle decisioni, mentre presenta confini rigidi relativamente al suo ambito. In questo caso, il fatto non è altra cosa che la derivazione semantica del suo oggetto epistemologico o filosofico. Sarà, pertanto, extraprocedurale.

Parimenti, la molteplicità delle intenzioni darà vita ad una plurimetodologia orientata alla canonizzazione delle frontiere di senso che una volta bene intesa, eleveranno ad un livello insopportabile di astrazione il problema della metodologia normativa. Infatti, un pensiero teleologicamente orientato comporterà inesorabilmente la creazione di nicchie di specificità che, a turno, non implicheranno gli stessi concetti che assumeranno significati diversi; si pensi alla questione inerente agli atti amministrativi.

L'operazione deriva dal trapianto della teoria generale privatistica degli atti giuridici al nucleo del diritto pubblico. Nella stessa linea d'argomentazione sarà possibile trovare una tricotomia

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, cit., 499.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, cit., 512.

³⁰ CASTANHEIRA NEVES, Alfredo, *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

stabilizzata per il pensiero dottrinale tradizionale: concetti privatistici trasportati nel campo del diritto processuale civile che sono *a posteriori* assorbiti dal diritto processuale penale. Ecco come un'impostazione teleologica non è soltanto complessa, ma rappresenta uno strumento controproducente per la denominata "autonomia delle sfere giuridiche".

Ritorniamo brevemente ad alcuni punti, che devono essere presentati e teoricamente sostenuti per andare avanti nell'analisi. Inizieremmo poi, con le operazioni multidisciplinari di cooptazione concettuale e osserveremo gli sconvolgimenti intersistemici che ne discendono. Su questo ultimo tema possiamo denominare l'operazione di *riarrangiamenti concettuali riflessivamente difettosi* e, anche, della *interpretazione delle razionalità giuridicamente distinta*, ambedue capaci di condurre ad un pragmatismo politicamente determinato.

I *riarrangiamenti concettuali riflessivamente difettosi* consistono in una operazione di importazione di un concetto giuridico d'un livello o d'un campo diverso da quello che ha generato la categoria. Nel campo del processo penale – e questo si sa da molto tempo – abbiamo l'importazione dei concetti provenienti della procedura civile³¹. L'effetto inevitabile di questa posizione di differenziazione intersistemica è l'eccesso di razionalizzazione naturalmente prodotto dal sistema nello scopo di assegnare sensi. Partendo dalla idea di differenziazione fra sistema e dintorni, secondo Luhmann³², un determinato codice è richiesto per il sistema al fine di ricostruire ciò che avviene nei dintorni. Perciò secondo Luhmann il sistema sarebbe operativamente chiuso e cognitivamente aperto.

Tuttavia, non si può ignorare che questo sistema chiuso dovrà necessariamente ricevere materiale "geneticamente" equipollente, attraverso un'operazione cognitiva che genera, a sua volta, un processo di riduzione della complessità: esso può essere inteso come un processo che provoca un eccesso di razionalità. La trasposizione concettuale sradica la categoria dal suo *sfondo teorico*. L'esempio è offerto dalla teoria delle nullità.

Dalle concezioni sulla natura giuridica del processo (specialmente quelle che sono proprie delle teorie privatistiche come la teoria del contratto, del quasi-contratto, del rapporto giuridico, ecc.) è possibile verificare senza difficoltà il trapianto d'un schema che tratta gli atti processuali come se fossero categorie simmetriche a quelle del diritto privato. Dopo una nuova trasposizione, dal processo civile al processuale penale, avremo una vera e propria 'metastasi', perché al di là dell'inapplicabilità, il concetto contrasta lo stesso ordinamento giuridico. Per esempio, in teoria, è inconcepibile l'affermazione della compatibilità delle nullità relative con il processo penale, fondata sulla base dell'interesse soggettivo violato per la pratica irregolare dell'atto. Parimenti, sarebbe possibile rilevare altri problemi nella teoria dell'azione processuale penale, nella teoria della correlazione tra sentenza e accusa, ecc.

Però abbiamo una seconda operazione di metamorfosi concettuale derivante dai *riarrangiamenti concettuali riflessivamente difettosi* e che comporta la riproduzione degli stessi problemi trovati nel positivismo normativo. Adesso è necessario riconoscere che determinati concetti appartenenti ad altri campi giuridici sono classificati extraprocessuali come avviene per il concetto di fatto, limitato al suo

³¹ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, *Correlación Entre Acusación y Sentencia Penal*. Tesis de Doctorado. San Cristóbal de la Laguna, 2001, 312.

³² LUHMANN, Niklas, *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995.

statuto epistemologico delle scienze dell'esperienza. Gli esempi che appaiono nel campo del diritto penale sono molteplici. Una linea argomentativa usuale nella dottrina è il ricorso all' "indipendenza delle sfere", che a seguito dell'eccesso di razionalizzazione prodotta per il riarrangiamento concettuale risulta ermeticamente bloccata di accesso al suo sfondo giuridico-culturale originario. Nel diritto penale abbiamo il problema del concetto d'azione. Per esempio, nel reato di defraudazione di pegno. Quando allegata la natura giuridica della garanzia o del contratto in cui è vincolata la categoria, la giurisprudenza brasiliana ricorre alla "indipendenza delle sfere", cioè, affermando la "realtà" della situazione di vita e allo stesso tempo, negandosi ad esaminare la questione correlata alla natura giuridica della garanzia. In questo senso, il diritto civile e il diritto penale saranno interpretati come barriere insormontabili ed incomunicabili³³. Questa situazione sarebbe applicabile ad una serie di problemi giuridici. Però come conseguenza il diritto penale sarebbe meramente idealista – non essendo il diritto protettore dei beni giuridici.

È interessante indicare che il riarrangiamento concettuale ritira la categoria e anche esercita su di essa una forte sterilizzazione allo scopo di indirizzare certe finalità (razionalizzazione), operando mediante una forma fittizia come se quella categoria fosse un prodotto sempre perfetto dello stesso sistema. In alcuni casi, per ottenere un significato politicamente orientato si battezzano determinate norme come principi unificatori. L'esempio è dato dalla strumentalità delle forme (*pas de nullità sans grief*) in tema di nullità.

Tuttavia, in questo momento la cosa importante è che questo procedimento di eccessiva razionalizzazione sia inefficace rispetto ai tentativi di affermare la genealogia in rapporto alla categoria originaria. In questo modo si bloccano operazioni di travaso dommatico, garantendo non soltanto l'omeostasi sistemica, ma l'appropriarsi di un eventuale senso concettuale nell'aspettativa dell'esercizio di determinata finalità. La metastasi è completa quando, per esempio, la categoria finisce per esercitare funzioni anomale o arbitrariamente selettive. In definitiva, è possibile affermare che nessuna trasposizione concettuale è politicamente ingenua o neutrale, dal momento che essa comporta la riproduzione di metastasi dei concetti, in alcuni momenti giustificate come il ricorso alla sottomissione di principi per colmare lacune epistemologiche, nell'aspettativa della completezza del sistema.

Fatalmente questo riarrangiamento è riflessivo: la chiamata categoria originale finisce per soffrire nuove riformulazioni, attraverso quelle categorie derivate dal processo di metastasi. Un esempio è quello iniziato dall'attivismo giudiziario civile, ispirato ai poteri istruttori del giudice penale. Fino qui abbiamo il riarrangiamento concettuale difettoso. Eppure è percepito chiaramente il ritorno d'una categoria che ha provocato la metastasi al processo penale, specialmente attraverso il travaso di argomenti che dal processo civile al penale. In particolare, attraverso l'uso dell'argomento secondo cui se nel campo processuale civile già non c'è spazio per una concezione puramente liberale di processo, nel processo penale la situazione è ancora più grave, perché si tutela l'interesse della società. Abbiamo l'importazione dal processo penale al processo civile e poi l'inverso con l'impiego di una categoria in grado di metastasi. In Brasile questo ciclo fa parte e rafforza il senso di funzionalità

³³ Apelação Crime Nº 692015209, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Egon Wilde, Julgado em 11/06/1992).

autoritaria del sistema, fissando un sopravvalore in una determinata categoria: come i poteri istruttori *ex officio* da parte del giudice penale. Vi è pertanto un vortice riflessivo del riarrangiamento concettuale che raggiunge il principio di correlazione tra accusa e sentenza. Da un punto di vista politico appare una manifestazione clonica dell'amorfismo processuale, collegato, nelle parole di Cordero, ad un procedimento di cortocircuito inquisitorio³⁴.

4. Ritorniamo adesso al punto di partenza: la correlazione tra accusa e sentenza.

Una volta già esposto il campo ermeneutico e le funzionalità dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano, è necessario verificare la potenziale incostituzionalità della disposizione.

Preliminarmente, è possibile indicare alcune conclusioni che saranno i veri punti di partenza per individuare le questioni: a) la tradizionale separazione dottrinale tra questione di fatto e questione di diritto è – secondo le esigenze che gravano sul processo penale contemporaneo – precaria e sottopone la forma processuale in una condizione di mero coadiuvante; b) epistemologicamente la scissione rappresenta un residuo della concezione normativista, metodologicamente unitaria; c) questo non significa che il processo penale non produca le sue proprie categorie in livello di metastasi (derivate soprattutto dall'intento ultra razionalista e dallo eccesso di funzionalizzazione del sistema). Infatti, la procedura penale è obbligata a convivere con gli spettri di quel vecchio positivismo meno sofisticato; d) una eventuale identificazione del fatto con la norma non riesce ad essere la migliore soluzione, perché in procedendo così se rischia affermare che tutto diventa una questione di diritto. E, quindi, dal punto di vista dei principi costituzionali della procedura penale, corrisponderebbe ad una erosione della forma-garanzia.

La prima considerazione da fare è quella in cui, nonostante la discordanza sui diversi punti sostenuti da Badaró³⁵ (quest'opera è uno dei più avanzati studi sul tema e rappresenta un approdo indiscutibile in termini di democratizzazione della procedura penale), l'argomento (che non è meno importante) sull'esistenza dei fatti processuali e fatti penali è anzi dipendente da ulteriori sviluppi. Badaró parte dalla immutabilità dell'oggetto della procedura penale come un avvenimento storico concreto. Perciò, questo evento storico (e anche illecito) imputato al reo non può essere modificato. Il fatto processuale sarebbe diverso dal fatto penale (il reato storicamente realizzatosi), che corrisponde «ad una entità estratta d'una situazione ipotetica, d'una fattispecie e non un fatto concreto, che è stato praticato per il reo e che è stato introdotto nel processo attraverso la imputazione»³⁶. Di conseguenza per identificare il contenuto immutabile del processo, gli elementi connessi al fatto penale non possono essere utilizzati. L'amissione della modificabilità del fatto sarebbe possibile soltanto con riferimento alle situazioni irrilevanti per la condanna oppure per la tesi difensiva³⁷.

³⁴ Sul tema GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*, Salvador, Jus Podium, 2013.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed., *Correlação Entre Acusação e Sentença*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*, cit., 99.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*, cit., 98.

Il primo problema – mediato – che si può rilevare nella caratterizzazione del fatto processuale come oggetto del processo consiste nella sua stessa natura giuridica. La sua caratterizzazione come un evento puramente storico crea il rischio di aprire la discussione del processo penale come una entità che conduce alla scoperta della verità sostanziale. In questa direzione se il fatto processuale costituisce l’oggetto del processo³⁸, quest’oggetto non può essere altro che la stessa scoperta della verità, generando tutte le vicissitudini che i processi di tipo inquisitorio possono comportare.

Il secondo problema corrisponde alla caratterizzazione del rapporto d’identità dell’oggetto del processo che, secondo l’autore, deve rimanere immutabile. Eppure, si verifica che il concetto d’identità dell’oggetto della procedura – fatto storico unico durante il procedimento – sarebbe di natura giuridica e non logica³⁹. Succede che le stesse critiche che sono state mosse alla concezione normativista sulle questioni di fatto e di diritto ritornino nella problematica. Saremmo davanti ad una normativizzazione inevitabile del concetto di fatto, tanto che l’autore afferma trattarsi d’un fatto “processuale”. Così è possibile fare certo uso d’un normativismo unitario per allontanare i problemi epistemologici connessi al processo penale. Per la teoria della prova c’è un grave problema. Al riguardo, Ferrajoli ha ragione quando afferma che il processo penale deve cercare un livello massimo de conoscibilità⁴⁰. Inoltre, i problemi aumentano in maniera drastica quando si considera il fatto processuale secondo il positivismo teleologico. Prestare ed estrarre finalità dal concetto di fatto processuale autorizza, alla fine, la procedura penale ad occuparsi di uno spazio dell’evidenza⁴¹, come un meccanismo che avrebbe la funzione di produrre regimi di veridizione. Entrambe le cose comportano problemi di ordine della politica del processo.

Altro argomento sostenuto da parte della dottrina ha ad oggetto l’uso del criterio del pregiudizio alla difesa, vale a dire, la necessità di contestare l’accusa e di vietare al giudice di ricorrere all’articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano. Comunque, la situazione sarebbe ricondotta nell’ambito del pregiudizio (chissà effettivo) e degli argomenti antiformalistici, che hanno provocato l’erosione della legalità processuale. La prima obiezione a questa tesi si rinviene nella circostanza secondo cui il pregiudizio sia un prodotto del pragmatismo utilitarista, che lascia spazio eccessivo alla discrezionalità decisoria e alle alchimie semantiche. La sottomissione culturale alla logica del pregiudizio elimina ogni garanzia sottesa alla forma processuale, che, invece, deve occupare un posto rilevante in un processo penale di matrice costituzionale.

Addirittura, la categoria del pregiudizio è propria della tradizione autoritaria che ha cercato di minimizzare la forma processuale illuminista, introducendo criteri intrinseci ai postulati di massima speditezza e raggiungimento degli atti processuali: la forma come ostacolo. Si vuole dire che indipendentemente dall’esistenza del contraddittorio, la realizzazione precaria dell’atto può essere equiparata ad un atto che è stato effettivamente realizzato. E non comunque dalla comparazione tra l’atto precario e un atto mai svolto, cioè un atto equipollente astratto e fuori dalla realtà. Di

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009, 99.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi, 2 ed. *Correlação Entre Acusação e Sentença*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2009, 101.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 4 ed. Madrid, Trotta, 2004.

⁴¹ Nel senso sviluppato per GIL, Fernando.

conseguenza, il pregiudizio riguarda soltanto un atto perfetto, non esistente nel procedimento, comparato ad un atto precario però esistente. Abbiamo due categorie incomparabili, attraverso la distribuzione dell'onere processuale rispetto all'eccezione di nullità. Di conseguenza la prova del pregiudizio è molto difficoltosa, divenendo nella interpretazione delle Corti superiori, almeno in Brasile, ordinariamente non dimostrata.

Alla stregua di queste brevi considerazioni mi sembra che l'articolo 383 del codice di procedura penale possa essere considerato soltanto una norma vigente, ma non valida, secondo i criteri definiti per Ferrajoli e cioè validità in senso stretto e validità sostanziale e non solo formale. Sono questi tre gli argomenti sull'incostituzionalità sostanziale dell'articolo 383 del codice di procedura penale.

a) La prima tesi consisterebbe nell'invalidità sostanziale originata dal carattere politico del riferito articolo del codice. Vi è chi ritiene che il principio di correlazione tra imputazione e sentenza sia un'espressione del principio dispositivo nel processo penale. Non c'è bisogno riflettere con molta profondità per concludere che l'articolo 383 del codice di procedura brasiliana sia una norma che mantiene latenti le pulsioni inquisitorie nella procedura penale, nonostante il carattere democratico della Costituzione brasiliana. Le ragioni del Guardasigilli nel preambolo del codice sarebbero sufficienti a dimostrare lo spirito politico dell'epoca.

Inoltre, in aderenza al regime inquisitorio a fondamento del codice di procedura penale brasiliano, si può constatare il fenomeno indicato da Schunemann come "agglomerazione quantica del potere"⁴². È necessario, quindi, precisare i termini. Questa agglomerazione di poteri riguarda le concentrazioni delle situazioni giuridiche potestative nel corso del procedimento. Evidentemente, attraverso la concezione della situazione giuridica (come una teoria sulla natura giuridica del processo penale) sono apparse tantissime critiche importanti che sono cadute sullo sfondo epistemologico della teoria del rapporto giuridico, un vero *cliché* pandettistico, emerso da una concezione liberale di processo.

Non è un caso che Calamandrei⁴³ renda dovuti omaggi a Goldschmidt, definendolo il "maestro del liberalismo processuale". Tuttavia, nello Stato di diritto – almeno a livello parassitario – si trovano sedimentati processi "transizionali" della logica autoritaria al nucleo delle democrazie contemporanee. Si può facilmente percepire che nonostante l'esistenza delle dimensioni garantistiche previste nella Costituzione, esse sono però insufficienti a sradicare determinate potenzialità unidimensionali del potere. Certo è che il procedimento di natura inquisitoria non può essere concentrato nelle mani d'una parte. Al riguardo, alcuna parte della dottrina brasiliana afferma che la struttura accusatoria dipende soltanto dalla formale "separazione delle attività di accusa e di decisione". Tuttavia, questa specie di caratterizzazione del modello accusatorio è più semplice e non consente che di osservare la complessità e profondità del fenomeno.

Da un punto di vista strettamente formale, nelle democrazie occidentali non esiste un processo penale in cui la procedura penale è attività esclusiva d'una stessa parte. La stretta concezione –

⁴² SCHUNEMANN, Bernd, *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid, Dykinson, 2005, 30.

⁴³ CALAMANDREI, Piero, Un Maestro di Liberalismo Processuale, in *Rivista di Diritto Processuale*, v. vi. Padova, 1951, 01 – 08.

assolutamente formalistica – del sistema accusatorio come una mera esigenza di separazione tra organi distinte conduce alle ipotesi dell'esaurimento del modello inquisitorio nella contemporaneità. Per esempio, Taruffo accenna a certa mitologia dell'inquisitorialità, che non ha più esistenza reale oggi⁴⁴.

Per oltrepassare questi veri “ostacoli epistemologici”, è necessario riconoscere che esistono, collegati al modello inquisitorio (e antidemocratico) di processo penale determinati cortocircuiti nelle relazioni di potere oppure anzi “stati morbosi della dialettica processuale”. Le situazioni giuridiche che nella prospettiva di Goldschmidt sono capaci di spiegare la funzionalità del sistema accusatorio non funzionano con la stessa frequenza quando la procedura penale incorpora punti di biforcazioni dipendenti esclusivamente da una delle parti. Il fenomeno accade in diverse situazioni giuridiche processuali come, *verbi gratia*, sull'ammissibilità e valutazione della prova illecita – che in Brasile è realizzata per lo stesso magistrato. Incluso – anzi nell'analisi della prova illecita nel sistema brasiliano – il giudice può determinare la produzione della prova *ex officio*. In caso di prova illecita, lo stesso giudice dovrà esaminare l'ammissione e la valutazione (quello che è psicologicamente impossibile). Gli esempi potrebbero essere ripetuti *ad nauseam* nella legislazione processuale penale brasiliana.

Davanti ad una analisi che rendesse conto degli sdoppiamenti dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano e partendo da una prospettiva dinamica, è chiaro che morfologicamente l'imputazione consisterebbe in una attività che mette la difesa in una posizione molto passiva. Addirittura, l'imputazione è maneggiata attraverso una plasticità che ammette tante definizioni sul fatto che la fattispecie adeguata è equiparata ad una mera scelta del giudice (forse politica). Questa situazione è tanto peggiore quanto si sta davanti agli elementi normativi della fattispecie, cioè, quanto più è astratta la fattispecie, maggiore sarà il potere di disposizione (*rectius*, di scelta politica) del giudice. Quanto più piena degli elementi normativi della fattispecie, più attivo e importante per la struttura inquisitoria del sistema sarà l'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano.

La conservazione d'una stretta scissione tra questione di fatto e questione di diritto consente di riconoscere la applicazione della mera precisazione dell'oggetto della domanda, ossia, senza considerare il caso della sua modificazione (*mutatio libelli*). L'articolo 383 consiste in una disposizione che garantisce flessibilità alla imputazione fuori dei margini proprie delle esigenze dello Stato democratico di diritto.

Trattasi d'una fattispecie processuale che crea o struttura una situazione giuridica potestativa, giacché la sorte dell'imputato dipenderà esclusivamente dalla scelta (sulla fattispecie) del magistrato, in vera mancanza del contraddittorio.

b) La seconda tesi sull'invalidità sostanziale dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano si basa sull'esame della funzione epistemologica del principio del contraddittorio. Secondo Cunha Martins, «il processo è un organizzatore della differenza. Esso organizza la discontinuità (il contraddittorio è proprio così, un tentativo di organizzare flussi discontinui)»⁴⁵. Prosegue l'autore dicendo che il processo ha come sua funzione quella di evitare la coincidenza tra prova ed evidenza⁴⁶.

⁴⁴ TARUFFO, Michele, *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*, São Paulo, Marcial Pons, 2012.

⁴⁵ CUNHA MARTINS, Rui, *O Ponto Cego do Direito: the brazilian lessons*. São Paulo, Atlas, 2013, 99.

⁴⁶ CUNHA MARTINS, Rui, *O Ponto Cego do Direito: the brazilian lessons*, São Paulo, Atlas, 2013, 99.

Naturalmente, come riferito, le situazioni giuridiche potestative sono una sorta di freno o una specie di riduzione d'efficacia sul contraddittorio. La funzione del contraddittorio non si esaurisce in quella di servire come una garanzia programmatica sulla dialettica processuale. Il contraddittorio ha una dimensione epistemologica, che non è soltanto quella di costringere l'evidenza e creare la differenza tra prova ed evidenza. È anche di attuare come un riduttore delle situazioni giuridiche potestative. Forse questa è la sua principale funzione. L'esercizio del contraddittorio consiste nella funzione di contrarre l'unilateralità di determinati atti processuali e ha come funzione derivata, quella di modellare l'imputazione.

E proprio per questo è auspicabile un procedimento subordinato al contraddittorio previo alla accusa (come succede nell'udienza preliminare del codice di procedura italiano). Della stessa forma un contraddittorio previo alla accusa avrebbe come corollario basilare evitare gli eccessi dell'accusa che possono essere interpretati dal giudice come caso di precisazione dell'imputazione. In Brasile questo succede attraverso l'eccesso d'accusa (dove il pubblico ministero propone la denuncia imputando al reo la fattispecie più grave) che coincide con il *overcharging* statunitense. In Brasile, Prado ha dimostrato in forma esauriente i problemi della adozione d'una giustizia consensuale⁴⁷.

Non si deve dimenticare che in Brasile altra strozzatura delle garanzie processuali si rinviene nella fase dell'indagine preliminare. Perciò è necessario che il contraddittorio eserciti la funzione epistemologica di azzeramento delle situazioni giuridiche potestative (e come conseguenza l'agglomerazione quantica di poteri) in questa fase. E così, il contraddittorio serve nell'indagine preliminare per evitare la formazione delle criptoimputazioni⁴⁸. Una criptoimputazione non è altro che un'imputazione velata.

