

DIRITTO

E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale



3/4 2024 • ANNO XII

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, Carla Pansini, Egle Pilla,
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo

CAPO DI REDAZIONE

Rossella Nicodemo

COMITATO DI REDAZIONE

Mario Afeltra,
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais, Ilaria Piccolo,
Alessandra Scalas, Michela Siracusa

COMITATO DI REVISIONE

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

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

ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

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

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

INDICE

L'EDITORIALE

Gli 'avanzi' della giustizia

Sergio Moccia 5

L'OPINIONE

I guasti del populismo penale in relazione al contrasto della delinquenza giovanile: il c.d. decreto Caivano

Antonio Cavaliere 8

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

DIRITTO
SOSTANZIALE

Persistenti criticità e prospettive di riforma riguardo alle R.E.M.S.

Antonietta Cozzi 14

Il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni unite

Walter Pugliese 24

DIRITTO
PROCESSUALE
PENALE

Le Sezioni unite sulla ricorribilità della sentenza di non doversi procedere ex art. 420-*quater* c.p.p.

Chiara Naimoli 35

GIUSTIZIA
MINORILE

Uno scenario prevedibile: il percorso di rieducazione del minore al vaglio del giudice delle leggi

Alessandra Scalas 50

Il sistema cautelare minorile dopo il d.l. Caivano: dal *favor minoris* al *favor detentionis*

Michela Siracusa 61

La diversione nel sistema penale minorile

Vincenzo Smeraglia 71

L'EDITORIALE

Gli 'avanzi' della giustizia

SERGIO MOCCIA

L'attuale situazione carceraria, com'è stato già da tempo rilevato, risulta insopportabile per uno stato sociale di diritto fondato sui principi della Costituzione.

Eppure quest'anno ricorre il cinquantenario di quella che pareva dar vita ad una fondamentale riforma, attuata con la legge n.354 del 1975, introduttiva del nuovo Ordinamento penitenziario. Fino ad allora, era in vigore il Regolamento penitenziario fascista del 1931, in cui il detenuto era preso in considerazione soltanto come oggetto della disciplina della condotta e, dunque, come destinatario di attività svolte in prima persona da soggetti dell'amministrazione penitenziaria.

Per la nuova normativa, il detenuto acquista una specifica soggettività giuridica, quale titolare di diritti ed aspettative, da far tutelare anche giudizialmente, art.4. E l'art.1, che definisce contenuto e limiti del trattamento penitenziario, fa espresso riferimento a concetti come umanità, non discriminazione, reinserimento sociale ed individualizzazione dei percorsi di integrazione.

Ma già con l'introduzione dell'art.4-*bis*, inserito nel 1991 ed immediatamente modificato dopo le stragi in cui trovarono la morte, tra gli altri, Falcone e Borsellino, si ebbe una battuta d'arresto. In base al disposto del famigerato 4-*bis*, si limitarono fortemente i benefici penitenziari per gli autori di reati di mafia e di terrorismo che non 'collaboravano' e poi, man mano, per tutta una pletora di reati. L'elenco è cresciuto a dismisura, assecondando, così, la perenne emergenza che ha caratterizzato la politica criminale italiana degli ultimi decenni.

Per quel che riguarda il carcere, si è avuto il tradimento di tutte le promesse contenute nell'ordinamento penitenziario e nella successiva legge Gozzini del 1986, che provava a migliorare sensibilmente lo stato delle cose in materia di diritti del detenuto.

Tutto ciò implica che un discorso di più ampio respiro vada immediatamente riservato alle ragioni dei detenuti, ormai ridotti, per le condizioni concrete in cui versano, ad 'avanzi' della giustizia.

Ciò implica la revisione, in una prospettiva di rifondazione socio-istituzionale, di struttura e funzione del carcere.

Va subito ribadito che, da decenni, l'ispirazione al canone *law and order* ha fatto da supporto a prassi e legislazione connotate in senso autoritario, per una sempre rinnovata esaltazione del carcere: conseguenze immediate sono state il sovraffollamento, l'incremento dei suicidi e di atti autolesivi, l'abuso di psicofarmaci, in un carcere sempre più chiuso. In questo contesto va anche segnalato l'abuso della custodia cautelare o carcerazione preventiva, come viene più realisticamente definita in Costituzione la detenzione prima della condanna.

Per il sovraffollamento siamo stati più volte bacchettati da Strasburgo. Esso contribuisce fortemente a dar vita ad una situazione di degrado e malessere dei detenuti ed alla pratica impossibilità di realizzare progetti di rieducazione, così come di cura. Ed infatti uno stato civile deve favorire l'idea del minor numero possibile di persone penalmente perseguite che debba essere carcerizzato.

Le cose, invece, stanno in maniera profondamente diversa; e ciò dipende da un'esaltazione repressiva, tanto irrazionale sul piano degli effetti, quanto deleteria sul piano dei diritti, come viene inconfutabilmente attestato dall'assenza di un incremento dei delitti denunciati.

Come da tradizione, la repressione finisce per orientarsi verso fasce di marginalità via via emergenti: gli ‘oziosi’ e i ‘vagabondi’ attuali sono i tossicodipendenti e gli immigrati, preferibilmente di colore. Secondo il consueto, miope schema rigoristico-repressivo, con il ben noto bagaglio di intolleranza, illiberalità, sterile simbolicità, approssimazione, ad un contrasto legittimo – purché sempre rispettoso di regole di umanità – di pur allarmanti fenomeni criminali, si abbina una repressione di tipo carcerario ingiustificata e contraria ai principi costituzionali di riferimento.

Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta. Le ragioni possono essere le più diverse, ma essenzialmente ciò si verifica perché è ancora radicato l’equivoco – che un improvvido legislatore e parte dei giudici assecondano – dell’equazione carcere = giustizia, a cui si aggiunge quello insito nell’idea secondo cui più dura è la pena, maggiormente si realizza la giustizia. Nulla di più falso!

E allora che fare?

Va intrapresa urgentemente un’opera di razionalizzazione e semplificazione dell’ormai illeggibile sistema sanzionatorio, così ridotto da una stratificazione normativa incoerente, confusionaria e connotata da un’estensione della discrezionalità giudiziale ben oltre i limiti della ragionevolezza, con esiti applicativi a dir poco sorprendenti.

Per far fronte al sovraffollamento va intrapresa un’ampia, articolata e generosa sperimentazione di pene principali diverse da quella detentiva, in maniera tale da consentire condizioni civili a chi resta in carcere; ovviando anche alle gravi carenze igienico-sanitarie, ma non solo, bensì creando le condizioni per un effettivo esercizio dei diritti alla cura, al lavoro ed all’istruzione.

Altrettanto immediatamente dovremmo sbarazzarci di tutti quegli arnesi rigoristici che affastellano il nostro ordinamento, a partire dalle varie ‘ostatività’ diverse dalla semplice valutazione del percorso di rieducazione del detenuto e dall’eliminazione di ogni forma di carcere duro, pur nel rispetto di eventuali esigenze di controllo stretto per casi particolari. E ciò all’interno di una riforma globale del sistema delle sanzioni, finalmente a binario unico, che si liberi di quel retaggio di inciviltà rappresentato dall’ergastolo, che è sicuramente in contrasto almeno con il principio della rieducazione, ma non solo con esso.

Contestualmente, si dovrebbe por mano ad una vera depenalizzazione, ben più incisiva delle precedenti. Successivamente, ma non troppo, si dovrà rimettere mano all’intero sistema penale, per renderlo vicino alle ragioni dell’uomo.

La preconditione di queste riforme, a mio avviso, consiste in un’opera radicale di ‘rieducazione’, ma della società e delle istituzioni; se questa non avviene, saremo punto e a capo, e non solo in rapporto ai problemi del carcere, ma anche a quelli del vivere civile: allo stato attuale delle cose, e a dispetto di infondati proclami governativi di benessere diffuso, risulta, infatti, drammaticamente evidente la violazione in essere del rispetto di fondamentali esigenze di uguaglianza, solidarietà e della stessa dignità umana.

L'OPINIONE

I guasti del populismo penale in relazione al contrasto della delinquenza giovanile: il c.d. decreto Caivano

ANTONIO CAVALIERE

ABSTRACT

The so-called Caivano decree shows all usuals characters of penal populism. It brings violations of basic human rights and it doesn't effectively protect people's security.

La delinquenza giovanile – riferibile, cioè, ad autori minorenni e giovani adulti – è oggetto di periodiche campagne di ‘legge ed ordine’, che presentano, anche in relazione a tale settore, alcune caratteristiche ricorrenti.

Anzitutto, si indirizzano l’attenzione e l’indignazione dell’opinione pubblica, in modo privilegiato, verso taluni fatti allarmanti, in modo da realizzarne complessivamente una sovrarappresentazione, quantitativa e qualitativa. Quindi, in risposta all’allarme sociale così amplificato, si prospetta, per scopi di rassicurazione sociale e conseguente raccolta di consensi, una reazione repressiva più decisa e dura contro gli autori di tali fatti: basta indulgenzialismi, tolleranza zero! Si invocano pene severe, in chiave di giusto castigo per l’autore malvagio, e/o perché si confida nell’utilità dell’intervento penale in chiave di deterrenza individuale e generale, e/o di neutralizzazione dell’autore pericoloso.

Per altro verso, ormai è diffusa la consapevolezza dell’esistenza di fattori economici e sociali, educativi e culturali, che concausano le condotte criminali, in particolare giovanili – molto meno diffusa, invece, è la consapevolezza dei processi selettivi di etichettamento di talune condotte e di taluni autori come criminali –; e dunque è noto che occorre anzitutto intervenire, in chiave di prevenzione, su quei fattori. Ma tali acquisizioni rimangono sullo sfondo, confinate in generiche dichiarazioni di principio, mentre continuano ad essere gravemente carenti gli investimenti delle istituzioni pubbliche in termini di stato sociale: ossia di contrasto, se non di rimozione dei citati fattori di svantaggio economico, sociale, educativo, che costituiscono l’*humus* nel quale possono prodursi fenomeni criminali giovanili.

Per di più, la necessità di ‘prevenzione’ della criminalità viene, distorsivamente, intesa soprattutto nel senso dell’esigenza di anticipare la soglia dello stesso intervento punitivo, come avviene con le proposte di abbassamento dell’età a partire dalla quale il minorenne è imputabile e dunque punibile, nonché con il crescente ricorso a misure *ante delictum* o *praeter probationem delicti*: fondate, cioè, non sulla prova della realizzazione di fatti di reato, ma su semplici indizi di quella realizzazione o di una mera pericolosità soggettiva. In tal modo, ha luogo un’ulteriore espansione dell’intervento penale e parapenale, anche e proprio a discapito di quegli interventi orientati alla prevenzione primaria, extrapenale, e volti al sostegno all’integrazione sociale dei giovani in condizioni di svantaggio economico, sociale e culturale.

I guasti di un tale modello populistico di intervento panpenalistico sono molteplici.

L’idea del ‘giusto castigo’, ossia di una pena retributiva, presuppone una libertà del volere, un’assenza di condizionamenti della decisione di delinquere che se, già in generale, sono

diffusamente riconosciuti come empiricamente indimostrabili, lo sono tanto più in rapporto ad un adolescente o ad un giovane adulto; ed una pena concepita e strutturata quale mera afflizione retributiva risulta sterile, aggravando l'esclusione sociale del reo ed il rischio di recidiva anziché favorirne il recupero. Ma questa è la finalità cui le pene devono tendere sempre, ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost., ed ancor più quando si interviene penalmente sulla "gioventù", a cui l'art. 31 Cost. impone di garantire una speciale tutela.

Non meno contraria a Costituzione è l'idea di una funzionalizzazione della pena, specialmente in rapporto a giovani autori di reato, a finalità di deterrenza e di neutralizzazione della pericolosità.

Sotto il primo profilo, una pena esemplare, che ecceda per scopi di deterrenza il disvalore del fatto commesso, risulta in contrasto con la proporzione imposta dall'art. 3 Cost., e compromette perciò quell'accettazione della pena da parte del condannato che costituisce presupposto indispensabile per il consenso al trattamento rieducativo e, dunque, per il successo di tale trattamento; una pena-*shock* rischia di risultare controproducente e criminogena, in particolare quando comporta il ricorso al carcere in relazione a fatti per i quali la detenzione non risulta né proporzionata, né necessaria. L'"assaggio" di pena carceraria – contrariamente a ciò che ritengono anche alcuni operatori 'pratici' culturalmente poco attrezzati –, risulta, com'è noto da oltre un secolo agli studiosi di criminologia e politica criminale, non avere alcun effetto positivo sul detenuto, bensì soltanto effetti traumatici e difficilmente reversibili di desocializzazione. Se, poi, la deterrenza viene intesa come rivolta alla generalità dei consociati, allora a ciò si aggiunge la violazione della dignità umana e della personalità della responsabilità penale, insita nella strumentalizzazione del reo allo scopo di intimidire altri.

Pure l'idea di "neutralizzazione" della pericolosità dell'autore risulta contraria non soltanto, com'è evidente, al finalismo rieducativo, ma anche alla stessa tutela della collettività, perché una pena orientata ad annichilire il reo, anziché a recuperarlo, comporta gravissimi rischi di recidiva. A meno che non si intenda, in contrasto con la Costituzione, rinchiudere il giovane delinquente e buttare via la chiave!

L'idea di contrastare la criminalità giovanile inasprando la repressione, orientandola agli scopi appena sottoposti a critica, ed ampliando l'area dell'intervento penale e parapenale – trascurando pressoché totalmente la prevenzione extrapenale, economica, sociale e culturale –, comporta l'esaltazione del ricorso al carcere quale *prima ratio* e, dunque, in rapporto alla delinquenza giovanile, un sovraffollamento ed un peggioramento delle condizioni di detenzione anche in tale settore: un settore nel quale, al contrario, il principio secondo cui il carcere dovrebbe costituire l'*extrema ratio* è consolidato nelle Carte internazionali.

Emblematico dei guasti del populismo penale in materia di delinquenza giovanile è il c.d. decreto Caivano del 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modif. dalla l. 13 novembre 2023, n. 159, recante «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale».

Il provvedimento, infatti, prevede nel capo I interventi in chiave di prevenzione primaria destinati al solo comune di Caivano, meritando così – almeno *in parte qua* – la denominazione mediatica; come se il problema della prevenzione della delinquenza giovanile non si ponesse ad

Afragola, a Ponticelli o in altri comuni della ‘corona di spine’ di Napoli, o in diverse realtà territoriali italiane.

Invece, gli interventi penali, sul diritto sostanziale, processuale e penitenziario, e quelli parapenali, riguardano l’intero territorio nazionale e sono orientati unilateralmente ed in modo esasperato all’inasprimento repressivo.

Rinviamo ad altre sedi per approfondimenti – si veda, volendo, il nostro “*Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Penale. Diritto e procedura*, n. 4/2023 –, vanno segnalati in particolare alcuni interventi i cui esiti risultano contrari sia ai principi penalistici posti a tutela dei diritti individuali dei giovani imputati o condannati, sia a finalità di efficienza del sistema penale.

Le nuove norme incriminatrici e gli inasprimenti sanzionatori in materia di armi e reato di “stesa” sono orientati a finalità meramente simboliche, nella misura in cui, da un lato, ripropongono, ampliandone la portata e/o inasprendone il trattamento sanzionatorio, norme già vigenti, e, dall’altro, tendono ad illudere i consociati che un mero giro di vite repressivo possa risultare efficace: laddove è ormai arcinota e consolidata tra gli esperti della materia l’acquisizione, risalente a Beccaria, circa l’inefficacia di meri aumenti di pena edittale. Se effettivamente si vuole rendere efficace il controllo penale del porto abusivo di armi, occorre investire risorse personali, organizzative e materiali nei controlli; altrimenti, si tratta della solita illusione repressiva a buon mercato.

Per altro verso, gli inasprimenti repressivi per reati-ostacolo, quali quelli di cui si discute, danno luogo ad un’evidente sproporzione sanzionatoria, in violazione dell’art. 3 Cost., laddove, ad esempio, la pena per l’ipotesi aggravata di cui al nuovo art. 4-*bis* l.n.110/1975, relativa alla commissione del fatto in qualunque luogo ove vi sia “concorso o adunanza di persone” è quella della reclusione da un anno e otto mesi a quattro anni e sei mesi, ovvero una pena molto più elevata di quella prevista per la lesione personale, che va da sei mesi a tre anni, art. 582 c.p. Ciò comporta che venga punito molto più severamente chi porta abusivamente un’arma senza farne uso, rispetto a colui che usi un’arma regolarmente detenuta aggredendo taluno in modo da cagionargli una lesione personale!

Ma la disposizione penale più nefasta del c.d. decreto Caivano è quella contenuta all’art. 4 co.3, con cui si aumenta da quattro a cinque anni la pena massima per il fatto di lieve entità di cui all’art. 73 co.5 del t.u. in materia di stupefacenti. Qualsiasi condotta di coltivazione domestica o di cessione, anche gratuita, di qualunque sostanza stupefacente – leggera o pesante che sia -, che risulti di lieve entità, viene ora punita con la reclusione fino a cinque anni. In precedenza, già la previsione di un massimo edittale di quattro anni in rapporto ad un fatto legislativamente definito come lieve risultava una contraddizione in termini e determinava un eccessivo ricorso al carcere, che contribuiva in misura notevole al sovraffollamento carcerario. Peraltro, circa dieci anni orsono il legislatore aveva abbassato il limite massimo di pena per il fatto di lieve entità proprio da cinque a quattro anni, in particolare per evitare che a fatti di ‘lieve entità’ potesse applicarsi la custodia cautelare in carcere, che, in base all’art. 280 co. 2 c.p.p., può disporsi solo in rapporto a reati il cui limite massimo di pena astratta sia almeno di cinque anni.

Il decreto Caivano, aumentando nuovamente il massimo di pena da quattro a cinque anni, determina il ripristino della possibilità del ricorso alla custodia cautelare, dando luogo così ad effetti pesantemente carcerogeni, in particolare in rapporto a giovani imputati che, ai sensi dell’art. 27 co. 2 Cost., andrebbero invece considerati presunti innocenti fino alla condanna definitiva.

L'esaltazione dell'"assaggio di carcere", della pena-*shock*, dà luogo, qui come in rapporto ad altre misure contenute nel d.l., ad effetti palesemente sproporzionati, per il ricorso alla pena detentiva in rapporto a fatti per definizione lievi; e ciò comporta pure un'anticipata stigmatizzazione e desocializzazione del giovane imputato mandato in galera, nonché un rilevante aumento del sovraffollamento carcerario, di cui diremo tra breve.

Ad esiti del tutto convergenti conducono talune modifiche relative al procedimento penale a carico di imputati minorenni all'epoca del fatto. Il decreto Caivano, coltivando una sorta di *horror libertatis* in rapporto agli indagati ed imputati minorenni, amplia le ipotesi di custodia cautelare in comunità e soprattutto estende considerevolmente il ricorso alla custodia cautelare nelle carceri minorili, ossia gli istituti penali per minorenni.

Infatti, l'art. 6 co.1 lett. c) d.l. n.123/2023 modifica l'art. 23 d.P.R. n. 448/1988, ammettendo tale custodia in relazione al procedimento per delitti non colposi punibili con l'ergastolo o la reclusione non inferiore a sei anni – abbassando cioè il limite per la reclusione di ben tre anni –, ed inserendo tra gli ulteriori delitti per cui è ammessa la custodia cautelare persino la violenza e la resistenza a pubblico ufficiale, anche solo tentate, e tutti i delitti di cui all'art. 73 t.u. stupefacenti, compresi i fatti di lieve entità! Inoltre, viene reintrodotta tra le esigenze cautelari che possono giustificare la misura quella della fuga o del pericolo di fuga, originariamente prevista dall'art. 23 d.P.R. n. 448/1988, ma poi fatta oggetto della sent. Corte cost. n.359/2000, che aveva dichiarata illegittima la disposizione per eccesso di delega, in quanto tale ipotesi non era prevista dalla legge delega per la riforma del processo penale a carico di imputati minorenni. La Corte, nel *considerato in diritto*, n. 2, aveva significativamente osservato che «la diversa disciplina prevista dal legislatore delegante, rispettivamente per gli indagati maggiorenni e per quelli minori di età, discende presumibilmente dal disfavore del legislatore per l'utilizzo del carcere nei confronti dei minori, anche in coerenza con i principi affermati a livello internazionale riguardo al diritto penale minorile». Ebbene, con il c.d. decreto Caivano quel disfavore è palesemente venuto meno! Pure la disciplina dei termini massimi di durata della custodia cautelare per minorenni, di cui all'art. 23 co. 3 d.P.R. n. 448/1988, viene resa più severa.

Quale più evidente e più deleteria esaltazione repressiva può immaginarsi in chiave di contrasto della delinquenza giovanile?

Sempre sul piano processuale, ha dato condivisibilmente luogo a questioni di legittimità costituzionale l'introduzione, con l'art. 6 co. 1 lett. *c-bis* d.l. n.123/2023, di un nuovo art. 28 co. 5-*bis* d.P.R. n. 448/1988, che prevede ipotesi ostative all'ammissione dell'indagato/imputato minorenne alla sospensione del procedimento con messa alla prova. Anche stavolta, si tratta dell'esaltazione del carcere come prima ed unica *ratio* di tutela in rapporto alla delinquenza minorile, in contrasto con le funzioni costituzionali della pena e con la tutela della gioventù, che, alla stregua della Costituzione e delle Carte internazionali, costituiscono i principi normativi vincolanti in materia, in funzione, va ribadito, non solo della tutela della libertà individuale, ma pure dell'efficienza del sistema penale.

In particolare, suscita riserve l'esclusione dalla sospensione del procedimento con messa alla prova di qualunque ipotesi di violenza sessuale – comprensiva, com'è noto, di qualsiasi atto sessuale, persino un bacio – qualora nell'imputazione si ravvisi la commissione, ad esempio, in danno di qualunque persona "minore di anni diciotto", come prevede l'art. 609-*ter* n. 5 c.p., o anche in danno di persona maggiorenne, ma legata prima o al momento del fatto da relazione affettiva con il

minorenne imputato, art. 609-ter n. 5-quater c.p.. La tecnica casistica, unitamente al carattere populistico e alla frettolosità della formulazione del d.l., dà luogo, qui, ad esiti irragionevolmente discriminatori, contrastanti con l'art. 3 Cost. e compatibili solo con un diritto penale del tipo di autore.

L'esaltazione sterile dell'armamentario penalistico si manifesta, nel decreto Caivano, anche sotto forma di espansione delle misure di prevenzione, formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive e, dunque, quantomeno 'parapenali'. Si pensi all'ampliamento del c.d. da.c.ur. ed alla previsione dell'ammonimento del Questore anche in rapporto a minorenni che abbiano compiuto i dodici anni. Tali provvedimenti danno luogo ad un'anticipata stigmatizzazione del minorenne, con il suo ingresso in un circuito 'di polizia' e punitivo; laddove si dovrebbe, al contrario, puntare sull'intervento precoce dei servizi sociali e scolastici, mirando a fronteggiare le prime manifestazioni di desocializzazione di quello che, a dispetto dell' 'esperienza' di devianza eventualmente acquisita, è pur sempre un bambino di dodici, tredici o quattordici anni...

Ma l'ignoranza o lo sprezzo del legislatore per acquisizioni elementari di psicologia evolutiva e di politica criminale costituzionalmente orientata risulta evidente anche in rapporto al reato di omesso avviamento di minorenni all'istruzione: anche qui, si inasprisce la sanzione penale per il genitore – con la conseguenza di prospettare la separazione del bambino dal padre e/o dalla madre, mandati in carcere –, anziché affrontare le cause economiche, sociali e culturali del fenomeno della dispersione scolastica.

Alle considerazioni fin qui svolte si potrebbe obiettare che l'inasprimento della repressione comporta, sì, dei costi sociali da pagare, ma in vista di un efficace contrasto della criminalità giovanile.

Ebbene, ad una tale obiezione risulta agevole replicare che, a più di un anno e mezzo dall'entrata in vigore del decreto Caivano – ossia nella prima metà del 2025, data di pubblicazione del presente scritto – vi sia stata una rilevante diminuzione della criminalità minorile, in particolare in Campania ed in materia di armi, stupefacenti, omicidi.

Al contrario, risulta dimostrata l'esplosione del problema del sovraffollamento carcerario, per la prima volta, anche negli istituti penali per minorenni. Infatti, secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, al 31.12.2024 erano presenti negli istituti penali per minorenni 587 giovani, di cui 359 minorenni. Dei 359 minorenni, 161, ovvero oltre il 44,8 % erano in attesa di primo giudizio, una percentuale quasi doppia rispetto a quella dei detenuti in attesa di giudizio nelle carceri per adulti. Del totale dei 587 detenuti, inoltre, la metà, ovvero 293, sono stranieri, altro dato all'incirca doppio rispetto a quello relativo alla popolazione penitenziaria straniera detenuta nelle carceri per adulti.

Ebbene, confrontando queste cifre con quelle registrate al 30 giugno 2023 – nel mese di settembre 2023 è stato emanato il c.d. decreto Caivano – risulta che, a quella data, i detenuti negli i.p.m. erano 409: vi è stato, dunque, in un anno e mezzo, un aumento di oltre il 44 % della popolazione detenuta!

Non è superfluo ricordare che il sovraffollamento carcerario comporta un peggioramento delle condizioni di vita nelle carceri ed un'estrema difficoltà di porre in essere il necessario trattamento rieducativo, compromettendo, dunque, l'attuazione dell'art. 27 co. 3 Cost., secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione.

Ciò conferma che il decreto Caivano, allo stesso tempo, peggiora l'efficacia del sistema penale e viola i principi penalistici posti a tutela dell'individuo dagli abusi dell'intervento punitivo.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Persistenti criticità e prospettive di riforma riguardo alle R.E.M.S.

ANTONIETTA COZZI

ABSTRACT

With the following work, the judgement n.22/2022 of the Constitutional Court is noted. Starting from the statement under consideration, an attempt is therefore made to conduct a critical reflection on the current criticalities of the R.E.M.S., signalling possible, as well as desirable, prospects for reform.

SOMMARIO: 1. Ricostruzione del caso giudiziario. – 2. L'attuale quadro normativo a seguito della l. n. 81/2014. – 3. La gestione delle R.E.M.S. – 4. Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n.22/2022. – 5. Conclusione.

1. Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Tivoli ha sottoposto con sentenza alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale degli artt. 206 e 222 del c.p. e dell'art. 3-ter del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri), convertito, con modificazioni, nella l. 17 febbraio 2012, n. 9, come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. a), del d.l. 31 marzo 2014, n. 52 (Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari), convertito, con modificazioni, nella l. 30 maggio 2014, n. 81.

A giudizio del rimettente, le citate disposizioni violerebbero gli artt. 27 e 110 della Costituzione «nella parte in cui, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) alle Regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della Giustizia in relazione all'esecuzione della detta misura di sicurezza detentiva provvisoria»¹. Per di più, esse violerebbero gli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost., «nella parte in cui consentono l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge in materia»².

Nel caso di specie, il giudice *a quo* evidenzia alla Consulta che, nel giugno del 2019, aveva disposto l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in R.E.M.S. nei confronti di P.G., il quale era indagato per il delitto di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale ed era stato ritenuto, dal consulente tecnico nominato dal pubblico ministero, infermo psichico e socialmente pericoloso. Lo stesso giudice rimettente aveva disposto che, sino a che non fosse stato possibile il ricovero in R.E.M.S., nei confronti di P.G. venisse provvisoriamente applicata la libertà vigilata presso una struttura residenziale psichiatrica per trattamenti terapeutico-riabilitativi, da

¹ Cfr. ordinanza dell'11 maggio 2020, iscritta al n. 110 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2020, in *giurcost.org*.

² Cfr. *ibidem*.

individuarsi a cura del centro di salute mentale (CSM) territorialmente competente. Sicché, il pubblico ministero aveva chiesto al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP) del Ministero della Giustizia di indicare la REMS presso la quale potesse essere eseguito il ricovero. Il DAP aveva comunicato un elenco di strutture, puntualizzando però che, essendo la loro gestione affidata al Servizio sanitario regionale (SSR), la responsabilità della presa in carico di P. G. competeva alla Regione Lazio e al relativo SSR; dunque, lo stesso DAP, sulla base della legislazione vigente, rilevava di non avere alcuna concreta possibilità di agire a fronte del rifiuto delle R.E.M.S. di ricevere l'internando.

Inoltre, il giudice rimettente revocava la misura della libertà vigilata temporaneamente disposta nei confronti di P.G., perché questi non aveva osservato le prescrizioni impostegli. Dunque, dinanzi a tale situazione di stallo, il g.i.p. del Tribunale ordinario di Tivoli sollevava questioni di legittimità delle disposizioni sopra citate.

Con la sentenza n. 22/2022, la Corte costituzionale, pur riconoscendo «l'effettiva sussistenza dei *vulnera* lamentati dal rimettente», non dichiara l'illegittimità delle disposizioni in esame; tuttavia, in continuità con una singolare prassi invalsa nella giurisprudenza della Consulta, invita il legislatore ad intervenire affinché predisponga rimedi al problematico stato dell'arte e accompagna tale monito all'indicazione di specifici obiettivi che il legislatore sarebbe tenuto a perseguire con il proprio intervento.

2. Prima di affrontare le considerazioni svolte dalla Consulta nella sentenza che si annota, appare opportuno inquadrare l'attuale contesto normativo che regola le misure di sicurezza personali detentive per autori di reato sofferenti psichici.

Come è noto, l'approvazione della l. n.81/2014, risultato di una travagliata riforma, ha disposto il definitivo superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari (OPG) senza, tuttavia, addivenire ad una disciplina normativa che possa dirsi compiutamente garantista.

Un primo problema, oltre alla mancata linearità della riforma, è dato dall'assenza di un intervento codicistico; infatti, basti osservare che gli artt. 222 e 219 c.p, che disciplinano il ricovero nel manicomio giudiziario, poi OPG, e l'assegnazione ad una casa di cura e custodia, restano immutati all'interno del codice penale³. Evidentemente, non è stata rispettata la centralità del codice, la quale avrebbe certamente garantito una razionalità sistematica.

La tortuosa riforma che ha portato all'approvazione della l. n. 81/2014 è intervenuta su importanti e diversi aspetti, ma in maniera del tutto disorganica.

In primis, come ha evidenziato anche la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 22/2022, la disciplina vigente in materia di R.E.M.S. manifesta notevoli punti di frizione con il principio di legalità, segnatamente sotto il versante della riserva di legge. Infatti, si tratta di una normativa che, in attuazione dell'art. 3-ter, co. 2 e 3, d.l. n. 211/2011, è prevista in atti diversi dalla legge: nel decreto ministeriale del 1° ottobre 2012., adottato dal Ministero della salute, di concerto con il Ministero della Giustizia e d'intesa con la Conferenza unificata; nell'accordo adottato in

³ Cfr. F. SCHIAFFO, *OPG e misure di sicurezza: le ipotesi per una riforma di sistema alternativa ad un superamento radicale*, in *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di S. MOCCIA – A. CAVALIERE, Napoli 2023, 265 – 266.

Conferenza unificata il 26 febbraio 2015 e, a cascata, in tutti gli atti conseguenti, adottati al livello delle singole Regioni e Province autonome. Tale quadro normativo, in cui un ampio potere viene rimesso alle Regioni, necessariamente rappresenta una realtà frammentaria e difforme sul territorio nazionale; ragion per cui si registra una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Ad ogni modo, con la riforma che ha disposto il definitivo superamento degli OPG, sempre all'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, sono stati fissati i criteri che le strutture per l'esecuzione delle misure di sicurezza devono osservare. Specificamente, si è stabilito che le R.E.M.S devono avere un'esclusiva gestione sanitaria, con un'attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna ed eventuale, e si è disposto, opportunamente, che l'internamento deve avvenire in conformità col principio di territorialità: quindi, le persone devono essere destinate, almeno di norma, alle strutture ubicate nella propria Regione di appartenenza. Tali criteri, complessivamente valutati, rappresentano certamente una rottura con l'esecuzione marcatamente custodialistica e repressiva degli OPG; tuttavia, anche sotto tale profilo deve osservarsi che, a parte l'indicazione dei criteri, niente di più emerge dalla lettera della legge. Di conseguenza, lo stato attuale delle cose conferma che se la gestione delle R.E.M.S funziona – non senza difficoltà – è soltanto grazie a prassi gestionali degli operatori di settore e alle singole discipline regionali, senza che ciò sia frutto di scelte legislative⁴.

Inoltre, la riforma incide sulla disciplina della durata delle misure, stabilendo che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima» (art. 1, co. 1-*quater*, d.l. n. 52/2014, conv. con modif. dalla l. n. 81/2014). La previsione di un limite di durata risulta condivisibile, perché pone fine ai c.d. ergastoli bianchi. Infatti, prima della riforma, chi veniva internato in O.P.G. rischiava seriamente di non uscirne mai più; il giudizio sulla pericolosità sociale, cioè su un presupposto empiricamente non verificabile, e l'indeterminatezza della durata prevista dal codice Rocco consentivano la restrizione della libertà personale a vita.

Tuttavia, non bisogna enfatizzare gli effetti della riforma perché, se, da un lato, essa impedisce lodevolmente gli ergastoli bianchi, dall'altro, presenta più profili problematici sui quali il legislatore dovrebbe intervenire. *In primis*, non è stato stabilito un limite di durata dell'internamento per i delitti punibili con l'ergastolo. Inoltre, va evidenziato che è previsto un limite di durata massima per le misure detentive provvisorie o definitive, senza però far alcun riferimento alla gravità del fatto. Dunque, accade che per reati bagatellari il non imputabile, delinquente primario, può rimanere internato fino al limite massimo della pena prevista per il reato commesso; pertanto, manca la proporzionalità tra il concreto fatto commesso e la sanzione e, per giunta, si registra anche una disparità di trattamento rispetto all'imputabile, perché quest'ultimo, nel caso in cui ricorrano le condizioni, potrebbe giovare della sospensione condizionale della pena⁵.

⁴ Cfr. ID., op. ult. cit., 272 ss.

⁵ S. MOCCIA, *Da Kant al 'binario unico'*, in *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, cit., 15-16.

Altro punto critico della riforma è rappresentato dal riferimento ad un limite di durata massima previsto solo per le misure detentive, provvisorie e definitive. Innanzitutto, non si comprende la parificazione tra misure provvisorie e definitive, dato che le prime si fondano su «gravi indizi» e non sulla piena prova, su cui si basano le misure definitive; indi, le misure provvisorie avrebbero dovuto essere equiparate, in considerazione della loro funzione, alle misure cautelari che hanno termini di durata ben più limitati⁶.

Inoltre, ma non secondariamente, va evidenziato che il limite di durata massima si riferisce alle sole misure detentive e non anche alle misure non detentive; ciò rappresenta un altro grave *vulnus* della riforma, soprattutto se si considera lo smodato ricorso alla misura non detentiva della libertà vigilata, che si sostanzia nell'imposizione di prescrizioni notevolmente limitative della libertà personale e rimesse ad una eccessiva discrezionalità del giudicante. Allo stato, dunque, la misura della libertà vigilata può essere potenzialmente applicata all'infinito; se si considera che tale misura si applica sul presupposto della pericolosità sociale, che rappresenta una premessa del tutto incerta, il rischio che la persona rimanga intrappolata a vita in un regime di libertà vigilata è più che reale⁷.

3. A seguito del definitivo superamento degli O.P.G., sono state istituite le R.E.M.S., strutture destinate all'esecuzione della misura di sicurezza personale detentiva applicata nei confronti di autori di reato con disturbo psichico; si tratta di residenze che hanno una gestione esclusivamente sanitaria e con una vigilanza solo esterna ed eventuale. Sono in numero limitato su tutto il territorio nazionale (32 R.E.M.S.) e al loro interno hanno una capienza limitata (20 posti letto).

Per di più, tali strutture, nell'intento della riforma, non costituiscono un luogo di destinazione finale dell'autore di reato infermo e seminfermo di mente, anzi, non rappresentano neppure un luogo di transito necessario. Infatti, l'art. 3-ter, co. 4, d.l. n. 211/2011, conv. con modif., nella l. n. 9/2012, ulteriormente modificata con la l. n. 81/2014, ha espressamente recepito il principio di *extrema ratio* in rapporto all'applicazione della misura di sicurezza detentiva. In specie, il giudice è tenuto a valutare la sussistenza di misure diverse da quella detentiva, idonee ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla pericolosità sociale della persona; soltanto quando non riesce ad individuare misure diverse può disporre il ricovero in R.e.m.s. Tuttavia, tra il piano del 'dover essere' e quello dell'essere si manifesta un abisso; tant'è che per l'ingresso nelle R.e.m.s. esistono affollatissime 'liste di attesa', sintomo evidente del fatto che l'internamento non viene disposto secondo il principio di *extrema ratio*. Pertanto, a fronte delle lunghissime liste di attesa, il giudice dispone in maniera del tutto utilitaristica la misura della libertà vigilata, la quale, per i profili

⁶ Cfr. F.M. DE MARTINO, *Contributo al dibattito sulle misure di sicurezza detentive. I problemi legati all'applicazione provvisoria*, in *Politica criminale e cultura giurispensistica, Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, Napoli 2017, 573 ss; cfr. F. SCHIAFFO, *La tutela della salute mentale per «eliminare ogni forma di discriminazione e segregazione» e il «definitivo superamento» degli o.p.g. tra devastazioni annunciate e necessità di ulteriori adeguamenti*, in *Legisl. pen.*, 25/07/2022, 19 – 20.

⁷ Cfr. F. SCHIAFFO, *La tutela della salute mentale per «eliminare ogni forma di discriminazione e segregazione» e il «definitivo superamento» degli o.p.g. tra devastazioni annunciate e necessità di ulteriori adeguamenti*, in *Leg. pen.*, cit., 18 – 19.

problematici sopra esposti, risulta tutt'altro che uno strumento di garanzia per la persona nei cui confronti viene applicata⁸.

La gestione delle R.e.m.s., come si è detto, è esclusivamente sanitaria ed è articolata secondo il c.d. *turn-over*, una modalità organizzativa con la quale si tenta di garantire una permanenza transitoria della persona all'interno della struttura; a monte, dovrebbero essere elaborati progetti terapeutico-riabilitativo individuali (PTRI), al fine di evitare l'internamento, laddove possibile, attraverso il ricorso a cure esclusivamente esterne, oppure di garantire alla persona effettive cure da parte del SSN, subito dopo un transitorio periodo di permanenza presso le R.E.M.S.; pertanto, dopo un breve, ma non necessario, tempo di internamento nella R.e.m.s., la persona dovrebbe essere presa in carico dal Servizio sanitario nazionale.

Tuttavia, l'appena descritto sistema di gestione incontra dei seri limiti nella fattualità e appare già essere sotto pressione; *in primis*, occorre evidenziare che le modalità organizzative di cui si discute sono frutto di procedimenti politico-amministrativi regionali o di prassi settoriali che non garantiscono, per forza di cose, una tenuta generale; inoltre, le costanti riduzioni di investimenti sulla sanità pubblica hanno comportato notevoli difficoltà in capo al SSN, il quale fatica a dare pronte risposte a richieste sempre più incessanti di soluzioni alternative o post-internamento⁹.

Chiaramente, limiti alla gestione del *turn-over* e al principio di *extrema ratio* sono dettati anche e soprattutto dalla disciplina vigente in materia di misure di sicurezza. Infatti, la previsione di un limite massimo di durata, in parte svincolato dalla gravità del fatto concreto, ammette l'internamento anche per fatti di scarsa offensività e sinanche raggiungendo il massimo edittale.

In aggiunta, va considerato che lo stesso giudizio sulla pericolosità sociale, presupposto privo di indimostrabilità empirica, consente al giudice di prostrarre l'internamento sino al limite massimo, anche per reati bagatellari. Pertanto, tali problematiche, complessivamente considerate, delineano una situazione che, anche a seguito della riforma culminata nella l. n. 81/2014, non può dirsi pienamente rispettosa dei diritti fondamentali degli autori di reato sofferenti psichici.

4. Con la sentenza n. 22/2022, la Corte costituzionale si ritrova dinanzi alle ormai annose problematiche che riguardano le R.E.M.S.

Il giudice rimettente lamenta l'incostituzionalità degli artt. 206, 222 c.p. e dell'art. 3 -ter, del d.l. n. 211/2011 adducendo la violazione degli artt. 27 e 110 Cost., laddove la disciplina estromette il Ministero della Giustizia da qualsiasi competenza in materia di collocazione nelle REMS, e degli artt. 2, 3, 25, 32 e 110 Cost. per violazione della riserva di legge.

Preliminarmente, la Corte ritiene che le questioni di legittimità sollevate in ordine agli artt. 206 e 222 c.p. siano *in radice* inammissibili per *aberratio ictus*, poiché tali norme non dispongono nulla né in merito alle competenze del Ministero della Giustizia, né in merito alla più analitica

⁸ Cfr. A. CAVALIERE, *Appunti per un dialogo in tema di imputabilità e misure di sicurezza*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa 2020, 111 ss.

⁹ Cfr. F. SCHIAFFO, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli opg: un raccapricciante acting out nella c.d. "riforma Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1 ss.; cfr. ID., *La esemplare vicenda della attuazione della legge n.180/1978, ovvero la ostinata persistenza della cultura manicomiale tra modelli storiografici e «logica del capitale»*, in *Crit. dir.*, 2021, 54 ss.

disciplina delle R.E.M.S. Pertanto, la Consulta ha ritenuto che le questioni sollevate dal rimettente concernessero soltanto l'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011 e successive modificazioni.

Dunque, opportunamente, viene ricostruita la normativa vigente in materia di R.E.M.S. che si fonda sul citato art. 3-ter d.l. n. 211/2011, ma che si sviluppa in atti diversi dalla legge. Infatti, il co. 2, dell'art. 3-ter demanda la definizione dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle R.E.M.S. a un decreto di natura non regolamentare del Ministero della Salute; poi, il successivo co. 3 si limita ad enunciare i criteri cui le R.E.M.S. devono rispondere. Quindi, la Corte rileva che, in attuazione dei menzionati commi, «il Ministero della salute, di concerto con il Ministero della giustizia e acquisita l'intesa della Conferenza unificata, ha emanato il decreto del 1° ottobre 2012, che ha dettato i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi delle strutture destinate a sostituire gli OPG»¹⁰. Conseguentemente, si segnala che l'allegato A del decreto del 1° ottobre 2012 ha disciplinato le caratteristiche strutturali delle REMS, la tipologia di attrezzature necessarie, il numero e la qualifica degli operatori sanitari che debbono essere presenti in ogni struttura; inoltre, si evidenzia che lo stesso allegato A rinvia ad ulteriori Accordi di materia da determinare sulla base dei poteri delle Regioni e delle Province Autonome. A ciò, si aggiunge che, sempre in attuazione dell'allegato A, «il 26 febbraio 2015 la Conferenza unificata ha stabilito, con apposito accordo tra il Governo, le Regioni, le Province Autonome e le autonomie locali, la disciplina delle strutture denominate Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza»¹¹.

A seguito di una ricostruzione della contorta disciplina in questione, la stessa Consulta afferma, a chiare lettere, che la normativa vigente in materia di R.E.M.S. è in palese contrasto con la riserva di legge, di cui all'art. 25 Cost. Infatti, «il risultato è che, se oggi la fonte primaria – e in particolare le norme del codice penale, in combinato disposto con l'art. 3-ter, co. 4, d.l. n. 211 del 2011, come convertito – indica in quali “casi” può trovare applicazione la nuova misura di sicurezza (in pratica: tutti quelli in cui, in passato, poteva essere applicato il ricovero in OPG o l'assegnazione a casa di cura o di custodia, risultando inidonea ogni possibile alternativa non custodiale), i “modi” di esecuzione della misura, e dunque della privazione di libertà che ne è connaturata, restano invece pressoché esclusivamente affidati a fonti subordinate e accordi tra il Governo e le autonomie territoriali»¹². Ration per cui, la Corte costituzionale evidenzia la necessità che una fonte primaria disciplini organicamente la materia; e, inoltre, invita il legislatore ad assumersi «la delicata responsabilità di stabilire – in ogni caso in chiave di *extrema ratio* ed entro i limiti della proporzionalità rispetto alle necessità terapeutiche e del rispetto della dignità della persona – se e in che misura sia legittimo l'uso della contenzione all'interno delle REMS, ed eventualmente quali ne siano le ammissibili modalità di esecuzione»¹³. Tuttavia, sebbene la stessa Corte confermi il difetto di costituzionalità della disciplina rispetto alla riserva di legge, essa non dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, per non determinare un vuoto di tutela, che conseguirebbe alla caducazione della norma in questione¹⁴.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 2 febbraio 2022, n. 22, in *cortecostituzionale.it*, 18.

¹¹ Cfr. *ibidem*, 18 ss.

¹² Cfr. *ibidem*, 24.

¹³ Cfr. *ibidem*, 25.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, 27.

In merito, invece, alla doglianza del rimettente circa la gestione esclusivamente sanitaria, con un'estromissione del Ministero della Giustizia da ogni competenza relativa alla collocazione nelle REMS, in violazione dell'art. 110 Cost., la Consulta tiene, preliminarmente, conto – anche a seguito di un'istruttoria interlocutoria con le varie istituzioni coinvolte – dell'esistenza di un grave malfunzionamento strutturale del sistema predisposto per l'assegnazione in REMS, del conseguente fenomeno delle c.d. liste di attesa, delle tempistiche per l'ingresso nelle citate strutture; alla luce di ciò, pone l'attenzione sulla tardività dell'esecuzione dei provvedimenti disposti per l'internamento in REMS. In specie, su quest'ultimo punto, la Corte dichiara che il ritardo nell'esecuzione realizza un *deficit* di tutela dei diritti fondamentali: sia perché non verrebbe contenuta la pericolosità sociale del reo, consentendo che questi possa commettere altri reati, sia perché, nei confronti dello stesso autore sofferente psichico, non vengono repentinamente garantite le cure adeguate. In tal modo, dunque, la Corte evidenzia una valenza ancipite dell'internamento in R.E.M.S.: da un lato, infatti, sottolinea che la misura in oggetto ha natura sanitaria, dall'altro riconosce alla stessa anche una natura detentiva. Pertanto, la Corte afferma che l'assegnazione ad una R.E.M.S. «costituisce così, a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza, ispirata ad una logica di fondo assai diversa rispetto al ricovero in OPG o all'assegnazione a casa di cura o di custodia, ma applicabile in presenza degli stessi presupposti, salvo il nuovo requisito della inidoneità di ogni misura meno afflittiva introdotto dall'art. 3-ter, comma 4, del d.l. n. 211 del 2011, come convertito. Al punto che l'art. 1, comma 1-quater, del d.l. n. 52 del 2014, convertito nella legge n. 81 del 2014, include espressamente il “ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza” tra le “misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive”»¹⁵.

In relazione alla questione delle lunghe liste di attesa, la Corte, *in primis*, sottolinea che non spetta ad essa stabilire se la problematicità delle dette liste sia ascrivibile principalmente all'insufficienza dei posti disponibili, all'assenza di soluzioni alternative sul territorio che garantiscano le esigenze di salute della persona o al mancato esercizio di poteri sostitutivi da parte dello Stato nei confronti delle Regioni ove si manifestano le maggiori difficoltà o se, ancora, il problema sia dovuto ad un eccesso di provvedimenti di assegnazione alle REMS da parte dell'autorità giudiziaria. Tuttavia, al contempo, la stessa Consulta ritiene che la problematica in oggetto non possa essere risolta mediante una pronuncia che restituisca al Ministero della Giustizia una competenza nel processo di individuazione di una R.e.m.s.; specificando, quindi, che, seppure si consentisse al Ministero della Giustizia di indicare una R.e.m.s., valutando la disponibilità di posti su tutto il territorio nazionale, derogando così al principio di territorialità, di fatto, lo stato dell'arte manifesta che il numero dei posti disponibili è inferiore al numero delle persone che si trovano in lista d'attesa.