È riconosciuto che l'imputazione nascosta corrisponde ad una strategia inquisitoria. Però non è sufficiente denunciare la sua logica operativa. È necessario limitarne l'attuazione: «quando l'organo giudiziale esercita i suoi poteri conferiti per il principio *iura novit curia* e altera la qualificazione giuridica realizzata dalle parti o accusa oppure le norme considerate applicabili, el principio del contraddittorio è convertito in uno limite per il giudice»⁴⁹. Una dichiarazione d'invalidità sostanziale dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano corrisponde ad un'innegabile barriera contro le criptoimputazioni però non ha la capacità di eliminare completamente la sua pratica.

c) Quanto alla terza tesi sull'invalidità dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano, si deve riportare la discussione sulla natura delle norme processuali e sulla sua differenza ontologica rispetto a quelle del diritto materiale. In particolare, l'efficacia del principio di presunzione d'innocenza rispetto alle decisioni del giudice. La scissione tra questione di fatto e questione di diritto oppure l'assorbimento del fatto oggettivo e con i suoi limiti esclusivamente giuridici consente che determinati strutture semantiche possano essere modificate, dal magistrato, senza ricorrer alla modificazione dell'accusa. Nella stessa logica rientrano i criteri dell'imputazione al fatto oggettivo.

⁴⁷ PRADO, Geraldo, *Elementos Para Uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

⁴⁸ FOSCHINI, Gaetano, *Tornare Alla Giurisdizione: saggi critici*. Milano: Giuffrè, 1971.

⁴⁹ ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid, Lex Nova, 2000, 360.

Nel caso della scoperta dei fatti nuovi in tema di nesso causale non vi è dubbio che si tratti di *mutatio libelli*. Non dovrebbe accadere la stessa cosa in caso di modifica dei criteri d'imputazione (che sono assolutamente normativi)? L'operatività del principio *iura novit curia* nei tribunali brasiliani senza la possibilità d'esercizio precedente alla precisazione dell'imputazione corrisponde ad una violazione del principio di contraddittorio. I criteri d'imputazione della fattispecie oggettiva costituiscono elementi di attribuzione del risultato che si aggiungono a quelli responsabili della prova del nesso causale.

L'alterazione dei criteri d'imputazione vulnera il diritto al contraddittorio perché la difesa deve poter esercitare il diritto alla formazione del libero conoscimento del giudice. In altre parole, connesso al diritto al contraddittorio c'è il diritto al ragionamento in tema di prove e dei criteri normativi alla formazione della decisione penale. Lo stesso succede quando una decisione riconosce il reato tentato, invece, della forma consumata. In altre parole, si potrebbe dire che l'imputazione per reato consumato porta insieme la modalità tentata? Questo è un altro problema che la dottrina brasiliana non ha ben risolto. Altra domanda: il dubbio sull'elemento soggettivo – la forma colposa o dolosa – autorizza la mera *emendatio libelli* poiché i fatti rimangono gli stessi?

Soltanto un'analisi più approfondita sulla molteplicità di pretese accusatorie è capace di risolvere questa problematica. In Brasile la soluzione al quesito si rinviene nella mancanza o meno del pregiudizio. Sicuramente vi è chi sostiene che l'applicazione della forma colposa non offrirà pregiudizio all'imputato perché la pena è meno grave. Però secondo noi sembra vi è comunque la lesione al principio del contraddittorio e sostanzialmente alla clausola del *due process*.

Alquanto problematica è la decisione del giudice che applica la pena prevista per il reato colposo, invece, della modalità dolosa richiesta dal pubblico ministero nella denuncia. Questa decisione corrisponde ad una sanzione in cui è mancata un'accusa, perché gli elementi del reato colposo e doloso sono entrambi normativi e ricchi di conseguenze processuali diverse. Non è congeniale ad una struttura accusatoria che una persona sia imputata per la pratica d'un reato intenzionale oppure attuato in forma negligente ed il risultato sia lo stesso. Ci sono accuse diverse, con gli scenari probatori dissimili, con allegazioni, tesi, ecc assolutamente diversi. Questo vale anche per la categoria dell'errore inescusabile. Per forza del principio della presunzione d'innocenza, derivato dal principio *in dubio pro libertate*, la soluzione è l'assoluzione dell'imputato attraverso la condanna per la modalità colposa. Teoricamente, il rimedio fisiologico per la soluzione del problema della *emendatio libelli*, usando le parole di Capone, è la assoluzione⁵⁰. E proprio per questo le norme di diritto processuale non hanno una validità minore rispetto a quelle del diritto materiale⁵¹. Un'accusa equivoca può condurre soltanto ad una assoluzione.

Le "tesi" sulla invalidità sostanziale dell'articolo 383 del codice di procedura penale brasiliano, esposte sia pure per grandi linee, evidenziano ancora l'attualità di un dibattito della dottrina

⁵⁰ CAPONE, Arturo. *Iura Novit Curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, CEDAM, 2010, 138.

⁵¹ Sulla identità costituzionale e sulla normatività di stesso ranking tra le norme processuale e le penale materiale GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, *Nulidades no Processo Penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*, 3 ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

processuale penale sul tema, per l'innegabile impatto sulla pratica forense. Un dibattito, ancora lontano dalla fine.

La riforma della giustizia minorile in Francia. Riflessioni a margine del *Code de la justice pénale des mineurs*.

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

On 30 September 2021, over seventy years after De Gaulle's 1945 ordinance, the Juvenile Criminal Justice Code came into force, serving today as the main regulatory source for juvenile offenders in France. This paper aims to analyse the structure of the normative text and identify its strengths and possible shortcomings.

SOMMARIO: 1. Tanto tuonò che piovve. – 2. La struttura del Codice della giustizia penale dei minori. Una messa a fuoco sui principi generali. – 3. La presunzione (relativa) di non discernimento per i minori infratredicenni. – 4. Le scansioni della procedura ordinaria. – 4.1. L'udienza di accertamento della colpevolezza. – 4.2. Il periodo di prova educativa. – 4.3. L'udienza di definizione della sanzione. – 5. Un bilancio conclusivo. Ancora dimenticati i minori non accompagnati.

1. «La Francia non ha abbastanza bambini per permettersi il diritto di trascurare tutto ciò che può renderli degli esseri sani»¹. Questo il preambolo con cui esordiva l'ordinanza varata da Charles De Gaulle nel 1945² al termine del tragico periodo dell'Occupazione e del secondo conflitto mondiale e che, per lungo tempo, ha rappresentato il testo fondante della moderna giustizia penale minorile francese.

Rimaneggiata più e più volte, sino a essere tacciata di incoerenza e di non comprensibilità, questa *Charte de l'enfance délinquante*³, il 30 settembre 2021, ha lasciato il posto al nuovo *Code de la justice pénale des mineur* (CJPM).

La svolta si inserisce in un più ampio quadro di riforma del sistema giustizia in Francia, così come voluto dal guardasigilli Éric Dupont-Moretti.

Ebbene, si tratta di una scelta da accogliere favorevolmente.

Il Codice, invero, presenta una struttura che rende più intelligibile la lettura delle norme, intendendo così rafforzare l'efficacia delle procedure che regola⁴.

¹ In francese: «*Il est peu de problèmes aussi graves que ceux qui concernent la protection de l'enfance et, parmi eux, ceux qui ont trait au sort de l'enfance traduite en justice. La France n'est pas assez riche d'enfants pour qu'elle ait le droit de négliger tout ce qui peut en faire des êtres sains.*»

² Ord. 2 febbraio 1945, n. 45-174.

³ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, I, Cujas, Parigi, 1997, p. 796. Si rinvia altresì a C. LAZERGES, *Chronique de politique criminelle*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, 2020, fasc. 1, n. 1, 175-176.

⁴ B. LE DÉVÉDEC, *Mineurs auteurs d'infractions sexuelles : les révolutions du Code de la justice pénale des mineurs sur le discernement et la césure pénale*, in *Enfances & Psy*, 2021, fasc. 4, n. 92, 107-114.

Tre grandi obiettivi hanno guidato la stesura di questo nuovo testo: semplificare le procedure, accelerare il giudizio, limitare la custodia cautelare.

Su quest'ultimo punto, infatti, si registra un costante aumento dei minori in custodia. In effetti, i minori in detenzione provvisoria sono molto più numerosi negli istituti penitenziari rispetto ai minori condannati⁵.

Sul versante del diritto intertemporale, vale la pena porre in evidenza che, come nell'ordinamento giuridico italiano, l'efficacia intertemporale delle norme passa per la dicotomia tra *lois de fond* che comprendono l'incriminazione e punizione (leggi sostanziali) e *lois de forme* che disciplinano la ricerca degli autori di reati, il loro perseguimento e il loro processo da parte dei tribunali giudiziari (leggi processuali). L'appartenenza alle une o alle altre influenza le regole di diritto intertemporale, implicando, in un caso, l'operatività dell'irretroattività sfavorevole e, nell'altro, del *tempus regit actum*⁶.

Così stando le cose, si è stabilito che i procedimenti giudiziari avviati fino al 29 settembre 2021 proseguiranno fino alla loro conclusione (anche dopo il 30 settembre 2021), seguendo il regime procedurale dell'ordinanza del 1945.

Viceversa, le disposizioni procedurali del CJPM sono applicabili ai procedimenti instaurati a partire dalla sua entrata in vigore, ossia il 30 settembre 2021 (e non in base alla data di commissione dei fatti).

Ci sono però delle eccezioni.

In primis, le misure educative vengono applicate immediatamente (anche durante la procedura se necessario).

Inoltre, le norme riguardanti le misure di sicurezza (controllo giudiziario, arresti domiciliari sotto sorveglianza elettronica, custodia cautelare) si applicano immediatamente se più favorevoli.

Infine, trova immediata applicazione la presunzione di non discernimento dei minori di 13 anni, in quanto ritenuta norma di diritto penale sostanziale.

2. Il Codice di giustizia penale minorile ha una struttura particolarmente articolata, constando in una Parte legislativa, una Parte normativa e delle Appendici.

Così stando le cose, viene immediatamente in rilievo una differenza significativa rispetto al d.P.R. n. 448/1988, che disciplina il processo penale minorile in Italia, ma che annovera solo 41 articoli.

Più in particolare, la Parte legislativa contiene un Titolo preliminare, volto a sancire i principi generali della giustizia penale minorile: una sorta di sintesi del preambolo dell'ordinanza del 1945 e del principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica (PFRLR) sulla delinquenza dei minori, eretto come tale dal Consiglio costituzionale nella sua decisione del 29 agosto 2002.

⁵ C. LAZERGES, *Chronique de politique criminelle*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, cit., 188-189.

⁶ In maniera critica si pone M. CHIAVARIO, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in *Leg. pen.*, 31 luglio 2017, 3, secondo il quale «è difficile tacere la sensazione – forse epidemica e tendenziosa ma innegabile- che la terminologia sia qui, più o meno volontariamente, rivelatrice di una svalutazione globale del ruolo, anche “garantistico”, delle leggi che disciplinano il processo e il suo contesto ordinamentale: mera “forma”, i cui mutamenti possono dunque essere considerati “neutri” perché il “merito” sta tutto altrove?»

Il Libro I è dedicato alle misure e alle sanzioni educative; il Libro II alla specializzazione degli attori della giustizia penale minorile; il Libro III alle disposizioni comuni alle diverse fasi del procedimento; il Libro IV alla procedura pre-sentenza e il V alla sentenza; il Libro VI disciplina l'applicazione ed esecuzione delle misure e pene educative; infine, il Libro VII è dedicato alle disposizioni relative all'estero.

Vale la pena focalizzare l'attenzione su alcuni Principi generali sanciti nel Titolo preliminare, che così esordisce: «*il presente codice disciplina le condizioni con cui si accerta la responsabilità penale dei minori, tenendo conto dell'attenuazione di tale responsabilità, in funzione alla loro età, e della necessità di cercare il recupero educativo e morale attraverso misure appropriate alla loro età e personalità, pronunciate da una giurisdizione specializzata o secondo procedure adeguate*»⁷.

Il primo principio generale (art. L11-1) si riferisce al 'discernimento', ossia l'equivalente della italiana imputabilità. Sarà successivamente analizzato, poiché merita di essere individualmente approfondito.

Il secondo principio generale (art. L. 11-2) sancisce che le decisioni adottate nei confronti dei minori mirano al loro *recupero educativo e morale*, nonché alla *prevenzione della recidiva*⁸ e alla *tutela degli interessi delle vittime*.

In tal senso, il Codice, a differenza dell'ordinanza del 1945, prende in considerazione il ruolo della vittima, ponendosi in conformità con il maggiore riconoscimento oggi riconosciuto⁹.

⁷ Commenta A. SIMONE, *Le futur Code de la justice pénale des mineurs*, in *Gazette du Palais*, 12 maggio 2020, n. 18, 66, che l'articolo preliminare di un codice può sia fissare linee guida sostanziali (il corpo), ma anche imprimere lo spirito di un *corpus* giuridico. Per quanto riguarda l'organismo, questa riforma avrebbe dovuto semplificare e ripristinare la coerenza delle norme applicabili alla giustizia penale minorile. Sarebbe stato senza dubbio positivo se l'articolo preliminare avesse stabilito delle garanzie per governare le riforme future. In questo senso, l'articolo preliminare del codice di procedura penale introdotto dalla legge 15 giugno 2000 ha operato la scelta di aprire un codice, che contiene prevalentemente aride norme procedurali, attraverso l'affermazione dei diritti dell'interessato, e l'esigenza di un equilibrio tra le parti. All'interno del CJPM, elementi di questo tipo si ritrovano piuttosto nei principi generali del suo titolo preliminare ed è anche difficile comprendere perché il PFRLR menzionato nell'introduzione sia stato tenuto lontano da questi principi generali. Questo testo in definitiva non porta con sé alcuna filosofia particolare, poiché l'insieme è contraddittorio. Un dibattito parlamentare sarebbe stato l'unico modo per colmare questa lacuna. In questo spirito dell'ordinanza, l'articolo preliminare avrebbe potuto contenere la luce alla luce della quale interpretare questo codice, ma non è così.

⁸ Cfr. J. FILIPPI, *L'évaluation des mineurs délinquants: une entreprise peu axée sur la limitation de la récidive*, in *Sociétés et jeunesse en difficulté*, 2020. In particolare, la valutazione è stata al centro degli scambi della conferenza di consenso sulla prevenzione della recidiva nel 2013. Il rapporto derivante da questi scambi ha sostenuto che "per essere efficace [la valutazione] dovrebbe basarsi su nuovi metodi di lavoro che supponeranno un cambiamento nelle pratiche professionali". Due modelli di intervento in criminologia, uno chiamato Rischio-Bisogno-Ricettività (RBR) e l'altro *Good Lives Model* (GLM), integrano sia un approccio di valutazione che modalità di gestione. L'applicazione di questi modelli alle persone che hanno commesso un reato presenta risultati interessanti nella limitazione della recidiva. Ultimamente, i testi normativi della protezione giudiziaria della gioventù (PJJ) e il Codice di giustizia penale minorile (CJPM) sostengono che l'intervento educativo deve tendere a una limitazione della recidiva. Questa ricerca mira in un primo momento a comprendere le pratiche valutative degli educatori nell'ambito della raccolta di informazioni socio-educative (RRSE) e in un secondo momento, ad analizzare in questa pratica ciò che è più o meno mobilitato nei principi dei modelli di intervento in criminologia. Per fare questo, lo studio prevede di incrociare dati quantitativi (250 file RRSE) con dati qualitativi (testimonianze di educatori sulle loro pratiche (n = 11)). I risultati indicano, da un lato, che l'attività valutativa non è un'attività lineare in quanto risulta da scambi e giochi di potere tra i diversi attori della valutazione (autori del reato, famiglia, educatori, magistrati...), e, dall'altro, che l'analisi delle pratiche di valutazione rispetto al RBR e al GLM conferma una mobilitazione parziale di questi due modelli. La questione della trasposizione completa di questi modelli rimane intera.

⁹ G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, in *Les voies du droit*, P.U.F., Parigi, 2008.

Il terzo principio generale (art. L. 11-3) dispone che i minorenni riconosciuti colpevoli di un reato possono essere sottoposti a misure educative e, se le circostanze e la loro personalità lo richiedono, a sanzioni.

In altri termini, è stabilito che la pronuncia di una pena avvenga solo se le circostanze e la personalità del minore lo richiedano; dunque, nella siffatta disposizione, il principio di primazia del diritto all'educazione rispetto all'esigenza di repressione non è espressamente sancito, ma si ricava in via indiretta.

Da altro angolo visuale, la norma sancisce la possibilità di un cumulo tra pene e misure educative per i minori di età superiore ai tredici anni (per gli infratredicenni, invece, è preclusa la possibilità di irrogare una pena, potendosi applicare solo misure educative).

Il cumulo tra misure educative e sanzioni presenta una rischiosa deriva: la confusione.

Il minore, sovente, non riesce bene a comprendere e ad individuare la differenza che passa tra la misura educativa e la pena, finendo per percepire anche la prima in chiave sanzionatoria. Da qui il riflesso negativo sulla finalità di "recupero educativo e morale" del minore.

Il quarto e il quinto principio generale (art. L. 11-4 e L. 11-5) riprendono alcune regole già stabilite dall'ordinanza del 1945 in tema di trattamento sanzionatorio del minore.

In particolare, si prevede, da un lato, che nessuna pena possa essere pronunciata contro un minore di età inferiore ai tredici anni; dall'altro lato, invece, si stabilisce che le pene sostenute dai minori sono diminuite in conformità con le disposizioni del Codice.

Trattasi, dunque, di scelte affini a quelle adottate dal Codice penale italiano che, all'art. 98 c.p., qualifica come imputabile il soggetto che, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere. Nella siffatta ipotesi, comunque, stabilisce che la pena irrogata dal giudice debba essere opportunamente diminuita.

Il codice, dunque, da un lato introduce inoltre un approccio più educativo e rieducativo nella gestione dei giovani trasgressori, ponendo l'accento sulla loro riabilitazione e reinserimento nella società. Viene data priorità alle misure alternative alla detenzione, come la mediazione, la supervisione educativa e i lavori di interesse generale, mirando a un approccio più individualizzante che consideri le specifiche esigenze e circostanze di ogni minore. Tuttavia, per altro verso, si mantiene il principio di attenuazione della responsabilità penale per i minori, riconoscendo che i giovani in età evolutiva possono non avere piena consapevolezza delle conseguenze delle loro azioni. Pertanto, si continua a fare una distinzione significativa tra il trattamento dei minori e quello degli adulti all'interno del sistema giudiziario.

Così illustrati i principi sanciti nel Titolo preliminare, il Codice passa a individuare i principi generali della procedura penale applicabili ai minorenni (artt. L12-1 a L12-6).

In sei articoli, infatti, vengono sancite alcune delle garanzie specifiche delle giurisdizioni penali minori, ponendosi in linea coerente con la Direttiva UE 2016/800, dell'11 maggio 2016 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, con cui è stato delineato per la prima volta, in maniera vincolante, un modello europeo condiviso di giustizia penale minorile¹⁰.

¹⁰ Tra le varie opzioni di politica legislativa, quella prescelta è stata una direttiva tesa a stabilire "norme minime"; uno strumento, dunque, assolutamente appropriato per ottenere un maggiore impatto nella tutela dei diritti fondamentali

Nello specifico, si dispone che i crimini, i delitti e le contravvenzioni di quinta classe contestati ad un minore siano indagati e giudicati da tribunali e sezioni specializzati o appositamente designati o composti, davanti ai quali vengono adeguate le procedure.

Anche in Francia, dunque, viene riconosciuto il diritto ad una giurisdizione specializzata¹¹ con una vocazione funzionale a sintetizzare le esigenze di repressione con quelle (prevalenti) di educazione.

Alla specializzazione dei giudici minorili non fa, tuttavia, da contraltare una totale specializzazione dei magistrati della procura incaricati dei fatti commessi dai minori, il cui ruolo si è progressivamente espanso con l'introduzione di alternative ai procedimenti giudiziari¹². L'indivisibilità della procura rischia di consentire anche ai magistrati che non hanno ricevuto alcuna formazione particolare di trattare dei casi riguardanti minori¹³.

dei minori coinvolti in procedimenti penali. Tale direttiva dovrebbe consentire una più rapida e significativa revisione (laddove necessaria) dell'attuale panorama legislativo nell'UE, attraverso un adattamento dei sistemi nazionali di giustizia minorile al protocollo di garanzie in essa contemplato. La direttiva dovrà essere applicata in conformità ai diritti e ai principi previsti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla CEDU, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, dagli altri strumenti internazionali pertinenti, nonché in combinato disposto con le direttive sui diritti procedurali già in vigore. Risulta, dunque, necessario garantire la coerenza del nuovo strumento con il quadro esistente, rispettando, al contempo, l'obiettivo di fornire agli indagati e agli imputati minorenni garanzie "rafforzate" e un più elevato livello di protezione calibrato sulle specifiche esigenze derivanti dalla loro condizione di vulnerabilità.

¹¹ V. PATANÈ, *Origini storiche e percorsi legislativi*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale*, II ed., a cura di E. ZAPPALÀ, Torino, 1-16, afferma come il primo tribunale per i minorenni venne istituito a Chicago nel 1899, quale risposta alla necessità, da tempo avvertita, di creare organi giudiziari specializzati, capaci di provvedere non solo e non tanto all'irrogazione di una sanzione effettivamente adeguata alla responsabilità di un soggetto non ancora pienamente maturo, quanto, piuttosto, ad avviare un'efficace opera di recupero e prevenzione in materia di criminalità minorile. In Europa la diffusione di giurisdizioni specializzate per minorenni si affermò solo qualche anno più tardi: iniziò l'Inghilterra nel 1908, con una legge (*Children Act 1908*) che rappresentava l'approdo finale di tutta una serie di tentativi, esperiti nel corso del XIX secolo, finalizzati proprio alla creazione di un sistema di giustizia minorile autonomo rispetto a quello per adulti; seguirono, a breve distanza di tempo, il Belgio e la Francia nel 1912, l'Olanda nel 1921 e la Germania nel 1922. Sul tema si rinvia altresì ad AA.VV., *Il processo penale minorile, Commento al d.P.R. n. 448/1988*, a cura di GIOSTRA, Milano, 2021, V ed.; C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012; G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile, Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino 2012.