In ultimo, a corredo delle considerazioni in diritto, la Consulta segnala al legislatore «l'urgente necessità di una complessiva riforma di sistema, che assicuri, insieme:

- un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza, secondo i principi poc'anzi enunciati;
- la realizzazione e il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, nel quadro di un complessivo e altrettanto urgente

¹⁵ Cfr. *ibidem*, 20.

potenziamento delle strutture sul territorio in grado di garantire interventi alternativi adeguati rispetto alle necessità di cura e a quelle, altrettanto imprescindibili, di tutela della collettività (e dunque dei diritti fondamentali delle potenziali vittime dei fatti di reato che potrebbero essere commessi dai destinatari delle misure);

- forme di adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS esistenti e degli altri strumenti di tutela della salute mentale attivabili nel quadro della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata, nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario, anche in vista dell'eventuale potenziamento quantitativo delle strutture esistenti o degli strumenti alternativi»¹⁶.

5. Le questioni affrontate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 22/2022 costituiscono l'occasione per riflettere sulla condizione in cui versa l'autore di reato sofferente psichico e destinatario di una misura di sicurezza.

Nonostante la Corte abbia rilevato una manifesta violazione della riserva di legge in ordine alla disciplina vigente in materia di R.E.M.S., essa, da un lato, non ha ritenuto di dichiarare l'incostituzionalità delle norme sottoposte al suo giudizio e, dall'altro, ha avanzato un monito al legislatore affinché intervenga per porre rimedi. Tale prassi appare poco confortante, se si considera che, di fatto, rimane in vigore una disciplina che nella sostanza è stata già qualificata come incostituzionale, perché lesiva, appunto, del principio di legalità. Al netto di ciò, le considerazioni compiute dalla Corte in ordine alla sussistenza della violazione della riserva di legge appaiono più che condivisibili, in quanto è indiscutibile che l'attuale normativa in materia di R.e.m.s. si fondi soltanto in parte sull'art. 3-ter, d.l. n. 211/2011, per poi svilupparsi in atti diversi dalla legge: accordi ministeriali e scelte demandate alle singole Regioni e, quindi, disomogenee su tutto il territorio nazionale. Ciò, chiaramente, rappresenta un intollerabile *vulnus* al principio di legalità, soprattutto se si considera che le misure in questione hanno natura penale e che mai dovrebbe essere ammessa un'eccezione ai principi che, secondo la Carta costituzionale, devono presidiare sempre il diritto penale.

Inoltre, la pronuncia della Consulta offre motivi di riflessione sulla tematica dell'organizzazione delle R.e.m.s.: sia sul versante della gestione, che, attualmente, è esclusivamente sanitaria e con una vigilanza solo perimetrale ed eventuale; sia sull'organizzazione del numero delle strutture e dei posti ivi disponibili; nonché sulla questione concernente le c.d. liste di attesa.

La Corte costituzionale nella sentenza in oggetto ha definito, a più riprese, l'assegnazione in R.e.m.s. come una «nuova» misura rispetto agli O.p.g., connotata da una diversa logica di fondo, sottolineando, al contempo, che, la «nuova» misura non è più ad impronta custodiale, ma ha natura sanitaria, oltre che detentiva. Quindi, da un lato, essa deve assolvere ad una funzione terapeutica e, dall'altro, a quella di «contenimento della pericolosità sociale» del reo.

Ebbene, pare opportuno evidenziare che tale misura non è affatto «nuova»; al più è cambiata la modalità di esecuzione di una misura di sicurezza che c'era e che rimane. Non a caso, è la stessa

¹⁶ Cfr. *ibidem*, 28.

Corte a rilevare che l'assegnazione in R.e.m.s. è applicabile in presenza degli stessi presupposti previsti per il ricovero in O.p.g. (o dell'antecedente manicomio giudiziario)¹⁷.

Certamente, poi, con la previsione di una gestione esclusivamente sanitaria è cambiata la modalità di esecuzione della misura, perché, rispetto agli O.p.g., non vige una logica marcatamente custodialistica. Tuttavia, un ritorno al passato, ad una riemersione di strutture neomanicomiali, è seriamente temibile qualora si metta in discussione l'esclusiva gestione sanitaria, attribuendo competenze al Ministero della Giustizia, o laddove si voglia sostenere la scelta di ampliare il numero di R.e.m.s. e di posti letto all'interno delle strutture, al fine di fronteggiare il fenomeno delle lunghe liste di attesa. La conseguenza sarebbe nient'altro che la degenerazione dell'attuale sistema, il quale sarebbe destinato al sovraffollamento: creare più strutture, più posti-letto, significherebbe creare nuovi luoghi in cui custodire, anziché curare. Anche perché, a fronte di numerose persone internate, un trattamento terapeutico individualizzato sarebbe soltanto una promessa illusoria. Inoltre, il già bistrattato principio di *extrema ratio* verrebbe definitivamente sacrificato perché, laddove fossero presenti più strutture, il giudice non avrebbe nessuna remora a disporre l'internamento in R.e.m.s.; infatti, tale nefasto risultato sarebbe certo, perché bisogna constatare che, allo stato, non si è avuta una reale adesione al nuovo approccio culturale sotteso alla riforma che ha portato al definitivo superamento degli O.p.g., tant'è che l'applicazione della misura di sicurezza personale ai rei sofferenti psichici viene disposta con notevole disinvoltura.

Alla luce di quanto appena detto, non possono ritenersi condivisibili i moniti avanzati dalla Corte costituzionale, soprattutto laddove invita il legislatore a potenziare il numero di Rems.

È lampante che la disciplina di cui si discute presenta molteplici e gravi profili problematici sui quali il legislatore dovrebbe intervenire, ma la soluzione non può (né deve) essere quella di far riemergere nuove strutture manicomiali, con l'ossessione di ricercare luoghi in cui rinchiudere e marginalizzare. Va sostenuto, invece, un effettivo cambio di rotta che metta al centro i bisogni primari della persona: con un'attenzione al diritto alla cura, all'istruzione, al lavoro, all'abitare, insomma, ad un serio reinserimento sociale. Tutto ciò potrebbe (dovrebbe) essere realizzato solo mediante serie politiche sociali, miranti a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, di fatto, limitano la libertà e l'uguaglianza dei cittadini ed impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Questo punto è di portata nevralgica anche in relazione alla questione che riguarda le persone inferme di mente autori di reato; infatti, bisogna rilevare che si tratta, per lo più, di persone povere ed escluse, lasciate in balia delle istituzioni deputate a controllarle, senza, tuttavia, incontrare mai durante il loro percorso istituzioni che affrontino il loro disagio nella piena complessità che esso porta con sé¹⁸.

Va, dunque, ribadito che, per affrontare le questioni sorte anche in relazione alle Rems, un serio investimento sulla sanità pubblica, sui servizi sanitari territoriali, garantirebbe dei percorsi

¹⁷ Cfr. F. SCHIAFFO, «Le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici». Considerazioni a margine di un diffuso equivoco in tema di esecuzione delle misure di sicurezza, in *Arch. pen.*, 2023, n. 2, 3 ss.

¹⁸ Cfr. F. BASAGLIA, *Morire di classe*, a cura di F. e F. BASAGLIA, Muggia (TS), 2008, 14 ss; l'Autore affermava che «il malato mentale, ricoverato e distrutto nei nostri manicomi, non si rivela soltanto l'oggetto della violenza di un'istituzione deputata a difendere i sani dalla follia; né soltanto l'oggetto della violenza di una società che rifiuta la malattia mentale; ma è insieme, il povero, il diseredato che, proprio in quanto privo di forza contrattuale da opporre a queste violenze, cade definitivamente in balia dell'istituto deputato a controllarlo».

alternativi o post-internamento; si cesserebbe di utilizzare i luoghi limitativi della libertà personale come surrogati dei carenti servizi sociosanitari.

Al contempo, va sostenuto un intervento urgente sulla disciplina della durata, la quale nella normativa vigente viene determinata senza considerare la concreta gravità del fatto; derivandone, di conseguenza, sanzioni del tutto sproporzionate. Tale intervento eviterebbe, quindi, che l'internamento possa essere disposto per fatti di scarsa offensività o, comunque, eviterebbe di raggiungere il massimo edittale previsto per la pena che corrisponde al reato commesso; quindi, si attuerebbe effettivamente il principio di *extrema ratio*¹⁹ e un'effettiva transitorietà dell'internamento in R.e.m.s.

Chiaramente, singoli interventi, privi di una visione sistematica, potrebbero costituire una tenuta nel breve periodo, ma non a lungo termine; il problema di fondo rimarrebbe, perché esso è costituito dal presupposto incerto della misura di sicurezza, vale a dire la pericolosità sociale, la quale non è empiricamente provabile.

È necessario che – in tempi più maturi – venga attuata una riforma sistematica²⁰ che implichi, *in primis*, il superamento di sanzioni fondate su presupposti incerti (colpevolezza, da un lato, e pericolosità sociale, dall'altro) e l'approdo ad una sanzione fondata, invece, sul presupposto della responsabilità personale, da riconoscersi a tutti, imputabili e non. Inoltre, va evidenziato che una riforma di ampia portata dovrà riguardare l'intero sistema sanzionatorio penale, con la predisposizione di adeguate ed indispensabili misure extra-murarie, oltreché, se non primariamente, di una depenalizzazione che coinvolga molteplici settori²¹.

All'infermo di mente dovrebbe essere garantita, inoltre, la partecipazione al processo proprio perché – come ha dimostrato la scuola di Basaglia – è un essere umano, che non si può mai escludere sia in grado di interloquire e comprendere. Dovrebbe essergli garantito un accertamento del fatto e un giudizio di responsabilità, con l'applicazione della pena nel caso in cui sia responsabile, ma prediligendo – ove possibile – forme di responsabilizzazione extra-murarie, in conformità con il principio di *extrema ratio*. Poi, qualora – a causa della gravità del reato e sempre che la limitazione della libertà sia compatibile con le esigenze di cura – la sanzione vada eseguita in stato di detenzione, nella fase di predisposizione del trattamento rieducativo, si deve tenere sempre conto delle singole esigenze, anche se quest'ultimo punto non dovrebbe essere nuovo: il trattamento individualizzato dovrebbe costituire la regola e non l'eccezione²².

¹⁹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/15, 12.

²⁰ Cfr. A. CAVALIERE, *Misure di sicurezza e doppio binario. Considerazioni introduttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2022, 350-351.

²¹ Cfr. A. CAVALIERE, *op. loc. ult. cit.*

²² Cfr. S. MOCCIA, *Ancora e sempre contro il doppio binario*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, n. 1-2022, 451 ss.; cfr. ID., *Da Kant al 'binario unico'*, in *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, cit., 15-16; cfr. A. CAVALIERE, *Appunti per un dialogo in tema di imputabilità e misure di sicurezza*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, cit., 111 ss.

Il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche al vaglio delle Sezioni unite

WALTER PUGLIESE

ABSTRACT

The Joint Session, in the verdict no. 11969/2025, reexamines the crime of "Undue receipt of funds to the detriment of the State" (article 316-ter of the Italian Criminal Code), establishing that the concept of "receipt of funds" also includes the decrease in public income. The paper analyses the legal reasoning of the decision and identifies some critical issues, ultimately considering the role of the so-called "jurisprudential creationism" in a civil law system.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ordinanza di rimessione della Sesta Sezione. – 3. La decisione delle Sezioni Unite. – 4. Osservazioni critiche. – 5. Divieto di analogia e creazionismo giurisprudenziale. – 6. Conclusioni.

1. Com’è noto, la riserva di legge, prevista all’art. 25, co. 2, Cost., è il primo corollario del principio di legalità, fondamento teorico irrinunciabile del diritto penale moderno, almeno in tutti i Paesi di tradizione codicistica. Tale principio vuole che solo il Parlamento, organo rappresentativo per eccellenza, possa determinare l’area dell’illecito penale: secondo autorevole dottrina, persino gli atti aventi forza di legge, pur sottoposti ad un controllo (*ex ante* o *ex post*) delle Camere, sarebbero inidonei a soddisfare la *ratio* di garanzia sottesa alla riserva assoluta voluta dal Costituente¹.

Eppure, di fronte ad una segnalata (ed apparentemente inarrestabile) crisi della legalità², sempre più si fa spazio l’idea di un giudice che si erge a co-“protagonista” nella genesi del diritto penale, sulla scia di un modello di *common law*. La suggestione, chiaramente irricevibile, sembra però entrare pacificamente nelle aule di tribunale.

A tal proposito, viene in rilievo la sentenza in commento. L’art. 316-ter c.p., rubricato “Indebita percezione di erogazioni pubbliche”, è stato recentemente interpretato nel senso di includere tra le “erogazioni” anche il pagamento di un contributo artificialmente diminuito rispetto a quanto effettivamente dovuto. Sebbene sia pacifico che il dato testuale «ben può includere – e spesso include – una pluralità di significati attribuibili al testo della disposizione»³, sembrerebbe altrettanto chiaro che ottenere un’erogazione sia diverso dal conseguire un risparmio di spesa. Occorrerà concentrarsi,

¹ Cfr. *ex multis*: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, XIX, Torino 1973, 39 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Torino 2024, 54 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, XIII ed., Milano 2024, 49 ss.; da ultimo, v. pure A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del “diritto penale vivente” interno ed europeo*, in *L’indice penale*, 2017, n. 3, 661 ss. *Contra*, per tutti, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, Torino 2002, 49 ss.

² Segnalata, tra gli altri, da MOCCIA, *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in A. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli 2016, 341 ss. e, diffusamente, T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli 2014 (il quale enuclea ragioni originarie accanto ad altre sopravvenute – quali deprecabili prassi legislative, motivi sociali e l’apertura della legalità penale alla pluralità di fonti sovranazionali).

³ Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2018, sent. n. 40986, *Considerato in diritto*, § 6.1, in: www.dejure.it.

dunque, sui motivi che hanno portato la Sesta Sezione a rimettere la questione alle Sezioni Unite e quindi alle motivazioni fornite da quest'ultima.

2. Il caso ora accennato è rappresentativo della flessibilità dei principi del diritto penale, in particolare del divieto di analogia.

Nella vicenda giunta all'attenzione dei giudici di legittimità, un'impresa aveva collocato duecentodieci lavoratori in mobilità e, dopo aver creato un consorzio, li aveva riassunti per le medesime mansioni, beneficiando delle agevolazioni contributive legate all'assunzione di lavoratori in mobilità. Nel far ciò, l'impresa aveva omesso di comunicare la condizione ostativa al beneficio (di cui all'allora vigente art. 8, co. 4-*bis*, l. n. 223/1991), in virtù della quale l'agevolazione era da escludersi nei confronti dell'impresa che presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti, ovvero è in rapporti di collegamento o controllo con l'azienda che aveva messo in mobilità i lavoratori nei sei mesi precedenti.

In primo grado, tale comportamento veniva qualificato come truffa aggravata ai sensi dell'art. 640-*bis* c.p.

La Corte d'appello aveva riqualificato il reato in quello previsto dall'art. 316-*ter* c.p., a causa della mancanza dell'elemento dell'induzione attraverso la messa in atto di artifici o raggiri, che dovrebbe invece connotare la fraudolenza nella condotta di truffa⁴ (il rapporto tra le due fattispecie, enigmatico sin dal principio⁵, pone ancora talune perplessità⁶, nonostante l'intervento chiarificatore della Consulta⁷). Entrambi i reati, comunque, rientrano nel catalogo previsto dall'art. 24, d.lgs. n. 231/2001, in relazione ai quali si applica all'ente la sanzione pecuniaria fino a 500 quote.

La Cassazione non ha però ritenuto corretta neppure la qualificazione operata dal giudice di secondo grado: sebbene si trattasse di una tesi sostenuta dalle Sezioni Unite⁸, essa comportava, a parere della Sesta Sezione, una violazione del divieto di analogia.

Invero, le espressioni utilizzate dalla norma (“contributi, sovvenzioni, finanziamenti, mutui agevolati, o altre erogazioni dello stesso tipo”; “somma indebitamente percepita”) mal si attagliano al mero risparmio di spesa, contraddistinto da un diminuito versamento e non già da un'effettiva riscossione: «L'incriminazione di tali situazioni ai sensi della fattispecie di cui all'art. 316-*ter* cod.

⁴ Così, Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 2024, sent. n. 27639; Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2024, sent. n. 17664; Cass. pen., sez. II, 18 aprile 2023, sent. n. 24487; Cass. pen., sez. II, 8 settembre 2021, sent. n. 37751.

⁵ La norma costituisce infatti un esempio emblematico del *modus operandi* disorganico del legislatore, che reagisce alle contingenze del momento senza curarsi del già saturo sistema normativo. Varie erano state le soluzioni adottate per ritagliare margini di operatività alla norma: in dottrina, si segnala ad esempio N. MADIA, *Considerazioni in ordine ai rapporti tra l'art. 316-ter c.p. e l'art. 640-bis c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili*, in *Cass. pen.* 2003, 2680 ss. il quale, partendo dall'assunto dell'evidente rapporto di specialità che connotava l'indebita percezione di erogazioni pubbliche (almeno sul lato delle condotte attive, essendo tipizzate ipotesi pur sempre riconducibili nell'alveo di “artifici” e “raggiri”), valorizzava l'unico elemento realmente differenziale: il rilievo dell'omissione. Così, il legislatore, sanzionando espressamente il silenzio con pena autonoma e attenuata nei soli confronti di soggetti pubblici, avrebbe voluto (secondo questa lettura) porre un freno alle forzature nell'interpretazione giurisprudenziale degli artt. 640 e 640-*bis* c.p. È noto, invero, che l'orientamento dominante in giurisprudenza qualifica come truffa anche condotte meramente omissive: da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. II, 16 novembre 2023, n. 46209, in: *www.dejure.it*, che sussume nella nozione di “raggiro” il c.d. “silenzio eloquente”, distinguendolo dal “silenzio inerzia”.

⁶ Per una più approfondita disamina, si rimanda a I. GIACONA, *Il delitto d'indebita percezione di pubbliche erogazioni (art. 316-ter c.p.): effetti perversi di una fattispecie mal formulata*, in *Cass. pen.* 2012, 3402 ss.

⁷ C. Cost., ord. n. 95/2004, in: *www.cortecostituzionale.it*, secondo cui il reato di cui all'art. 316-*ter* c.p. si pone in rapporto di sussidiarietà (e non già di specialità) nei confronti della truffa aggravata.

⁸ Cass. pen., sez. un., 16 dicembre 2010, sent. n. 7537, in: *www.dejure.it*.

pen. comporterebbe una, non consentita, espansione dell'ambito applicativo del reato che non risulta in sintonia con il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale»⁹.

Pertanto, ritenendo di non doversi conformare ai principi espressi dalle Sezioni Unite nel 2010, con ordinanza n. 27639/2024, la Sesta Sezione ha rimesso la questione alle stesse, le quali, con sent. n. 11969/2025, hanno confermato il precedente orientamento, che permetteva di configurare il delitto di cui all'art. 316-ter c.p. anche in caso di risparmio di spesa¹⁰.

3. Il supremo collegio, nel rispondere alla questione posta dalla sezione semplice, comincia col richiamare due suoi precedenti (in particolare, Cass. pen., sez. un., sentt. nn. 16568/2007 e 7537/2011), nel cui solco, come si vedrà, si pone anche la sentenza qui esaminata. Preliminarmente, dunque, si osserva che «i principi delineati dalle Sezioni unite hanno ricevuto una stabile ed uniforme applicazione nella successiva elaborazione giurisprudenziale di questa Corte [...]. La linea interpretativa tracciata dalle Sezioni Unite è stata, infatti, costantemente ribadita [...]»¹¹. Cionondimeno, due sono i rilievi che emergono in relazione a tali affermazioni.

Anzitutto, pur in continuità con precedenti sentenze, la condanna non può dirsi prevedibile neppure stando al modello di legalità “sostanziale” (o, *rectius*, “affievolito”¹²) della Corte EDU¹³. Invero, l'ultima delle pronunce delle Sezioni unite, risalente al 2011, era successiva alle condotte incriminate (realizzate tra il 2002 e il 2008): di conseguenza, prima del 2011, non era prevedibile per il cittadino l'estensione del termine “erogazione” fino a ricomprendervi anche casi di “mancata contribuzione”.

Inoltre, appare preoccupante che considerazioni di tal fatta non siano aggiunte *ad abundantiam*: se suffragare *a fortiori* la validità di un certo orientamento citando i precedenti sui quali insiste è una pratica certamente virtuosa¹⁴, anteporre tale questione alla stessa motivazione è invece indice, come si mostrerà meglio in prosieguo, di quanto nella prassi sia diffusa la sovrapposizione tra “diritto vivente” e “diritto vigente”¹⁵.

Venendo ai motivi della decisione, occorre procedere per punti.

In primo luogo, ricostruendo l'*occasio legis*, viene richiamata la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee¹⁶, la quale, all'art. 2, impone di punire le frodi lesive dei

⁹ Cass. pen., sez. VI, ord. n. 27369/2024, punto 5.1, in: www.cortedicassazione.it.

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2024, sent. n. 11969: www.cortedicassazione.it.

¹¹ Cass. pen., sez. un., sent. n. 11969/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 5. In effetti, la sentenza delle Sezioni Unite si colloca nel medesimo orientamento che già includeva nella fattispecie di cui all'art. 316-ter c.p. l'indebita percezione di prestazioni sanitarie mediante esenzione dal ticket: «Nel concetto di conseguimento indebito di una “erogazione” da parte di enti pubblici rientrano tutte le attività di “contribuzione” ascrivibili a tali enti, non soltanto attraverso l'elargizione precipua di una somma di denaro ma pure attraverso la concessione di un'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta, anche perché in questo secondo caso il richiedente ottiene un vantaggio e beneficio economico che viene posto a carico della comunità»: Cass. pen., sez. un., sent. n. 7537/2011, cit., *Considerato in diritto*, § 7.

¹² Sul punto, cfr. A. CAVALIERE, *Radici e prospettive*, op. cit., 680 ss.

¹³ Si veda, ad es., Grava c. Italia (2003); Jordan Jordanov c. Bulgaria (2009), entrambe in: www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁴ Come sottolinea F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità*, op. cit., 252, tale pratica concorre alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

¹⁵ Questa sovrapposizione comporta un intollerabile ridimensionamento del ruolo della legge. A tal proposito, autorevole dottrina scrive: «L'attività ermeneutica del giudice in diritto penale, lungi dall'orientarsi al diritto vivente – il che spesso significa, purtroppo, alla tralattizia recezione di massime giurisprudenziali, elaborate in relazione a costellazione fattuali a volte diverse – deve essere illuminata dai principi, ma anche da quel patrimonio ricchissimo di conoscenze costituito dalla dommatica e, in particolare, dalla sistematica, tradotta, in parte, in quei complessi consolidati di regole che sono le parti generali dei codici» (S. MOCCIA, *La crisi*, op. cit., 347).

¹⁶ Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 11969/2025, cit., *Considerato in diritto*, § 6.1.

predetti interessi con sanzioni penali “effettive, proporzionate e dissuasive” (a sostegno di tale linea interpretativa, vengono anche richiamati precedenti della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato¹⁷, e l’evoluzione dei lavori parlamentari¹⁸).

In secondo luogo, guardando al bene giuridico tutelato, la Corte afferma che si tratterebbe della «esigenza di garantire sia la libera formazione della volontà della pubblica amministrazione [...] nella gestione delle procedure di concessione o erogazione delle risorse economiche pubbliche, sia, al contempo, la loro corretta allocazione, in modo da prevenirne la illegittima attribuzione e l’indebito conseguimento»¹⁹.

In terzo luogo, secondo un argomento letterale, approfondendo la diade concettuale “concessi o erogati” dal punto di vista etimologico, i giudici di legittimità stabiliscono che l’erogazione non passa necessariamente attraverso «una dazione iniziale ovvero una immediata percezione del beneficio da parte del privato»²⁰.

Infine, secondo un argomento sistematico, l’estensione del campo di applicazione della fattispecie sarebbe suffragato dal carattere “deliberatamente generico” della definizione legislativa. La clausola aperta finale («altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate»), insieme alla previsione tra le ipotesi tipizzate del “mutuo agevolato” (operazione negoziale che presenta condizioni più favorevoli di quelle ordinariamente applicate su di un mercato finanziario), consente di includere tra le condotte punibili ogni percezione di ausilio economico connotata da vantaggiosità (intesa appunto come qualsiasi agevolazione rispetto alle condizioni ordinarie praticate sul mercato)²¹.

Per tutte le ragioni suesposte, il collegio giudicante enuncia il seguente principio di diritto:

«Integra il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche previsto dall’art. 316-ter cod. pen. l’indebito conseguimento del diritto alle agevolazioni previdenziali e alla riduzione dei contributi dovuti ai lavoratori collocati in mobilità per effetto della omessa comunicazione dell’esistenza della condizione ostativa prevista dall’art. 8, comma 2-bis, legge 23 luglio 1991, n. 223 [...], senza che assumano rilievo, a tal fine, le modalità dell’ottenimento del vantaggio economico derivante dall’inadempimento dell’obbligazione contributiva»²².

4. È possibile contestare ciascuno degli argomenti utilizzati dalle Sezioni unite.

In relazione alle ragioni di politica criminale sottese alla disposizione, è opportuno sottolineare che il giudice non è vincolato dalla *mens legis* soggettiva. Piuttosto, ciò che viene in rilievo è la *ratio legis* oggettiva, la quale si evince dalla norma (essendo il giudice sottoposto alla sola legge, a norma dell’art. 101 Cost.). Di conseguenza, invocare le discussioni parlamentari potrebbe non essere un’argomentazione dirimente, nel momento in cui le stesse non si siano concretizzate in modo oggettivo nella formulazione della fattispecie.

¹⁷ *Ivi*, § 9.

¹⁸ *Ivi*, § 10.1.

¹⁹ *Ivi*, 6.2.

²⁰ *Ivi*, § 6.3.

²¹ *Ivi*, § 6.2.

²² *Ivi*, § 13.

Allo stesso modo, circa il riferimento all'interpretazione conforme al diritto europeo, oltre al problema dell'effettiva legittimazione dell'Unione in materia penale²³, l'obbligo di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" rimane un appiglio troppo fumoso, certo inidoneo allo scopo di giustificare un ampliamento delle maglie di intervento penale.

In relazione al bene giuridico tutelato, pur essendo correttamente ricostruito, lo stesso non giustifica un'estensione della tutela al di là dei limiti del dato testuale: invero, in accordo coi principi di frammentarietà e sussidiarietà, la tutela penale non copre ogni lesione del bene, ma esclusivamente le lesioni connotate da un particolare disvalore²⁴.

Con riferimento all'argomento letterale, le Sezioni unite, nel far ricorso all'etimologia dei vocaboli, compiono veri e propri salti pindarici pur di raggiungere l'obiettivo preposto: d'altronde, secondo il comune significato attribuito ai termini "concessione" ed "erogazione", c'è bisogno di un'effettiva dazione, per quanto gli etimi originari siano più generici.

L'ultimo argomento è forse quello che appare più solido: è evidente che, in un modello di incriminazione "deliberatamente generico", si possa sostenere che la condotta di chi versa all'erario meno del dovuto è affine logicamente ai casi di mutuo agevolato (ricevendo in entrambe le ipotesi un vantaggio ingiusto rispetto ad altri operatori del mercato), e meriterebbe il medesimo trattamento sanzionatorio. Senonché, è proprio in tale argomentazione che si appuntano le maggiori criticità.

Anzitutto, se vi è una disposizione a tal punto vaga, ci si dovrebbe interrogare circa la costituzionalità della stessa, e non interpretarla come un assegno in bianco per l'organo giudicante²⁵.

Inoltre, nel riempire di contenuto questa "clausola generale", il supremo consesso incorre nella violazione del divieto di analogia: calibrare la fattispecie al "beneficio economico posto a carico della comunità" sicuramente estende il presidio di tutela nei confronti del patrimonio pubblico (evitando la dispersione di denaro dello Stato o dell'Unione europea), ma risponde al criterio dell'*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*, piuttosto che al più garantistico principio "*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*". Il che diviene manifesto nello sviluppo della motivazione, allorché la Corte parla espressamente dell'*eadem ratio* delle incriminazioni, confrontandone i risultati attuativi secondo un metodo prettamente analogico²⁶.

Sul tema, come riportato anche nella sentenza in commento, la Consulta ha affermato che non difetta di costituzionalità la norma incriminatrice qualora «la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice [...] di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e,

²³ Su cui già M. GALLO, *op. cit.*, 84 ss. Per un'ampia disamina dei problemi di compatibilità tra diritto eurounitario e principi penalistici, cfr. A. CAVALIERE, *Legalità e offensività negli orientamenti politico-criminali della normativa europea*, in AA.VV., *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma 2020, 71 ss.; ID., *Radici e prospettive*, *op. cit.*, 686 ss.

²⁴ Cfr., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 28 ss. e G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, 12 ss.

²⁵ «Il giudice, se ravvisa l'indeterminatezza della legge [...] deve sollevare questione di legittimità costituzionale e non, invece, "rendere determinata", chiara, precisa, in via giudiziale una disposizione legislativa che non lo è»: A. CAVALIERE, *Radici e prospettive*, *op. cit.*, 667.

²⁶ Cass. pen., sez. un., sent. n. 11969/2025, cit., § 7: «Il meccanismo dell'erogazione diretta di una somma di danaro [...] sortisce gli stessi effetti della sua non acquisizione da parte della pubblica amministrazione, sia pure a cronologia invertita [...]. Nel primo caso lo Stato eroga denaro indebitamente, determinandosi una situazione di svantaggio a beneficio del reo, sicché il depauperamento del primo precede cronologicamente l'arricchimento del secondo; nell'altra ipotesi, invece, il richiedente risparmia il pagamento di quanto dovuto, evitando la conseguenza di un depauperamento immediato, che è pari al suo vantaggio e allo svantaggio procurato alla pubblica amministrazione, sia pure non in termini di un'erogazione ma di un mancato arricchimento».

correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»²⁷. Tale conclusione però, nel caso di specie, non sembra così cristallina, potendosi ben dubitare dell'omogeneità tra condotta tipizzata e realizzata.

Occorre dunque riflettere sulla portata del divieto di analogia.

5. Il divieto di analogia solitamente si riconduce, come corollario, al più ampio principio della determinatezza-tassatività della fattispecie penale²⁸, rispondendo alle medesime esigenze di garanzia.

Il divieto si desume innanzitutto dalla legge: l'art. 1 c.p. impone che il fatto di reato debba "espressamente" essere previsto dalla legge penale; l'art. 14 disp. prel. c.c., poi, dispone che le leggi penali "non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". Infine, pur mancando un esplicito fondamento costituzionale, esso sarebbe insito nella riserva di legge (di cui costituisce un corollario), atteso che la stessa si ritroverebbe vuotata di significato se il giudice potesse estendere la legge penale al di là del suo tenore letterale²⁹.

È dubbio se il divieto in parola concerna anche le disposizioni favorevoli, come ad es. una causa di esclusione della punibilità. Da un lato, il dispositivo delle Preleggi non limita l'operatività del divieto: ferma la *ratio* di certezza del diritto, anche un'estensione analogica delle norme favorevoli potrebbe minare tale certezza. D'altra parte, in un'ottica di *favor rei*, l'analogia *in bonam partem* dovrebbe essere ammessa³⁰.

A dispetto delle importanti garanzie a presidio delle quali è posto, sempre più il divieto di analogia viene sostanzialmente eluso dalla giurisprudenza, che ne maschera la violazione dietro il paravento dell'interpretazione estensiva, come in effetti fa anche la sentenza in commento³¹. Questo (controverso³²) tipo di interpretazione consente di estendere la norma penale sino al massimo consentito dal suo significato letterale: spesso, però, stabilire dove finisca l'estensione letterale e

²⁷ C. cost., sent. n. 327/2008, in: www.cortecostituzionale.it.

²⁸ Sulla cui crisi, però, si rimanda a S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, passim e spec. 17 ss.

²⁹ Secondo la Consulta: «La garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura» (C. Cost., sent. n. 98/2021, *Considerato in diritto*, § 2.4, in: www.cortecostituzionale.it). Sul punto, cfr. anche G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 124. M. GALLO, *op. cit.*, 99 ss. riconduce anche l'art. 13, co. 2, Cost. al divieto di analogia.

³⁰ Solitamente, si distingue tra cause di esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza (estendibili *in bonam partem*) e altre cause di estinzione del reato o della pena (non estendibili): cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 127 s. Altri Autori ritengono, invece, che le scusanti non siano estendibili per analogia, in considerazione del carattere volontario dell'eventuale lacuna di non punibilità: così G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, 97. Di recente, le Sezioni Unite hanno riconosciuto il carattere relativo del divieto di analogia, che non preclude anche l'estensione delle scusanti, e per tal via hanno consentito l'estensione della causa di esclusione della colpevolezza di cui all'art. 384 c.p. anche al convivente *more uxorio* (Cass. pen., sez. un., 26 novembre 2020, sent. n. 10381). Sul punto, si veda, fra gli altri, il commento positivo espresso da F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in: www.sistemapenale.it.

³¹ Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 11969/2025, cit., § 12.

³² Tanto che lo si voleva espressamente escludere nel progetto di riforma costituzionale proposto dalla Bicamerale D'Alema (XIII legislatura), che all'art. 129, co. 3, prevedeva: «Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo», in: www.leg13.camera.it. Sul punto, cfr. anche S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, *op. cit.*, 28 ss.

cominci un'integrazione analogica è impresa ardua³³, specie in presenza di formule di chiusura ampie impiegate dal legislatore (come "in casi analoghi" o "e simili"³⁴).

A fronte di continue fughe in avanti da parte della giurisprudenza, persino la Corte costituzionale ne ha riconosciuto il ruolo "creativo", sia pure in riferimento alle sole fattispecie indeterminate. Spinta anche da una tecnica legislativa mai smagliante³⁵, la Consulta ha istituzionalizzato la c.d. "interpretazione tassativizzante", facendo perno sull'interpretazione fornita dal già citato "diritto vivente"³⁶ – suscitando peraltro le critiche di quanti sottolineano che l'ipervalutazione della funzione della giurisprudenza ordinaria "deresponsabilizza" il legislatore rispetto all'obbligo di corretta formulazione delle norme penali³⁷. In tali casi, sembrerebbe essere il solo *horror vacui* a convincere la Consulta a far salva l'incriminazione che, pur gravemente imprecisa, venga successivamente "tassativizzata"³⁸.

Una violazione ancor più grave della riserva di legge si verifica, però, quando la giurisprudenza non si limita a "dare concretezza" all'imperfetto dato normativo, bensì si pone essa stessa come formante del diritto³⁹, sovrapponendo alla norma un'impalcatura concettuale non rinvenibile ad una lettura ignara del "diritto vivente".

Si pensi, ad esempio, all'art. 2, co. 2, c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali». Sul punto, le Sezioni Unite⁴⁰ rifiutano la «tesi estremamente lineare»⁴¹ di quanti

³³ Un illustre Autore notava: «Il cavallo di Troia delle operazioni ermeneutiche "scorrette" [...] si chiama interpretazione estensiva e possiede una non comune capacità di camuffamento nei confronti del procedimento analogico»: E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 97.

³⁴ È da sottolineare che però la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità di tale formule allorché precedute da elencazioni omogenee: *amplius*, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *op. cit.*, 95.

³⁵ Sull'ineliminabilità dei margini di ambiguità nella lettera della legge, che chiama in causa inevitabilmente l'operato giurisprudenziale, si rimanda a G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli 2008, 20 ss.

³⁶ A titolo esemplificativo, cfr. C. Cost., sent. n. 247/1989 (in materia di alterazione della dichiarazione dei redditi "in misura rilevante"); n. 327/2008 (in relazione all' "altro disastro" di cui all'art. 434 c.p.); n. 172/2014 (in cui si contestava l'indeterminatezza dell'intera fattispecie dell'art. 612-bis c.p.). Ma l'esempio forse più sbalorditivo è dato dalla pronuncia C. Cost., sent. n. 24/2019, in: www.cortecostituzionale.it, che, con riferimento ai casi descritti dall'art. 1, d. lgs. 159/2011 richiama ben sette sentenze del giudice di legittimità per specificare le numerose espressioni vaghe contenute in quella che espressamente vengono definite «fattispecie a "pericolosità generica"» (*ivi*, *Considerato in diritto*, § 11.4). Verrebbe in tali casi da domandarsi quale funzione di orientamento ricavi il cittadino (che non sia un "Azzecagarbugli") da una norma che, per essere correttamente intesa, necessiti della conoscenza di un così complesso quadro giurisprudenziale sottostante.

³⁷ Cfr. *ex multis* F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in AA.VV., *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. STILE, Napoli 1991, 56.

³⁸ «La Corte ha tendenzialmente evitato di porre al legislatore requisiti troppo stringenti, la giurisprudenza costituzionale sul principio di determinatezza appare ispirata a *self-restraint*. Le ragioni sono ben comprensibili: preoccupazioni di aprire lacune, spesso tecnicamente o politicamente difficili da colmare»: D. PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale*, *op. cit.*, 35.

³⁹ «Oggi – nella sfera del diritto penale – il rapporto legge-giudice [è] spesso messo in discussione. Periodicamente la giurisprudenza manifesta una più o meno accentuata insofferenza ai limiti dell'interpretazione, fino ad arrogarsi, talora, un ruolo di "legislatore di riserva"»: E. DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale*, *op. cit.*, 63.

⁴⁰ Cass. pen., sez. un., 27 settembre 2007, sent. n. 2451, in: www.dejure.it.

⁴¹ *Ivi*, *Considerato in diritto*, § 4.

vorrebbero intendere il termine “fatto” allo stesso modo nel primo e nel secondo comma, preferendo piuttosto intricarsi nella (torbida) differenza tra norme integratrici e non integratrici della fattispecie⁴².

Tornando alla sentenza in commento, vi si rinviene un altro, più plastico, esempio di “invenzione” giurisprudenziale, confermato dalle Sezioni Unite nel secondo quesito (non analizzato nel presente contributo): la c.d. “fattispecie a consumazione prolungata”, che descriverebbe un reato sin da principio prospettato dall’agente come volto a produrre un evento che continua nel tempo, aumentando gradualmente di entità.

A dispetto dell’assenza di un ragionevole fondamento normativo e della generale confusione che aleggia attorno a siffatta categoria⁴³, per cui in dottrina sono state avanzate varie proposte per favorirne il superamento⁴⁴, la stessa continua a far parte dell’arsenale giurisprudenziale, probabilmente in quanto utile ai fini del differimento del termine di prescrizione (che comincia a decorrere solo alla cessazione della “consumazione prolungata”).

L’applicazione di tale disciplina si fa poi ancor più problematica in presenza di reati (come quello del caso di specie) connotati da una pluralità di “atti esecutivi”: ad es., in relazione all’art. 316-ter c.p., ci si domanda se i requisiti richiesti debbano sussistere solamente in origine ovvero se debbano manifestarsi ad ogni atto di riscossione/risparmio⁴⁵; è, inoltre, problematico se bisogna aver riguardo alle riscossioni complessivamente realizzate ovvero alle singole riscossioni al fine di valutare il superamento della soglia di non punibilità stabilita dall’art. 316-ter, co. 2, c.p.⁴⁶.

6. Alla luce di quanto sinora esposto, non può negarsi che il “diritto giurisprudenziale” conosca nella materia penale un’applicazione sempre più ampia, tanto che in dottrina vi è non solo chi lo

⁴² Già autorevolmente criticata da F. BRICOLA, *Il II e III comma dell’art. 25*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma 1991, 238 ss.

⁴³ Come rileva, ad es., A. AIMI, *Le fattispecie di durata: Contributo alla teoria dell’unità o pluralità di reato*, Torino 2020, 177: «Anche nell’ambito dei precedenti che riguardano la stessa norma incriminatrice, a fattispecie sostanzialmente identiche spesso non corrisponde la medesima qualificazione giuridica. Talvolta, infatti, un certo quadro fattuale perdurante nel tempo dopo il momento consumativo viene considerato come un unico reato a consumazione prolungata o a duplice schema; in altri casi, invece, un quadro fattuale simile viene ricondotto alla permanenza, oppure ad un concorso materiale omogeneo di reati in successione, eventualmente unificato dalla continuazione».

⁴⁴ Sul punto, alcuni Autori propongono la distinzione tra “perfezione” e “consumazione” del reato (cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. 2: Forme del reato*, Torino 2013, 81 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova 2017, 425 ss.), ovvero anche tra “realizzazione”, “perfezione” e “consumazione” (così A. PAGLIARO, *Il reato*, in: C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano 2007, 331 ss.).

⁴⁵ A. AIMI, *op. cit.*, 235 afferma, con riferimento al delitto di cui all’art. 640-bis c.p.: «Una fase postconsumativa del delitto [...] potrà riconoscersi soltanto qualora, dopo l’originaria rappresentazione di una falsa realtà alla pubblica amministrazione erogante, e dopo la ricezione della prima tranche del finanziamento, l’autore o gli autori presentino, in ipotesi, documenti contabili, atti di autocertificazione, prospetti di vario genere, ecc., che reiterino e approfondiscano l’inganno originario».

⁴⁶ Ritiene così Cass. pen., VI sez., 2 marzo 2010, sent. n. 11145, in: www.dejure.it.

ritiene un'ineluttabile realtà⁴⁷, ma anche quanti si fanno araldi di un nuovo sistema fondato sul precedente⁴⁸.

Lo stesso legislatore, forse, dà adito ad ardite ricostruzioni.

In maniera diretta, le incoraggia innestando nel sistema processuale elementi volti a rafforzare l'efficacia del precedente (ad es., con l'art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p.) ovvero comunque ad enfatizzare il ruolo nomofilattico della Cassazione (si veda l'art. 363-*bis* c.p.c.).

In maniera non voluta, "costringe" la giurisprudenza al ruolo di legislatore sottoponendole norme vaghe e imprecise⁴⁹, dovute anche ad esigenze di compromessi politici⁵⁰: la crisi della legalità finisce così per delegare all'interprete il compito di dare coerenza al sistema⁵¹. Spia di questo cambiamento sono le peculiari questioni di legittimità ultimamente sollevate⁵²: in un ordinamento multilivello, un Parlamento che rimane inerte, ovvero che si attiva in maniera irragionevole, richiede sempre più spesso il (patologico) intervento di supplenza da parte della giurisprudenza, ordinaria e/o costituzionale.

⁴⁷ Cfr., ad es., O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in AA.VV., *La crisi della legalità*, op. cit., 185 («Alla funzione costitutiva della giurisprudenza *tout court* è necessario arrendersi») e G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, op. cit., 10 ss. parla di una «dimensione "effettuale"» della riserva di legge che ne sfati una "mitologica" («L'attività interpretativa ha un carattere *lato sensu* creativo; essa è inevitabilmente influenzata da giudizi di valore, anche di natura soggettiva; l'interpretazione delle norme astratte è condizionata dal riferimento ai casi concreti; l'interpretazione giudiziale costituisce fonte del diritto. [...] Da tutte queste premesse riceve conferma, invero, l'assunto che il c.d. diritto penale giurisprudenziale non può più continuare a essere guardato con sufficienza intellettuale o peggio con sospetto e preoccupazione, quasi si tratti di un attentato al sacro principio della riserva di legge»).

⁴⁸ Così, ad es., A. CADOPPI, *Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Padova 2005, 123 ss., favorevole all'idea di introdurre il sistema del precedente vincolante in Italia, propone di rimediare al difetto di democraticità del procedimento di applicazione giudiziario «pensando a giudici democraticamente eletti, o comunque a corti nell'ambito delle quali [sono] rappresentate le varie forze politiche. Oppure rafforzando la partecipazione popolare al processo penale, tramite un maggior impiego della giuria» (ivi, 144).

⁴⁹ Tanto che c'è chi arriva a rivolgere un «monito [...] al legislatore perché cessi di rendere indecifrabile il sistema con la sua sciatteria unita a bulimia»: F. PALAZZO, *Indebita percezione di erogazioni pubbliche e omesse dichiarazioni doverose*, in *Giur. it.*, 2024, n. 10, 2182. Sui criteri a cui il legislatore dovrebbe attenersi per una corretta formulazione delle fattispecie penali, oltre all'ormai dimenticata circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri (in: www.gazzettaufficiale.it), cfr., fra gli altri, A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 433 ss.

⁵⁰ Cfr. S. MOCCIA, *La crisi della legalità*, op. cit., 344 («Sembra esservi un bisogno di vaghezza, se non di ambiguità [...] e ciò può anche servire allo scopo di trasferire sulla magistratura la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni»), e F. SGUBBI, *Diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1195 («L'attuale pluralismo dei valori rende difficile per i legislatori la scelta che risolve il conflitto: e allora i legislatori spesso affidano la scelta al giudice, il quale deciderà in concreto, cioè cercherà di trovare l'equilibrio sciogliendo il conflitto di valori nel contesto della situazione concreta»). Di ancora cocente attualità, seppur in relazione ad un ambito circoscritto, le considerazioni espresse già in T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 425: «Questo gioco di specchi enfatizza il ruolo fortemente (e vacuamente) simbolico della legge, nella quale il legislatore si riserva il facile ruolo di restauratore inflessibile del divieto, mentre rimette al giudice l'ingrato compito di gestire alla meno peggio i minuti drammi della tossicodipendenza».

⁵¹ Sul punto, cfr. G. FIANDACA, *Considerazioni sul ruolo del giudice penale nella realtà contemporanea*, in AA.VV., *Diritto penale dell'Unione europea e nell'Unione europea*, vol. I, Pisa 2023, 521 ss.

⁵² Su tutte, gli esempi più significativi di rottura del sistema sono, da un lato, l'ordinanza con cui i Tribunali di Locri e di Firenze, sostituendosi al legislatore nel dar attuazione ad obblighi internazionali, chiedono di caducare l'*abolitio criminis* del reato di abuso d'ufficio (invocando così un eccezionale sindacato *in malam partem* da parte della Consulta); dall'altro, l'ordinanza (pur dichiarata infondata: C. Cost., sent. n. 135/2024), con cui il Tribunale di Firenze chiede alla Corte di pronunciarsi sulla costituzionalità della sua stessa pronuncia in materia di "Istigazione o aiuto al suicidio", sentenza assurda al rango di legge a causa della *noluntas* legislativa.

In un così poco rassicurante quadro d'insieme, l'atteggiamento creativo dei giudici appare forse comprensibile, ma non certo giustificabile⁵³.

Delle due l'una: o si attribuisce all'interpretazione il rango di fonte del diritto, e allora le si concederà di creare nuove fattispecie e di riempire di contenuto quelle esistenti, a patto di applicarle lo statuto di garanzie proprio del diritto penale; ovvero si riconosce che l'interpretazione ha valore meramente dichiarativo e non può incidere sulle scelte di politica criminale.

Le due tesi, pur inconciliabili, convivono nelle pronunce della Consulta: invero, gli orientamenti espressi dalle Sezioni Unite costituiscono, al contempo, parametro "stabile" rispetto cui calibrare l'interpretazione di norme altrimenti indeterminate [*supra*, § 5, nt. 40], e precedente dalla efficacia meramente "persuasiva" e dalla stabilità "tendenziale" (il che impedisce di estendervi il principio di irretroattività⁵⁴).

Negare alla giurisprudenza il rango di fonte è una conclusione rispondente al modello costituzionale, descritto dagli artt. 25, co. 2, e 101, co. 2, Cost.