¹² P. BONFILS, *Première approche du code de la justice pénale des mineurs*, in *Actualité juridique Pénal*, 2019, 478-479. La trattazione giudiziaria della delinquenza e della criminalità minorile richiede, per essere efficace, un'attenzione del tutto particolare. Questo è il motivo per cui l'ordinanza del 1945 prevedeva la specializzazione degli attori di questa giustizia, in particolare con un giudice minorile, i magistrati della sede e la Procura appositamente competente per questi casi nonché l'intervento della Tutela Giudiziaria dei la gioventù. Si era inoltre diffusamente consolidata la pratica di ricorrere prevalentemente all'indagine, definita addirittura "il metodo normale di preparazione dei procedimenti penali riguardanti i minori", accanto a metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Per correggere questa deriva, il nuovo Codice ha allineato il procedimento investigativo dei minori a quello applicabile agli adulti: solo per i reati, o anche per i reati complessi. Il giudice minorile perde la prerogativa di svolgere queste indagini, a favore di un giudice istruttore tradizionale, ma competente soprattutto per i casi riguardanti i minori. Tuttavia, il processo penale del minore in conflitto con la giustizia non è ancora identico a quello dell'imputato adulto, e per fortuna. La procedura tortuosa che è stata l'inchiesta è stata così sostituita da una procedura derogatoria che è la cesura penale.

¹³ Uno studio meriterebbe di essere condotto in particolare sulla specializzazione dei giudici istruttori appositamente incaricati dei casi riguardanti i minori e dei magistrati della procura incaricati della procura-minori in particolare nei piccoli tribunali giudiziari. L'argomento è tanto più importante in quanto i giudici per bambini perdono la loro competenza di giudici istruttori e gli alternativi all'accusa occupano un posto considerevole nella gestione della delinquenza dei minori. In breve, era indispensabile nei principi generali ricordare la specificità della giustizia penale dei minori rispetto alla specializzazione degli attori magistrati della giustizia dei minori, specializzazione che deve essere effettiva. In effetti, il margine di progresso è importante, lo è anche in ragione del deplorabile *turn-over* rapido dei giudici dei bambini e dei magistrati della procura incaricati dei minori in molte giurisdizioni.

Ancora. Viene sancito il principio di non pubblicità delle udienze riguardanti i minori, pur con delle specifiche eccezioni.

Infine, l'art. L12-4 sancisce il diritto all'assistenza legale, affermando che il minore perseguito o condannato è assistito da un avvocato. Quando un avvocato viene designato d'ufficio, *per quanto possibile*, deve essere lo stesso in ogni fase del procedimento.

3. Come già premesso, il Titolo preliminare del Codice della giustizia penale minorile si apre con una norma dedicata al 'discernimento'¹⁴: una questione centrale nel sottosistema della giustizia minorile.

La nozione, in sostanza, coincide con quella italiana di 'imputabilità'.

In altri termini, il discernimento è il presupposto della colpevolezza, sicché nessun giudizio di rimprovero si può formulare nei confronti di chi al momento della commissione del fatto non era capace di comprendere il significato e le implicazioni (processuali e sanzionatorie) delle proprie azioni.

Ebbene, la previgente ordinanza del 1945 prevedeva una modalità di valutazione in concreto, caso per caso, della capacità di discernimento del minore in conflitto con la legge¹⁵.

Il Codice della giustizia penale dei minori ha compiuto una 'parziale' rivoluzione.

Per chiarire. L'art. L11-1 al 1° dispone che solo i minori capaci di discernimento sono penalmente responsabili dei reati dei quali sono riconosciuti colpevoli. Al 2°, invece, si stabilisce una presunzione di mancanza di discernimento per i minori di tredici anni e una presunzione di discernimento per i minori di almeno tredici anni¹⁶.

Con il Codice del 2021, dunque, si è individuata una "soglia" di discernimento in astratto, in linea con la Convenzione internazionale dei diritti dell'infanzia, che impone agli Stati membri di stabilire un'età minima al di sotto della quale i minori si presumono incapaci di intendere e di volere.

Tuttavia, la logica della valutazione in concreto non è stata totalmente abbandonata, poiché, in entrambi i casi, si tratta di una presunzione 'relativa', dunque, suscettibile di prova contraria¹⁷.

¹⁴ La questione del discernimento del minore autore di un reato sessuale si pone al fine di sapere se egli sia penalmente responsabile, vale a dire se possa essere perseguito e/o condannato da un tribunale penale. I genitori di un minore imputato non potranno mai affrontare la propria responsabilità penale, a meno che non abbiano commesso essi stessi un reato separato. Sul piano civile, però, le cose stanno diversamente: la capacità di discernimento del minore non incide sulla sua responsabilità civile, né su quella dei suoi genitori, che possono benissimo essere ritenuti responsabili del danno da lui eventualmente causato. Ne consegue che anche nelle situazioni in cui nessun reato può essere imputato, né al minore per mancanza di discernimento, né ai suoi genitori, questi dovranno sempre risarcire le vittime di violenza sessuale che hanno subito un danno.

¹⁵ J.M. CARABASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, P.U.F., Parigi, 2000, 47. Il concetto di discernimento affonda le radici nell'epoca romana, che già prevedeva un regime penale specifico per i minorenni delinquenti, che richiedeva discernimento. Sotto Giustiniano, fino all'età di sette anni, considerata "l'età della ragione", il minore veniva definito "*infans*" (etimologicamente, «colui che non parla»).

¹⁶ Secondo B. LE DÉVÉDEC, *Mineurs auteurs d'infractions sexuelles: les révolutions du Code de la justice pénale des mineurs sur le discernement et la césure pénale*, in *Enfances & Psy*, 2021, fasc. 4, n° 92, 110, gli estensori del Codice, nel prevedere un'età al di sopra della quale si presume il discernimento dei minori, lungi dal tutelarli, peggiora la situazione giudiziaria dei minori più grandi, poiché per gli stessi deve essere provata la loro mancanza di discernimento.

¹⁷ Cfr. S. GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, XIV ed., LexisNexis, Parigi 2021, n° 515 ss., 473 ss. Del resto, le presunzioni inconferibili sono quasi inesistenti nel diritto penale poiché la giurisprudenza costituzionale le condanna, soprattutto quando si tratta della presunzione di colpevolezza, o addirittura di responsabilità. Il Consiglio costituzionale, infatti, ritiene che "in linea di principio il legislatore non può stabilire una presunzione di colpevolezza in materia

In altri termini, la presunzione di incapacità di discernimento opera un'inversione dell'onere della prova a favore dell'imputato, per cui spetta all'accusa fornire la prova della sua capacità di discernimento¹⁸.

Il Codice ha altresì fornito una definizione¹⁹ di 'discernimento', stabilendo che è capace di discernimento il minore che ha compreso e inteso il suo atto e che è capace di comprendere il significato del procedimento penale di cui è oggetto.

Da notare, dunque, il riferimento, non solo alla dimensione sostanziale del fatto commesso, ma anche alla componente processuale. Il minore, come esprime chiaramente il testo normativo, deve essere capace di percepire ciò che accade nel processo penale instaurato per accertare la sua responsabilità.

Ciò nonostante, si tratta pur sempre di una definizione sommaria, che rileva una limitata capacità di orientare gli esperti che devono valutare se un minore in conflitto con la legge sia o meno capace di discernimento. Sarebbe stata più opportuna una descrizione più dettagliata degli elementi da prendere in considerazione nella valutazione del discernimento del minore.

Diversamente, come succede nel sistema italiano, la categoria finisce per essere 'riempita' in chiave ermeneutica dalla giurisprudenza, con disparità talvolta significativa da un esperto o giudice all'altro²⁰.

Un tentativo di maggior definizione si scorge nella Parte normativa del codice e, in particolare, nell'art. R. 11-1, il quale prevede che le capacità di discernere o non discernere i minori «possono essere accertate dalle loro dichiarazioni, da quelle dei loro familiari e l'ambiente scolastico, gli

repressiva; che tuttavia [...] tali presunzioni possono essere fondate, soprattutto in materia penale, purché non siano inconfutabili, sia assicurato il rispetto dei diritti della difesa e i fatti inducano ragionevolmente la plausibilità dell'imputabilità”.

¹⁸ Anche in Francia, la nozione di imputabilità è particolarmente controversa, soprattutto quanto all'ambito di appartenenza. Più nello specifico, la questione dell'applicazione nel tempo delle presunzioni può dar luogo ad alcune difficoltà a causa della loro natura mista. Secondo un primo orientamento, E. VERNY, *Diritto penale generale*, IV ed., LGDJ, 2014, n. 124, 5. *Contra*, ritiene che si debba sempre applicare la nuova legge, con la riserva che la prova precostituita conserva il valore probatorio che aveva al momento della sua costituzione J. PRADEL, *Diritto penale generale*, XXI ed., 2016, n. 196, 171, le disposizioni relative alla prova devono essere assimilate alle leggi sostanziali e quindi sottoposte, come queste ultime, alla distinzione tra leggi più blande e leggi più severe.

¹⁹ Cfr. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, III édition, Ellipses, Parigi, 2016, 600 ss. Il Centro nazionale per le risorse testuali e lessicali (CNRTL) definisce il discernimento come “la capacità della mente di distinguere ciò che è buono, vero, permesso, da ciò che è male, falso, proibito”. Il professor Philippe Bonfils (2007) intende il discernimento come la facoltà di giudicare e apprezzare con precisione o come quella di distinguere il bene dal male. Secondo il professor Jean-Christophe Saint-Pau (2007, 87 e ss.), è attraverso la condizione di discernimento, che riflette l'attitudine al reato, che il diritto penale conserva la dimensione morale che il diritto civile ha perso sganciando discernimento e responsabilità civile. Nessun testo giuridico, invece, permette di definire cosa sia il discernimento secondo il legislatore. In pratica i magistrati tendevano a collocare l'età del discernimento intorno ai 7 anni, “l'età della ragione”. Ciò corrisponde a una competenza psicologica che colloca generalmente la capacità di discernimento intorno ai 6 o 8 anni, ma l'intelligenza tra i 7 e i 12 anni, motivo per cui il rapporto Varinard aveva fissato una soglia di età a 12 anni. Ma, tranne quando si apre un'indagine giudiziaria e la questione del discernimento del minore non viene necessariamente posta allo psichiatra. Senza che il loro parere vincola la giurisdizione, lasciando al giudice..., sono i magistrati che valutano da soli questo discernimento, il più delle volte sulla base di una soglia di età non stabilita legalmente. Una difficoltà aggiuntiva: non è il discernimento del minore autore del reato al momento delle indagini o del processo che deve essere accertato, ma il suo discernimento al momento dei fatti, che può essere molto problematico in sede di valutazione, soprattutto quando il processo è tardivo, o addirittura quando l'autore del reato è diventato adulto.

²⁰ Cfr. Cass. crim., 13 dicembre 1956, D. 1957.

elementi dell'indagine, le circostanze in cui sono stati commessi i fatti, una perizia o una perizia psichiatrica o psicologica».

Emerge, dunque, che si tratta di un insieme di fatti legati al reato o al minore che consentirà di valutare il suo giudizio. La circolare di presentazione del Codice²¹ arriva addirittura a indicare che tenere conto del *background* del minore (inteso nel senso penale del termine) potrebbe essere utile per valutare la sua capacità di discernimento.

Per quanto riguarda il discernimento e la sua valutazione, bisogna constatare una parziale 'rivoluzione', ma nel senso letterale del termine, cioè, uno spostamento attorno ad un asse il cui punto di arrivo coincide con il punto di partenza²².

In altri termini: niente di nuovo sotto il sole.

4. Uno degli obiettivi principali del *Code de la justice pénale des mineurs* è quello di garantire che i procedimenti giudiziari riguardanti i minori siano trattati con la massima celerità, per evitare che l'esperienza giudiziaria abbia un impatto negativo prolungato sulla vita del minore. Questo si traduce nel tentativo di concludere i giudizi entro periodi brevi e predeterminati rispetto alla commissione del fatto.

L'articolo L. 421-1, che si riferisce espressamente all'articolo 40-1 del codice di procedura penale (CPP), prevede che, al termine dell'indagine, il pubblico ministero, tenendo conto della personalità del minore e delle sue condizioni di vita e di istruzione, scelga tra tre opzioni: archiviare, optare per un'alternativa all'accusa e, infine, mettere in moto l'azione pubblica.

La procedura di archiviazione – la classificazione senza seguito – coincide con quella per maggiorenni. Chiaramente, la fissazione di una presunzione di irresponsabilità a beneficio dei minori di età inferiore ai 13 anni da parte dell'articolo L. 11-1 del Codice di giustizia penale dei minori implica un aumento delle archiviazioni basate sul motivo 370 ("*Non discernement mineur*") della nomenclatura stabilita dalla Direzione degli affari criminali e delle grazie.

Stante poi la strada delle alternative all'accusa²³, che esorbiterebbe i limiti del presente contributo, vale la pena porre il *focus* sulla procedura prevista in caso di esercizio dell'azione pubblica.

Il Codice prevede una sequenza teleologica di atti e scansioni procedurali ben serrate.

Più in particolare, il sistema si caratterizza per una netta separazione tra una prima udienza, volta ad accertare la colpevolezza dell'imputato, e una ulteriore udienza, volta a irrogare la sanzione.

I due momenti dialettici sono intervallati da un periodo di prova formativa della durata da 6 a 9 mesi.

²¹ Circolare NOR: JUSF2118988C del 25 giugno 2021, di presentazione delle disposizioni del *Code de la justice pénale des mineurs*.

²² In chiave critica si pone C. LAZERGES, *Chronique de politique criminelle*, in *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, cit., 180, secondo cui il nuovo testo offre il mantenimento della questione del discernimento senza nemmeno fissare una soglia di "minoranza penale" che escluda dal campo penale i bambini più piccoli. Il diritto penale dei minori non è ancora in conformità con la CIDE.

²³ Si rinvia specificamente a T. LEBRETON, E. RASCHEL, *Le Code de la justice pénale des mineurs et l'orientation des poursuites*, in *Gazette du palais*, 9 novembre 2021, n. 21, 14.

Il sistema, in buona sostanza, si connota per una consapevole scissione tra la questione dell'accertamento della responsabilità e quella della 'punizione'.

L'idea di una cesura del processo penale del minore, se non si era concretizzata esplicitamente nei testi del 1945, è stata regolarmente difesa in dottrina dai difensori del modello protezionista.

Sia le commissioni Martaguet nel 1983 e Varinard nel 2008 hanno sostenuto l'opportunità di aderire al modello della 'cesura' del processo per i minori. Fino ad allora, però, si riteneva che la 'cesura' derivasse dalla necessaria scissione tra il momento dell'indagine sociologica, eventualmente medico-psicologica, e quello della sanzione.

Una forma parziale di 'cesura' è stata introdotta dalla legge del 10 agosto 2011 e inserita negli articoli da 24-5 a 24-8 dell'ordinanza del 2 febbraio 1945, ma non come procedura ordinaria.

Il Codice della giustizia penale dei minori, invece, stabilisce la 'cesura' come forma ordinaria del procedere, con eccezioni che rispondono a esigenze di velocità e deflazione del contenzioso.

Una vera e propria svolta culturale.

Non si tratta più di giudicare un reato sul quale si applica una sanzione per la sua gravità, ma di giudicare un minore che ha commesso un reato e che, durante il periodo di prova educativa, può trovare una ultima possibilità per espiare le proprie colpe, per riscattarsi, e vedere così applicata una risposta penale meno severa.

La seconda udienza si svolge in un contesto temporale e con uno spirito profondamente diversi, considerato che la questione della colpevolezza è stata già affrontata e definita.

Rebus sic stantibus, l'udienza volta a definire la 'sanzione' risulta meno rispondente a criteri di giustizia vendicativa, non è guidata dall'emozione e dalla vendetta dell'accusa e della vittima, ma è maggiormente congeniale a un modello di giustizia più efficiente che ripristina l'ordine sociale sulla base dei bisogni del minore autore del reato, del suo atteggiamento, della sua evoluzione e del suo percorso educativo e morale.

Così facendo, si garantisce in maniera più adeguata la prevalenza della funzione educativa su quella repressiva, pilastro fondamentale della giustizia penale minorile.

4.1. L'udienza volta all'accertamento della colpevolezza rappresenta la prima fase della nuova procedura e si svolge in un periodo compreso tra 10 giorni e 3 mesi successivi all'esercizio dell'azione pubblica da parte del pubblico ministero. Essa consente di giudicare il minore sulla sua colpevolezza e sui profili civilistici.

Le norme applicabili allo svolgimento dell'udienza sono previste dagli articoli L.511-1.

Più in particolare, all'udienza possono partecipare il minore, i testimoni, i rappresentanti legali o le persone civilmente responsabili del minore, la vittima e l'eventuale parte civile, infine il pubblico ministero, la cui presenza tuttavia non è sempre obbligatoria.

In particolare, si prevede che il minore o il suo avvocato parlino sempre per ultimi. La disposizione risponde alla evidente finalità di garantire la più ampia cognizione possibile da parte della difesa, che potrà, dunque, adottare le strategie processuali e difensive in maniera più consapevole.

I servizi educativi sono presenti anche se il minore era già in monitoraggio, se è stato pronunciato un provvedimento provvisorio in fase di dimissione, se è stata avanzata una proposta educativa nella RRSE e/o se la situazione è complessa o comporta una problematica particolare.

In caso di più autori nella stessa udienza, il giudice dei minori si pronuncia sulla colpevolezza di ciascuno e può decidere di rinviarli alla stessa udienza per pronunciare la sanzione o a udienze diverse a seconda della gravità dei fatti e della personalità.

Per quanto concerne l'azione risarcitori, in udienza, la dichiarazione della parte civile deve essere resa, a pena di inammissibilità, prima delle richieste del pubblico ministero.

Inoltre, quando un minore è coinvolto nella stessa causa di uno o più adulti, il giudice penale o la corte d'assise competente per quanto riguarda gli adulti può pronunciarsi sull'azione civile contro tutti i responsabili, su deferimento della vittima o del minore.

Il giudice o il tribunale per i minori, può pronunciarsi d'ufficio o su richiesta della parte civile. In tal caso, il minore non compare all'udienza, ma solo i suoi rappresentanti legali.

4.2. Al termine della prima udienza, se il giudice o il tribunale dei minori dichiarano la colpevolezza dell'imputato minorenni, allora si ordina l'apertura di un periodo di prova educativa, che rappresenta il secondo passo procedurale nel giudizio di un minore dopo l'udienza di colpevolezza e durante la quale sarà soggetto a determinati obblighi.

La funzione è quella di preparare la fase finale: l'udienza per la pronuncia della sanzione.

Il periodo di prova educativa dura fino all'udienza di sanzione e il tribunale fissa, nella sentenza, la data dell'udienza di pronuncia della sanzione che si svolge, entro un periodo compreso tra sei e nove mesi dopo la condanna (fisso per tutte le tipologie di reato), davanti al giudice o, se la personalità del minore, o la gravità, o la complessità dei fatti lo giustificano, davanti al tribunale per i minorenni.

Durante questo periodo, che può variare in durata, si cerca di intervenire positivamente sul comportamento del minore, attraverso misure educative, di sostegno alla famiglia, e interventi psicologici o sociali se necessari.

Più in particolare, durante il periodo di prova educativa, il giudice può disporre, *in primis*, una perizia medica o psicologica.

Può poi disporre una misura educativa giudiziaria, che è stata introdotta nel 2011 e modificata nel 2015. Inoltre, il minore può essere, a seconda dei casi, sottoposto al controllo giudiziario o agli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica.

Appare opportuno un approfondimento.

La misura educativa giudiziaria.

L'art. L112-1 sancisce espressamente che la misura educativa giudiziaria mira a tutelare i minori, la loro assistenza, la loro istruzione, la loro integrazione e il loro accesso alle cure.

Trattasi, infatti, di una misura volta a fornire un intervento educativo e di sostegno ai minori che si trovano coinvolti nel circuito penale a causa di comportamenti illeciti. L'obiettivo principale di queste misure è di promuovere l'integrazione sociale del minore, lavorando sulla prevenzione della

recidiva attraverso un approccio che privilegia l'educazione e il sostegno rispetto alla semplice sanzione punitiva.

Invero, la misura educativa giudiziaria consiste in un sostegno individualizzato al minore basato sulla valutazione della sua situazione personale, familiare, sanitaria e sociale, e che può essere applicato anche all'infratredicenne.

In particolare, ai sensi dell'art. L112-2, il tribunale può disporre uno o più dei seguenti moduli, divieti o obblighi:

1. Un modulo di inserimento, che consiste nell'indirizzare il minore verso un sostegno educativo o finalizzato alla sua integrazione sociale, accademica o professionale, adattato alle sue esigenze. Può consistere anche in un giorno di accoglienza; un collocamento in un istituto scolastico; un collocamento in un istituto di istruzione o formazione professionale pubblico o privato autorizzato.

2. Un modulo di riparazione, che può consistere in un'attività di aiuto o di riparazione a favore della vittima o nell'interesse della comunità o in attività di mediazione tra il minore e la vittima.

3. Un modulo sanitario, che può consistere nell'indirizzare il minore verso un'assistenza sanitaria adeguata ai suoi bisogni; nell'inserimento in una struttura sanitaria, esclusi i servizi psichiatrici; nell'inserimento in una struttura medico-sociale²⁴.

4. Un tirocinio;

5. Il divieto di comparizione, per un periodo non superiore ad un anno, nel/nei luoghi in cui è stato commesso il reato e designati dal tribunale, ad eccezione dei luoghi in cui il minore risiede abitualmente;

6. Il divieto di contatto con la vittima o con i co-autore o complici, designati dal tribunale, per un periodo massimo di un anno;

7. Il divieto di circolare sulle strade pubbliche dalle ore 22 alle ore 6 senza essere accompagnati da uno dei loro rappresentanti legali, per un periodo massimo di sei mesi;

8. L'obbligo di consegnare un oggetto posseduto o appartenuto al minore e che abbia prestato servizio nella commissione del reato o che ne sia il prodotto;

9. L'obbligo di seguire un corso di formazione civica, di durata non superiore a un mese, destinato a ricordare al minore gli obblighi derivanti dalla legge. Questo corso può includere una componente specifica di sensibilizzazione sui rischi legati al bullismo scolastico.

I suddetti moduli, obblighi e divieti possono essere imposti alternativamente o cumulativamente, al fine di stabilire il trattamento più individualizzato e conforme alla personalità del minore.

²⁴ L'articolo L113-1 del CJPM stabilisce che il padre e la madre del minore beneficiario di una misura di collocamento continuano ad esercitare tutti gli attributi della potestà genitoriale che non sono inconciliabili con detta misura. Tuttavia, la persona, il servizio o l'istituto a cui è affidato il minore compie tutti gli atti abituali relativi alla sua sorveglianza e alla sua educazione. Il giudice competente a pronunciarsi sull'affidamento può eccezionalmente, in tutti i casi in cui l'interesse del minore lo giustifichi, autorizzare la persona, il servizio o l'istituto al quale il minore è affidato a esercitare un atto soggetto alla potestà genitoriale in caso di rifiuto abusivo o ingiustificato o in caso di negligenza da parte dei titolari della potestà genitoriale, spetta al richiedente fornire la prova della necessità di tale provvedimento.