Bisogna ricordare che la riserva di legge risponde in primo luogo ad esigenze di democraticità (potendo la norma penale essere legittimata solo dall'istituzione che rappresenta la massima espressione della rappresentanza politica, in un processo decisionale dialettico che vede coinvolte anche le forze di minoranza): esigenze che il potere giudiziario non è assolutamente in grado di soddisfare.

Il diritto penale giurisprudenziale è poi manchevole sul piano delle garanzie sostanziali. Non può dirsi, invero, "integrativa" della determinatezza del precetto un'interpretazione tassativizzante che, prima di consolidarsi, passa attraverso anni (se non decenni!) di incertezza, tra contrasti, correzioni e *overruling*, mentre «l'ambito e i confini della responsabilità penale devono essere [...] certi prima che sia cominciato il procedimento penale ed anzi [...] ancora prima che sia stato commesso il fatto»⁵⁵.

Inoltre, le creazioni giurisprudenziali, facendosi spesso carico di istanze di (pretesa) difesa sociale⁵⁶, ampliano l'area del penalmente rilevante⁵⁷, originando nuovi reati – come nel caso del c.d.

⁵³ Per una ricostruzione di sistema sottesa alle ragioni della nascita del diritto penale giurisprudenziale, e per una sua serrata critica, cfr. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, 13 ss. Sul tema, un illustre Autore parla di "pericoloso spostamento dallo stato di diritto allo stato di giurisdizione": «Con beni ad ampio raggio e, conseguentemente, con eventi indeterminati si verifica [...] un ampliamento del potere giudiziario con vere e proprie deroghe ai compiti della giurisdizione, finendo per contraddire una delle ragioni fondamentali di politica del diritto per le quali è stato posto il principio di legalità/determinatezza, e cioè quello della separazione dei poteri» (S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta"*, *op. cit.*, 113).

⁵⁴ Così, C. Cost., sent. n. 230/2012, *Considerato in diritto*, § 9, in: *www.cortecostituzionale.it*. Tale sentenza, però, secondo le stesse Sezioni Unite (che vorrebbero forse arrogarsi un ruolo più ampio di quello attualmente riconosciutogli), sarebbe stata in parte superata proprio dall'introduzione del sopraccitato co. 1-bis dell'art. 618 c.p.p.: «Una regola di stabilizzazione, quella enunciata dalle Sezioni unite, a cui va attribuita una valenza non solo "di tipo essenzialmente persuasivo", disvelando la potenzialità semantica del testo della disposizione normativa (Corte cost., sent. n. 230 del 2012), ma che, dopo l'intervento della legge 23 giugno 2017, n. 103, ha avuto anche una valenza di precedente relativamente vincolante» (Cass. pen., sez. un., 26 ottobre 2023, sent. n. 8052, *Considerato in diritto*, § 11, in: *www.dejure.it*).

⁵⁵ A. CAVALIERE, *Radici e prospettive*, *op. cit.*, 664.

⁵⁶ Sebbene, come acutamente notato, «la libertà personale non dovrebbe essere mai pregiudicata per via interpretativa neppure quando le più alte esigenze di difesa sociale sembrerebbero imporlo»: E. MUSCO, *op. cit.*, 97

⁵⁷ Critico verso questa tendenza della giurisprudenza di farsi interprete della coscienza comune, più che della legge, anche S. MOCCIA, *La crisi*, *op. cit.*, 345: «Sovente si è verificato in giurisprudenza il fenomeno dell'ampliamento dell'ambito applicativo della norma, ben oltre i limiti segnati all'interno della stessa, per soddisfare c.d. "esigenze di difesa" dei consociati o dello Stato. Va solo notato che, nelle costituzioni dello stato di diritto, ad esprimere coscienza ed interesse comune sono legittimati i rappresentanti del popolo democraticamente eletti e non i giudici».

“concorso esterno”⁵⁸ – ovvero ampliando il campo di applicazione di quelli esistenti – come per il reato di “Indebita percezione di erogazioni pubbliche” sopra analizzato.

Sulla scorta di tali considerazioni, dovrebbe concludersi che l’art. 316-ter c.p., nel suo tenore letterale, non ha inteso punire le condotte tese ad ottenere un risparmio di spese: se questo comporti una lacuna nella tutela apprestata agli interessi finanziari dello Stato è una valutazione di politica criminale che non spetta al giudice operare⁵⁹ (contrariamente a quanto suggerirebbe la sentenza delle Sezioni Unite, le quali paventano, in assenza dell’incriminazione a norma dell’art. 316-ter c.p., una mancanza di tutele, non essendo applicabili le altre disposizioni suggerite dalla Sesta Sezione⁶⁰).

In futuro, si potrebbe persino auspicare che una sezione “dissenziente”⁶¹ rimetta la questione alla Consulta, domandando se sia rispettoso del principio di determinatezza e tassatività l’art. 316-ter c.p. nella misura in cui permette di includere, nel *genus* di “erogazioni pubbliche”, anche fattispecie non propriamente corrispondenti di “riduzioni di entrate pubbliche”⁶².

Fratantanto, la vicenda sembrerebbe destinata ad essere chiusa con una (si spera temporanea) conferma dell’avanzata del diritto giurisprudenziale a dispetto delle garanzie penalistiche costituzionali: «I tradizionali principi-tabù della legalità penale (riserva di legge, tipicità e tassatività, divieto di analogia) vengono ormai nella prassi prevalente fatti oggetto di un ossequio tutt’al più formale o di facciata, e che in ogni caso tendono a passare presto in seconda linea allorché l’interprete giudiziale avverte una qualche esigenza sostanziale che a suo giudizio ne giustifica il mancato rispetto»⁶³.

⁵⁸ La cui matrice giurisprudenziale è stata riconosciuta persino dalla Corte EDU: «La Corte fa notare che non è oggetto di contestazione tra le parti il fatto che il concorso esterno in associazione di tipo mafioso costituisca un reato di origine giurisprudenziale»: Contrada c. Italia (2015), § 66, in: *www.giustizia.it*. Per una critica all’istituto, cfr. S. MOCCIA, *La crisi della legalità, op. cit.*, 347 e A. CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA – C. VISCONTI (a cura di), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino 2010, 155 ss. Per approfondimenti sulla figura, cfr. A. CAVALIERE, *Associazioni di tipo mafioso*, in S. MOCCIA, *Trattato di diritto penale. Delitti contro l’ordine pubblico*, Napoli 2007, 381 ss. e spec. 487 ss.

⁵⁹ «Non si tratterà nemmeno di lacuna apparente quando l’analogia non è ammessa; non vi è in tal caso lacuna, in senso assoluto; il silenzio del legislatore ed il divieto del medesimo di applicare l’analogia ci dicono che il regolamento giuridico del rapporto non è apprezzabile e non ha rilevanza giuridica, perché il legislatore, cioè la legge, così vuole che sia. Beninteso, ma ciò non interessa l’interprete, bensì il politico criminalista; può il silenzio additarci in senso positivo una lacuna di cui, *de lege ferenda*, sarà, se del caso, tenuto in debito conto»: BELLAVISTA, *L’interpretazione della legge penale*, Milano 1975, 118.

⁶⁰ Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 11969/2025, cit., § 11.

⁶¹ Forse la medesima Sesta Sezione, che, in una sentenza quasi contemporanea all’ordinanza di remissione, aveva già escluso dall’ambito di operatività della norma l’illecita ritenzione di contributi (erogati legittimamente, ma rispetto ai quali il beneficio era poi decaduto, avendo il beneficiario violato gli impegni assunti per ottenerlo): cfr. Cass. pen., sez. VI, 23 maggio 2024, sent. n. 26180, con nota di PALAZZO, *Indebita percezione di erogazioni pubbliche, op. cit.*

⁶² Sul punto, la Corte costituzionale potrebbe dichiarare l’illegittimità della norma “in quanto interpretata nel senso che...”, come di recente avvenuto anche con riferimento alla c.d. legge “spazza-corrotti”: cfr. C. Cost., sent. n. 32/2020, in: *www.cortecostituzionale.it*.

⁶³ G. FIANDACA, *Considerazioni sul ruolo del giudice penale, op. cit.*, 523.

Le Sezioni unite sulla ricorribilità della sentenza di non doversi procedere *ex art. 420-quater c.p.p.*

CHIARA NAIMOLI

ABSTRACT

The judgment (Cass. Sez. unite, 26 settembre 2024, n. 5847) provides an opportunity to reflect on the extent of the right to review before the Court of Cassation protected under the Constitution.

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni unite. – 2. Premessa sulla ricorribilità delle sentenze “processuali”. – 3. Natura *sui generis* del provvedimento *ex art. 420-quater c.p.p.* – 4. Inclusione della sentenza *ex art. 420-quater* nelle sentenze ricorribili *ex art. 111, co. 7, Cost.* – 5. Sulla impugnabilità soggettiva. – 6. Considerazioni conclusive e dubbi residuali.

1. La questione posta all’attenzione delle Sezioni unite ha ad oggetto la ricorribilità della sentenza di non doversi procedere *ex art. 420-quater c.p.p.*, la cui inappellabilità è prevista *ex lege*, anche prima della scadenza del termine previsto dall’art. 159, ultimo comma, c.p.

Il contrasto insorto in giurisprudenza vede a confronto due indirizzi.

Un primo orientamento risolve il quesito circa la proponibilità del ricorso in cassazione in senso negativo, attesa la caratterizzazione della decisione che non consente di attribuire natura decisoria «in senso stretto» alla pronuncia¹: il provvedimento *de quo* pur avendo la veste formale di sentenza, è destinato ad assumere i caratteri della stessa solo allo spirare del termine di cui all’art. 420-*quater*, comma 3, c.p.p., con la conseguenza che fino a quel momento, in applicazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, «essendo revocabile, non è suscettibile di ricorso per cassazione»².

La giurisprudenza in esame fonda l’assunto della non impugnabilità sulla mancanza di ogni forma di accertamento nel merito della regiudicanda: per la particolarità del suo contenuto, destinato a venir meno con la “non revocabilità”, che ricomprende la parte relativa alla *vocatio in iudicium* nonché le disposizioni alla polizia giudiziaria sulla prosecuzione delle ricerche, è assimilabile ad un atto di impulso processuale, come tale insuscettibile di passare in giudicato. Evidenzia, in tal modo, gli effetti anomali del provvedimento, derivanti dalla potenziale prosecuzione del processo dinanzi al medesimo giudice, quali la possibilità di svolgere atti istruttori urgenti e la conservazione di efficacia delle misure cautelari personali e reali adottate, che la distinguono da altri provvedimenti in rito e ne dimostrano la provvisorietà. Per tali motivi sarebbe da escludere – si afferma – che rientri nel novero delle categorie di provvedimenti di cui all’art. 111, comma 7, Cost. e 568 co. 2 c.p.p., dovendosi rimarcare che la garanzia costituzionale riguarda i provvedimenti giurisdizionali che abbiano carattere

¹ Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2023, n. 50426; successivamente, ripreso da Cass. pen., sez. II, 9 febbraio 2024, n. 115.

² *Ibidem.*

decisorio e capacità di incidere in via definitiva su situazioni giuridiche di dritto soggettivo³ producendo, con efficacia di giudicato, effetti di diritto sostanziale e processuale sul piano contenzioso della composizione di interessi contrapposti. In altri termini, l'esclusione dell'impugnabilità del provvedimento fino alla sua "non revocabilità" non striderebbe con l'art. 111, co. 7, Cost., nella misura in cui la norma che tutela il diritto a ricorrere in cassazione per violazione di legge, non includerebbe nel relativo perimetro di garanzia la sentenza di non doversi procedere, per via della natura sostanzialmente interlocutoria⁴, destinata a risolversi una volta intervenuta la revoca.

In direzione opposta altro orientamento giurisprudenziale ritiene la sentenza inappellabile di non doversi procedere *ex art. 420-quater* c.p.p. per mancata conoscenza, da parte dell'imputato, della pendenza del processo, immediatamente ricorribile per cassazione per violazione di legge, quantomeno in relazione alla determinazione della durata delle ricerche dell'imputato, operando, in ordine al predetto provvedimento, proprio la garanzia sancita dall'art. 111 co. 7 Cost⁵.

Richiamando le affermazioni della Corte costituzionale, in punto di trasformazione normativa dell'assenza impeditiva da causa di sospensione del processo a fattispecie di improcedibilità (in coerenza – nota la Consulta – con la soluzione adottata per gli infermi "eterni giudicabili"), evidenzia la connotazione *sui generis* della sentenza che ne risalta la natura complessa. Si tratta di una pronuncia la cui ambivalenza tra la dichiarazione di improcedibilità virtualmente conclusiva, e la *vocatio in iudicium* a udienza predefinita per il caso di rintraccio dell'imputato, è destinata a sciogliersi con il decorso del tempo, nel momento in cui per tutti i reati oggetto di imputazione sia superato il termine previsto dall'art. 159, ultimo comma del codice penale, senza che la persona nei cui confronti è stata emessa sia stata rintracciata.

La presa di distanza dall'orientamento su richiamato si nota nella riconosciuta natura definitiva della sentenza, che conclude il processo sul presupposto della mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato. Come chiarito anche all'interno della Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 (in cui si legge: "la pronuncia definisce il procedimento, sicché il destinatario della medesima non è più imputato"), si tratta di un provvedimento potenzialmente in grado di acquisire il crisma della irrevocabilità ovvero di essere posto nel nulla attraverso il decreto di revoca previsto dall'art. 420-sexies, co. 4, c.p.p., a seconda dell'esito delle disposte ricerche ad opera della polizia giudiziaria, e ciò fa propendere per la tesi dell'impugnabilità, attraverso il ricorso per cassazione, dovendo trovare applicazione la regola di carattere generale prevista dall'art. 568, co. 2, c.p.p., secondo cui "sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo a un

³ Si afferma che la sentenza in questione «manca di tali requisiti e dunque, pur essendo formalmente una sentenza, esula dalla ricorribilità ai sensi dell'art. 111 Cost., co. 7, Cost., sul rilievo che essa ha una natura sostanzialmente interlocutoria».

⁴ Si osserva che, analogamente a quanto accade "nell'ipotesi in cui la persona assente che non abbia conoscenza della pendenza del processo sia successivamente rintracciata, allo stesso modo, nel caso si dimostri che l'imputato era, ab origine, a conoscenza del processo, la sentenza dovrà essere revocata mancando in radice il presupposto per l'adozione del provvedimento"(Cass. pen., sez. II, 18 dicembre 2023, n. 50426).

⁵ Cass. pen., sez. V, 21 maggio 2024, n. 20140.

conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'art. 28"; nonché a monte, la previsione costituzionale ex art. 111, co. 7, Cost., quale norma di chiusura del sistema delle impugnazioni.

Soffermandosi sulla capacità del provvedimento di incidere in via definitiva sulla posizione delle parti sino a che non venga revocato, la Cassazione individua un segmento decisorio del provvedimento immediatamente suscettibile di una concreta ricaduta sui diritti, altrimenti non sindacabile, se non si riconoscesse la possibilità di impugnare la decisione, rappresentato per l'appunto dalla determinazione del tempo di durata delle ricerche dell'imputato, perché su di esso si fonda l'intera sequenza procedimentale che potrebbe condurre all'impossibilità di procedere alla revoca della sentenza di cui si discute.

Peraltro, ammettere il ricorso per cassazione, è apparso – nel solco di tale orientamento – una soluzione conforme ai principi costituzionali e convenzionali in materia di ragionevole durata del processo e di efficienza della giurisdizione «posto che consentirebbe di mettere un punto fermo sul tempo necessario allo svolgimento delle ricerche dell'imputato, evitandone la ripetizione nel caso di epilogo decisorio rappresentato dal possibile annullamento della sentenza per erronea determinazione della durata delle ricerche, non apparendo revocabile in dubbio che in tale ipotesi esse debbano riprendere»⁶. Una soluzione, perciò, in linea con le finalità di deflazione e di recupero di efficienza del sistema, perché funzionale ad evitare che il procedimento resti comunque pendente e che il giudice debba disporre nuove ricerche dell'imputato.

Le Sezioni unite risolvono la questione oggetto di rimessione affermando il principio di diritto per cui la sentenza di non doversi procedere pronunciata ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p. può essere impugnata da tutte le parti con ricorso per cassazione, non potendosi considerare ostativa alla ricorribilità la natura "processuale" del provvedimento. Ed infatti, pur trattandosi di pronuncia interlocutoria e suscettibile di eventuale revoca, la sentenza ha una sicura natura "decisoria", in quanto è legata all'esercizio da parte del giudice di un indubbio potere valutativo volto ad affermare l'esistenza di presupposti che giustificano la decisione di improcedibilità, in alternativa alla sequenza processuale ordinaria.

Tanto premesso, prima di addentrarci nelle argomentazioni delle Sezioni unite a soluzione del contrasto interpretativo insorto, è bene fornire alcune precisazioni sull'impugnabilità delle sentenze di natura processuale e sulla natura del provvedimento della cui ricorribilità si discute.

2. È noto che nel sistema del codice vigente il regime delle impugnazioni si connette allo specifico contenuto del singolo tipo di provvedimento di volta in volta considerato, che il legislatore reputa, anche alla stregua dei principi costituzionali, come suscettibile, o meno, di gravame.

Le posizioni soggettive talvolta non sono ritenute rientranti nella sfera di operatività dell'art. 111 co. 7 Cost., in quanto non tutelabili attraverso la proposizione del ricorso per cassazione, il che accade quando l'ordinamento processuale predispose rimedi alternativi o differiti; ma sempre che ciò non comporti vuoti di tutela a cospetto di legittimi interessi delle parti meritevoli di protezione.

La giurisprudenza della Suprema corte tutte le volte in cui ritiene, quale requisito indefettibile affinché un provvedimento possa essere impugnato ex art. 111 co. 7 Cost., il carattere della decisorietà

⁶ *Ibidem.*

e della definitività, correlativamente nega l'impugnabilità, all'interno della medesima norma, dei provvedimenti meramente ordinatori o processuali, siccome privi di tali contenuti e caratteristiche, e unicamente vertenti sul diritto potestativo di ottenere una pronuncia giurisdizionale in una determinata fase processuale⁷.

Invero, se la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi può rendersi più facilmente evidente dinanzi a provvedimenti in grado di incidere in modo definitivo sulle situazioni giuridiche, non è tuttavia escluso che anche dinanzi a provvedimenti di natura processuale, si sostanzi (o si asserisca) una lesione di situazioni giuridiche in virtù della quale sorge l'interesse all'impugnazione.

Su tali premesse, dovrebbe ritenersi non ammessa a prescindere (ma neanche esclusa), la ricorribilità *ex art. 111 co. 7 Cost.* delle sentenze di natura processuale.

La questione si era già posta all'attenzione della giurisprudenza riguardo il tema – pur menzionato nella sentenza in commento – dell'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso una sentenza con la quale il giudice di appello, ritenendo il fatto diverso da quello contestato, abbia dichiarato la nullità della sentenza di primo grado ed ordinato la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica: non trattandosi di un *decisum* che incide sul merito del fatto accertato, il provvedimento in oggetto ha evidentemente natura composita, di sentenza di annullamento, a carattere meramente processuale, e di ordinanza⁸.

Già sotto la vigenza del codice Rocco, al fine di discernere (indipendentemente dalla veste esteriore dell'atto) i provvedimenti sempre ricorribili *ex art. 111 Cost.*, furono enucleati una serie di principi in giurisprudenza della Cassazione, riconoscendosi natura di sentenza, agli effetti dell'ammissibilità di un'impugnazione autonoma e diretta, non soltanto ai provvedimenti che irrualmente decidano sul merito del processo, ma anche a «quelli che pur non risolvendo alcuna questione concernente la responsabilità dell'imputato, avessero risolto altre questioni in modo da esaurire il processo»⁹.

Tra le maglie del sistema normativo attuale, la specifica questione pur affrontata e risolta dalle Sezioni unite del 1991¹⁰, ha continuato a registrare negli anni seguenti continue oscillazioni tra

⁷ Cass. pen., sez. III penale, sent. n. 39321 del 9 ottobre 2009.

⁸ Cass. pen., sez. IV, sent. n. 12110 del 25 ottobre 1994, rv. 199879.

⁹ Cfr., per esempio, Cass. pen., sez. III, 23 maggio 1956, in *Arch. ricerche giur.*, 1957, 511 e in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 85. La decisione riconobbe la natura di sentenza ad una ordinanza del giudice di appello che, rilevata la nullità assoluta del giudizio di primo grado, la dichiarò ordinando la rinnovazione del dibattimento. Nella motivazione della sentenza, la Corte precisa quali sono le questioni la cui decisione importa una pronuncia alla quale deve riconoscersi la natura di sentenza affermando che ne «restano escluse [...] solo quelle questioni processuali secondarie o accessorie (incidenti) che si inseriscono nella struttura ordinaria del processo e la cui soluzione o attiene soltanto allo svolgimento del rapporto processuale o vi si riannoda senza formarne parte integrante».

¹⁰ Cass. pen., sez. un., sent. n. 2477 6 dicembre 1991, Paglini, in *Cass. pen.*, 1992. Si ricorda che la questione era stata già sottoposta all'attenzione delle Sezioni unite tra le maglie del vecchio codice, e risolta in senso analogo, ossia per l'ammissibilità del ricorso per cassazione (cfr. Cass. pen., sez. un., sent. n. 1475 del 24 novembre 1984- 12 febbraio 1985, Alamia, in *Cass. pen.*, 1985, 1045). Si precisa, tuttavia, che la fattispecie sottoposta alle Sezioni unite nel 1991 era parzialmente diversa da quella decisa qualche anno prima, poiché in quel caso la diversità del fatto era già emersa nel dibattimento di primo grado ma il giudice non l'aveva rilevata, sicché il giudice d'appello aveva annullato la prima sentenza viziata, mentre in occasione del successivo intervento risolutivo del contrasto la diversità del fatto era stata accertata dinanzi al giudice di secondo grado. In dottrina, sull'impugnabilità del provvedimento con cui il giudice d'appello trasmette gli atti al pm tra le maglie del vecchio codice (art. 477 co. 2 c.p.p.) da parte dell'imputato e del p.m., in quanto connotato da natura e sostanza di sentenza cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 433, nota 7; G. CONSO, V.

l'esegesi che nega la proponibilità del ricorso in cassazione e l'esegesi inversa, tanto da richiedere nuovamente l'intervento del Collegio riunito¹¹. A parere della Sezioni unite del 2009, si tratta di una aporia soltanto apparente, che si ricompone agevolmente ove inquadrata in una disamina che tenga conto dello sviluppo diacronico del quadro normativo coinvolto che replica il contenuto del comma 2 dell'art. 190 del c.p.p. 1930 (come modificato dalla l. n. 517/1955), traslando il principio costituzionale all'interno del codice di procedura penale, e assumendo così un valore sostanzialmente ricognitivo e descrittivo della regola. La norma citata, però, si correda della deroga rappresentata dalle «sentenze» di rinvio a giudizio, ritenute palesemente eccentriche rispetto al tema del ricorso, in quanto provvedimenti di mero impulso processuale (non a caso, lessicalmente e strutturalmente degradati, prima, a ordinanze e attualmente decreti che dispongono il giudizio), e dalle sentenze sulla competenza che possono dar luogo a conflitto, che, come tali, presentano una peculiare connotazione decisoria che pertiene alle attribuzioni del giudice e che annoverano un diverso tipo di rimedio.

A parere delle Sezioni unite richiamate, l'esplicito riferimento alla impugnabilità anche delle sentenze sulla competenza, ove per queste non fosse esperibile lo strumento del conflitto, sta inequivocabilmente a significare che pure le sentenze di tipo «processuale» dovevano ritenersi comprese nella sfera delle sentenze alle quali – per disposto costituzionale – era riferito il rimedio del ricorso per cassazione per violazione di legge¹².

La scelta del legislatore del codice attuale è stata – a parere della Corte – quella di replicare le formule normative già presenti nel codice abrogato, ma anche di recepire il sedimentato quadro interpretativo offerto dalla giurisprudenza: «se si conviene sul fatto che l'art. 568 c.p.p., comma 2, proprio per le già segnalate “origini” del suo enunciato, rappresenti una deroga al principio della tassatività delle impugnazioni, avuto riguardo alla estensione della relativa operatività, cade, *eo ipso*, l'unico argomento testuale su cui poggia l'orientamento che esclude la ricorribilità per cassazione delle sentenze “processuali”, quali quelle che vengono qui in discorso (se, infatti, il principio di tassatività è derogato nel caso del ricorso per cassazione avverso le sentenze, non può più farsi leva sul tenore degli artt. 607 e 608 c.p.p., per affermare che quel mezzo di impugnazione sarebbe riservato alle sole sentenze di “merito”)»¹³.

GREVI, *Sub art. 190 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, p. 643. Cfr. anche G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, II, 1965, 354-355.

¹¹ Cass. pen., sez. un., sent. n. 29529 del 17 luglio 2009. Per un commento cfr. G. DE AMICIS, *Osservazioni in tema di ricorribilità per cassazione contro l'annullamento della sentenza di primo grado e interesse ad impugnare del p.m.*, in *Cass. pen.*, 2010, 4, p. 1329.

¹² Cass. pen., sez. un., sent. n. 29529 del 17 luglio 2009: «Per quanto attiene alle sentenze – puntualizzava ancora la relazione – si sono prospettate le due situazioni delle sentenze sulla competenza e di quelle di rinvio a giudizio (poi divenute ordinanze con la l. n. 773 del 1972, art. 5) che, per il loro contenuto e la loro funzione (le prime conclusive solo formalmente di una fase del processo: potrebbero infatti essere considerate come elementi processuali; le seconde introduttive di una fase di merito di prima istanza), sono ritenute non impugnabili anche per un criterio di economia processuale (...) Relativamente alle sentenze sulla competenza – chiari tuttavia la relazione – si è ritenuto, però, che non dovessero essere escluse dall'impugnazione quelle che, non potendo dar luogo a un conflitto di giurisdizione o di competenza, definiscono il procedimento, in quanto siffatta esclusione sarebbe in contrasto con il citato art. 111 Cost., e comunque urterebbe contro ogni esigenza di giustizia perché impedirebbe l'ulteriore persecuzione del reato».

¹³ *Ibidem*.

Una lettura costituzionalmente orientata, impone che la garanzia del ricorso per violazione di legge *ex art. 111, co. 7, c.p.p.* non può che prevalere su qualsivoglia interpretazione della normativa primaria che ne sterilizzi la portata.

Non a caso, le Sezioni unite menzionate richiamano una pronuncia della Consulta¹⁴ (riportata anche nella sentenza in commento, di cui si dirà nel prosieguo) che, all'indomani dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2 del 1999, ha valorizzato l'esigenza di assicurare l'effettività del giudizio in cassazione per il tramite del presidio costituzionale che rappresenta l'asse portante del giusto processo regolato dalla legge: quest'ultimo – afferma il Collegio – può essere concettualmente tributario di quell'aggettivo soltanto se celebratosi in conformità delle norme attraverso le quali è positivamente regolato «e poiché il ricorso per cassazione deve essere a tal fine consentito per tutte le ipotesi in cui “la legge” sia stata in concreto violata nell'ambito di “quel” processo, ne deriva che risulterebbe del tutto arbitrario – ed in palese frizione con il parametro di cui ora si tratta – distinguere, ai fini della ricorribilità delle sentenze, tra violazioni della legge sostanziale o violazioni della legge processuale: per di più, “discriminando” queste ultime, le quali, ben più “pesantemente” delle prime, sono specificamente coinvolte nel tema, proprio perché direttamente riferite alla realizzazione di un modello legale che intende preservare in concreto il valore del “processo giusto,” perché celebrato *secundum ius*»¹⁵.

La soluzione offerta dalle Sezioni unite non può che essere condivisa proprio in ragione della sussistenza dell'interesse ad impugnare sotteso alla garanzia del ricorso in sede di legittimità. Con il generico termine di «sentenze» utilizzato dal Costituente, non si evoca soltanto il provvedimento che definisce la rilevanza penale, o non, di un fatto reato contestato, ma quello per il quale sorge un interesse obiettivo al controllo in Cassazione, in quanto recante in astratto una lesione di diritti che si intendono tutelare. È evidente che tale interesse sia più facilmente ravvisabile nel sintagma di atto decisorio, ma ciò non vuol dire che sia automaticamente non configurabile in riferimento a provvedimenti di natura meramente processuale.

Fatte tali premesse, può affrontarsi il tema con specifico riferimento alla sentenza di non doversi procedere *ex art. 420-quater c.p.p.*

3. La riforma Cartabia ha quasi integralmente riformulato le precedenti previsioni in tema di processo *in absentia*, con l'intento di eliminare ogni forma di presunzione e di conoscenza legale, puntando, invece, sulla conoscenza effettiva dello stesso e, quindi, sulla centralità della verifica in concreto della reale conoscenza del processo da parte dell'imputato.

Nel nuovo panorama normativo, del tutto particolare appare la previsione contenuta nell'art. 420-*quater* con la quale viene disciplinata l'ipotesi in cui non ricorrano i presupposti per procedere in assenza e le ulteriori ricerche dell'imputato disposte dal giudice abbiano dato esito negativo; in tale

¹⁴ Corte cost., n. 395 del 28 luglio 2000, in *www.cortecostituzionale.it*. Precisa la Corte che «il giudizio di cassazione è previsto come rimedio costituzionalmente imposto avverso tale tipo di pronunzie», e che «il presidio costituzionale – il quale è testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio (a ciò riferendosi, infatti, l'espresso richiamo al paradigmatico vizio di violazione di legge) – contrassegna il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione»

¹⁵ Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2009, cit.

circostanza il giudice pronuncia sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo.

Si tratta, indubbiamente, di un provvedimento che affianca alla *ratio* deflattiva quella di efficienza processuale, dal momento che definisce il procedimento, evitando che esso rimanga pendente e che il giudice debba disporre cadenzatamente nuove ricerche dell'imputato¹⁶.

La sentenza costituisce un provvedimento *sui generis*¹⁷, tenuto conto che si tratta di una pronuncia in rito, che prescinde dalla verifica dell'esistenza dei presupposti per l'immediata declaratoria di cause di non punibilità, dal momento che la norma citata non richiama l'art. 129 c.p.p. (in ciò discostandosi da quanto previsto dalla precedente formulazione), e che presenta un contenuto peculiare ed inedito.

Se, da un lato, definisce il procedimento, dall'altro, si limita a disporre la prosecuzione delle ricerche della persona nei cui confronti è pronunciata, e la *vocatio in iudicium* della stessa¹⁸; il che la rende assimilabile ad un atto di impulso processuale come tale insuscettibile di passare in giudicato.

Delinea, infatti, una pronuncia definitiva "di fase"¹⁹, che presuppone una decisione sulla declaratoria di assenza e al contempo fissa i tempi per il prosieguo. Essa, per l'appunto, "definisce il procedimento, sicché il destinatario della medesima non è più imputato e il fascicolo va specificamente archiviato per un suo più agevole recupero"²⁰.

In sostanza, contenutisticamente, è un provvedimento che presenta gli elementi formali della sentenza (di cui richiama nel contenuto gli artt. 426 e 546 c.p.p.), pur avendo quelle particolarità che hanno indotto la dottrina a definirlo "bifronte"²¹, in quanto – si diceva – chiude una fase processuale, ossia quella del rinvio a giudizio e della fissazione dell'udienza preliminare, esauritasi per la mancata formazione del contraddittorio, e contemporaneamente ne innesca una nuova, ossia quella delle ricerche dell'imputato e della *vocatio in iudicium* idonea a riaprire il processo esaurito.

A tali singolarità, si aggiunge l'effetto derogatorio della previsione di cui all'art. 300 c.p.p., tenuto conto che la pronuncia non determina la perdita di efficacia delle misure cautelari degli arresti domiciliari e della custodia in carcere.

Il legislatore costruisce, pertanto, un meccanismo procedurale che solo potenzialmente porterà alla definizione del processo, giacché la sua definitività è ancorata al decorso di un termine stabilito *ad hoc* dal legislatore ed individuato nel doppio dei termini di prescrizione previsti dall'art. 157 c.p.: fino a quando non è spirato, il provvedimento adottato è suscettibile di revoca con conseguente prosecuzione dell'attività processuale.

¹⁶ M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, 33 evidenzia la «portata deflattiva della manovra e la significativa incidenza sullo stesso *disposition time*, posto che tutti i casi di emissione delle sentenza di non doversi procedere, invece di essere computati come pendenti finiranno tra i procedimenti definiti».

¹⁷ Definita in tal modo dalla Relazione (*Relazione illustrativa al decreto n. 150/2022*, in *Sist. pen.*, 20 ottobre 2022, p. 119).

¹⁸ In questi termini la Relazione della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario (*Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, 5 gennaio 2023, in *Sist. pen.*, 10 gennaio 2023), p. 100.

¹⁹ Tanto emerge dai lavori preparatori al D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

²⁰ Così si esprime la Relazione illustrativa al citato D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, cit.

²¹ A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in www.sistemapenale.it, 1 dicembre 2022, 11.

L'efficacia preclusiva²² correlata all'eventualità del rintraccio dell'imputato, contenendo a tale scopo l'ordine alla polizia giudiziaria di procedere alle ricerche al fine di notificargli l'avviso per l'udienza preliminare a data fissa davanti al medesimo giudice e per il medesimo processo. Anzi – come sottolineano anche le Sezioni unite – la disciplina processuale prevede espressamente tale “unico fatto” al quale consegue la revoca automatica, con la notifica a mani della sentenza che contiene la *vocatio in iudicium*, e con una relata di notifica che documenta la comunicazione della pendenza del processo; non essendo più previste – a differenza della normativa previgente – ipotesi di revoca derivanti dalla prova certa della conoscenza del processo ovvero connesse alla pronuncia di una sentenza nel merito, come l'estinzione del reato per morte o per prescrizione.

4. Di centrale importanza l'assunto delle Sezioni unite per cui la natura "processuale" della sentenza emessa ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p. non può rappresentare un ostacolo alla ricorribilità della stessa, in quanto seppur pronuncia interlocutoria e suscettibile di eventuale revoca, la sentenza ha una sicura natura “decisoria”, connessa all'esercizio da parte del giudice di un potere accertativo dell'esistenza dei presupposti che giustificano la decisione di improcedibilità in alternativa alla sequenza processuale ordinaria. Ciò determina l'inclusione del provvedimento *de quo* all'interno della garanzia costituzionale dell'art. 111 co. 7 Cost.

La terminologia utilizzata dal Costituente («sentenze») evoca, infatti, la componente di decisorietà, e («provvedimenti sulla libertà personale») il nesso con la dimensione soggettiva. Questa è, del resto, la ragione per la quale si è consolidata in giurisprudenza quella risalente²³ lettura sostanzialistica dei termini, che prescindendo dal *nomen iuris* con il quale viene formalmente enunciata una decisione, ricomprende ogni provvedimento in grado di incidere su diritti soggettivi, e che abbiano attitudine a produrre effetti di diritto sostanziale e processuale con efficacia di giudicato²⁴. Peraltro, tale conclusione ermeneutica è considerata funzionale proprio ad evitare limitazioni in chiave legislativa del ricorso, sulla base dell'assunto che altrimenti sarebbe sufficiente per il legislatore prevedere una forma diversa per l'adozione di un determinato provvedimento a sottrarlo dalla garanzia costituzionale del ricorso, quand'anche nella sostanza assuma quella caratterizzazione definitoria. Ed è, infatti, per il medesimo intento che il Costituente ha connotato la garanzia del ricorso «per violazione di legge», anziché «secondo norme di legge» (inciso presente nei primi elaborati delle Adunanze, di cui si dirà nel prosieguo): evitare che il legislatore con una futura norma di legge ordinaria possa comprimere, limitandola, la garanzia della generale ricorribilità in Cassazione.

In sostanza, con il riferimento alle sentenze e ai provvedimenti *de libertate*, in ragione dell'astratta idoneità di questi ad incidere su situazioni soggettive, tipica dei provvedimenti richiamati nella norma, il Costituente ha inteso tracciare l'interesse astratto alla loro impugnabilità (su cui

²² Perché “destinata ad essere revocata”, così si esprime la Relazione della Corte Suprema di Cassazione, cit., p. 100 aggiungendo che per tali caratteristiche, la sentenza si presta ad essere assimilata alla sentenza di non doversi procedere prevista dall'art. 72-*bis* c.p.p. per il caso di incapacità irreversibile dell'imputato.

²³ Sin da Cass. pen., sez. un. 30 luglio 1953, in Foro it., 1953, 1240.

²⁴ Cfr. Cass. pen., sez. un., 10 giugno 2003, Pellegrini, in *Diritto e giustizia*, 2003, 31, 103. Cass. Sez. un., 25 settembre 2008, Corna, in *Cass. pen.*, 2009, 61

orientare tanto la valutazione dell'interesse a ricorrere nella proiezione finalistica del controllo di legittimità a tutela di posizioni individuali e collettive, quanto la *legitimatatio ad causam* per la proposizione del rimedio).

Quando la suprema Corte specifica che costituisce requisito indefettibile, ancorché non autonomamente sufficiente, affinché un atto del processo possa essere impugnato, il dato per cui sia idoneo a comportare un pregiudizio per le parti o per taluna di esse, ritenendo che «un provvedimento per essere impugnabile deve avere un contenuto decisorio, così da potere incidere sul diritto di libertà dell'individuo, su un suo diritto avente contenuto patrimoniale, ovvero sulla cosiddetta pretesa punitiva dello Stato»²⁵, invero, resta ancorata ad una logica parziale perché non considera il pregiudizio talvolta nascente dalle *sentenze* di natura meramente processuale, su evidenziato.

Mette conto di precisare come l'impugnabilità del provvedimento (indipendentemente dalla forma che assume) è da ritenersi rientrante nella sfera della ricorribilità oggettiva costituzionalmente garantita, in ragione non tanto – o non solo – della natura dello stesso, quanto piuttosto dell'interesse ad impugnare il provvedimento per via del pregiudizio subito dalla relativa emanazione, correlato al risultato che si intende ottenere con la proposizione di quello specifico mezzo. In questa prospettiva, il contenuto decisorio del provvedimento può essere sì un indubbio indice a favore della relativa sussistenza, ma non il necessario fondamento della ricorribilità.

Così come per il provvedimento astrattamente in grado di incidere sulle situazioni soggettive in quanto dotato della connotazione decisoria, è necessario – come criterio di delimitazione dell'esercizio di attività processuali (normativamente disciplinate) – compiere un vaglio sulla misura dell'utilità pratica; parimenti, sul provvedimento ivi astrattamente inglobato nella garanzia costituzionale, si impone la valutazione del pregiudizio che possa il ricorrente aver subito dall'adozione del provvedimento, in base alla lineare constatazione per cui manca l'interesse qualora non sussiste una lesione giuridica derivante dall'emanazione del provvedimento, o qualora ciò che si sostiene con l'impugnazione sia più gravoso o pregiudizievole rispetto al contenuto dello stesso²⁶.

Correttamente, pertanto, le Sezioni unite sostengono che la sottrazione al controllo di legalità da parte dell'organo deputato all'esatta osservanza della legge non avrebbe alcuna effettiva giustificazione palese dinanzi ad alcune ipotesi di concreta sussistenza dell'interesse ad impugnare. Si pensi alla sentenza, fondata sul presupposto erroneo della mancata conoscenza del processo, emessa in relazione ad un reato imprescrittibile: «da un lato, non diventerebbe *ex lege* mai irrevocabile, e, dall'altro, ove si accogliesse il primo orientamento, resterebbe immutabile, sicché precludere l'intervento della Cassazione attraverso la sua immediata impugnabilità in sede di legittimità, sottraendole il controllo sulla corretta applicazione della legge, non sarebbe né giuridicamente né logicamente tollerabile, posto che il presunto autore di un reato imprescrittibile –

²⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, sent. n. 42146 del 5 giugno 2019; Cass. pen., sez. II, sent. n. 3724 del 13 ottobre 1995.

²⁶ In termini simili si esprimeva la Relazione ministeriale sul progetto preliminare, in riferimento all'imputato: manca l'interesse quando l'imputato non abbia subito alcuna lesione giuridica dal provvedimento, o tanto meno ciò che si sostiene con l'impugnazione sia più gravoso per l'imputato stesso di ciò che fu ottenuto col provvedimento impugnato. V. *Relazione ministeriale sul progetto preliminare*, in *Lavori preparatori*, vol. VIII, p. 42.

dunque, potenziale destinatario di una pena perpetua – finirebbe per perdere la qualità di imputato per un tempo indefinito, in ragione di un errore giudiziale non emendabile»²⁷.

Analogamente – continua la Corte – accadrebbe nell'ipotesi in cui la sentenza *ex art. 420-quater* c.p.p. fosse emessa nei confronti dell'imputato già dichiarato latitante: in tale evenienza è la stessa legge processuale a stabilire espressamente che si debba procedere in assenza (art. 420-*bis*, comma 3, c.p.p.); pertanto, ove non si ammettesse la immediata ricorribilità per cassazione di tale sentenza, si legittimerebbe l'insacco della complessa procedura prevista dall'art. 420-*quater* c.p.p. fuori dai casi consentiti.

Ed ancora, nel caso dell'erroneo calcolo, nella sentenza in oggetto, del termine di prescrizione del reato, da cui dipende di conseguenza quello della sospensione e della stessa irrevocabilità della pronuncia: sarebbe “irrazionale” non prevedere un immediato sindacato giurisdizionale di legittimità.

Le Sezioni unite, in questo modo criticano le conclusioni cui era giunta la Cassazione nel primo orientamento su indicato. Del resto, in quei precedenti sono contenute affermazioni che confondono – peraltro, con superficialità argomentativa – due piani di revisione nettamente distinti: l'uno relativo alla critica del provvedimento in ragione dell'insussistenza dei presupposti per adottarlo; l'altro relativo alla revoca dello stesso per il venir meno di presupposti ritenuti sussistenti al momento dell'adozione.

Si pensi alla prima delle sentenze su richiamate rientranti nel primo orientamento²⁸: il caso di specie, nella sua semplicità, mostra con maggiore evidenza tale fallace sovrapposizione dal momento che il soggetto addotto dal provvedimento era a conoscenza del processo, avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato e di ammissione all'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. La confusione tra ricorribilità e revocabilità è resa evidente nelle affermazioni della Corte: «come nell'ipotesi in cui la persona assente che non abbia conoscenza della pendenza del processo, sia successivamente rintracciata, allo stesso modo, nel caso si dimostri che l'imputato era, *ab origine*, a conoscenza del processo, la sentenza dovrà essere revocata mancando in radice il presupposto per l'adozione del provvedimento». Ma se manca tale presupposto, il provvedimento è illegittimamente emesso, e – proprio sul rilievo che anima la Cassazione volto al rispetto del principio di tassatività – nella norma non si rinviene un utilizzo dello strumento della revoca in funzione di correttivo del provvedimento in precedenza emesso.

E difatti, le Sezioni unite evidenziano come il rimedio della revoca per emendare il provvedimento che si fondi su erronei presupposti finisce per risultare esteso al di fuori delle strette ipotesi di legge: la revoca viene «ordinariamente contemplata non già per emendare patologie processuali della pronuncia, quanto, unicamente, per (re)instaurare il rapporto processuale nell'ipotesi di fisico reperimento dell'imputato, secondo l'unica sequenza procedimentale legittimamente individuata dall'art. 420-*sexies*, cod. proc. pen.». Il meccanismo previsto nella norma – calato unicamente sul *futuro* rintracciamento dell'imputato –, oltre a prevedere una serie di avvertimenti rivolti al soggetto prosciolto che hanno lo scopo di renderlo edotto del processo a suo carico (di fatto inutili per l'imputato che ha già conoscenza della pendenza dello stesso), non pare consentire la

²⁷ Così § 6.1 della sentenza in commento.

²⁸ Cass. pen., 18 dicembre 2023, n. 50426.

costruzione di spazi per iniziative di parte (vedendo impegnata unicamente la polizia giudiziaria sotto il duplice versante di notifica alla persona *rintracciata* del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p. e della conseguente riapertura del processo; e di avviso al giudice della relativa procedura, affinché con decreto revochi la sentenza).

Non di meno, pur volendo leggere tra le norme un meccanismo che si adegui all'iniziativa della parte interessata a rilevare l'erronea dichiarazione di assenza, alla ritenuta equipollenza del rimedio della revoca, si opporrebbe per altro verso, l'interesse ad azionare il ricorso per cassazione al fine di interrompere il decorso del termine al quale è associato la definitività della sentenza.

E' indubbio che la conclusione cui era giunta la Corte fosse scandita dalla necessità di defaticare l'impegno della Cassazione quando sia possibile ripiegare su altri strumenti al fine di ottenere il medesimo risultato. Ma il rilievo critico è evidente nella superficialità con la quale giunge a determinate affermazioni, senza soppesare le ripercussioni sull'interesse di parte che dirige l'attivazione del rimedio contro l'erronea decisione. Ritenere che la sentenza emessa ai sensi dell'art. 420-*quater* sia una decisione di rito, e negare che abbia la capacità di incidere in via definitiva su situazioni giuridiche di diritto soggettivo, al solo fine di ritenerla esclusa – ancorché formalmente inclusa – nelle *sentenze* per le quali è configurabile la generale ricorribilità *ex art. 111, co. 7 Cost.*, conduce ad ignorare la potenziale definitività della stessa, col solo scopo di disimpegnare la Cassazione, nell'ottica deflattiva.

5. Affermata la ricorribilità, le Sezioni unite non tralasciano di considerare il profilo soggettivo dell'impugnabilità del provvedimento in esame; del resto, l'assenza nel dettato costituzionale di un riferimento esplicito ai soggetti legittimati, impone una valutazione della sussistenza dell'interesse obiettivo all'impugnazione, plasmato sulla tutela delle posizioni individuali e degli interessi legittimi, sugli scopi che sorreggono la proposizione dell'impugnazione, e sulla congruenza del mezzo alla rimozione degli effetti che si assumono pregiudizievoli.

A parere del Supremo collegio riunito risulta evidente non solo la *legitimatio ad causam* del pubblico ministero, il cui «interesse concreto si sostanzia *ictu oculi* nella rimozione di un “impedimento” alla prosecuzione del giudizio nel merito, ma anche delle altre parti del processo, anch'esse in via generale legittimate, come la parte pubblica, ad impugnare, anche secondo i postulati, già ricordati, di Sez. U, De Marino²⁹, la sentenza inappellabile a norma degli artt. 568, comma 2, e 606, comma 2, cod. proc. pen., oltre che, con riferimento specifico all'imputato, a norma dell'art. 607 comma 1, cod. proc. pen.».

In particolare, per quanto riguarda la parte civile, la Corte ritiene che non sussistano preclusioni di sorta in ragione dell'interesse alla rimozione della sentenza *ex art. 420-*quater* c.p.p.*, erroneamente pronunciata al di fuori delle condizioni di legge, al fine di ottenere una celere celebrazione del processo a carico dell'imputato, che, seppure ai soli effetti civili, ne affermi la responsabilità, rimuovendo la situazione di stasi procedurale altrimenti non eliminabile. La legittimazione ad attivare un immediato controllo sulla valutazione giudiziale in merito ai presupposti della mancata dichiarazione di assenza e all'indicazione del termine finale di prosecuzione delle ricerche, è

²⁹ Il riferimento è a Cass. pen., sez. un, sent. n. 29529 del 17 luglio 2009, su richiamata (v. *supra* § 2).

funzionale a garantire il diritto delle vittime a non vedersi irragionevolmente precluso il diritto all'accertamento giudiziale, garantito sul piano interno³⁰ e sul piano sovranazionale³¹.