Il controllo giudiziario.

Il controllo giudiziario è una misura cautelare utilizzata nel sistema giuridico francese, che può essere applicata sia agli adulti che ai minori sospettati di aver commesso un reato. Questa misura permette di imporre determinate condizioni e restrizioni agli imputati, in via alternativa alla detenzione preventiva.

L'obiettivo del controllo giudiziario è dunque quello di bilanciare la necessità di assicurare che il sospettato si presenti al processo e non commetta ulteriori reati, con il diritto alla libertà individuale prima della conclusione del processo stesso.

Esso può essere disposto solo per i minori di almeno tredici anni e con esso si prevede una serie di obblighi, tassativamente individuati dal giudice.

In particolare, tra gli obblighi previsti dall'art. L331-2 è previsto: il divieto di uscire dai limiti territoriali determinati; il divieto di allontanamento dalla propria abitazione; il divieto di frequentare alcuni luoghi determinati dal giudice; il divieto di partecipare a manifestazioni su strade pubbliche; l'obbligo di informare il giudice di eventuali spostamenti; l'obbligo di riferire periodicamente ai servizi, alle associazioni autorizzate o alle autorità designate dal giudice dei minori, dal tribunale dei minori, dal giudice istruttore o dal giudice della libertà e della detenzione che sono tenuti a osservare la più stretta discrezione riguardo agli atti addebitati al minore; il divieto di guidare tutti o alcuni veicoli; il divieto di ricevere o frequentare determinate persone appositamente designate dal giudice dei minori, nonché di entrare in contatto con loro in qualsiasi modo; l'obbligo di sottoporsi a misure di esame, trattamento o cura, anche in regime di ricovero ospedaliero, in particolare a fini di disintossicazione; il divieto di svolgere un'attività che comporti il contatto abituale con minori quando esiste il rischio che venga commesso un nuovo reato; il divieto di porto d'armi.

Gli inadempimenti del minore agli obblighi impostigli sono denunciati senza ritardo al magistrato ordinante dal servizio competente per l'attuazione del provvedimento e una copia di tale verbale è trasmessa dal giudice al pubblico ministero.

Tali misure provvisorie, salvo il loro rilascio anticipato, scadono alla data fissata dalla decisione e comunque nel momento in cui viene pronunciata la sentenza sulla sanzione. Inoltre, le decisioni prese ai sensi del presente articolo sono provvisoriamente esecutive e soggette a ricorso.

La funzione di monitoraggio del periodo di prova formativa spetta al giudice dei minori, che, in qualsiasi momento durante il periodo di prova educativo, può prescrivere, modificare o revocare la misura educativa giudiziaria provvisoria o le misure di sicurezza di cui all'articolo L. 521-14, sia d'ufficio, su richiesta del minore o del suo difensore o su richiesta del pubblico ministero.

Qualora il minore sia sottoposto al controllo giudiziario e non ottemperi agli obblighi cui è sottoposto, il giudice dei minori può decidere, d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero, di citarlo davanti al tribunale dei minori per un'udienza e così pronunciare la sanzione prima della fine del periodo di prova formativa.

4.3. L'udienza sanzionatoria è il terzo ed ultimo passaggio della procedura del periodo di prova formativo e si svolge in un periodo da 6 a 9 mesi dopo l'udienza di colpevolezza.

Nello specifico, all'udienza definitiva, il giudice si pronuncia sulla sanzione e, ove possibile, sull'azione civile. Quando è investito di più procedimenti promossi nei confronti dello stesso minore, il giudice può disporre la riunione degli stessi all'udienza di pronuncia della sanzione, d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero o delle parti.

L'art. L522-1 stabilisce che dopo l'interrogatorio dell'imputato, il presidente del Tribunale per i minorenni può, in ogni momento, ordinare l'allontanamento del minore imputato per tutto o parte del procedimento.

Successivamente, il presidente pone, a pena di nullità, i seguenti due quesiti. «Esiste motivo di infliggere una condanna penale all'imputato? Vi è motivo di escludere l'imputato dal beneficio dell'attenuante di pena prevista dagli articoli L. 121-5 e L. 121-6 ?».

Per quanto concerne le possibili sanzioni irrogabili, il giudice non può disporre l'espulsione dal territorio francese, l'interdizione dei diritti civili, familiari, il divieto di soggiorno, l'interdizione da una professione, la chiusura di stabilimento e l'esclusione dai pubblici appalti. Inoltre, sono escluse le sanzioni dell'esposizione o diffusione della sentenza di condanna.

Per gli infratredicenni, come già ribadito, possono essere applicate solo delle misure educative.

Per i minori di almeno 13 anni, possono essere applicate anche delle sanzioni.

Per quanto concerne la pena detentiva, l'art. L121-5 stabilisce che il Tribunale e la Corte d'assise per i minorenni non possono imporre una pena detentiva superiore alla metà della pena subita. Se la pena inflitta è l'ergastolo o la detenzione penale, la pena non può superare i venti anni di reclusione o di detenzione penale. Al minore, inoltre, non può essere comminata una multa superiore alla metà della sanzione subita né una multa superiore a 7.500 euro.

Se il minore ha più di sedici anni, il tribunale di polizia, il Tribunale e la Corte d'assise per minorenni possono, in via eccezionale e tenendo conto delle circostanze del caso e della personalità del minore nonché della sua situazione, decidere che non vi è motivo di applicare le norme di attenuazione delle sanzioni menzionate negli articoli L. 121-5 e L. 121-6.

Tale decisione può essere assunta solo con provvedimento appositamente motivato.

In tal caso, quando la pena prevista è l'ergastolo o la detenzione penale, la pena massima che può essere irrogata è di trent'anni di reclusione o di detenzione penale.

5. Il *Code de la justice pénale des mineurs* è stato introdotto in Francia con l'obiettivo di riformare e modernizzare il sistema di giustizia penale minorile, rappresentando un tentativo di integrare e aggiornare un insieme di norme precedentemente isolate.

La procedura sinora delineata riflette l'intenzione del legislatore francese di adottare un approccio più umano e individualizzato alla giustizia penale minorile, riconoscendo che i giovani necessitano di un trattamento specifico che favorisca la loro crescita e maturazione. La distinzione tra le tre fasi permette di bilanciare la necessità di responsabilizzare i minori per le loro azioni con l'opportunità di offrire loro un percorso di miglioramento personale.

Al centro di questa riforma vi è il principio del *best interest of the child* e la prevalenza dell'approccio educativo su quello repressivo. Nonostante le nobili intenzioni, l'efficacia e l'applicazione pratica del Codice sollevano talune criticità.

In primis, la presunzione relativa di non discernimento per i minori di tredici anni, che non favorisce in alcun modo l'attuazione del diritto al giusto processo per soggetti così giovani.

Ancora, una delle principali limitazioni del Codice risiede nel suo carattere essenzialmente procedurale, che non affronta adeguatamente situazioni complesse come quella dei minori non accompagnati.

Questi soggetti, che richiederebbero un'attenzione e un sostegno particolare, continuano a trovare 'disciplina' in altri testi normativi, come il codice di azione sociale e famiglie o il codice degli enti locali, evidenziando una frammentazione nell'approccio alla tutela dei minori vulnerabili.

Inoltre, la riforma ambiva a migliorare la leggibilità e la coerenza del sistema, facilitando un maggior coordinamento tra i diversi attori della giustizia penale minorile²⁵. Tuttavia, la persistenza di eccezioni procedurali, come la possibilità di tenere un'unica udienza per colpevolezza e sentenza, solleva dubbi sulla coerenza dell'applicazione delle nuove norme e sulla loro capacità di garantire processi giusti e tempestivi.

Anche la questione delle tempistiche procedurali è problematica. La congestione cronica dei tribunali e il sovraffollamento dei servizi di assistenza, inclusi quelli psichiatrici per minori, minacciano la fattibilità del percorso processuale delineato dal Codice, in particolare per quanto riguarda la seconda udienza e l'assegnazione di educatori ai minori imputati. Questi ritardi rischiano di compromettere l'efficacia delle misure educative provvisorie, lasciando i minori senza il necessario supporto in attesa del processo.

La limitazione temporale di nove mesi per la misura educativa provvisoria, inoltre, sembra non tenere conto della realtà operativa dei tribunali e delle necessità dei minori. Il risultato è un sistema che, nonostante le intenzioni riformatrici, rischia di non fornire un supporto adeguato ai minori nel loro percorso di reintegrazione.

In conclusione, il *Code de la justice pénale des mineurs* rappresenta un inconfutabile passo avanti nella riforma della giustizia minorile in Francia, ma le sue applicazioni pratiche non sono ancora scevre da profili di problematicità.

La sfida è quella di garantire che l'approccio educativo, al centro della filosofia del Codice, non sia compromesso da limitazioni procedurali e da una mancanza di risorse.

È essenziale che le riforme continuino a evolversi, affrontando le lacune esistenti e adattandosi alle realtà operative dei tribunali e ai bisogni dei minori, per realizzare pienamente la visione di un sistema di giustizia minorile che privilegi l'integrazione sociale dei giovani, perché «*quando un minore ruba una bicicletta, non è alla bicicletta che bisogna interessarsi, ma al minore*»²⁶.

²⁵ Analizza la figura dell'assessore S. JACOPIN, *Être assesseur au sein du tribunal pour enfants en 2021*, in *Gazette du Palais*, 28 settembre 2021, n. 33, 15 ss. «Nel momento in cui la giustizia penale minorile si sta evolvendo in profondità, molte persone nell'opinione pubblica o anche tra i professionisti della giustizia ignorano l'esistenza della funzione di assessore all'interno del tribunale per bambini (TPE). Tuttavia, ci sono attualmente 1 900 assessori distribuiti nei 153 TPE. Chi sono? Qual è la loro missione? Il loro status? Che posto dà loro il Codice di giustizia penale minorile?»

²⁶ È una famosa frase di J. CHAZAL, *L'Enfance délinquante*, P.U.F., Parigi, 1983. In francese: «*Quand un enfant vole un vélo, ce n'est pas au vélo qu'il faut s'intéresser mais à l'enfant*».

Prospettive di giustizia riparativa per i minori alla luce della Riforma Cartabia

ALESSANDRA SCALAS

ABSTRACT

The debate on the potentialities of restorative strategies has been given new life by the intervention of the Cartabia Reform. The legislature has prepared an organic regulation of restorative justice, extensible to juveniles appropriately to their personalities and needs, in consideration of their best interests. However, the absence of ad hoc regulation raises several doubts and perplexities.

SOMMARIO: 1. La mediazione penale minorile: una forma compiuta di giustizia riparativa. – 2. Tentativi di sistematizzazione o pie illusioni? – 3. ...Irrompe sulla scena la Riforma Cartabia. – 4. Rilievi conclusivi.

1. La giustizia riparativa¹ rappresenta un ‘fenomeno’ poliedrico, di natura composita, originato dalla combinazione di presupposti antropologici, filosofici, criminologici e giuridici, nonché di prassi dialogico-conciliative²; più nello specifico, rappresenta un vero e proprio «modello alternativo di giustizia penale»³. Esso reca con sé una visione della pena che si discosta dalla funzione retributiva e preventiva⁴, pur affiancandovisi: l’idealtipo riparativo si concentra sulle azioni che l’autore del fatto criminoso può porre in essere al fine di ristorare la vittima dall’offesa ricevuta⁵.

¹ La definizione di giustizia riparativa è offerta dalla Direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, ove, all’art. 2, co. 1, lett d) è stabilito che s’intende con «giustizia riparativa»: qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale».

In letteratura sulla giustizia riparativa v., *ex multis*, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003; M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *Giustizia riparativa*, in *Dig. pen.*, V agg., Torino 2010, 423 ss; G. MANNOZZI e G. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa: Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna 2015.

² In tal senso, G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir.*, Annali X, 2017, 465. In argomento v. anche G. MANNOZZI, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2022, 1, 2. Più in generale M. A. FODDAI, *Responsabilità e giustizia riparativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, 1703 ss.

³ L’espressione è di G. DI PAOLO, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1.

Si è affermato che alla base della ricerca di modelli alternativi di giustizia vi sia la necessità di «fronteggiare la crisi, in termini di legittimazione, efficienza e razionalità dell’intero sistema del controllo penale», in questi termini S. D’AMATO, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 2.

⁴ Più in generale, sulle origini della penalità e sul bisogno di pena si v. C. A. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena-Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 1, 447.

⁵ F. BELLOCCHIO, *La mediazione penale minorile: uno strumento di risoluzione dei conflitti attraverso un percorso relazionale tra la vittima e l’autore del reato*, in *Camminodiritto*, 2022, 4.

A risultare preminente è la logica consensuale e partecipativa che, sostituendosi alla impostazione tradizionale di giustizia penale, valorizza il ruolo della persona offesa. Lo scopo ultimo è rappresentato dalla ricomposizione del conflitto generato dal fatto criminoso mediante il viatico della conciliazione tra autore e vittima⁶; essa mira altresì a favorire la riparazione delle conseguenze del reato aumentando il senso di sicurezza collettiva⁷.

Volendo sgombrare il campo da equivoci terminologici, va precisato che il rapporto che intercorre tra giustizia riparativa e mediazione penale può latamente ricondursi a quello di *genus* a *species*. Invero, la mediazione penale collocandosi «nell'alveo concettuale, valoriale e garantista»⁸ della *restorative justice*, costituisce una delle sue forme più riuscite nonché lo strumento maggiormente adoperato.

Tale assunto assume ancor più valore con riferimento al rito minorile, cantiere aperto a maggiori sperimentazioni⁹. La *ratio* è di palmare evidenza se si considera la struttura del processo penale minorile e gli scopi cui è deputato. Invero, alla funzione cognitiva si associa l'esigenza di non desocializzazione da realizzarsi *anche* mediante la rapida fuoriuscita del minore (responsabilizzato) dal circuito penale.

Lo Stato assume il compito di rieducare il minore deviante, garantendo l'infanzia e la gioventù mediante istituti necessari allo scopo (art. 27 co. 3 e 31 Cost.); risponde a tale esigenza anche la normativa di riferimento nel settore processuale minorile, ossia il D.P.R. 448/1988 che, all'articolo 1, sancisce la prevalenza delle norme previste *ad hoc* per i minori su quelle presenti nel codice di rito per gli adulti, prevedendo a carico del giudice l'obbligo di illustrare al minore "il significato delle attività processuali" che lo vedano coinvolto¹⁰.

In ossequio al principio di minima offensività, e dunque allo scopo ultimo di tutelare la vulnerabilità intrinseca del minore, gli strumenti di giustizia riparativa si rivelano particolarmente idonei, consentendo di garantire le esigenze educative. Nella stessa direzione si sono orientati gli influssi sovranazionali, in special modo provenienti dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa. Invero, la giustizia penale minorile costituisce sede elettiva della convivenza di molteplici fonti di rango sia nazionale che sovranazionale; ciò conduce l'interprete a confrontarsi con una tutela multilivello.

Un primo importante esempio è costituito dalle *Regole Minime per l'Amministrazione della Giustizia minorile* – c.d. Regole di Pechino –, approvate nel VI Congresso delle Nazioni Unite nel 1985, in cui si caldeggiava il ricorso a misure proporzionali alle circostanze del reato e dell'autore, prevedendo, inoltre, la possibilità di adottare strategie alternative al processo formale¹¹. Va altresì segnalata la Raccomandazione n. 20 sulle *Risposte sociali alla delinquenza minorile* del Comitato dei

⁶ G. DI PAOLO, *op. cit.*, 2.

⁷ D. CERTOSINO, *Appunti sulla mediazione penale*, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno IV, 2011, 107.

⁸ G. MANNOZZI, *op. cit.*, 2.

⁹ La *restorative justice* trova terreno fertile anche nella giurisdizione del giudice di pace. G. DI PAOLO, *op. cit.*, 2; S. D'AMATO, *op. cit.*, 6.

¹⁰ F. BELLOCCHIO, *op. cit.*, 2 ss.

¹¹ Così, G. DI PAOLO, *op. cit.*, 3; L. PULITO, *Giustizia riparativa e processo minorile nelle prospettive della c.d. «Riforma Cartabia»*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, 4.

Ministri del Consiglio d'Europa del 1987 che incentivava l'adozione di forme di *mediation* e *diversion*¹². Nel novembre 2010 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa redigeva *Le linee guida per una giustizia a misura di minore*, invitando gli Stati ad adottare modelli non stigmatizzanti.¹³

A livello europeo, sulla scia del *trend* di rafforzamento delle garanzie per i minori, va menzionata la Direttiva 800/2016, contenente *Garanzie per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*. Il legislatore europeo ha voluto in tal senso predisporre un catalogo di diritti al fine di dettare le coordinate del "giusto processo minorile" per tutti i Paesi appartenenti all'Unione europea¹⁴.

A proposito della mediazione penale minorile¹⁵ si è scritto che si distingue «per il carattere precipuo dell'incontro diretto vittima/autore, finalizzato, come tutti gli altri strumenti riparativi, non tanto e non solo al risarcimento economico-materiale, quanto soprattutto alla valorizzazione degli aspetti comunicativo-relazionali tra i soggetti in conflitto e, quindi, alla ricostruzione dei legami sociali recisi dal reato»¹⁶. Ne consegue che lo strumento mediativo non va indebitamente sovrapposto né alla conciliazione né all'arbitrato¹⁷.

Il *favor* riscontrato all'interno del sistema minorile non si è arrestato neppure dinanzi alla mancanza di una disciplina organica in materia. Anzi, ha permesso alla mediazione di germogliare – attraverso l'opera sapiente degli interpreti – tra gli spazi interstiziali della disciplina speciale. Il primo richiamo è naturalmente all'articolo 9 del D.P.R. 448/1988, considerato vera e propria clausola generale. Difatti, l'accertamento personologico spiega il suo potenziale nelle more procedurali e processuali, costituendo strumento prezioso per l'autorità al fine di dare concreta attuazione alle esigenze educative del minore.

Il giudice del processo penale minorile deve poter ricostruire la personalità del minore nel caso concreto al fine di adottare le strategie migliori per contemperare istanze repressive e rieducative. La norma non fa espresso riferimento alla mediazione e, tuttavia, il comma 2° dell'articolo 9 stabilisce che «il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità». Sicché a costoro è riconosciuta la facoltà di interpellare gli operatori degli uffici di mediazione al fine di vagliare la possibilità di dare inizio ad un percorso di mediazione tra l'autore del reato e la vittima¹⁸.

¹² G. DI PAOLO, *op. cit.*, 3; L. PULITO, *op. cit.*, 4.

¹³ L. PULITO, *op. cit.*, 7.

¹⁴ Così secondo S. CIVELLO CONIGLIARO, *All'origine del giusto processo minorile europeo. Una prima lettura della Direttiva 2016/800 sulle garanzie procedurali dei minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2.

¹⁵ Per un approfondimento si veda V. PATANÉ, voce *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, Annali II, 2008, 572 ss.

¹⁶ S. D'AMATO, *op. cit.*, 11.

¹⁷ D. CERTOSINO, *op. cit.*, 3. In senso contrario E. SILVESTRI, voce *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007, 279, afferma che «sostenere che i termini «mediazione» e «conciliazione» possono essere impiegati come sinonimi, ed indicare entrambi il procedimento attraverso il quale due parti in contesa addivengono ad una risoluzione stragiudiziale della disputa che le vede contrapposte grazie all'intervento di un terzo, che opera quale "facilitatore" dell'accordo, non sembra contraddire un dato che si può considerare ormai come acquisito, ossia la consapevolezza della natura assolutamente «caleidoscopica» della mediazione e, in conseguenza di ciò, dell'esistenza di molteplici tipi di mediazione, che si modellano sulle peculiarità del conflitto (non sempre giuridicamente rilevante) da appianare». La tesi è sostenuta da E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2002, 88.

¹⁸ Così F. BELLOCCHIO, *op. cit.*, 7; G. DI PAOLO, *op. cit.*, 4; S. D'AMATO, *op. cit.*, 18; D. CERTOSINO, *op. cit.*, 111; L. PULITO, *op. cit.*, 9.

Un altro canale normativo che consente l'ingresso della mediazione nel processo penale minorile è rappresentato dall'articolo 20 del D.P.R. 488/1988, ove è previsto che «il giudice, sentito l'esercente la responsabilità genitoriale, può impartire al minorenne specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili per la sua educazione». La scelta normativa di adottare una formula ampia consente di riconoscere spazio operativo alla mediazione. Difatti, è innegabile che la stessa possa soddisfare – ancor più di altri istituti – le esigenze educative del minore. Sicché non solo potrà essere previsto che il minore si adoperi per riparare le conseguenze del reato posto in essere, ma che intraprenda un vero e proprio percorso volto alla ricomposizione del conflitto ingenerato dal fatto criminoso commesso¹⁹.

Un altro collegamento può effettuarsi con riferimento all'istituto della declaratoria d'irrilevanza del fatto prevista dall'art. 27 D.P.R. 448/1988²⁰.

Al di là delle criticità sollevate dalla non troppo felice formulazione della norma in questione – che consente al pubblico ministero di richiedere durante le indagini preliminari l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere²¹ – essa va necessariamente annoverata tra le strategie di non desocializzazione previste dal legislatore per garantire la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale. Orbene, nella prassi, è emerso che un incontro preventivo tra autore del fatto e vittima in fase procedimentale può costituire il *passé-partout* per la pronuncia di irrilevanza del fatto, soprattutto qualora sia intrapreso un percorso riparativo. Peraltro, è stato precisato che il laboratorio mediativo può offrire materiale utile da valutare ai fini dell'emissione della particolare pronuncia (tenuità del fatto, occasionalità del comportamento, potenziale pregiudizio alle esigenze educative)²².

Su diverso fronte si colloca la previsione di cui all'art. 28 D.P.R. 448/1988²³, da ultimo incisa dalla Riforma Cartabia, la quale stabilisce che «con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. *Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato, nonché formulare l'invito a partecipare a un programma di giustizia riparativa, ove ne ricorrano le condizioni*».

¹⁹ Così F. BELLOCCHIO, *op. cit.*, 7-8; G. DI PAOLO, *op. cit.*, 5; L. PULITO, *op. cit.*, 9.

²⁰ Così F. BELLOCCHIO, *op. cit.*, 8; G. DI PAOLO, *op. cit.*, 5; D. CERTOSINO, *op. cit.*, 111; G. G. ALBANESE, *La mediazione nel procedimento penale minorile tra normativa e prassi*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 377. L. PULITO, *op. cit.*, 10.

²¹ Per un completo approfondimento in chiave critica della clausola di irrilevanza del fatto in termini di offensività v. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, 147 ss., che sottolinea come «la tipologia del provvedimento (rectius: sentenza) svela contraddizioni insuperabili sotto il profilo della sua compatibilità con la fase delle indagini preliminari, divenendo il punto di rottura della logica dell'ultima ratio del processo penale minorile. In altri termini, i contenuti sostanziali dell'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988 sono stati ispirati da un'idea di archiviazione, compressa in una forma ad essa non corrispondente. Da qui l'emanazione di una sentenza senza esercizio dell'azione penale, che costringe giurisprudenza e dottrina a cercarne la legittimazione nell'astrattezza dell'azione».