Anche riguardo all'imputato – mostrando di non condividere l'approdo giurisprudenziale che nega la sussistenza di un interesse pratico, concreto e attuale a contrastare immediatamente l'erronea qualificazione di "irreperibile"³² – ritiene che non possono sussistere preclusioni ad impugnare il provvedimento in ragione dell'interesse «non solo a vedere emendati eventuali errori del giudice nella determinazione in suo pregiudizio del tempo necessario a prescrivere *ex art. 420-quater*, comma 6, cod. proc. pen., ma anche, e soprattutto, ad ottenere una sentenza di proscioglimento nel merito e non meramente processuale che ne riconosca formalmente l'innocenza, fino a tale momento solo presunta»; precisando che il «diritto al giusto processo di cui l'imputato è titolare include in ogni caso la prospettiva che esso sia celebrato senza ingiustificate dilazioni, stante, diversamente, la eventuale quiescenza dello stesso sino alla possibile maturazione dei termini di prescrizione, impeditiva dell'esclusione nel merito della colpevolezza»³³.

6. In conclusione, in un quadro normativo attuale, sempre più animato da istanze formalmente efficientistiche ma in sostanza deflazionistiche, incline a comprimere o alterare l'effettività del diritto al controllo sulla decisione, la sentenza in commento valorizza apprezzabilmente, in controtendenza, il paradigma del giusto processo del quale la garanzia della verifica in sede di legittimità rappresenta il nucleo essenziale³⁴.

La linea esegetica su cui si sviluppa l'argomentare della Corte non è un caso, del resto, che prende le mosse dalle affermazioni contenute in un risalente arresto della Consulta (di cui si accennava), nel quale si evidenzia la necessità di «assicurare la effettività del giudizio in cassazione» quale garanzia che si qualifica ulteriormente in funzione dell'art. 111 della Costituzione, precisando chiaramente che la norma sta «a significare non soltanto che il giudizio in cassazione è previsto come rimedio costituzionalmente imposto avverso tale tipo di pronunzie; ma, soprattutto, che il presidio costituzionale – il quale è testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio (a ciò riferendosi, infatti, l'espreso richiamo al paradigmatico vizio di violazione di legge) – contrassegna il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione»³⁵. Negando la ricorribilità del provvedimento e in assenza, di ogni altro praticabile rimedio, si finirebbe – sostengono le Sezioni unite – per vanificare la ragione stessa dello strumento impugnatorio, ovvero l'esigenza, insita nel sistema, di confutare l'illegittima applicazione della norma da cui derivino le conseguenze appena sopra considerate.

³⁰ La sentenza richiama sul tema la Corte cost. n. 192 del 2023 che, con riguardo ai presupposti per la dichiarazione di assenza di cui all'art. 420- *bis* c.p.p., valorizza la tutela costituzionale della dignità delle vittime.

³¹ § 11.1 della sentenza in commento. Si afferma: «con riferimento alla persona offesa, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'art. 6 par. 1 CEDU impone agli Stati di organizzare i loro sistemi in modo da assicurare le garanzie ivi previste, e ha sottolineato l'importanza dell'amministrazione della giustizia in un tempo ragionevole, onde non pregiudicarne l'effettività e la credibilità».

³² Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2023, n. 42643.

³³ § 11.2 della sentenza in commento.

³⁴ In questi termini si era espressa la Consulta nella risalente sentenza Corte cost., 9 luglio 2009, n. 207, in www.cortecostituzionale.it.

³⁵ Così Corte cost., sent. n. 395 del 28 luglio 2000, in www.cortecostituzionale.it.

Peraltro, nell’ottica di un raccordo sistematico delle fonti sovranazionali con il dato costituzionale, e con l’intento di valorizzare la più ampia dimensione promanante da quest’ultimo, in funzione del diritto al controllo di legittimità nel sistema multilivello, la conclusione si pone in linea con il c.d. diritto di accesso al giudice, che – seppur non espressamente richiamato dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, trova il suo fondamento nell’art. 6 par. 1 Cedu, quale garanzia che compone implicitamente il giusto processo³⁶ e fondamento per l’attuazione di ciascuna di quelle³⁷. Esso si sostanzia nella necessità per gli ordinamenti nazionali di garantire una possibilità concreta ed effettiva di sottoporre all’esame di un’autorità giudiziaria le istanze di giustizia dei cittadini, ossia nel diritto «al» processo giurisdizionale come oggetto di tutela prioritaria rispetto alla tutela dei diritti «nel» processo³⁸. E del resto, il precetto costituzionale, nel contemplare il diritto al ricorso per Cassazione, non semplicemente introduce una garanzia per l’impugnazione, ma eleva il controllo in sede di legittimità ad elemento presupposto per una giusta decisione³⁹.

Le Sezioni unite, infatti, mettono in risalto proprio il diritto alla tutela giurisdizionale quale rimedio avverso una decisione ingiusta, e la conseguente necessità di preservare l’effettività di tale tutela, e non sottrarre al controllo di legittimità la valutazione dei presupposti giuridici e di fatto relativi alla non conoscenza della pendenza del processo in capo all’imputato, frutto dell’accertamento giudiziale.

Pur tuttavia, residuano alcuni dubbi in ordine alle argomentazioni offerte a sostegno dell’estensione del diritto al ricorso per tutti i motivi *ex art. 606 co. 1 c.p.p.*

La Cassazione porta a sostegno di tale assunto la considerazione di ordine sistematico legata all’espressa qualificazione della sentenza come inappellabile, rendendo «di immediata applicazione l’art. 606, comma 2, c.p.p., con conseguente estensione dell’impugnazione di legittimità anche a tutti i restanti motivi individuati dal comma 1 dell’art. 606 c.p.p. diversi dalla mera violazione di legge»,

³⁶ In argomento cfr. M. CHIAVARIO, *Commento all’art. 6*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 155 ss.; M. GIALUZ, *Il diritto alla giurisdizione dell’imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 75 ss.; F. NICOLICCHIA, *Il caso Vanaria c. Italia davanti alla Corte di Strasburgo: l’inammissibilità del ricorso per cassazione tra garanzie sovranazionali e prospettive de iure condendo*, in *Cass. pen.*, 2017, 899 ss.; N. ROMBI, *Diritto di accesso al giudice e inammissibilità delle impugnazioni tra efficienza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 4, 531 ss.; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I, Principi generali*, 4^a ed., Milano, 2017, 135 ss.

³⁷ S. BUZZELLI, R. CASIRAGHI, F. CASSIBBA, P. CONCOLINO, L. PRESSACCO, *Art. 6. Diritto a un equo processo*, in *Aa.Vv., Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2016, 131.

³⁸ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^a ed., Milano, 2017, 4 ss.; e Id., *Commento all’art. 6*, cit., p. 155 ss. In Costituzione tale diritto viene conferito dall’art. 24, comma 1, e dall’art. 113, comma 1, ad ogni titolare di diritti ed interessi legittimità di natura sostanziale «ma, nella sua specifica prospettiva “penalistica”, sembra privo di riferimenti testuali, dovendosi piuttosto ricondurre al principio “nulla poena sine praevio iudicio poenali”».

³⁹ In termini simili F.R. DINACCI, *Il valore costituzionale dell’obbligo di motivazione quale limite ad espansionismi operativi in tema di inammissibilità dell’impugnazione tra diritto interno e sensibilità europea*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 1 ss. «in tale contesto il ricorso assume, per volere costituzionale, un ruolo di indefettibilità il cui perimetro è rimesso solo alle scelte della parte interessata. Questa può anche rinunziarvi ma, in mancanza di un tale comportamento, non può ritenersi eseguibile una sentenza in ordine alla quale è mancato quel controllo che funge da elemento presupposto di una giusta decisione. E sul punto deve evidenziarsi come una giusta decisione, concorrendo alla realizzazione della personalità dell’individuo “sia come singolo che nelle formazioni sociali”, è attratta nel nocciolo duro delle garanzie costituzionali. In sostanza, il collegamento esistente tra l’articolo 111 e l’articolo 2 Cost., al di là del comando precettivo che promana, individua un preciso indice ermeneutico. In forza dello stesso non possono avallarsi letture riduttive del diritto del singolo all’“accesso” ad un giudice superiore».

unitamente alla considerazione ulteriore «per la quale, soprattutto con riferimento all'accertamento “di merito” della non conoscenza della pendenza del processo in capo all'imputato, la relativa valutazione giudiziale implica inevitabilmente l'estensione del sindacato anche a vizi diversi da quello di violazione di legge, e in particolare al vizio di motivazione».

L'argomentazione, seppur apprezzabile in chiave finalistica (tenuto conto dell'affermazione per la quale la ragione del ricorso è di offrire alle parti processuali la possibilità di evidenziare che il giudice ha erroneamente ritenuto sussistenti i presupposti per la pronuncia della sentenza *ex art. 420-quater* c.p.p., e di conseguenza «il rimedio sarebbe evidentemente incompleto ove venisse limitato alla sola violazione di legge») contiene un'implicita compressione della garanzia promanante dalla norma costituzionale a tutela del diritto al controllo in Cassazione.

Una volta ricostruito il fondamento normativo della ricorribilità nell'art. 111, co. 7, Cost., la legittimità a ricorrere per tutti i motivi di ricorso *ex art. 606*, co. 1, c.p.p., invero, discende non dalla inappellabilità della sentenza o dall'accertamento giudiziale “di merito” sull'esistenza di presupposti che giustificano la decisione di improcedibilità, quando dalla generale ricorribilità per “violazione di legge” impressa a chiare lettere nel dato normativo.

Sul significato della formula influisce, infatti, la genesi della norma nei lavori dell'Assemblea costituente, dai quali si apprende il superamento della primigenia indicazione costituita dall'inciso «secondo norme di legge»⁴⁰. Nella sostituzione di tale formula con l'attuale si legge con chiarezza la volontà dei Padri costituenti di evitare che l'estremo presidio del controllo di legittimità in Cassazione sia affidato alla determinazione legislativa: quella primigenia formulazione avrebbe di fatto reso esente da censure di costituzionalità qualsivoglia limite alla ricorribilità dei provvedimenti, purché normativamente previsto; e avrebbe, quindi, privato di significato pratico la disposizione costituzionale, tradotta in un mero rinvio formale al legislatore ordinario⁴¹.

Pertanto, l'inciso «per violazione di legge», nel definire la portata del presidio, non pone una specificazione ulteriore al ricorso con l'intenzione di limitare quella garanzia, ma semmai si muove nella direzione opposta, ossia quella di valorizzare il «diritto di ricorrere sia per inosservanza delle garanzie processuali concesse ai cittadini, sia per errata applicazione al caso singolo delle leggi di diritto sostanziale»⁴². Tant'è che, in più occasioni durante le adunanze si riconosce l'esigenza che sia

⁴⁰ I lavori preparatori dell'Assemblea Costituente sono reperibili sul sito www.nascitacostituzione.it.

⁴¹ Oltre alla proposta dell'on. Colitto, dai resoconti emergono le proposte di emendamento dell'on. Cortese (nella seduta del 12 novembre 1947) il quale sottolinea l'esigenza fondamentale «che ogni provvedimento giurisdizionale debba poter ricevere il controllo della Suprema Corte di cassazione», ragione per cui l'inciso *secondo norme di legge* “può significare anche soltanto per incompetenza o eccesso di poteri. Io vorrei che fosse con precisione stabilito nella Costituzione che contro tutti i provvedimenti giurisdizionali di qualunque magistratura è dato ricorrere per cassazione «per violazione di legge”». Sulla stessa scia l'on. Caccuri (seduta del 12 novembre, pomeridiana), così si esprime «Al riguardo del sindacato di legittimità della Cassazione, l'articolo 102 del progetto statuisce il ricorso per cassazione secondo le norme di legge. Quest'ultima riserva, con cui si demanda al futuro legislatore la fissazione dei limiti del ricorso, non è affatto tranquillante, poiché nulla esclude che esso possa essere limitato ai soli casi di incompetenza ed eccesso di potere, casi per cui il ricorso è sempre esistito nell'ordinamento italiano fin dalla legge 31 marzo 1887, n. 3761. L'innovazione invece che va esplicitamente sancita nella Costituzione è il diritto al ricorso per violazione di legge, sia processuale che sostanziale». Ancora le proposte di Monticelli e Romano, oltre che la proposta dell'on. Leone (27 novembre 1947) «Tutte le sentenze pronunziate da giudici ordinari o speciali sono impugnabili presso la Corte di cassazione per violazione di legge» (v. www.nascitacostituzione.it).

⁴² V. nota precedente.

espressamente consacrata nella Carta costituzionale la possibilità di ricorrere al *Supremo organo regolatore della interpretazione per tutte le violazioni di legge*⁴³.

La sentenza in commento, allora, si pone nel sedimentato formante giurisprudenziale che offre del concetto di «violazione di legge» un'accezione riduttiva, non coincidente con l'ordinario perimetro del ricorso in cassazione. Eppure, ragioni di ordine logico-ideologico dovrebbero ostare ad una esegesi del dato che legittimi un distinguo tra i motivi previsti dal codice di rito, perché ciò condurrebbe ad una compressione della garanzia costituzionale ancor più grave rispetto a quella temuta dal costituente, in quanto introdotta non per volere del legislatore ma per volere dell'interprete.

Peraltro, ritenere che la formula non includa tutti i motivi di ricorso, conduce ad una *anomala conclusione*⁴⁴: il legislatore avrebbe previsto all'art. 606 c.p.p. un ricorso per cassazione per vizi non costituenti violazione di legge, ritenendo perciò paradossalmente prospettabile un controllo di legittimità che si esplica su patologie a rigore non rientranti in quel concetto.

Per giunta, guardando al rapporto con il vizio di motivazione, ritenere che i motivi di ricorso ex art. 606 co. 1 c.p.p., rappresentino la trasposizione codicistica di quell'unitario concetto, trova conferma nella collocazione sistematica della norma all'interno dei principi del giusto processo, e nell'indubbia complementarità esistente tra l'obbligo di esporre le ragioni poste a fondamento della decisione (art. 111, co. 6 Cost.) ed il compito della Corte di cassazione di garantirne la corretta esplicazione⁴⁵.

Per tali considerazioni, le Sezioni unite, pur favorevolmente valorizzando il diritto a ricorrere in cassazione evitando che possa subire distorsioni che degradano quel principio fondamentale del giusto processo, a valore bilanciabile alla luce della speditezza ed dell'economia processuale, non compiono, tuttavia, il passo ulteriore di cogliere l'effettiva declinazione della garanzia costituzionale impressa nell'art. 111, co. 7, Cost., in proiezione di una dimensione ampia e generale di tutela, ed in coerenza con l'*intentio* originaria del Costituente.

⁴³ Così G. Leone, nelle sedute del 14 novembre e del 26 novembre del 1947: «a mio avviso una esigenza è insopprimibile, esigenza che non può non essere consacrata nella Carta costituzionale, quella cioè di ristabilire, per lo meno al vertice, l'unità della giurisdizione, garantendo il controllo della Corte di cassazione su tutti i pronunciati dei giudici ordinari e speciali [...] la nostra esperienza ci dice che, quando si sono voluti eliminare, limitare, ridurre i diritti dei cittadini, si è abolito il ricorso alla Corte di cassazione, la cui garanzia, per la massima indipendenza e per la funzione regolatrice del diritto di tale organo, deve essere assicurata a tutti i cittadini. Non si dica che questa è materia di ordinamento giudiziario: questa è garanzia costituzionale, che bisogna conferire al cittadino; ed è una garanzia nei confronti del potere legislativo, allorché questo vagheggiasse di privare il cittadino della possibilità di far valere i propri diritti dinnanzi al giudice ordinario. Giudice speciale, se deve essere consentito, ma per indagine di merito; giudice speciale, se deve essere consentito, per l'applicazione della legge nel caso concreto, secondo determinate esigenze; ma sempre possibilità del cittadino di ricorrere alla Cassazione. E non si affermi tale diritto in maniera generica; ma si precisi che tutte le violazioni di legge sono deducibili in Cassazione». In questo senso anche l'on. Mortati alla seduta del 27 novembre 1947: «Per quanto riguarda la competenza, devo fare presente che il significato originario dell'articolo, quale era stato proposto dalla Commissione, era quello di impedire che una legge potesse escludere per qualche decisione il rimedio del ricorso in Cassazione» (v. www.nascitacostituzione.it).

⁴⁴ L. FILIPPI, *Il controllo di legittimità per "violazione di legge"*, in *Diritto di difesa*, 2022, 2, 1 ss.

⁴⁵ Rimarca il ruolo della motivazione quale strumento di controllo della decisione, A. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato diretto da A. Gaito, Torino 1998, 11.

Uno scenario prevedibile: il percorso di rieducazione del minore al vaglio del giudice delle leggi

ALESSANDRA SCALAS

ABSTRACT

The enactment of the “Caivano Decree” marks a concerning regressive shift, exemplified by the new juvenile re-education programme introduced in Article 27-bis of Presidential Decree No. 448/1998. Finding it impossible to interpret Article 27-bis in a manner consistent with constitutional principles, the Preliminary Investigation Judge of Trento, by order dated March 6, 2024, referred the matter to the Constitutional Court for review.

SOMMARIO: 1. Il Decreto Caivano: l'illusoria panacea a tutti i mali. – 2. Il percorso di rieducazione del minore: un istituto dai tratti fortemente involutivi. – 3. Il caso *de quo*. – 3.1. Riflessioni a margine dell'ordinanza. – 4. Rilievi conclusivi.

1. Il decreto-legge n. 123 del 2023¹, noto come “Decreto Caivano”, si sostanzia in un intervento normativo rispondente a logiche antitetiche al tessuto assiologico a fondamento del processo penale minorile².

Il ricorso ad un atto avente forza di legge per veicolare istituti che divengono di ordinaria applicazione su tutto il territorio nazionale rappresenta una vera e propria contraddizione in termini. Invero, nel tempo sono state proposte due diverse interpretazioni dell'articolo 77 co. 2 della Costituzione: secondo la prima, è necessario effettuare una lettura «restrittiva» della norma, conferendogli il significato più oggettivo possibile; a parere della seconda, in senso «estensivo», Governo e Parlamento hanno facoltà di individuare i requisiti di operatività³. Il tipo di lente scelta per l'osservazione della fisionomia del decreto-legge condiziona il risultato. Ciò che risulta preminente però è che «l'urgenza ha sempre un autonomo rilievo», sicché è consentito «il ricorso al decreto-legge, sotto il profilo dell'esistenza dell'urgenza, allorquando solo la modificazione tempestiva dell'ordinamento giuridico soddisfi l'esigenza che l'ha determinata»⁴.

¹ Convertito con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 159.

² In dottrina sul tema, in generale, *ex multis* v. A. CAVALIERE, *Il c.d. Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Riv. pen. dir. proc.*, 2024; C. DE LUCA, *Decreto “Caivano” e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse*, in *Cass. pen.*, 6, 2024; G. MASTRANGELO, *Il D.L. 15 settembre 2023, n. 123 e il processo penale minorile*, in *Cass. pen.*, 4, 2024; A. CONTI, *Le modifiche introdotte dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123 (d.l. Caivano) in tema di processo penale minorile*, in *Il Proc.*, 3, 2023; F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi “sul giusto processo minorile” il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.* 12, 2023; S. BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. “Caivano” in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *Sist. pen.*, 11, 2023; A. MASSARO, *La risposta “punitiva” a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.* 2, 2024.

³ In argomento v. C. ESPOSITO, *Voce Decreto-legge*, Enc. dir., XI, 1962; L. GIANNITI – P. STELLA RICHTER, *Voce Urgenza (diritto pubblico)*, Enc. dir., XLV, 1992, 902 ss.

⁴ L. GIANNITI – P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 903.

Sulla scorta di tali premesse può essere, dunque, considerato il c.d. “Decreto Caivano”. A mio avviso esso è il prodotto di una “cattiva” politica criminale, in cui la scelta di opportunità è orientata al contrasto di un fenomeno che, ad un’analisi più attenta, risulta fortemente ridimensionato; invero, i dati sconfessano la c.d. «emergenza criminalità minorile»⁵, strumentalizzata per legittimare l’adozione dell’articolato normativo. Peraltro, lo stretto collegamento tra questo decreto-legge e il comune di Caivano risulta tutt’altro che rassicurante. Viene da chiedersi come sia possibile, in una materia tanto delicata come il diritto minorile, legare indissolubilmente un intervento normativo dai confini estesi alle vicende occorse in un luogo specifico⁶. Non si vuol certo in alcun modo sminuire la gravità dei fatti commessi ad opera e in danno di minorenni, ma evidenziare che molte risposte alla devianza giovanile sono già contenute nel sistema penale e processuale, se correttamente operanti.

La cifra di tale impostazione securitaria si rinviene proprio nell’art. 1, del d.l. 123/2023, che si rivolge esplicitamente al Comune di Caivano, «al fine di fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti [...]» nello stesso. Dietro le logiche buoniste volte a conferire risonanza ad una situazione difficile, come quella del territorio campano, per cui si rendono necessari «interventi infrastrutturali urgenti», si cela la crisi in cui versa il sistema penale minorile. Ciò che ne deriva è uno stigma, l’identificazione di uno specifico contesto critico su cui operare che diviene modello del buon governo “interventista”. Se la devianza giovanile è favorita dal degrado ambientale, dall’assenza di strutture idonee a prendere in carico i minori, la risposta non va rinvenuta nel sistema penale, a patto di non volerne scardinare le fondamenta e aggirare la logica dell’*extrema ratio*. Ne consegue che il recente intervento normativo mina – in maniera tutt’altro che larvata – i principi costituzionali e sovranazionali⁷ e, soprattutto, l’inderogabilità del diritto all’educazione del minore⁸.

Alla luce di tali premesse, è opportuno soffermarsi su un istituto che evidenzia lo scollamento dalla logica di «responsabilizzazione» di cui il d.P.R. 448/1988 ne rappresenta la sublimazione⁹, ossia

⁵ E. GRENCI, *La rieducazione del minore secondo il “Decreto Caivano”: una prima questione per la Corte costituzionale*, in *Dir. dif.*, 1, 2023, 282. L’A. precisa che dall’indagine sui minori denunciati mostra un quadro «oscillatorio» che non attesta significativi cambiamenti nel 2022 rispetto alle precedenti tendenze.

⁶ «[...] La risposta (o il rifiuto a rispondere) del decisore politico in ognuno di questi casi conferma che alcuni capisaldi di civiltà giuridica in campo penale, accolti nella Costituzione, sono sospinti fuori orizzonte.

Recedono il principio di legalità in senso sostanziale, la tipicità delle condotte punibili, la proporzionalità e ragionevolezza della pena, la sua funzione rieducativa, il divieto di irrogare, sotto le spoglie della sanzione penale, trattamenti contrari al senso di umanità. Si interviene con le armi dell’emergenza, con decreto-legge, strumento principe in questi casi. Si interviene a ridosso immediato dei fatti, talvolta perfino nel luogo in cui essi si sono compiuti. Si interviene sotto dettatura delle vittime, delle loro famiglie, delle comunità ferite, raccogliendone la corrente emotiva, con soluzioni di qualità tanto bassa quanto alta la fretta che le sospinge. Si interviene introducendo nuove figure di reato, aumentando le pene in modo da rendere quanto più estesa la carcerazione preventiva, riducendo il campo della non imputabilità. Laddove sarebbe altamente necessario il meditato procedere, la tensione dialettica di un procedimento parlamentare capace di collocare ogni intervento nel sistema, con le sue compatibilità e i suoi equilibri», Così S. STAIANO, Presidente Associazione Italiana Costituzionalisti, nell’articolo “*Decreto Caivano, l’ultimo schiaffo del populismo alla Costituzione*”, in *Il Dubbio*, 2023; l’intervento è ripreso anche E. GRENCI, *op. cit.*, 282-283.

⁷ Così secondo C. DE LUCA, *op.cit.*, 1924. L’A. sottolinea che il contrasto si rinviene con gli articoli 27, comma 3 e 31, comma 2, Cost.