²² È di questa opinione G. DI PAOLO, *op. cit.*, 5.

²³ G. DI PAOLO, *op. cit.*, 5; D. CERTOSINO, *op. cit.*, 111; G. G. ALBANESE, *op. cit.*, 383; S. D'AMATO, *op. cit.*, 17; P. BRONZO, *op. cit.*, 1, 339; L. PULITO, *op. cit.*, 10

L'*intentio legis* è chiara: la sospensione del procedimento con messa alla prova²⁴ costituisce la vera e propria *sedes materiae* per l'instaurazione di un percorso riparativo. Il precipuo vantaggio del *probation* minorile risiede sia nella peculiare configurazione sia nell'ambito temporale di applicazione. All'espletamento fruttuoso della prova consegue la pronuncia di estinzione del reato; il legislatore ha voluto così evitare che il beneficio ricollegato al proficuo svolgimento delle attività prescritte avesse natura meramente indulgenziale. La prova non ha esito scontato, il minore deve sottoporvisi volontariamente e portare a termine le prescrizioni. All'esito del percorso viene valutato il suo operato e solo allora, qualora risulti responsabilizzato, è premiato con l'estinzione del reato. La mediazione in tal senso costituisce viatico per la concreta responsabilizzazione del giovane.

Ad analoghe conclusioni dovrebbe pervenirsi con riferimento all'istituto del perdono giudiziale, dai più ancora avvertito come deriva paternalistica dell'ordinamento, espressione di mero clemenzialismo. È da condividere, infatti, l'opinione di chi sostiene che l'assenza di un richiamo espresso non dovrebbe impedire l'estensione dell'istituto della mediazione anche al perdono giudiziale²⁵. In tal senso potrebbe porsi un argine al proscioglimento di giovani che non hanno compreso appieno il valore delle proprie azioni. Ma, ancor di più, si inciderebbe sul rischio di recidiva – valutato in senso prognostico in sede di emissione della sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale – riducendolo concretamente.

Spazi per riconoscere l'operatività della mediazione penale si rinvengono anche con riferimento alla fase esecutiva²⁶. Da ultimo, il legislatore ha previsto all'interno dell'art. 1 co. 2 del d. lgs 121/2018 che le parole «percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato» vengano sostituite dalle seguenti: «i programmi di giustizia riparativa di cui al decreto legislativo attuativo della legge 27 settembre 2021, n. 134». Inoltre, è stato aggiunto l'articolo 1 *bis*.

Seppur apprezzabile l'opera degli interpreti volta a colmare le lacune legislative per garantire l'ingresso della giustizia riparativa all'interno del rito minorile, la mancanza del dato normativo genera dubbi e criticità. In primo luogo, perché ove difetta una chiara regolamentazione germoglia la discrezionalità che, a sua volta, si traduce in sperequazioni trattamentali lesive del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

La lettura del D.P.R. restituisce un quadro frammentario, che costringe gli operatori del diritto a forzare l'interpretazione delle norme pur di consentire che la mediazione penetri nel processo minorile. Il discorso s'intreccia strettamente con quelle che sono le problematiche emerse dalla configurazione di strategie di *diversion* per i minori; in particolare, la declaratoria di irrilevanza del fatto e la sospensione con messa alla prova che implicano – per come sono costruite – un accertamento di responsabilità in una fase solitamente procedimentale.

Orbene, la mediazione – secondo i parametri previsti dalle fonti sovranazionali – richiede non solo il consenso della vittima e dell'autore, ma anche che vi siano prove sufficienti a carico del secondo. Solo in tal modo può parlarsi di riparazione delle conseguenze del reato. Se non vi fosse un

²⁴ Per un approfondimento sull'istituto si rinvia a G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Giappichelli, Torino, 2012, 245 ss.

²⁵ G. ALBANESE, *op.cit.*, 387.

²⁶ G. DI PAOLO, *op. cit.*, 6; P. BRONZO, *op. cit.*, 339 ss.

riconoscimento di responsabilità si rischierebbe di avviare un percorso di riparazione privo di significato e a carico di un innocente.

Il *punctum dolens* si ravvisa dunque nella convivenza di tale meccanismo con la presunzione di non colpevolezza, nonché in una potenziale violazione del principio del contraddittorio giacché gli istituti in parola trovano applicazione in una fase preliminare sulla scorta di elementi probatori che si sono formati in maniera unilaterale, in violazione dell'art. 111 co. 4 Cost.

A ciò si replica che la norma *de qua* consente deroghe nei casi tassativamente indicati (in questa specifica ipotesi andrebbe richiamato il consenso dell'imputato)²⁷; ma, anche qui, andrebbe tenuta in debita considerazione la particolare condizione del minore e indagata la sua capacità di prestare un'adesione consapevole. In tal senso non si comprende perché, anche alla luce del rinnovato interesse per la giustizia riparativa²⁸, il legislatore non sia intervenuto regolamentandone le modalità di accesso e lo svolgimento.

Il riferimento previsto all'interno dell'art. 28 D.P.R. 448/1988 appare comunque insufficiente ad evitare contraddizioni o scongiurare il rischio di lesioni di garanzie fondamentali. Un intervento normativo sulla disciplina di settore non dovrebbe tradursi nel restringimento delle clausole aperte previste dal legislatore, che, nel rito minorile, risultano idonee a consentire il soddisfacimento di trattamenti individualizzanti – ma non sperequativi – per attuare le esigenze educative dei giovani coinvolti in vicende giudiziarie.

Dovrebbe tutt'al più orientarsi nell'ottica di fornire coordinate agli operatori al fine di non depotenziare le prerogative della mediazione, la cui natura composita permette soluzioni flessibili e garantiste.

2. La tematica ha assunto sempre più rilievo, tanto da tradursi anche in una proposta di legge²⁹, ad iniziativa di alcuni deputati³⁰, presentata il 26 marzo 2020, contenente Disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione penale minorile. Nella proposta vengono evidenziate, in modo chiaro, le criticità sopra esposte. In primo luogo, è precisato che si avverte l'esigenza di «di recepire nell'ambito del procedimento penale minorile il modello della giustizia riparativa e con esso uno dei suoi principali strumenti operativi: la mediazione penale». Tale bisogno si manifesta anche, e *soprattutto*, nella necessità di una regolamentazione organica. Si fa riferimento esplicito alla disciplina della materia mediante «una normativa che possa assicurare uniformità a pratiche e percorsi che oggi – muovendosi a livello di esperimento negli spazi lasciati liberi dalle norme esistenti – sono invece rimessi alla sensibilità dei singoli operatori e alle possibilità dei diversi territori. Si tratta di

²⁷ Tali criticità sono ben evidenziate da G. DI PAOLO, *op. cit.*, 7 ss.; si esprime sul punto anche G. ALBANESE, *op. cit.*, 375-376, che sottolinea che proprio in riferimento alla presunzione di non colpevolezza «è chiaramente inammissibile l'ingresso nel procedimento penale delle dichiarazioni e dei fatti emersi nel corso della mediazione, ove le garanzie generalmente riconosciute all'accusato sono affievolite e la presenza del difensore non è obbligatoria».

²⁸ Invero, per una visione omnicomprensiva del fenomeno può essere utile volgere lo sguardo ai modelli attuati in altri paesi. In un'ottica comparativa si v. L. PULITO, *op. cit.*, 15 ss.

²⁹ A.C. 2449, consultabile al link

<https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2449.18PDL0099840.pdf>

³⁰ Si tratta dei deputati Dori, Giuliano, D'Orso, Massimo Enrico Baroni, Ascari, Bruno, Ceccanti, Perantoni, Emanuela Rossini.

accogliere un diverso modo di pensare la giustizia, che consenta allo Stato di dare al fatto illecito una risposta diversa dalla mera sanzione.

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste ancora una normativa ad hoc per la materia, nonostante l'approccio alla giustizia riparativa nell'ambito penale minorile sia stato già sperimentato mediante l'adozione di prassi e protocolli d'intesa. Del pari, la nostra esperienza legislativa non presenta alcuna definizione né di giustizia riparativa né di mediazione penale, rappresentando, tale carenza, una delle principali criticità».

Dunque, si ribadisce che il *deficit* legislativo si traduce in una applicazione eterogenea di istituti dalle notevoli potenzialità; ciò costringe l'interprete a destreggiarsi tra le 'intercapedini normative', attingendo alla disciplina sovranazionale in materia. La natura proteiforme della giustizia riparativa si esprime compiutamente anche nella varietà di metodologie riconducibili alla stessa: «il dialogo ripartivo (*restorative circles* e *responsive circles*); la mediazione penale (*victim offender mediation*); la mediazione allargata ai gruppi parentali (*family group conferencing*); i *conference groups*; i *victim empathy groups*; i *victim impact panels*»³¹.

Nella proposta è altresì evidenziato che l'adozione di «un nuovo modello di giustizia risponde all'attuale necessità di un cambiamento di approccio nell'affrontare la devianza giovanile, resasi tanto più palese e urgente se si considera l'incremento degli episodi di violenza ad opera di adolescenti e di *baby gang*».

Nel progetto sono individuati otto articoli con cui disciplinare le modalità di avvio e di accesso ai servizi di giustizia riparativa e mediazione penale minorile, le garanzie per lo svolgimento dei programmi, i requisiti e le attività afferenti alla figura qualificata del mediatore, nonché gli effetti del programma sul processo penale e sull'esecuzione della pena³². Il tentativo di sistematizzazione risulta apprezzabile, frutto di una sensibilità legislativa che guarda ai minori devianti come soggetti da recuperare.

Non va trascurato, poi, che gli effetti dell'adozione di un modello di giustizia alternativo si spiegano in due direzioni: da un lato, si offre al minore una possibilità di attivarsi e responsabilizzarsi, reagendo al disagio sociale; dall'altro, in via riflessa, la risocializzazione va a beneficio della collettività tutta, giacché mediante il dialogo e il confronto si consente il passaggio dalla violenza alla legalità violata, evitando anche che il minore possa tornare a delinquere. Stante le buone premesse ci si sarebbe aspettati un intervento del nomoteta incisivo, volto a colmare – una volta per tutte – il *deficit* legislativo.

Eppure, ciò che ne è conseguito non può dirsi pienamente soddisfacente.

3. Con la legge 134/2021 contenente *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, il legislatore è intervenuto al fine di regolamentare compiutamente la giustizia riparativa, esigenza avvertita come non più differibile.

³¹ A.C. 2449, consultabile al link

<https://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2449.18PDL0099840.pdf>.

³² *Ibidem*.

Nella Relazione della Commissione Lattanzi³³, viene precisato che «il tempo è ormai maturo per sviluppare e mettere a sistema le esperienze di giustizia riparativa, già presenti nell'ordinamento in forma sperimentale che stanno mostrando esiti fecondi per la capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte dal fatto di reato, nell'intento di promuovere la rigenerazione dei legami a partire dalle lacerazioni sociali e relazionali che l'illecito ha originato. Le più autorevoli fonti europee e internazionali ormai da tempo hanno stabilito principi di riferimento comuni e indicazioni concrete per sollecitare gli ordinamenti nazionali a elaborare paradigmi di giustizia riparativa che permettano alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se entrambi vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale»³⁴.

L'attenzione riservata alla *restorative justice* si iscrive all'interno di un'esigenza deflattiva, *leitmotiv* della Riforma tutta³⁵. Anche a voler riconoscere i buoni propositi nel voler affiancare alla visione tradizionalistica del reato quella riparativa, permangono alcune difficoltà. In primo luogo, vanno condivise quelle perplessità in ordine alle difficoltà oggettive di coesistenza tra modelli di giustizia rimandanti a diversi presupposti, a cui si associa un evidente pregiudizio culturale (in una società nutrita di modelli populisti e demagogici, votati alla mera prevenzione generale) e, ancora, allo stanziamento di risorse al fine di rendere operativi tali meccanismi³⁶.

Altresì, risulta lecito interrogarsi sulle concrete ricadute della giustizia riparativa sulla deflazione processuale. Una delle peculiarità del percorso (ri)conciliativo risiede proprio nel consentire alle parti coinvolte di confrontarsi, ascoltare, dialogare ed elaborare. Verrebbe dunque da chiedersi in che modo andrebbe effettivamente garantita la riduzione dei tempi processuali, soprattutto in considerazione del fatto che il buon esito non è scontato³⁷.

Le strade sono due: prevedendosi un tempo stringente per l'espletamento del percorso riparativo si rischierebbe di snaturare lo scopo della *restorative justice*. Di contro, l'adozione di un modello di giustizia alternativa non può né pregiudicare le esigenze cognitive proprie del processo né, tantomeno, impedire l'accertamento, in linea con il principio costituzionale e convenzionale della ragionevole durata del processo. Altro profilo interessante riguarda proprio il rafforzamento del ruolo della vittima. Difatti, l'attenzione alla materia dimostra l'*intentio* del legislatore di non trascurare, ma, anzi, di rafforzare la tutela delle vittime di reato; che, si realizza - anche - attraverso forme riparatorie.

Nella Relazione è espressamente previsto di «a) definire la vittima del reato come la persona fisica che ha subito un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono state causate direttamente da un reato [...]» e di «b) modificare e razionalizzare i riferimenti alla persona offesa,

³³ In argomento v. M. DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in *Arch. pen.*, 2021, 2.

³⁴ Si tratta delle Linee programmatiche della Ministra Cartabia riportate all'interno della Relazione finale della Commissione Lattanzi, consultabile al sito https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf.

³⁵ Sul punto M. DEL TUFO, *op. cit.*, 3, precisa che «il rafforzamento e l'estensione di istituti che implicano pratiche risarcitorie o riparatorie coniugano il rispetto degli obblighi internazionali con l'esigenza di operare pragmaticamente una riduzione dei tempi della giustizia».

³⁶ È di questo avviso M. DEL TUFO, *op. cit.*, 5.

³⁷ *Ibidem*

alla parte offesa e alla vittima contenuti nel codice di procedura penale e nel codice penale, individuando quelli pertinenti alla sola vittima del reato, *secondo le indicazioni provenienti dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*»³⁸.

È di palmare evidenza che la vittima guadagna spazi anche nell'ottica del rafforzamento delle garanzie riconosciute in sede internazionale ed europea. Prima posta ai margini delle vicende processuali, ora, anche unitamente al rafforzamento delle strategie riparative ne diviene compiutamente partecipe.

Alla luce dei principi ispiratori individuati nella Relazione, l'analisi può orientarsi sulla legge delega³⁹.

Il legislatore delegato ha richiesto all'art. 1, co. 18 lett. a) «di introdurre, nel rispetto delle disposizioni della [direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012](#), e dei principi sanciti a livello internazionale, una disciplina organica della giustizia riparativa quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato». Ne deriva che il compito del legislatore delegato è reso più agevole attingendo alle fonti sovranazionali per tracciare le coordinate normative che inquadrino la disciplina della *restorative justice*⁴⁰.

Continuando nell'analisi dei criteri direttivi enucleati nella lettera dell'art. 1 co. 18⁴¹, va segnalata innanzitutto la necessità di regolamentare, compiutamente, «le possibilità di accesso ai programmi di

³⁸ Relazione finale Commissione Lattanzi, consultabile al sito https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1622121336_relazione-finale-commissione-lattanzi-riforma-processo-penale-sistema-sanzionatorio-prescrizione.pdf.

³⁹ Per un'analisi della legge delega secondo il modello SWOT si v. G. MANNOZZI, *op. cit.*, 3 ss.

⁴⁰ L. PULITO, *op. cit.*, 22.

⁴¹ L'articolo 1, co. 18 della legge 134/2021 stabilisce che Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, i decreti legislativi recanti una disciplina organica della giustizia riparativa sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) introdurre, nel rispetto delle disposizioni della [direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012](#), e dei principi sanciti a livello internazionale, una disciplina organica della giustizia riparativa quanto a nozione, principali programmi, criteri di accesso, garanzie, persone legittimate a partecipare, modalità di svolgimento dei programmi e valutazione dei suoi esiti, nell'interesse della vittima e dell'autore del reato;

b) definire la vittima del reato come la persona fisica che ha subito un danno, fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono state causate direttamente da un reato; considerare vittima del reato il familiare di una persona la cui morte è stata causata da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona; definire il familiare come il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, nonché i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle e le persone a carico della vittima;

c) prevedere la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena, su iniziativa dell'autorità giudiziaria competente, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità, sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lettera a);

d) prevedere, in ogni caso, che le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa e per il loro svolgimento includano: la completa, tempestiva ed effettiva informazione della vittima del reato e dell'autore del reato, nonché, nel caso di minorenni, degli esercenti la responsabilità genitoriale, circa i servizi di giustizia riparativa disponibili; il diritto all'assistenza linguistica delle persone alloglotte; la rispondenza dei programmi di giustizia riparativa all'interesse della vittima del reato, dell'autore del reato e della comunità; la ritrattabilità del consenso in ogni momento; la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel corso del programma di giustizia riparativa, salvo che vi sia il consenso delle parti o che la divulgazione sia indispensabile per evitare la commissione di imminenti o gravi reati e salvo che le

giustizia riparativa in ogni stato e grado del processo penale e durante l'esecuzione della pena, *senza preclusioni in relazione alle fattispecie di reato o alla sua gravità* sulla base del consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e della positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma in relazione ai criteri di accesso definiti ai sensi della lettera a)».

Ne discende che per gli adulti è espressamente riconosciuta la possibilità di accedere al percorso riparativo *a prescindere* dalla tipologia di illecito penale commesso. Si tratta di un notevole passo avanti, che sigiu muove nel senso di garantire, al ricorrere dei presupposti, un accesso non condizionato da limiti oggettivi e, dunque, scevro di pregiudizi.

Ancora, con riferimento alla lettera b) è previsto che vadano individuate specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia e per lo svolgimento e, nel caso di minori, che vadano informati gli esercenti la responsabilità genitoriale circa «i servizi di giustizia riparativa disponibili». Inoltre, è espressamente stabilita «la ritrattabilità del consenso in ogni momento; la confidenzialità delle dichiarazioni rese nel corso del programma di giustizia riparativa, salvo che vi sia il consenso delle parti o che la divulgazione sia indispensabile per evitare la commissione di imminenti o gravi reati e salvo che le dichiarazioni integrino di per sé reato, nonché la loro inutilizzabilità nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena».

A completamento della disciplina è previsto da un lato, «che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena»; dall'altro, «*che l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producano effetti negativi a carico della vittima del reato o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva*».

Tali criteri risolvono, almeno astrattamente, alcuni dei punti critici della strategia riparativa. Difatti, proprio con riferimento ai minori è stato sottolineato che nell'ipotesi in cui la mediazione esperita in fase d'indagini non vada a buon fine (e si debba passare al processo) debba essere garantita la posizione dell'indagato. Se, invero, le informazioni apprese in via informale dai mediatori transitassero all'interno del fascicolo del pubblico ministero, costituendo materiale idoneo a

dichiarazioni integrino di per sé reato, nonché la loro inutilizzabilità nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena;

e) prevedere che l'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa possa essere valutato nel procedimento penale e in fase di esecuzione della pena; prevedere che l'impossibilità di attuare un programma di giustizia riparativa o il suo fallimento non producano effetti negativi a carico della vittima del reato o dell'autore del reato nel procedimento penale o in sede esecutiva;

f) disciplinare la formazione dei mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa, tenendo conto delle esigenze delle vittime del reato e degli autori del reato e delle capacità di gestione degli effetti del conflitto e del reato nonché del possesso di conoscenze basilari sul sistema penale; prevedere i requisiti e i criteri per l'esercizio dell'attività professionale di mediatore esperto in programmi di giustizia riparativa e le modalità di accreditamento dei mediatori presso il Ministero della giustizia, garantendo le caratteristiche di imparzialità, indipendenza ed equiprossimità del ruolo;

g) individuare i livelli essenziali e uniformi delle prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa, prevedendo che siano erogati da strutture pubbliche facenti capo agli enti locali e convenzionate con il Ministero della giustizia; prevedere che sia assicurata la presenza di almeno una delle predette strutture pubbliche in ciascun distretto di corte d'appello e che, per lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, le stesse possano avvalersi delle competenze di mediatori esperti accreditati presso il Ministero della giustizia, garantendo in ogni caso la sicurezza e l'affidabilità dei servizi nonché la tutela delle parti e la protezione delle vittime del reato da intimidazioni, ritorsioni e fenomeni di vittimizzazione ripetuta e secondaria.

suffragare l'accusa, ne deriverebbe un grave pregiudizio. Invero, era già prevista l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in sede di mediazione, ancor più in considerazione del fatto che solitamente il soggetto che vi si sottopone non è assistito da un difensore⁴². Ciò, tuttavia, non priva di pregio l'intervento legislativo, chiarificatore sul punto.

Peraltro, se vi fosse il pericolo di un utilizzo distorto delle informazioni rese in una sede che dovrebbe assumersi come "protetta", non solo verrebbe aggirato il *principio nemo tenetur se detergere*, ma nessun indagato acconsentirebbe a sottoporvisi con il rischio di pregiudicare la propria situazione.

In tale contesto s'inserisce la Dichiarazione di Venezia sul Ruolo della Giustizia riparativa adottata dai Ministri della Giustizia degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Nel documento viene sottolineato «il dovere delle istituzioni pubbliche di promuovere interventi costruttivi verso la delinquenza minorile e fornire ulteriori opportunità ai giovani autori di reato, data la loro giovane età e la necessità di reintegrarli nella società, e prestando particolare attenzione al modo in cui i processi di giustizia riparativa dovrebbero essere utilizzati nei casi che coinvolgono i minori (vittime o autori di reato) e ribadendo a questo proposito la rilevanza delle norme e dei principi contenuti nelle Linee guida del Comitato dei Ministri sulla giustizia a misura di minore (2010) e la sua raccomandazione CM/Rec(2008) 11 sulle Norme europee per i minori autori di reato soggetti a sanzioni o misure»⁴³.

Si tratta di un ulteriore tassello nel mosaico dei riferimenti in materia di mediazione penale, che rinnova l'intenzione riservata al fenomeno in un contesto di importante fermento legislativo. Infine, con il decreto legislativo 150/2022⁴⁴, che attua la legge 134/2021, viene *finalmente* regolamentata in maniera organica la disciplina in materia di giustizia riparativa. Il testo normativo dedica il titolo IV alla disciplina della giustizia riparativa (art. 42-67) e, inoltre, prevede modifiche in ambito minorile con l'intervento sugli art. 28 D.P.R. 448/1988 e 1 d. Lgs. 121/2018, a cui viene aggiunto l'articolo 1 *bis*.

All'interno del codice di rito penale il legislatore ha scelto di inserire una norma di portata generale, l'art. 129 *bis* c.p.p., che descrive le modalità d'accesso ai programmi di giustizia riparativa; mentre, per ciò che non è espressamente definito, si richiamano le disposizioni previste dal decreto legislativo 150/2022.

Dall'analisi complessiva della materia si evince un vero e proprio *favor* per il ricorso a strategie di riparazione, *in ogni stato e grado del procedimento*, accessibili su richiesta dell'imputato, della vittima del reato ovvero anche su indicazione dell'autorità procedente – il che non esclude la necessità che il percorso resti del tutto libero, volontario e consensuale⁴⁵. D'altronde, non potrebbe essere diversamente. Il modello di *restorative justice* deve affiancarsi alla giustizia tradizionale, non

⁴² In argomento v. G. ALBANESE, *op.cit.*, 376.

⁴³ La Dichiarazione di Venezia del dicembre del 2021 è consultabile al sito <https://rm.coe.int/14-dicembre-ita-dichiarazione-veneziana/1680a4e07f>.

⁴⁴ Il decreto è consultabile al sito <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/10/17/22G00159/sg>.

⁴⁵ L'articolo 48 co. 1 del d. lgs. 150/2022 stabilisce che «Il consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa è personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta. È sempre revocabile anche per fatti concludenti».

sostituirla; inoltre, inserendosi all'interno del procedimento penale ne deve rispettare le regole sistemiche. Perciò, non vi può essere alcuna costrizione nello svolgimento di un programma conciliativo.

Con specifico riferimento alla figura del minore, la disciplina suscita alcune perplessità. In primo luogo, la Sezione III, dedicata alle persone minori d'età, consta di un solo articolo: il 46, recante *Diritti e garanzie per le persone minori di età*. Il dato non è rassicurante, in effetti, posta la compiutezza dell'opera di sistematizzazione normativa, la regolamentazione dei diversi aspetti che spaziano dall'accesso, allo svolgimento, alla valutazione degli esiti, viene da chiedersi come sia possibile che per i minori risulti sufficiente un solo articolo. Quest'ultimo prevede, al primo comma, che «nello svolgimento dei programmi di giustizia riparativa che coinvolgono a qualsiasi titolo persone minori di età, le disposizioni del presente decreto, in quanto compatibili, sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze del minore, tenuto in considerazione il suo superiore interesse conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dalla legge 27 maggio 1991, n. 176».

Sembrerebbe, *ictu oculi*, che il legislatore abbia compiuto un passo indietro.

Se, da un lato, sono espressamente richiamati principi che informano il rito minorile e, infatti, è prevista l'applicazione delle norme per gli adulti solo in quanto compatibili e conformi alle esigenze educative del minore; dall'altro, la genericità della previsione che, peraltro, richiama il superiore interesse del minore⁴⁶, che è clausola estremamente ampia, priva – ancora una volta – il minore di garanzie concrete ed effettive. Gli effetti dirompenti della disciplina in materia di giustizia riparativa si depotenziano a cospetto dei soggetti che maggiormente abbisognano di tutele, in forza dello sviluppo ancora non completo della loro personalità⁴⁷.

Più rassicurante risulta il secondo comma ove è previsto che «allo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa che coinvolgono a qualsiasi titolo persone minori di età sono assegnati mediatori dotati di specifiche attitudini, avuto riguardo alla formazione e alle competenze acquisite». Coordinando tale disposizione con l'art. 59 d. lgs. 150/2022 ne deriva che, non solo, i mediatori devono essere figure qualificate ma, nel caso in cui siano mediatori esperti, devono continuare ad aggiornarsi. La questione diviene ancor più rilevante quando i mediatori entrano in contatto con i minori.

⁴⁶ Si è detto, a proposito, con riferimento alla Direttiva 800/2016 che, pur essendo il superiore interesse della minore regola di chiusura e di equilibrio del sistema presenta però confini incerti. Così, A. MALINCONICO-L. MARTINS, *La Direttiva (UE) 2016/800 e il D.P.R. 448/1988: parallelismi e spunti di riflessione*, in *questa Rivista*, 2017, 1/2, 107.

⁴⁷ Come opportunamente sottolineato da L. PULITO, *op. cit.*, 3, «nonostante la specificità della giustizia minorile rispetto a quella degli adulti, la legge delega — fatta eccezione per un inciso, volto a prevedere che l'informazione circa i servizi di giustizia riparativa disponibili siano rivolti, nel caso di minorenni, agli esercenti la responsabilità genitoriale — non contiene particolari indicazioni a riguardo, quasi a lasciar intendere che la giustizia riparativa, a differenza di quella tradizionale, non necessiti di distinzioni in base ai soggetti che la sperimentano».

La formazione, a norma del comma 7 dell'art. 59 si svolge sia attraverso la frequentazione dei Centri per la giustizia riparativa⁴⁸, sia attraverso la collaborazione delle Università, al fine di sviluppare competenze trasversali e il più flessibili possibile⁴⁹.

Un ulteriore riferimento è previsto poi all'interno dell'art. 48 del d. lgs. 150/2022 riguardante il consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia. L'attenzione del legislatore alla manifestazione del consenso di un soggetto *in fieri*, di cui va accertata la capacità di autodeterminarsi (a norma degli artt. 97-98 c.p.) costituisce garanzia irrinunciabile. Se – come precisato – il consenso è imprescindibile per gli adulti, per i minori, di cui va accertata, nel concreto, la capacità di discernimento, viene calibrato anche in base alla specifica fascia d'età.

L'art. 48 opera un distinguo a seconda che si tratti di infraquattordicenne o quattordicenne. Nel primo caso, il consenso è espresso previo ascolto e assenso del minore, tenendo conto la capacità di discernimento, dell'esercente la responsabilità genitoriale o, nei casi di cui all'art. 121 c.p., del curatore speciale. Nell'ipotesi in cui si tratti di minore che ha già compiuto quattordici anni viene omessa la fase di ascolto richiedendosi che il consenso sia espresso dallo stesso e dall'esercente la responsabilità genitoriale o, nei casi di cui all'articolo 121 del Codice penale, dal curatore speciale. Peraltro, la differenza di età è criterio discretivo anche nella misura in cui consente il superamento della necessità del consenso prestato dall'esercente la responsabilità genitoriale o dal curatore speciale. Difatti, se costoro non aderiscono, il mediatore ha la facoltà, *sentiti i soggetti interessati* e considerato l'interesse della persona minore di valutare se procedere con il solo consenso di questa. In questo segmento si recupera l'ascolto che non è previsto nella prima parte del 3° comma.

L'attenzione preminente alla giustizia riparativa è sintomo di progresso e di superamento, per certi versi, di schemi anchilosati che non sempre si adattano alle nuove sfide sociali, ma con riferimento ai minori perde parte della carica percettiva.

4. La lettura delle disposizioni di nuovo conio restituisce un quadro *ancora* frammentario. Eppure, si è offerta al legislatore l'occasione di chiudere il cerchio – una volta per tutte – dando alla mediazione minorile lo spazio che merita, risolvendo i dubbi ermeneutici ed evitando che l'interprete debba destreggiarsi tra gli spazi normativi della disciplina del rito minorile. Il richiamo alla disciplina predisposta per gli adulti non risulta soddisfacente e stride con i principi del processo penale minorile.

La mediazione non solo costituisce una realtà poliedrica, caratterizzata dalla flessibilità dei percorsi che possono intraprendersi per ricomporre il conflitto dell'autore del reato con la vittima e con la società intera, ma ha trovato terreno fertile nel rito minorile proprio per le sue peculiarità. Il

⁴⁸Tali centri vengono istituiti a norma dell'art. 63 d. lgs. 150/2022 presso gli enti locali. Si è detto sul punto che «la delega – *onde evitare fenomeni di privatizzazione della giustizia* e assicurare affidabilità, uniformità e sicurezza a tutti i partecipanti – esige che le prestazioni dei servizi per la giustizia riparativa «siano erogati da strutture pubbliche» che facciano capo agli enti locali e siano convenzionate con il Ministero della giustizia, prevenendo come requisito minimo (e inidoneo ad assicurare capillarità e prossimità) la presenza di almeno una di esse in ciascun distretto di corte d'appello», così L. PULITO, *op. cit.*, 31.

⁴⁹Peraltro, a norma dell'art. 57 co. 6 è previsto che «la formazione pratica mira a sviluppare capacità di ascolto e di relazione e a fornire competenze e abilità necessarie alla gestione degli effetti negativi dei conflitti, con specifica attenzione alle vittime, *ai minorenni* e alle altre persone vulnerabili». Ribadendosi in tal senso che i minori costituiscono categoria più fragile.

richiamo inserito all'interno dell'art. 28 D.P.R., che già costituiva il canale preferenziale per l'accesso alla giustizia riparativa, non risulta innovativo.

È bene ricordare che il distinguo trattamentale è espressione di garanzie costituzionali e sovranazionali: le esigenze di differenziazione sono legate alle finalità rieducative⁵⁰. Invero, il D.P.R. 448/1988 proprio all'art. 1 esprime il principio di adeguatezza, giacché è previsto che «nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale. Tali disposizioni *sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne*». L'adeguatezza garantisce che l'applicazione delle norme non sia frutto di un mero rinvio, ma sia effettuata una valutazione nel caso concreto. Ne deriva che la scelta legislativa di estendere la disciplina in materia di giustizia riparativa ai minori, seppur rispettosa sul piano formale delle garanzie previste per il rito penale minorile, potrebbe risultare lesiva nella sostanza.

Il *punctum dolens* si rinviene nel mancato intervento sul D.P.R. 448/1988, l'assenza di una regolamentazione puntuale per i minori d'età genera una situazione di stallo, a cui la Riforma Cartabia non ha posto rimedio. La questione ha risvolti pratici, prima che teorici: in che modo si porrà fine alle sperequazioni trattamentali presenti sul territorio nazionale?

Eppure, l'esigenza di una normativa *ad hoc* era stata caldeggiata dalla Proposta di legge di cui si è detto, che si riferiva esplicitamente ai minori d'età. Seppure buone le premesse, non è conseguito il risultato auspicato. Non si vuole sminuire la rilevanza della disciplina organica sulla *restorative justice* introdotta dalla Cartabia, né negare che un progresso vi sia stato nella misura in cui si è adeguata la legislazione domestica alle fonti sovranazionali. Tuttavia, un passo in più poteva essere compiuto, evitando il ricorso a clausole ampie e generiche e disciplinando la mediazione *per* i minori, intervenendo sulle norme speciali e colmando le lacune legislative.

⁵⁰ Per una ricostruzione più generale v. C. IASEVOLI, *op. cit.*, 42 ss.

Dal giudice specializzato al giudice *peritus peritorum*... un passo indietro nella tutela del minore?

MICHELA SIRACUSA

ABSTRACT

The mutual interaction between legal and scientific knowledge is the first step to implement a child-friendly justice. This paper aims to focus on the concept of specialization in the multilevel system of rights, lowering attention to recent reversals towards a de-specialized jurisdiction. The reference is to Law No. 206 of 2021, which, in pursuit of efficiency and rationalization of the judicial system, aims to establish a single Court, with the loss of the honorary component. In this way, the shift from specialized judge to «peritus peritorum» judge is ratified, with inevitable detrimental effects on the «best interests of the child».

SOMMARIO: 1. Sapere scientifico e sapere giuridico: corsi e ricorsi storici. – 2. La specializzazione minorile nel sistema multilivello di diritti. – 3. Inversioni di rotta: verso una giurisdizione non specializzata. – 4. Quale futuro per la tutela del *best interest of child*?

1. Torna ad accendersi il dibattito sulla natura e funzione della giurisdizione specializzata nel rito minorile: in discussione è la legge delega n.206 del 2021, che, accanto a talune norme in materia di esecuzione forzata, pone una serie di indicazioni volte a realizzare un'unificazione della giurisdizione relativa a minori, persone e famiglia¹. Intento del Legislatore è di istituire un Tribunale unico, destinato, appunto, a dirimere i conflitti riguardanti minori o famiglie, compromettendo l'interazione tra sapere psicologico e sapere giuridico, cifra identificante del processo minorile. *Cui prodest?*

Occorrerebbe chiedersi chi, realmente, beneficerebbe di una così radicale riforma: lo Stato, con il bisogno di preservare, costi quel che costi, l'efficienzismo giudiziario, o il minore, autore di reato, che diverrebbe così vittima di un sistema giudiziario claudicante, incapace di tutelare la sua persona e le sue fragilità? Ai posteri l'ardua sentenza: ciò che emerge, stando ai primi apprezzamenti della Riforma, è, da un lato, il bisogno spasmodico del Legislatore di accelerare, ridurre, tagliare le risorse della giustizia; dall'altro, un'incoerenza di fondo che connota, nella post-modernità, lo spirito riformista.

Nel marasma di disegni di legge, emendamenti, riforme o controriforme, ciò che è certo è che ad uscirne fortemente pregiudicato sarà il minore. L'impressione è che, tagliando via la specializzazione, si finisca per dequotare, se non annullare, lo statuto costituzionale ed europeo del minore, in nome di un'ossessiva ricerca di una giustizia efficiente. Tuttavia, la giustizia «giusta» non è solo quella che

¹ Resoconto Commissione giustizia della Camera dei deputati del 20.10.2021, in www.camera.it

corre verso la meta: essa è anche, e soprattutto, garanzia e tutela effettiva dei diritti dell'imputato, ancor di più se quell'imputato è minore, intrinsecamente vulnerabile e con la personalità *in fieri*.

Con il progetto di legge in esame, si rischierà di perdere quella componente laica della giustizia minorile che risale al r.d.l. 20 luglio 1934 n.1404, anno in cui viene istituito il Tribunale per i minorenni a composizione mista². Da sempre, infatti, la giustizia minorile è stata votata all'esigenza di individualizzare le strutture processuali con cui il giovane entra in contatto: tale bisogno di diversificazione si è avvertito, e concretizzato, all'indomani dell'istituzione del Tribunale per i minorenni. Si è reputato, infatti, necessario inserire nel collegio giudicante esperti in antropologia medica, biologia, neurologia, psicologia e pedagogia, sì da poter vagliare l'effettiva capacità di discernimento del minore³. Gli esperti⁴ entrano nell'esercizio della *iurisdictio* e ne divengono attivi partecipi, non alla stregua di periti o consulenti tecnici dei togati, ma in qualità di veri e propri giudici e con le medesime attribuzioni⁵. Il lavoro d'*equipe*⁶ diviene, gradualmente, il *modus procedendi* elettivo della giustizia minorile, in cui protagonista è il minore autore di reato, esso stesso vittima di una società poco incline ai suoi bisogni e alle sue fragilità⁷.

L'organica riforma del processo penale minorile è portata a compimento nel 1988 (d.P.R. n.448 del 1988): vengono definiti i lineamenti della giurisdizione specializzata minorile, quale presupposto affinché il processo minorile sia orientato alla tutela del *best interest of child*⁸, alla stregua di quanto impongono le Carte fondamentali⁹. Non è un caso che l'accennato d.P.R. recepisca le istanze provenienti dalle fonti europee e, in particolare, quelle emerse nelle Regole minime per

² L'inclusione della componente onoraria nel collegio giudicante è giustificata dall'esigenza che la funzione giudiziaria debba arricchirsi di una componente di *humanitas* e nutrita di una conoscenza specifica e tecnica di tutte le scienze utili ad illuminare la personalità in fieri del minore. Cfr., *Relazione al r.d.l. n.1404 del 1934*.

³ Sulle origini della giustizia minorile, M.C. CALLE, *Ieri e domani: quale ruolo del giudice onorario nel tribunale specializzato?*, in *Min. giust.*, 2009, 4, 159 ss.

⁴ Con il r.d. 30 gennaio 1941 n.12 sull'ordinamento giudiziario, si preferisce adoperare il lemma "esperto" per indicare la componente onoraria del collegio giudicante minorile, così sottolineando la valenza tecnica e il prezioso contributo dato ai fini dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Cfr., P. SERRA, *Il giudice onorario minorile*, Milano 2006.

⁵ M. VARI, *Il ruolo del giudice onorario nel contesto di una risposta educativa ai comportamenti devianti*, in *Min. giust.*, 2009, 1, 46 ss.

⁶ Sulla necessità di un approfondito e costante lavoro di integrazione tra saperi, si veda M.F. PRICOCO, *Il giudice delle relazioni tra disagio, devianza e nuove fragilità. Le ragioni della specializzazione nei percorsi di giustizia minorile e familiare*, in *Min. giust.*, 1,2020, 18 ss.

⁷ Il metodo elettivo nella giustizia minorile impone un approccio case by case, di matrice anglosassone. Cfr., D.W. WINNICOTT (1959), *"Casework del bambino psichiatricamente infermo"*, in Id., *La famiglia e lo sviluppo dell'individuo*, Armando, Roma 1968.

⁸ Il "*best interest of child*" rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice debba tenere in considerazione il superiore interesse del fanciullo. Ogni pronuncia giurisdizionale deve quindi essere finalizzata a promuovere lo sviluppo psicofisico del soggetto in età evolutiva e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana. Tutti gli strumenti, quindi, devono informarsi al suddetto principio, sancito in maniera formale in tutte le convenzioni e dichiarazioni dedicate al fanciullo. V., ad es., la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, il cui art. 3, par. 1, disciplina il rilievo del preminente interesse del minore nelle decisioni che lo riguardano; l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che dichiara «in tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente».

⁹ D'altronde, nella legge delega emerge l'esigenza di adeguarsi alle Convenzioni internazionali, avendo il Governo il compito di disciplinare il processo a carico di imputati minorenni, secondo i principi del nuovo processo penale che doveva adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. (preambolo dell'art. 2 della l. n.81 del 1987).

l'amministrazione della giustizia minorile (c.d. Regole di Pechino) e nella Raccomandazione R (87)/20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su «*Le reazioni sociali alla delinquenza minorile*», nonché nella Direttiva UE 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minorenni indagati o imputati nei procedimenti penali¹⁰.

La riforma del 1988 persegue una specializzazione della giurisdizione minorile a trecentosessanta gradi: ciò impone, necessariamente, un'adeguata e completa formazione di coloro che hanno l'arduo compito di approcciarsi, con empatia e sensibilità, alle fragilità del minore.

Pur mancando, a differenza di quanto è accaduto in altri Paesi¹¹, un'istituzionale visione d'insieme sull'offerta formativa da garantire ai colleghi giudicanti minorili, va ricordata la definizione, ad opera dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia, di linee guida per la formazione dei magistrati. Le c.d. *guide-lines* postulano una crescente attenzione per la persona, nella consapevolezza che il giudice minorile, oltre ad essere guidato dal diritto, è in continuo contatto con la storia e il dolore del minore autore di reato. Il giudice minorile, prima ancora di conoscere, deve essere attento alla storia personale del minore: non concentrato solo sull'applicazione della legge, ma anche sul bisogno di risanare la frattura tra il minore e la società civile.

Pesa, tuttavia, l'assenza di un'offerta formativa organica ed ufficiale: il rischio è di affidarsi alla capacità del giudice minorile di ragionevolmente bilanciare la componente giuridica e quella specialista, così confidando nella sensibilità giuridica che, tuttavia, può mancare.

La ricostruzione, sia pure sintetica, di ciò che è stato il giudice minorile permette di far luce su quale sarà il futuro, e il destino, della giurisdizione specializzata, atteso che il dibattito sulla possibile abolizione della giurisdizione minorile specializzata non si è mai sopito ma, anzi, diviene sempre più pressante¹².

I giudici togati minorili perderebbero gran parte della loro specializzazione se non fossero accompagnati dalla solida e costante interazione con i giudici onorari: per non perdere la necessaria integrazione tra saperi, per evitare che tutto cambi, occorrerebbe che tutto resti così com'è, rafforzando, e non de-quotando, il bisogno di specializzare la giurisdizione minorile. L'enigmatica figura del giudice minorile ha retto sinora, seppure vivendo alcuni momenti di crisi, ma adesso il suo destino è più che mai incerto e irto di nodi problematici: su di essi va, necessariamente, riposta l'attenzione.

¹⁰ E. ZAPPALÀ, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie penali minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Torino 2019, 38 ss.

¹¹ In Europa, invece, è stata istituzionalizzata un'offerta formativa rivolta ai magistrati minorili: ciò è accaduto, ad esempio, in Francia per mezzo dell'*Ecole Nationale de la Magistrature*.

¹² S. LARIZZA, *Una minore giustizia: a proposito del disegno di legge di riforma del Tribunale per i minorenni*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p.1319; Id., *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cass. pen.*, 2006, 2975.

2. La giustizia penale minorile, come risulta dal d.P.R. cit., assume una connotazione teleologica, essendo individualizzata la funzione giurisdizionale a misura di minore¹³. La specializzazione è coerente con la tutela, costituzionalmente ed europeisticamente garantita, del diritto all'educazione¹⁴.

D'altronde, l'opzione verso una giurisdizione specializzata e, dunque, differenziata, trova avallo nella giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto il Tribunale per i minori quale istituzione di cui la Repubblica favorisce lo sviluppo per proteggere la gioventù (artt. 2,3,29,30,31,32 Cost.)¹⁵.

Nel contesto etero-integrato di fonti, l'importanza della giurisdizione specializzata si ricava anche dalle norme europee: assume rilievo, in particolare, l'art. 14, par. 4, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, ratificato dall'Italia nel 1978. Si riconosce espressamente che il rito minorile debba tener conto dell'età, della personalità del minore, nonché dell'interesse ad un suo reinserimento sociale.

Analogamente, gli artt. 3 e 40 della Convenzione sui diritti del fanciullo pongono come preminente obiettivo il superiore interesse del fanciullo (c.d. *best interest of child*), realizzabile attraverso un procedimento minorile che ponga la dovuta attenzione ai bisogni del minore e alla sua persona.

Da questa sintetica ricognizione dei principi, europei e costituzionali, inerenti al rito minorile, si comprende il carattere innegabile e inderogabile della specializzazione¹⁶.

L'esigenza di personalizzare la *iurisdictio*, nel momento in cui il minore entra nel circuito processuale, è avvertita anche nella giurisprudenza europea: la Corte di Strasburgo, infatti, riconosce l'importanza di «(...) *trattare un bambino accusato di reato con modalità che tengano pienamente in considerazione la sua età, la sua maturità e la sua capacità sul piano intellettuale ed emotivo, adottando misure atte a favorire la sua comprensione e partecipazione al processo*¹⁷».

Da un lato, occorre personalizzare per conoscere il minore con il suo retroterra culturale, sociale ed affettivo; dall'altro, il pericolo è di attribuire un potere discrezionale ampio che si traduce in arbitrio, in collisione con il principio di legalità. L'esigenza di individualizzare e, al contempo, il bisogno di evitare eccessi giudiziari vanno egualmente bilanciati, sì da evitare che uno diventi tiranno dell'altro. Il baricentro di tale rapporto è rappresentato dalla commistione tra componente onoraria e togata che caratterizza il modello di giustizia penale minorile¹⁸: detto assetto è compatibile con il

¹³ V. PATANÉ, *L'intervento dell'imputato minorenni nelle varie fasi del procedimento*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Torino 2019, 59 ss.

¹⁴ In questi termini, C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, 77-102. In tal senso, si veda anche F. COLAO, *Il diritto per i minori, i diritti dei minori. Itinerari nell'Italia del Novecento*, che riprende le parole di Alfredo Carlo Moro, il quale, nel suo *Manuale*, non indicava il Tribunale per i minori quale "non giudice", bensì come "giudice naturale", in conformità alle esigenze di socializzazione.

¹⁵ Corte cost., sent. 23 marzo 1964, n. 25, in *Giur. cost.*, 1964, 223; Corte cost., sent. 20 aprile 1978, n. 46, in *Giur. cost.*, 1978, 537; Corte cost., sentt. nn. 16 e 17 del 10 febbraio 1981, in *Giur. cost.*, 1981, 83 e 87; Corte cost., sent. n. 310 del 30 luglio 2008, in *Giur. Cost.*, 2008, 3372.

¹⁶ S. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova, 2003, 35. Sulla necessità di uno statuto europeo dell'accusato minorenni, v. M. BOUCHARD, *Il diritto ad una giurisdizione differenziata: punti fermi e orizzonti di una nuova specializzazione*, in AA.VV., *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, a cura di G. GIOSTRA, Milano, 2005, 51 ss.

¹⁷ Corte EDU, 16 dicembre 1999, sent. *V. c. Regno Unito*.

¹⁸ Corte cost. n.330 del 2003, secondo cui «(...) *la specializzazione del giudice minorile, orientata alla protezione della gioventù (art. 31 Cost.), è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall'apporto degli esperti laici*».

principio costituzionale di unità della giurisdizione che vieta la creazione di giudici straordinari o speciali, consentendo, tuttavia, l'istituzione di sezioni specializzate (art. 102, comma 2, Cost.)¹⁹

Le funzioni giurisdizionali sono, specificamente, attribuite al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni; al Giudice per le indagini preliminari; al Tribunale per i minorenni; al Procuratore generale presso la Corte di appello; alla sezione di Corte di appello per i minorenni e, infine, al magistrato di sorveglianza per i minorenni (artt. 49,50,50-bis, 51 r.d. 30 gennaio 1941, n.12)²⁰. Si prevede, accanto al giudice monocratico per le indagini preliminari, l'istituzione del giudice dell'udienza preliminare, quale organo collegiale, che garantisca un apporto significativo degli esperti al fine di garantire al minore di non entrare nel circuito processuale o, al più, di uscirne rapidamente, evitando che questi possa essere ulteriormente pregiudicato dalle lungaggini processuali²¹. Gli esperti del sapere scientifico vengono scelti, mediante un concorso bandito dal Consiglio superiore della magistratura ogni tre anni, tra cultori di biologia, psichiatria, antropologia culturale, pedagogia o psicologia: la valutazione interdisciplinare consente di combinare diversi saperi, sì da giungere alla migliore decisione possibile a misura di quel minore *sub iudice*²².

I giudici onorari minorili partecipano a pieno titolo nel collegio giudicante, sono coinvolti nell'attività di formazione organizzate dal Ministero della giustizia e decidono secondo legge²³.

La presenza dell'onorario – sia esso antropologo, psichiatra o psicologo – produce una modifica nella cultura giudiziaria minorile, che diverrebbe sintesi di più saperi e discipline, modifica che non si avrebbe nel caso in cui il giudice si avvalga di un consulente tecnico²⁴. Stessa composizione mista si richiede al Tribunale per i minori nella fase del giudizio: esso è composto da un magistrato del tribunale ordinario e due esperti²⁵, aventi i requisiti previsti dalla legge (art. 50 ord. giud.)²⁶.

Infine, le funzioni di giudice di secondo grado sono svolte da una sezione della Corte di appello: si tratta pur sempre di organo collegiale specializzato, in quanto si prevede non soltanto che decide con l'intervento degli esperti ma che essi siano scelti tra coloro che abbiano svolto già attività presso

¹⁹ Corte cost., sent. 14 gennaio 1986, n.4, in *Giur. cost.*, 1986, 31. In dottrina, v. C. IASEVOLI, cit., p.83, secondo cui «(...) il rapporto di esclusività vive secondo il preciso e lucido disegno del costituente, che crea un nesso di dipendenza organizzativa e disciplinare fra magistrati ed organi giudiziari ordinari, da un lato, e Consiglio superiore, dall'altro; in definitiva, il collegamento istituzionale conferisce sicuro valore di riconoscimento alla giurisdizione ordinaria».

²⁰ C. IASEVOLI, *op. cit.*, 77-102.

²¹ S. CUTRONA, *Art. 2, in Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. n.448 del 1988*, a cura di G. GIOSTRA, Milano 2009, 22 ss. Corte cost., sent. 1 del 2015. Sulla natura di giudizio nell'udienza preliminare, si veda Corte cost. n. 311 del 1997.

²² L. DE CATALDO NEUBURGER, *Processo penale minorile: aggiornare il sistema*, Padova 2005, 63.

²³ Delibera del Csm del 20 maggio 1998 al par. I-4. C. LOSANA E M. BOUCHARD, *La collegialità nella prassi del Tribunale per i minorenni di Torino*, in *Min. giust.*, n. 1, 1994, in cui si legge che i giudici onorari partecipano della funzione giurisdizionale con pienezza di poteri.

²⁴ P. SERRA, *Identità e ruolo del giudice onorario minorile*, in *Quest. giust.*, 2003, 4: l'A., opportunamente, distingue altresì i giudici onorari dai servizi sociali minorili. Infatti, la componente onoraria non assume il ruolo di "controllore" dei servizi socio-assistenziali. Cambia il tipo di relazione: nel caso in cui vi siano i servizi, è tra il minore e lo psicologo, mentre nel caso in cui vi sia il giudice onorario, è tra il minore e il collegio giudicante; R. BIANCHETTI, *La specializzazione degli organi giudiziari minorili* (commento all'art. 2 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), in G.F. BASINI, C. BONILINI, M. CONFORTINI (a cura di), *Codice di famiglia, minori e soggetti deboli*, Tomo II, Torino 2014, 4883 ss.

²⁵ Gli esperti vengono nominati con decreto del Capo dello stato per un triennio e possono essere riconfermati, non sussistendo limitazioni alla conferma della nomina. cfr., A. MESTIZ, *Voce giudici onorari minorili*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino 2011, 277.

²⁶ La presenza di entrambi i sessi nel collegio giudicante è stata confermata dalla Corte cost.: cfr. sent. n.172 del 2001.

uffici giudiziari minorili. Ai due esperti, che formano la sezione della Corte di appello per i minorenni, è conferito il titolo di consigliere onorario e partecipano dei doveri e delle prerogative che vengono riconosciute a tutti i giudici ordinari. Il termine «sezione» si intende come articolazione organizzativa interna ai già esistenti organi giudiziari ordinari, sotto la direzione e controllo del presidente della Corte di appello²⁷.

I giudici onorari vengono selezionati in quanto portatori di specifiche conoscenze: non sono, dunque, espressione della c.d. *vox populi* ma, piuttosto, segno di una collaborazione di un esperto nell'ambito della funzione giurisdizionale²⁸.

Punto dolente del giudice minorile dell'impugnazione è la scarsa formazione professionale: se, infatti, i magistrati minorili in primo grado sono scelti in base alla loro adeguatezza professionale, alla sezione specializzata presso la Corte di appello sono affidati giudici secondo esigenze organizzative interne, così andando a compromettere la necessaria specializzazione.

Questa differenziazione desta perplessità: non si comprende perché la necessaria e adeguata formazione professionale richiesta, o quantomeno sperata, in primo grado, e finanche per la magistratura di sorveglianza²⁹, non sia altrettanto prevista per quanto riguarda i giudici di appello, potendo ricoprire funzioni promiscue a seconda delle esigenze di organico di ogni distretto.

La discrepanza si avverte anche sul terreno dei poteri d'accusa: infatti, mentre è previsto che presso ogni Tribunale dei minori venga istituito un Ufficio del pubblico ministero preordinato al peculiare interesse-dovere dello Stato al recupero del minorenne³⁰, analoga funzione non è attribuita al Procuratore generale presso la sezione della Corte di appello, considerato che per questa figura la legge non richiede alcuna specializzazione.

Ulteriore segno di incoerenza sistematica è dato dalla mancata necessaria specializzazione relativa ai difensori: in tal senso, si spiegano talune proposte, provenienti dall'Unione Nazionale Camere minorili, volte ad introdurre linee-guida per un'adeguata formazione specialistica che riguardi anche il difensore, considerato il ruolo di prim'ordine che assume nell'accompagnare il minore nella vicenda processuale³¹. Stando così le cose, sarebbe opportuno uniformare la specializzazione ed estenderla a trecentosessanta gradi nel rito minorile³²: d'altronde, se l'espressa previsione di un'adeguata specializzazione concerne anche ufficiali e agenti di polizia giudiziaria,

²⁷ C. IASEVOLI, cit., 81.

²⁸ P. SERRA, *Identità e ruolo del giudice onorario minorile*, in *Quest. giust.*, n.4 del 2003.

²⁹ Sulle funzioni della magistratura di sorveglianza nella giurisdizione minorile, L. CARANCENI, *Magistratura di sorveglianza e giurisdizione rieducativa minorile: dal legislatore un silenzio assordante*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria del minorenne nelle Carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010, 295 ss.

³⁰ Corte cost. n. 49 del 1973.

³¹ G. CESARO, P. LOVATI, *La deontologia dell'avvocato e la specializzazione minorile che non c'è*, in *Min. giust.*, 2011, 3, 182 ss.

³² Sull'esigenza di garantire la specializzazione non solo nella giurisdizione penale ma in tutto il sistema di giustizia minorile, M.A.GUIDA, *La specializzazione del giudice della famiglia tra diritto e psicologia*, in *Min. giust.*, 1/2021; R. BIANCHETTI, *La giustizia minorile: un sistema davvero incentrato sulla persona. Interazioni tra misure penali ed extra-penali*, in *Dir. pen. e uomo*, 23 marzo 2021, p. 2 ss., in https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/la-giustizia-minorile-un-sistema-davvero-incentrato-sulla-persona/

nonché gli organi ausiliari dell'autorità giudiziaria³³, non si comprende perché detta specializzazione non pervada integralmente il sistema di giustizia minorile.

Peraltro, una specializzazione che permanga in tutte le articolazioni del rito minorile, dagli uffici di polizia giudiziaria agli organi giudicanti e requirenti sino ad arrivare alla classe forense, sarebbe salutata con favore nel nostro ordinamento che, in tal modo, si avvicinerrebbe a taluni Paesi europei ove già è espressamente prevista l'inderogabilità di una specializzazione minorile «*a tutto tondo*». Tra gli ordinamenti più progressisti in tal senso, vi è il Belgio, in cui è già strutturata una giurisdizione minorile specializzata in senso ampio, essendo prevista un'adeguata e obbligatoria formazione professionale tanto dei giudici quanto dei difensori³⁴.

La rilevanza della specializzazione nella giustizia minorile trova conferma anche nei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere³⁵, atteso che, con particolare riguardo alla procedura di estradizione passiva, è demandata alla Sezione per i minorenni, non già alla Corte di appello³⁶, le funzioni attribuite in materia, non potendo essere equiparati i minori agli adulti nemmeno nel procedimento di estradizione.

In linea di continuità con gli approdi della Consulta, la giurisprudenza di legittimità ha sempre negato l'extradizione dei minori verso Paesi in cui sarebbe stato giudicato come adulto in presenza di una legislazione che non avrebbe garantito il diritto ad un trattamento individualizzato³⁷.

La ricostruzione ermeneutica, offerta in materia di estradizione³⁸, non è altro che la conferma del carattere assolutamente inderogabile della specializzazione della giustizia minorile³⁹: essa non è un'opzione, bensì una garanzia da riconoscere, in tutti gli ordinamenti giuridici, al minore accusato.

Ulteriore vizio di sistema della giustizia minorile concerne la sanzionabilità processuale in caso di violazione delle regole in materia di specializzazione.

In realtà, la giurisprudenza sembra, sebbene poco felicemente, orientata a ritenere che la disciplina riguardante le garanzie di specializzazione attenga alla destinazione agli uffici e alla formazione dei collegi e, dunque, non dia luogo a nullità, né assoluta, ai sensi degli artt. 178-179

³³ Il riferimento è ai servizi minorili che accompagnano tutto l'itinerario giudiziario che coinvolge il minore: cfr. S. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova, 2003; M.F. PRICOCO, *Il giudice delle relazioni tra disagio, devianza e nuove fragilità. Le ragioni della specializzazione nei percorsi di giustizia minorile e familiare*, in *Min. giust.*, 1, 2020, 25.

³⁴ La specializzazione del giudice minorile è un dato immanente in molti ordinamenti europei, tra cui la Francia, l'Austria, la Germania o la Slovenia: dato costante è, infatti, la presenza, nel collegio giudicante, di un giudice onorario che partecipa alla discussione e alla decisione per le sole controversie in sede penale.

³⁵ C. IASEVOLI, cit., 87 ss.

³⁶ Corte cost., sent. 19 luglio 1983 n.222. In giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., sez. I, n. 36757 del 17 settembre 2008, Rv. 241342; Cass. pen., sez. VI, n.48008 del 3 dicembre 2008, Rv. 242006. In dottrina, G. DI CHIARA, *Estradizione del minore all'epoca dei fatti e competenza funzionale della sezione specializzata della Corte di appello per i minorenni*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1382 ss.

³⁷ Cass. pen., sez. VI, 15 dicembre 2011, n.46574, Rv. 251188; Cass. pen., sez. VI, n. 21774 del 19 maggio 2016, Rv. 266936;

³⁸ In maniera approfondita sul tema dell'extradizione del minore, D. VIGONI, *La competenza in materia di estradizione del minorenne*, in *Cass. pen.*, 2006, 4200; sul mandato d'arresto europeo, E. MARZADURI, *Artt. 1-2, in Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005, n.69*, diretto da M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE e E. MARZADURI, Torino, 2006, 80; G. DELLA MONICA, *Il mandato d'arresto europeo: a) la procedura passiva di consegna*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. KALB, Torino 2009, 411; E. APRILE e F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, *passim*.

³⁹ In giurisprudenza, Cass. pen., sez. V, sent. n. 12222 del 12 ottobre 2000, Rv. 218679.

c.p.p., né ad altre ipotesi di nullità, stante il principio di tassatività stabilito ai sensi dell'art. 177 c.p.p. Logica conseguenza di tale assunto è che l'eventuale violazione della regola della specializzazione del giudice minorile esponga soltanto ad una irregolarità degli atti assunti, considerato che si tratta di violare previsioni tabellari, non già norme attinenti alla capacità del giudice⁴⁰.

Per quanto lineare sia la ricostruzione proposta, desta perplessità in punto di effettiva tutela del diritto del minore ad un trattamento diversificato e, comunque, funzionale a soddisfare primarie esigenze educative⁴¹. Infatti, due potrebbero essere gli itinerari plausibili e conformi ad un'interpretazione costituzionalmente ed europeisticamente orientata: in primo luogo, si potrebbe leggere la regola sulla specializzazione del giudice minorile quale regola attinente alla capacità del giudice naturale di decidere, la cui mancanza costituirebbe nullità assoluta ai sensi degli artt. 178-179 c.p.p.⁴²

A sostegno di tale tesi, può farsi riferimento alla regola di competenza funzionale, di cui all'art. 3 d.P.R. n.448 del 1988, che presuppone i criteri generali di competenza⁴³.

Di conseguenza, la violazione della regola di attribuzione funzionale farebbe emergere una causa di incapacità del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, rilevabile ai sensi dell'art. 178 lett. a) c.p.p. Da qui, il divieto, per il giudice ordinario, di trattare vicende che abbiano ad oggetto un minore, in quanto incapace di esercitare la *iurisdictio*, con conseguente nullità assoluta degli atti eventualmente compiuti. Itinerario alternativo a detta ricostruzione è ammettere la sanzione processuale dell'abnormità⁴⁴ a fronte di atti posti in essere dal giudice ordinario per straripamento delle funzioni giurisdizionali naturalmente attribuite allo stesso.

Seguendo la strada dell'abnormità, si ammetterebbe la ricorribilità per Cassazione qualora la funzione esercitata travalichi i limiti attribuiti dalla legge. Diversamente, perseguire la via della nullità assoluta a fronte di un'incapacità del giudice ordinario a esercitare la funzione giurisdizionale nel procedimento minorile consentirebbe di dare rilievo, in ogni caso, alle situazioni in cui non venga soddisfatta l'inderogabile esigenza della specializzazione. Questa soluzione sarebbe supportata da plurimi argomenti: in primo luogo, la necessità di apprestare un adeguato rimedio processuale in tutti i casi in cui non venga preservato il giusto processo minorile⁴⁵; in secondo luogo, l'esigenza di leggere la specializzazione del giudice minorile come carattere immanente del processo in esame. Infine, il bisogno di dare concretezza alla ricostruzione, costituzionale ed europea, del diritto alla specializzazione minorile quale sintesi dell'inderogabile diritto all'educazione.

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, n. 46244 del 15 novembre 2012, Rv. 254284; Cass. pen., sez. II, n. 27948 del 18 giugno 2008, Rv. 240697; Cass. pen., sez. I, 5 aprile 2006, n. 16214, Rv. 234216; Cass. pen., sez. VI, n. 27856 del 14 luglio 2005, Rv. 232310.

⁴¹ In dottrina si registrano diverse posizioni: si veda, sul punto, E. ZAPPALÀ, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, cit., 50.

⁴² C. IASEVOLI, cit., 99 ss.

⁴³ Sulla competenza funzionale, G. RICCIO, voce *Competenza funzionale*, (dir. proc. pen.), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2002, vol. VII, 7.

⁴⁴ Sul concetto di abnormità, si rinvia a C. IASEVOLI, voce *Abnormità* (dir. proc. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 2004, 3.

⁴⁵ Per approfondimenti sul concetto di giusto processo minorile, v., *ex multis*, A. PÉ, A. RUGGIU (a cura di), *Il giusto processo e la protezione del minore*, Milano, 2011.

3. Continua, tuttavia, ad essere claudicante la figura del giudice onorario nel collegio giudicante minorile: sebbene non possa negarsi un'indubbia utilità e, anzi, necessità quando la struttura processuale riguarda il minore, sempre più spesso si discute sull'opportunità di mantenere il giudice non togato nell'alveo del sistema minorile⁴⁶. Diversi i disegni di legge, che tornano, ciclicamente, all'attenzione del dibattito giuridico, aventi ad oggetto l'abolizione del Tribunale per i minorenni, con conseguente trasformazione del giudice per i minori in una sezione del giudice ordinario⁴⁷.

La più recente Legge-delega, volta all'istituzione del Tribunale unico in materia civile, non è altro che l'epilogo di «corsi e ricorsi storici», a dimostrazione di come l'equilibrio tra giudice onorario e giudice togato torni costantemente a vacillare.

Si levano, in tal senso, le voci di chi, anche esponenti dell'avvocatura, vorrebbe la soppressione della componente onoraria: i molteplici progetti di riforma che si orientano in questa direzione cavalcano, non a caso, questa corrente⁴⁸. Il riferimento è, in particolare, al Disegno di legge n.2501 sulle modifiche del Tribunale per i minorenni presentato nel 2002 dal Ministro della Giustizia Castelli⁴⁹.

Critiche al disegno di legge – volto a diversificare il giudizio civile da quello penale, eliminando la necessaria specializzazione dal settore civilistico – non sono tardate⁵⁰.

Distuggere l'esperienza del Tribunale per i minori, demolirne il carattere specializzato e rimuovere la componente onoraria, in nome di una non meglio precisata giustizia a costo zero, finisce per traslare il centro del sistema di giustizia minorile, passando dall'interesse per il minore all'interesse per una giustizia efficiente. Le voci critiche ed autorevoli hanno consentito di arginare detta proposta di legge, presto abbandonata: non così celermente è stato, tuttavia, superato l'intento del Legislatore di vulnerare la specializzazione del giudice minorile, essendo intervenuto nuovamente a distanza di dieci anni. In questi termini vanno letti i progetti di legge presentati al Senato nel 2011, aventi sempre l'obiettivo di percorrere, e realizzare, l'idea di abolire la specializzazione minorile⁵¹: il Legislatore, sulla falsariga di quanto aveva ipotizzato nel 2002, intendeva istituire un nuovo organo giudicante e requirente competente per ogni procedimento, civile e penale, relativo a persone, famiglia e minori.

Resta, tuttavia, in piedi l'idea di istituire un giudice monocratico minorile per le controversie civili: *rebus sic stantibus*, si pregiudicherebbero le esigenze educative e individualizzanti, non essendo sufficienti le conoscenze giuridiche in un settore in cui i diritti costituzionalmente garantiti

⁴⁶ P. SERRA, *Identità e ruolo del giudice onorario minorile*, in *Quest. giust.*, 2003, 4.

⁴⁷ C. IASEVOLI, cit., 89 ss.

⁴⁸ In questo senso andava nella XIV Legislatura un d.d.l. governativo presentato dal ministro della giustizia dell'epoca Claudio Castelli (2517/C, "Delega al governo per l'istituzione delle sezioni specializzate per la famiglia e i minori"), caduto su una pregiudiziale di costituzionalità. Durante la XVI Legislatura lo stesso Castelli, ancora deputato, lo ha ripresentato al Senato (nr. 178/S), ma non ha avuto i successi sperati. In senso critico su tali progetti di riforma, RUGGIERI, *La riforma della giustizia minorile. Uno scenario complesso per interventi limitati*, in *Cass. pen.*, 2003, 2932.

⁴⁹ D.D.L. n. 2501, presentato il 2 marzo 2002 in materia, in *Dir. e giust.*, 2002, 62.

⁵⁰ A.PROTO PISANI, *Ancora sul processo e sul giudice minorile (linee di una possibile delega di riforma del processo minorile)*, in *Il Foro it.*, 2003, vol.1, 226-220: l'A. discute del processo minorile quale sistema a giurisdizione forte per il tenore dei diritti su cui essa incide, costruendo una critica al progetto di legge volto a rimuovere la specializzazione dai collegi giudicanti civili.

⁵¹ D.D.L. n.727/S, presentato il 10 ottobre 2011; D.D.L. n.3040/S, presentato il 1° dicembre 2011.

del minore possono essere tutelati soltanto attraverso un'interazione di altri saperi⁵². Né la specializzazione potrebbe essere recuperata attraverso le consulenze tecniche: come già evidenziato, la consulenza tecnica è esterna, ancillare al giusto processo, e non potrebbe sostituire l'insopprimibile valore aggiunto che il componente specializzato conferisce al giusto processo⁵³.

Nonostante le ripetute critiche che si sono abbattute sui diversi progetti di legge, tutti accomunati dall'esigenza di tagliare risorse e costi a scapito di colui che dovrebbe essere l'unico effettivo protagonista del sistema processuale, il Legislatore della post-modernità pare realmente intenzionato a percorrere la strada della *reductio ad unum* e, dunque, della non specializzazione minorile.

L'iter svolto, che condurrà all'istituzionalizzazione, a partire dal 17 ottobre 2024, del Tribunale unico per i minori, può essere così ripercorso⁵⁴.

Il 9 settembre 2021 viene approvata dalla Commissione Giustizia del Senato una riformulazione dei sub-emendamenti relativi all'AS n.1662 che prevede principi di delega relativi all'istituzione del Tribunale per persone, minori e famiglie, riconducibili alla c.d. Commissione Luiso⁵⁵. Si tratta di un tribunale unico, composto da sezioni distrettuali, costituite presso ciascuna sede di Corte di appello o di sezione di Corte di appello, e da sezioni circondariali, costituite presso i Tribunali ordinari. La sezione circondariale andrà ad occuparsi di materie attribuite al Tribunale per i minori (affido familiare, autorizzazione all'ingresso o permanenza del familiare del minore, stato e capacità di persone o famiglie, unione civili, nonché giudizi risarcitori connessi).

Alla sezione distrettuale sono attribuiti i procedimenti civili di primo grado diversi da quelli indicati in precedenza (ad esempio, procedimenti di adozione), nonché quelli penali minorili, compresi procedimenti amministrativi previsti dall'articolo 25 del r.d.l. n. 1404 del 1934. La sezione circondariale giudica in composizione monocratica con un solo giudice togato; la sezione distrettuale, invece, giudica in composizione collegiale, ma esclusivamente togata, con l'eccezione dei procedimenti di competenza esclusiva per i quali resta la composizione mista (due togati e due onorari)⁵⁶.

La legge delega richiede, per l'attuazione, l'emanazione di diversi decreti legislativi, considerato che essa ha ampiamente ridefinito l'assetto del processo penale e civile: dato l'impatto

⁵²S. LARIZZA, *Una minore giustizia: a proposito del disegno di legge di riforma del tribunale per i minorenni*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1319; F. RUGGIERI, *La riforma della giustizia minorile. Uno scenario complesso per interventi limitati*, in *Cass. pen.*, 2003, 2932; S. LARIZZA, *Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cass. pen.*, 2006, 2975.

⁵³E. ZAPPALÀ, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie penali minorili*, cit., 42.

⁵⁴Sulle riforme che hanno preceduto quella in esame, v. C.M. CEA, *Trasferimento del contenzioso dal giudice minorile al giudice ordinario ex l. 219/12. Proposta organizzativa del presidente della prima sezione civile*, in *Il Foro it.*, vo.136, n.3, Marzo 2013, 116-120. L'A., nel Suo scritto, ripercorre tappe significative della legge con cui il contenzioso civile minorile è stato trasferito in sede ordinaria, così parcellizzando la giurisdizione minorile tra Tribunale ordinario e Tribunale per i minori. Con la legge delega del 2021, invece, il passaggio è esattamente opposto: si vuole unificare la giurisdizione, istituendo un Tribunale unico sia in materia civile che penale. L'abbandono di un sistema parcellizzato viene perseguito, tuttavia, a scapito della specializzazione.

⁵⁵Resoconto Commissione giustizia della Camera, 20/10/2021, Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, consultabile in www.camera.it.

⁵⁶F. TONNIZZO, M.I. DE MEIS, *La riforma della giustizia minorile. Intervenire con modifiche dalla parte dei bambini*, 25 ottobre 2021, in www.welforum.it

sull'organizzazione giudiziaria, l'entrata in vigore dei decreti attuativi viene rinviata al 30 dicembre 2022. A nostro modesto avviso, pare che l'unificazione della giurisdizione minorile sia stato l'unico obiettivo avuto di mira dal Legislatore, anche a costo di perdere la specializzazione: è infatti evidente che, in ogni caso, si dissolverà l'apporto esperienziale dato sinora dai giudici onorari.

Ciò avverrà, per quanto riguarda il giudizio civile, mediante la competenza a decidere attribuita al solo giudice togato monocratico, non prevedendo più alcuna forma di specializzazione, se non attraverso consulenze tecniche che, com'è stato già evidenziato, non possono avere lo stesso peso che hanno rivestito sinora gli esperti giudicanti. Al contempo, la perdita di specializzazione si avrà per tutte le controversie destinate alle sezioni circondariali, in cui i giudici onorari vengono ricondotti entro l'Ufficio per il processo, quali ausiliari dell'organo giudicante.

Inevitabile sarà, stando così le cose, l'aumento di discrezionalità giudiziaria: i componenti togati si troveranno a decidere questioni complesse e delicate, potendo servirsi dell'apporto degli esperti i quali, tuttavia, non potranno mai incidere sulle decisioni, non essendo partecipi della funzione giurisdizionale. Altra conseguenza inevitabile sarà l'aumento del ricorso alle consulenze tecniche d'ufficio, data la perdita della connotazione specialistica della giurisdizione: la consulenza tecnica, tuttavia, si limita a fotografare ciò che si presenta nel momento cui essa viene effettuata, senza poter apprezzare e adeguatamente approfondire il *background* culturale e sociale, nonché la trama di relazioni, familiari e affettive, che hanno condotto il minore verso la scelta deviante.

Nel momento in cui l'apporto degli esperti viene così ridotto a mero ausilio della funzione giurisdizionale, occorrerà confidare nel buon senso e nella sensibilità del giudice togato: il rischio di legittimare decisioni arbitrarie, poco attente ai bisogni reali del minore, è presto detto.

In buona sostanza, unificare la giurisdizione è, certo, un obiettivo condivisibile, ma non può perseguirsi a scapito della necessaria specializzazione: se l'unificazione diviene mero strumento per tagliare costi e risorse alla giustizia, non può tuttavia andare a detrimento del giusto processo minorile che impone, e presuppone, la necessaria specializzazione.

L'istituzione del Tribunale unico per persone, minori e famiglia diviene, così, il riflesso della società post-moderna, ossessionata dal bisogno di accelerare, anche laddove decelerare e accendere un faro sulla persona del minore sia l'unico modo per garantire a questi una (ri)educazione o un suo (re)inserimento nella società. Torna, così, il giudice togato *peritus peritorum*, figura che tanto ha spaventato e continua a spaventare interpreti e studiosi: i giudici onorari permettono di focalizzarsi sull'uomo, creando un ponte di collegamento tra giustizia e società civile, che, con il Tribunale unico, sarà inevitabilmente compromesso⁵⁷.

È singolare il fatto che, all'indomani della legge delega in discussione, il progetto ha destato perplessità⁵⁸, tanto da far intervenire l'Autorità Garante per l'Infanzia e l'adolescenza⁵⁹.

L'*Authority* ha elaborato un comunicato in cui emerge l'esigenza di rispettare i principi di specializzazione, collegialità e multidisciplinarietà nel rito minorile, pur nell'intento riformatore: la

⁵⁷ L. FADIGA, *Elogio del giudice onorario scritto da un giudice togato*, in *Min. giust.*, 2006,1, 203.

⁵⁸ In senso critico, F. TONNIZZO, M.I. DE MEIS, *La riforma della giustizia minorile. Intervenire con modifiche dalla parte dei bambini*, 25 ottobre 2021, in www.welforum.it.

⁵⁹ Lettera dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza in data 16/09/2021, in www.garanteinfanzia.org

delicatezza delle questioni che emergono all'attenzione del giudice, sia in sede civile che penale, impone che esse vadano trattate in composizione collegiale, sì da arricchire il bagaglio di conoscenze dei giudici togati con l'apporto degli onorari.

L'apporto della componente onoraria è dunque essenziale a che si possa focalizzare l'interesse sul vissuto del minore, né può essere sostituito dal contributo degli onorari all'interno dell'Ufficio del processo: il rischio è che, così facendo, la componente onoraria, da giudice e partecipe della funzione giurisdizionale, diverrebbe mero ausiliario del giudice monocratico. Ulteriore criticità del progetto di riforma è l'incoerenza sistematica di cui è affetto: infatti, per i procedimenti in materia di adozione resta inalterata la composizione mista che, invece, viene, senza particolari spiegazioni, abolita per tutti gli altri procedimenti in materia civile, parimenti delicati e incidenti sulla vita del minore.

Stessa posizione è stata assunta in materia dall'Unione nazionale camere minorili che condivide le ragioni di efficienza sottese alla Riforma e, tuttavia, ribadisce l'importanza di un'adeguata formazione e aggiornamento costante dei magistrati⁶⁰. Ciononostante, il Legislatore continua a percorrere la strada della de-specializzazione, non confrontandosi con le posizioni, decisamente contrarie, di studiosi ed operatori del diritto.

Con l'inizio dei lavori del Tribunale unico, si potrà definitivamente salutare, quanto ai giudizi civili, la specializzazione che ha connotato, da sempre, la giustizia minorile. Il timore di proseguire su questa strada anche nel settore penale è sempre più incombente, con inevitabili ricadute, come si vedrà nel prosieguo, sulle strutture processuali minorili, a meno che il Legislatore, attento al diritto del minore al giusto processo specializzato, non torni sui suoi passi.

4. Cosa accadrà al giusto processo minorile nel momento in cui entrerà a pieno regime il Tribunale unico? *Quid iuris* sulle strutture processuali, sul diritto del minore all'ascolto e al dialogo con il collegio giudicante?

Gli interrogativi lasciano dubbi irrisolti che bisogna chiarire, così da poter avanzare, se è possibile, qualche itinerario alternativo che un Legislatore attento, realmente, al superiore interesse del giovane dovrebbe prendere in considerazione. In particolare, i riflessi operativi della riforma insistono su due aspetti e, cioè, sulle funzioni del giudice minorile e sulle strutture processuali. Quanto alle funzioni, è stato già ampiamente analizzato il compito, o meglio i compiti, cui un giudice minorile è di regola preposto⁶¹.

Primo aspetto qualificante è la comunicazione: il magistrato deve impegnarsi nel chiarire al minore il contenuto pedagogico della norma, fargli comprendere le conseguenze pregiudizievoli della sua scelta deviante, senza mai assumere atteggiamenti correttivi o paternalistici. Il magistrato minorile deve porre il minore nella condizione di assumere una visione critica rispetto al fatto commesso, sì da poterlo rielaborare e distaccarsi da esso. Per fare ciò, deve saper comunicare col

⁶⁰ Comunicato dell'Unione nazionale camere minorili, 16/09/2021, in <https://lnx.camereminorili.it>; in questi termini si è espressa anche l'Associazione nazionale magistrati nel parere dato dalla Commissione diritto minorile in data 12/09/2021, consultabile in <https://www.associazionemagistrati.it/allegati/parere-istituzione-tribunale-persone-minori-e-famiglie-12sett21.pdf>.

⁶¹ I. CIVIDALI, *Qual è il ruolo del giudice dei minori?*, in *Min. giust.*, 2014, n.2, 222 ss.

minore, creando un ponte di collegamento tra le norme giuridiche e il vissuto del fanciullo: deve essere in grado di entrare nella storia personale del giovane, valorizzandone i suoi punti forti e i suoi talenti, aiutandolo a capire che esiste sempre un'alternativa alla devianza⁶².

Per comunicare, il magistrato deve ottenere consenso dal minore, da non intendersi quale passiva accettazione di quanto il giudice cerca di trasmettere, ma consapevolezza reale circa la possibilità di intraprendere altri progetti di vita. Per comunicare e ricevere la partecipazione, spontanea, critica e consapevole, del minore alla struttura processuale, il magistrato deve essere altresì in grado di dialogare con il retroterra culturale e sociale da cui il minore proviene.

Emerge così una figura di magistrato minorile complessa, sintesi di diverse istanze ed esigenze: la comunicazione col minore, la sua attiva partecipazione nella struttura processuale, unitamente al dialogo con il contesto di riferimento, contribuiscono a delineare la giurisdizione c.d. mite, deputata a recepire le istanze di uno Stato di diritto⁶³.

Il carattere mite viene meno nel momento in cui il giudice minorile venga privato della sua componente specialistica, divenendo così arbitrario nelle sue valutazioni.

Il magistrato minorile non sarebbe in grado di comunicare col minore, di dialogare empaticamente con il suo retroterra sociale e culturale e, ancor di più, non sarebbe in grado di ricevere dal minore una legittimazione, se, come accadrà con il Tribunale unico, non venisse accompagnato, nel decidere, dalla componente specializzata.

L'impatto della nuova Riforma è tale da vulnerare, dunque, il ruolo e le funzioni da sempre attribuite al magistrato minorile: il fallimento della specializzazione – a costo di realizzare una giurisdizione unitaria – condurrebbe al giudice onnisciente, incapace di dare al minore e al suo vissuto l'attenzione che meriterebbe.

Per quanto concerne l'impatto sulle strutture processuali, la specializzazione minorile, in nome di un connubio tra garanzie procedurali e diritti del minore⁶⁴, è funzionale alla tutela delle esigenze educative, sicché il venir meno della specializzazione impatta sulle strutture processuali e, a cascata, sull'effettività di tutela del diritto all'educazione. Le garanzie processuali, su cui si avvertirebbe il peso di una pericolosa inversione di rotta, sono diverse: in primo luogo, l'accertamento della minore età⁶⁵ – funzionale ad attribuire la competenza al giudice minorile – sarebbe più difficoltoso in assenza di una componente esperta che, con il proprio bagaglio di sapere scientifico, possa definire l'età del soggetto autore del fatto.

⁶² Sulla necessità che l'audizione del minore debba avvenire innanzi al giudice onorario e togato, v. P. ORTOLAN, *Il ruolo del giudice della famiglia: la diversa esperienza al tribunale ordinario e al tribunale per i minorenni*, in *Min. giust.*, 1, 2021, 115 ss.

⁶³ C. CASTELLANI, *Ancora sulla giurisdizione mite: qualche riflessione su specificità del giudice dei minori e della famiglia*, in *Min. giust.*, 3, 2012, 364 ss. In maniera approfondita sul diritto mite, v., *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992; F. OCCHIOGROSSO, *Manifesto per una giustizia minorile mite*, Milano 2009.

⁶⁴ R. RICCIOTTI, *Rapporto tra processo penale e processo minorile*, in *Quaderni del Consiglio superiore della Magistratura*, 1989, 27, 766.

⁶⁵ Sull'accertamento della minore età nel processo minorile, G. MANERA, *Osservazioni nell'ambito di operatività della presunzione della minore età prevista dall'art. 8 d.P.R. n.448/1988*, in *Giur. it.*, 1995, II, 583 ss.; P. PITTARO, *Art. 8*, in *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate. I. Il processo minorile*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino 1994, 74; G. MANERA, *Osservazioni sul modo di computare l'età di una persona agli effetti penali*, in *Dir. fam.*, 1999, 1076.

In secondo luogo, la declaratoria di non luogo a procedere perché il minore non è imputabile⁶⁶ (art. 26 d.P.R. n.448 del 1988) sarebbe un epilogo più problematico alla luce delle difficoltà di accertare la non imputabilità senza un apporto di sapere scientifico a ciò preposto. Ancora più difficile è giungere ad una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, quando l'ulteriore corso del procedimento «*pregiudichi le esigenze educative del minore*» (art. 27 d.P.R. n.448 del 1988): in tal caso, si chiede al giudice minorile di effettuare una verifica circa la personalità, ancora *in fieri*, del minore, sì da poter accertare se sia in grado comprendere la ragione del processo pendente rispetto ad un comportamento tenue ed occasionale. Nel caso in cui si accerti che procedere nei confronti di un minore per un fatto irrilevante pregiudichi irreversibilmente le sue esigenze educative, il giudice pronuncerà sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: il vaglio circa la non interruzione dei processi educativi in atto spetta al magistrato minorile che, almeno fino ad oggi, decide attraverso una composizione mista di saperi.

Non sarà più così con la perdita di specializzazione del giudice minorile, sicché assai difficoltoso sarà il vaglio circa il pregiudizio dei processi educativi in corso, dal momento che il sapere giuridico non sarebbe integrato da un necessario apporto scientifico.

Dalla correlazione tra garanzie processuali e tutela dei diritti inviolabili, emerge che la specializzazione possa essere letta come parametro attraverso cui misurare il giusto processo garantito dalla legge.

Se il *giusto processo* è soddisfatto, di regola, dal contraddittorio, dalla oralità ed immediatezza, dalla terzietà ed imparzialità del giudice, esso deve compendiarsi anche della necessaria specializzazione quando è pensato per il minore⁶⁷. In questi termini, la diversificazione dovrebbe (non solo) presupporre differenze in punto di incriminazione dei fatti-reato ovvero in punto di strutture processuali, ma anche, e soprattutto, una differenziazione in termini di garanzie procedurali: in buona sostanza, il giusto processo congegnato per l'adulto non può essere lo stesso di quello pensato per il minore.

La perdita della componente specialistica determinerebbe una tendenza involutiva e pregiudizievole nella tutela dei diritti del fanciullo: un moderno sistema di giustizia minorile dovrebbe, a contrario, plasmarsi mediante una leale collaborazione tra tutte le Istituzioni⁶⁸, nel segno e nel rispetto dei principi costituzionali⁶⁹. Epilogo di questa tendenza è presto detto: si finisce per dare legittimazione ad una figura di giudice minorile che, seppur chiamato a risolvere e conoscere

⁶⁶ Sulle problematiche legate alla formulazione della norma, C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 102 ss.; D. STENDARDI, *Accertamento dell'imputabilità del minore e gravità del reato*, in *Cass. pen.*, 2008, 1574; P. MARTUCCI, *Maturità psicofisica e imputabilità del minore*, in *Giur. merito*, 2000, 145; C. PANSINI, *Art. 26, Codice di procedura penale commentato, Leggi speciali e complementari*, 9016; A. TASSI, *Art. 26.*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. n.400/1988*, 283. Sul concetto di imputabilità e sulla sua crisi, v. R. ENNA, *L'imputabilità, in Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, Napoli, 2009, 99; G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 867.

⁶⁷ M.L. DE LUCA, *La terzietà del giudice minorile*, in *Min. giust.*, 74 ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p.80.

⁶⁹ M.F. PRICOCO, *Il giudice delle relazioni tra disagio, devianza e nuove fragilità. Le ragioni della specializzazione nei percorsi di giustizia minorile e familiare*, in *Min. giust.*, 1,2020, 28; sulla necessità che l'attività del giudice minorile si concreti in una concreta attività di collaborazione inter-istituzionale, si veda I. CIVIDALI, *Qual è il ruolo del giudice dei minori?* in *Min. giust.*, 2014, n.2, 219 ss.

vicende complesse e dolorose, è avulso dalla realtà, privo di contatti con la società civile e con la trama relazionale che circonda il minore, con conseguente pericolo di creare un magistrato *peritus peritorum*⁷⁰.

Risuona, così, l'eco di quell'interrogativo che ci siamo posti sin dall'inizio in merito all'istituzione di un Tribunale unico: *cui prodest?* Di certo, non al minore che, mediante la previsione di un Tribunale unico, vedrà compromessa la sua posizione centrale nel processo minorile e, altresì, fallirà irrimediabilmente ogni possibilità di essere capito e aiutato a valorizzare la propria unicità.

E, allora, occorre interrogarsi sulle possibili vie d'uscita di questo *empasse* normativo, provocato da un Legislatore poco attento ai reali bisogni del minore. Fermo restando che dovrà attendersi il 2024 per constatare, con mano, quali saranno gli effetti, indubbiamente dirompenti, di questa creatura normativa, quale il Tribunale unico per persone, minori e famiglie, si possono prospettare itinerari alternativi a quelli definiti dal Legislatore e più inclini a preservare il superiore interesse del fanciullo.

De jure condito, occorrerà, in particolare: 1) organizzare, obbligatoriamente, corsi di formazione per soggetti pubblici che si occupano di diritto minorile, sì da garantire una valutazione interdisciplinare della condizione del minore; 2) implementare l'organico giudiziario minorile con personale competente e debitamente formato; 3) destinare risorse economiche al settore minorile, attraverso la definizione di un piano annuale di investimento che dovrà riguardare la giurisdizione specializzata; 4) garantire una componente specialistica a tutto tondo e, cioè, non solo per il primo grado di giudizio, ma anche per il giudice dell'impugnazione, così come per la polizia giudiziaria e l'ufficio requirente; 5) investire in una riforma della classe forense, sì da richiedere che anche il difensore – che accompagna il minore nella vicenda processuale – possa essere adeguatamente formato e specializzato; 6) ammettere la sanzione processuale della nullità assoluta degli atti eventualmente prodotti a fronte della violazione della regola di specializzazione.

De jure condendo, auspicando che il Legislatore, nel tornare sui suoi passi, ripristini la necessaria specializzazione del giudice minorile, si potrebbe ipotizzare un duplice intervento. Da un lato, sarebbe necessario una riforma organica del Legislatore che, pur percorrendo la strada dell'unificazione della giurisdizione minorile, non elimini la necessaria specializzazione né nelle controversie civili né tantomeno in quelle penali, garantendo che la componente onoraria sia partecipe della funzione giurisdizionale. Si potrebbe prevedere, in particolare, una riforma dell'ordinamento giudiziario minorile che riconosca il giudice specializzato quale giudice naturale del minore, in ottemperanza a quel bisogno di individualizzazione e diversificazione delle strutture processuali. L'ordinamento giudiziario minorile potrebbe essere costituito da un Tribunale unico, con sezioni circondariali e distrettuali, entrambe connotate da una composizione mista, togata ed onoraria.

D'altro lato, sarebbe altresì opportuno introdurre un'adeguata sanzione processuale a fronte della violazione della regola di specializzazione: si potrebbe prevedere la nullità assoluta, qualora la competenza funzionale del giudice minorile sia violata, ciò incidendo sulla capacità naturale a decidere in materia.

⁷⁰ I. CIVIDALI, *Qual è il ruolo del giudice dei minori?*, in *Min. giust.*, 2014, n.2.

Altrimenti, si potrebbe introdurre la sanzione dell'abnormità, con conseguente ricorribilità in sede di legittimità, qualora gli atti del giudice ordinario, non specializzato, travalichino le competenze ad esso attribuite.

Tali cambiamenti di rotta – siano essi *pro futuro* o nell'immediatezza – debbono avvenire nella consapevolezza che nessun organo giudiziario dei minori possa funzionare senza un parallelo rafforzamento delle strutture dello Stato sociale, senza un'adeguata formazione professionale di coloro che vi fanno parte e senza opportuni investimenti di risorse economiche e umane.

Soltanto in questo modo, può veramente realizzarsi una giustizia minorile «a misura di minore».