⁸ Per approfondire la portata del diritto all’educazione del minore vedi C. IASEVOLI, *Diritto all’educazione e processo penale minorile*, ESI 2012.

⁹ C. MAGGIA, Presidente TM di Brescia e AIMMF, *nell’audizione avanti Commissione Affari Costituzionali e Giustizia del Senato della Repubblica con riferimento al D.L. 15.09.2023 n. 123 “Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile,*

il nuovo «percorso di rieducazione del minore», *ex art. 27 bis*, introdotto all'interno del d.P.R. 448/1988.

2. Era solo questione di tempo prima che questo nuovo istituto rivelasse le sue incongruenze, imponendone la rimessione al giudice delle leggi per il vaglio di legittimità costituzionale. Per arrivare a comprendere le ragioni sottese all'ordinanza di rimessione, può risultare utile analizzarne primariamente la fisionomia.

L'istituto è stato definito come «una versione 'semplificata' dell'istituto della messa alla prova per i reati di minore gravità»¹⁰. Invero, è innegabile che si tratti di una «forma di *diversion* procedimentale»¹¹. Evidenti sono i tratti affini alla messa alla prova per i minori e per gli adulti. Non bisogna però lasciarsi ingannare dalla formulazione, perché il percorso di rieducazione solo *formalmente* garantisce alcuni degli scopi sottesi al processo penale minorile, tra cui l'immediata fuoriuscita del minore dal circuito penale; ma, nella pratica, com'è stato correttamente sostenuto, esso realizza una vera e propria «frode delle etichette»¹², un ibridismo che porta primariamente a interrogarsi sulla sua necessità all'interno del sistema, soprattutto in considerazione dell'istituto della messa alla prova – la cui buona riuscita nell'impianto minorile ha indotto il Legislatore a introdurlo anche nel rito per gli adulti¹³.

La collocazione dell'articolo 27 *bis* tra l'istituto dell'irrelevanza del fatto e la sospensione del processo con messa alla prova non appare casuale. La pubblica accusa ha la facoltà – e non più l'obbligo – di ricorrere all'articolo 27 *bis*, ma solo qualora non vi sia la possibilità di richiedere l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere a norma dell'articolo 27 d.P.R. 448/1988. Altresì, non potrà essere attivato tale istituto allorché possa essere richiesta una declaratoria di non imputabilità (*ex art. 26 d.P.R. 448/1988*) o, ancora, possa essere presentata richiesta di archiviazione¹⁴. Ne deriva che è necessario che il soggetto infradiciottenne non solo sia in grado di intendere e di volere, ma che sia punibile¹⁵.

Venendo ora alla formulazione della norma, il Legislatore ha previsto che durante la fase procedimentale, ossia *nel corso delle indagini preliminari*, il pubblico ministero «può notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale la proposta di definizione anticipata del procedimento», purché si tratti di reati per cui è prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione, ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla suddetta pena detentiva; inoltre, è specificamente indicato che i fatti non devono rivestire particolare gravità.

alla povertà educativa, alla criminalità minorile nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale, www.minoriefamiglia.it, 2.

¹⁰Dossier del Senato, XIX legislatura, 25 settembre 2023, ove è inoltre precisato che «[...] esso si differenzia dalla messa alla prova per la minore durata (da uno a sei mesi, mentre la messa alla prova è disposta fino a un anno, e fino a tre anni per i reati di maggiore gravità) e per l'attribuzione dell'iniziativa di promuovere il percorso al pubblico ministero (in capo al quale, stando alla formulazione letterale della norma, sembrerebbe sussistere un obbligo in tal senso) anziché al giudice. Sul punto v. anche F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1576.

¹¹ L'espressione è di C. DE LUCA, *op. cit.*, 1929.

¹² IBIDEM, 1930.

¹³ L'istituto della messa alla prova per gli adulti ha visto la luce con la l. 28 aprile 2014, n. 67.

¹⁴ Sul punto v. F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1576; A. CONTI, *op. cit.*, 1089.

¹⁵ F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1577.

La disposizione prevede, altresì, che la proposta sia subordinata «alla condizione che il minore acceda ad un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda [...] lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da due a otto mesi»; ciò deve avvenire sentiti i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia (art. 27 *bis*, comma 1, d.P.R. 448/1988). In sostanza, l'accesso al percorso è subordinato alla predisposizione di un programma "rieducativo" redatto in collaborazione *anche* con i servizi dell'amministrazione della giustizia entro sessanta giorni dalla notifica; ricevuto il programma, il pubblico ministero lo trasmette al giudice per le indagini preliminari, che fissa un'udienza per deliberare sull'ammissione del minore. In questa fase, sentiti l'imputato e l'esercente la responsabilità genitoriale e valutata la *congruità* del percorso, il giudice dispone con ordinanza l'ammissione stabilendone la durata e sospendendo il processo per la durata corrispondente.

Vanno posti in debito risalto, da un lato, la «fumosità» dell'ambito operativo della disciplina, e, dall'altro, l'incertezza circa l'esercizio dell'azione penale. È stato osservato che nell'iniziativa del pubblico ministero non può leggersi l'esercizio dell'azione penale; ciò in virtù del fatto che sarebbe altrimenti necessario formulare l'imputazione e, a quel punto, sorgerebbe il problema dell'applicazione degli istituti riconosciuti come espressione del diritto di difesa dell'indagato (si pensi soltanto all'articolo 415 *bis* e alle attività che possono essere spiegate in sua attuazione), che non sono contemplati. Secondo quest'indirizzo, la valutazione inerente alla compatibilità della fattispecie criminosa, per cui si procede, con l'istituto si fonderà sulla notizia di reato e su quanto oggetto d'indagine¹⁶.

In realtà, è stato altresì opinato che si possa addivenire al vaglio di ammissibilità del percorso solo se vi sia stato l'esercizio dell'azione penale; e ci si è interrogati su quale atto ne possa essere l'espressione: se la proposta o la sua trasmissione al giudice con il relativo programma¹⁷. A suffragio della tesi che contempla l'esercizio dell'azione penale militano altre circostanze. In primo luogo, la corretta attuazione del percorso consente di guadagnare l'estinzione del reato, che viene dichiarato con sentenza; inoltre, l'articolo 27 *bis* si pone in una logica opposta rispetto all'archiviazione. Infine, l'utilizzo dei termini 'imputato' e 'processo' al terzo comma dell'articolo in questione fa propendere per la tesi che vi riconosce l'esercizio dell'azione penale¹⁸.

Il comma 5 dell'articolo 27 *bis* stabilisce che, qualora il minore non voglia accedere al percorso o lo interrompa ingiustificatamente, il giudice restituisca gli atti al pubblico ministero che può procedere con richiesta di giudizio immediato, anche fuori dai casi previsti dall'articolo 453. Si ritiene che la circostanza della restituzione degli atti vada letta – a seguito dell'azione penale – in «un'ottica di responsabilizzazione»¹⁹. Non mancano critiche anche a tale previsione. In primo luogo, va considerato che la scelta del rito immediato non è da prendere alla leggera. Il Legislatore stesso,

¹⁶ Ricostruisce il dibattito sulla questione A. CONTI, *op. cit.*, 1088.

¹⁷ G. MASTRANGELO, *op. cit.*, 1132-1133, che ritiene più persuasiva la seconda eventualità; è dello stesso avviso C. DE LUCA, *op. cit.*, 1929.

¹⁸ Ciò peraltro è stato suffragato dalla giurisprudenza nell'ordinanza del Tribunale dei Minorenni di Trento del 6 marzo 2024.

¹⁹ G. MASTRANGELO, *op. cit.*, 1133.

consapevole della necessità di adattare il rito tipicamente deflattivo all'impianto minorile, ha inserito nell'articolo 25 un comma 2 *ter* che impedisce l'attivazione del giudizio immediato allorquando possano essere gravemente pregiudicate le esigenze educative del minore. Si ritiene allora, più correttamente, che anche in questa ipotesi vada applicato quanto statuito dall'articolo 25 d.P.R. 448/1988. Diversamente, si avrebbe un aggiramento delle garanzie predisposte per il minore. Non rassicura comunque la previsione nella misura in cui l'immediato elide una fase che, nel rito minorile, assurge a sede elettiva di definizione anticipata, nonché di attuazione delle strategie di non desocializzazione, quale è l'udienza preliminare²⁰.

Infine, la disposizione si chiude prevedendo che in caso di esito positivo del percorso rieducativo il giudice dichiari estinto il reato – in piena assonanza con la struttura della sospensione con messa alla prova; diversamente, vi sarà la restituzione degli atti al pubblico ministero che, similmente a quanto previsto nel 5° comma, potrà procedere con richiesta di giudizio immediato.

3. All'esito di tale ricostruzione è possibile comprendere le ragioni che hanno indotto il Tribunale di Trento, con l'ordinanza 6 marzo 2024²¹, a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'articolo 27 *bis*. Invero, era solo questione di tempo prima che le criticità emergenti a livello testuale assumessero concretezza in sede applicativa, e così è stato. L'ordinanza in commento si apprezza sotto molteplici profili, non ultimo aver ribadito la preminenza della logica educativa – e non rieducativa – che deve informare l'intervento penale nei confronti di soggetti *in fieri*.

Il caso di specie riguardava una lite in famiglia verificatasi tra padre e figlio; in particolare, il figlio veniva indagato per il reato di cui agli artt. 612 e 339 c.p. perché minacciava il padre con un coltello da cucina, asserendo che aveva il timore che potesse essergli fatto del male. All'esito dell'interrogatorio in cui il minore confermava quanto oggetto di annotazione della polizia, il pubblico ministero provvedeva a notificare la proposta di definizione anticipata del procedimento a norma dell'articolo 27 *bis* d.P.R. 448/1988²². La notifica veniva regolarmente effettuata al minore, all'esercente la responsabilità genitoriale e al difensore al fine di consentire la predisposizione di un programma rieducativo da depositare entro sessanta giorni dalla notifica. Tuttavia, il difensore evidenziava che per «la delicatezza della situazione familiare del minore» e per la necessità di un intervento che fosse più strutturato nonché in collaborazione con i servizi sociali, con la famiglia e la scuola, sarebbe stata necessaria un'indagine più accurata dei servizi sociali sul minore e la sua famiglia; per tali ragioni, richiedeva una proroga del termine indicato nell'articolo 27 *bis*. Il pubblico ministero replicava che era già stata predisposta un'indagine ad opera del Servizio sociale del Comune di Trento e, alla luce della circostanza per cui l'articolo 27 *bis* non contempla la possibilità di richiedere una proroga, rigettava l'istanza. Il difensore, dunque, depositava una proposta di progetto educativo predisposta unitamente al Servizio sociale territoriale che consisteva nell'espletamento di un'attività di volontariato presso un centro di aggregazione territoriale. Veniva poi trasmessa al

²⁰ In argomento v. F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1577- 1578.

²¹ Per un primo commento all'ordinanza v. L. CAMALDO, *Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-bis D.P.R. n. 448/1988 (c.d. messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal decreto Caivano*, in *Sist. pen.*, 2024.

²² Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 1.

giudice per le indagini preliminari a cura del pubblico ministero affinché venisse fissata l'udienza per decidere sull'ammissibilità al percorso.

Tuttavia, il giudice che doveva valutare «la congruità del percorso di reinserimento e rieducazione» – secondo quanto statuito nella lettera dell'articolo 27 *bis* – constatava che in assenza delle informazioni necessarie sul minore e con riferimento ai parametri che normalmente rilevano non gli era possibile verificare se quanto oggetto del programma risultasse idoneo a perseguire «una funzione educativa», ossia una «maturazione» del minore²³.

Alla luce di tali circostanze, nell'ordinanza vengono enucleate le ragioni che hanno indotto il giudice per le indagini preliminari a sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'articolo 27 *bis*. Tra queste figure, in primo luogo, la mancata concessione di una proroga del termine per predisporre e depositare un programma che consenta di acquisire più informazioni sul minore, giacché non prevista dalla legge; ciò si ricollega inevitabilmente all'assenza di «elementi conoscitivi» che permettano di valutare la «congruità» del programma «rispetto ai fini educativi» per il minore. Pertanto, in tale situazione, l'unico vaglio possibile attiene alla «proporzionalità» tra il programma presentato e i fatti oggetto di contestazione. In tal senso, questo tipo di operazione richiama logiche di natura prettamente retributiva, in totale contrapposizione con la filosofia che muove il processo penale minorile.

Peraltro, la norma non contempla neppure l'ipotesi di una dichiarazione di incongruità della proposta e non figurano, anche mediante interpretazione, soluzioni che possano soddisfare le esigenze del rito minorile.

Infine, uno dei punti nevralgici concerne l'impossibilità del giudice in veste monocratica di sopperire a tali lacune, giacché privato della componente onoraria tipica del rito minorile fondamentale per garantire la valutazione della personalità e delle esigenze educative del minore.

Alla luce di tali considerazioni, il giudice per le indagini preliminari effettua un passaggio che fornisce la cifra del discorso portato avanti fino ad ora, ossia che «le criticità in rilievo [...] risultano essere intrinsecamente connesse con la disciplina dettata dall'istituto delineato dall'art. 27 *bis*, laddove introduce nel sistema penale minorile una risposta trattamentale solo nominalmente educativa, ma che nella sostanza riesuma una funzione prettamente retributiva, determinando allo stesso tempo delle possibili disparità di trattamento»²⁴. Viene dunque sollevata questione di legittimità costituzionale dell'articolo 27 *bis* con riferimento agli artt. 3 e 31, comma 2, Cost.

3.1. Nell'ordinanza è opportunamente sottolineato che l'istituto in questione si muove in una logica più sanzionatoria che educativa – in netta distonia con quanto previsto dall'articolo 31, comma 2, Cost., che istituisce una tutela rafforzata per i minori, da qui il dubbio di costituzionalità. In particolare, difetta un'attenzione preminente ai fini educativi²⁵.

Invero, ponendo l'attenzione sulle specifiche attività che devono essere contenute nel programma emergono ulteriori perplessità. In dottrina, è stato correttamente osservato che il richiamo

²³Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 2.

²⁴ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 3.

²⁵ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 4.

all'attività lavorativa – sebbene da intendersi come compatibile con le norme in tema di lavoro minorile ai sensi del 1° comma dell'art. 27 *bis* – risulti foriero di dubbi nella misura in cui non viene minimamente tenuto in considerazione come l'attività lavorativa possa condizionare l'esistenza del minore o, ancora, le altre attività che svolge (si pensi alla scuola)²⁶. Altresì, appare critica la disposizione nella parte in cui prevede la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore. Non si comprende, invero, in che modo alcune di queste attività possano aiutare concretamente il minore ad emanciparsi da una scelta deviante e responsabilizzarsi; soprattutto allorquando non vi sia alcun collegamento tra il fatto posto in essere e l'attività «rieducativa» svolta. Non vi è neppure la dovuta attenzione alle esigenze educative del minore²⁷, pur parlandosi di «programma rieducativo», e ciò è ulteriormente suffragato dalla circostanza per cui un percorso di così breve durata (da due ad otto mesi) difficilmente è destinato a consentire al minore di introiettare modelli di comportamento positivi²⁸, affrancandosi dall'avvenuta rottura del patto sociale. La laconicità del disposto normativo e la vaghezza delle prescrizioni²⁹, che in questo caso solo apparentemente consentono l'esercizio della discrezionalità nell'approntare un programma personalizzato, dimostrano l'insufficienza dell'istituto a garantire l'effettiva presa in carico del minore al fine di garantirne la risocializzazione.

Nell'ordinanza, il giudice esplicita i rapporti tra l'articolo 27 *bis* e gli istituti che il diritto minorile ben conosce quali l'irrelevanza del fatto e la sospensione del processo con messa alla prova; tuttavia, l'articolo 27 *bis* e l'articolo 27 sono posti in una logica di esclusione, giacché – come anticipato – il 27 *bis* deve trovare applicazione per tutti quei casi in cui «l'agito deviante, per quanto di lieve entità, non può dirsi occasionale».

Inoltre, un dato rilevante attiene alla semplificazione delle forme di cui all'art. 27 *bis*. In primo luogo, vi è l'esercizio informale dell'azione penale – in tal senso anche la giurisprudenza aderisce all'orientamento che rinviene nell'attivazione di questo modello di definizione anticipata l'esercizio dell'azione penale –, l'accertamento del fatto in forma sommaria, la riduzione delle tempistiche, l'assenza di coinvolgimento della persona offesa, la natura negoziale del programma rieducativo e, infine, ma non per importanza, la devoluzione al giudice in composizione monocratica e l'intervento significativamente ridotto dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia. In tal senso, l'istituto *de quo* si discosta *anche* dalla sospensione con messa alla prova, sia per i minori che per gli adulti³⁰ e, in tal misura, si riscontrano quei tratti che hanno consentito all'articolo 27 *bis* di guadagnare l'appellativo di «ibridismo».

Vi è un vero e proprio rovesciamento della logica che informa il rito minorile: le istanze retributive prevalgono sui bisogni del minore e sulla capacità del sistema di metterlo «al centro [...] e di cogliere le cause esogene ed endogene dell'atto deviante». Risulta ancor più preoccupante che prevalgano valutazioni sull'entità dell'offesa del reato quando sarebbe necessario dare preminenza all'accertamento personologico e all'acquisizione di informazioni che consentano la soddisfazione

²⁶ Così, A. CONTI, *op. cit.*, 1091.

²⁷ Sottolinea tali criticità F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1579.

²⁸ Tali critiche sono evidenziate da A. CONTI, *op. cit.* 1090-1091.

²⁹ Manca peraltro un riferimento alla giustizia riparativa, in netta distonia con la formulazione dell'articolo 28 d.P.R. 448/1988. F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1579.

³⁰ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 5.

dei bisogni educativi. Ciò che il sistema deve indagare, oltre a quanto oggetto di indagine penale, sono «i bisogni sottesi a simili fatti di devianza [...]» che «esprimono una situazione di disagio» di cui bisogna farsi carico secondo quanto si ricava dal combinato disposto degli artt. 3 e 31 Cost, solo in tal senso la risposta può dirsi individualizzante. Il giudice prosegue sottolineando che solo in tal senso «il procedimento penale minorile diviene lo strumento per offrire al minore un'occasione per emanciparsi dalle cause che hanno indotto l'atto deviante» dando attuazione ai principi di cui si è detto³¹.

L'attenzione deve concentrarsi su due aspetti fondamentali: «la conoscenza del minore e il carattere multidisciplinare dell'Organo giudicante, capace di cogliere anche quegli aspetti extragiuridici propri di un sapere pedagogico educativo»³². Appare allora opportuno soffermarsi su tali carenze riscontrabili nel percorso di rieducazione del minore. In primo luogo, allarma che la disposizione preveda che il programma debba provenire dall'indagato – o dal suo difensore – sacrificando le competenze specifiche richieste proprio per meglio tutelare l'interesse superiore del minore³³.

A ciò si aggiunga che la norma sminuisce l'intervento e, quindi, il ruolo dei servizi³⁴. Il termine per coinvolgerli nella redazione è breve; la carenza di organico è notevole ed è alto il rischio che vengano coinvolti tardi³⁵. Nell'ordinanza viene, infatti, sottolineato che è evidente una disparità di trattamento rispetto al ruolo che assumono nell'istituto della messa alla prova per i minori, contemplato dall'articolo 28 d.P.R. 448/1988³⁶. Si pensi soltanto al mancato coinvolgimento dei servizi minorili all'esito del percorso di rieducazione³⁷.

Pertanto, non può che concordarsi con l'ordinanza nella parte in cui è specificato che l'assenza di un'adeguata conoscenza del minore pregiudica fortemente la redazione di un progetto che abbia valenza educativa. Ciò si traduce nell'alta probabilità che il contenuto del programma si fondi «sulla base della tipologia e della gravità del reato contestato e non già sulla base delle specifiche esigenze di recupero del minore, posto che il reato contestato è l'unico dato certo sul minore»³⁸. Invero, non è subalterna la circostanza per cui la messa alla prova minorile affidi il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, in quanto risulta funzionale a garantire il principio di eguaglianza sostanziale³⁹.

³¹ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 6.

³² Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 7.

³³ F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1580.

³⁴ Sul punto cfr. L. CAMALDO, *op. cit.*, 83. L'ordinanza sottolinea sul punto che «la redazione del programma, inoltre, risente delle modalità di coinvolgimento dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia previste dall'art. 27 bis, nella misura in cui la partecipazione dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, al di là se essa debba intendersi obbligatoria o facoltativa, [...] risulta in ogni caso essere secondaria e strumentale, volta non già a elaborare il programma, previa conoscenza del minore, ma limitata alla mera individuazione di quelle attività che dovranno essere poste a completamento del programma rieducativo [...]».

³⁵ F. TRIBISONNA, *op. cit.*, 1580 – 1581. Invero, anche la l'interpretazione evolutiva offerta dell'articolo 27 bis per superare tali criticità, ritenendo che il termine individuato abbia natura ordinatoria, non fuga i dubbi in merito.

³⁶ In argomento v. anche E. GRENCI, *op. cit.*, 287.

³⁷ L. CAMALDO, *op. cit.*, 83.

³⁸ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 7.

³⁹ L'ordinanza sottolinea che l'affidamento ai servizi minorili «assicura la parità di trattamento, la non imputabilità alla difesa del mancato rispetto del termine di 60 giorni per il deposito del programma e il diritto a ciascun giovane di accedere all'Istituto»³⁹.

Il secondo punto fondamentale attiene all'organo deputato alla valutazione della congruità del percorso: il giudice in composizione monocratica. All'esito dei numerosi dibattiti, occorsi in dottrina e in giurisprudenza, non sconvolge che *nella strutturazione della questione di legittimità costituzionale* si ponga in debito risalto che la norma «priva l'Organo giudicante dell'apporto interdisciplinare garantito dalla presenza della componente onoraria e della dialettica che si instaura tra essa e il Giudice togato»⁴⁰. Ad allarmare, invece, è la constatazione che il Legislatore abbia compiuto una scelta in netta controtendenza, allontanandosi dai progressi raggiunti sul versante della tutela delle esigenze educative del minore.

La mancanza di un adeguato coinvolgimento dei servizi minorili – che solitamente operano in sinergia con il giudicante per favorire la risocializzazione del minore – unitamente all'assenza della componente onoraria si risolvono in un grave *deficit* per il minore sottoposto al percorso di rieducazione; difatti, rispetto ad un minore che può accedere alla messa alla prova – che è rimessa all'impulso del giudice – questi si vede privato di tutele essenziali. Non è neppure possibile applicare analogicamente quanto previsto dall'articolo 28 d.P.R., e ciò si risolve nella mancanza del supporto che i servizi minorili offrono al minore “in prova” e nell'assenza del monitoraggio che consente al giudice di essere edotto sulla situazione *specificata*. Inoltre, non è possibile garantire l'assunzione «di tutti quegli accorgimenti in corso d'opera protesi ad adattare la progettualità avviata in relazione agli specifici e cangianti bisogni educativi del minore [...]». Se manca, infine, una relazione redatta da un soggetto dotato di particolari competenze, su quali basi potrà pronunciarsi l'estinzione del reato? Tutto si riduce all'espletamento – in chiave quasi meccanica *potremmo dire* – «degli impegni presi»⁴¹.

Ma non è tutto. Va apprezzato anche il tentativo del giudice per le indagini preliminari di Trento di offrire soluzioni interpretative. Egli osserva che per risolvere le criticità evidenziate si potrebbe ricorrere all'articolo 9 d.P.R. sull'accertamento personologico e all'articolo 6 d. P.R. per coinvolgere i servizi minorili. Tuttavia, né l'uno, né l'altro risultano attuabili ad avviso del giudice remittente, giacché in contrasto con le «finalità perseguite dal legislatore con le misure introdotte» dal decreto Caivano. Si avrebbe, in entrambi casi, una «dilazione temporale»⁴².

Infine, nella parte conclusiva dell'ordinanza, il giudice per le indagini preliminari dà conto anche dei dubbi ermeneutici che aleggiano intorno all'ipotesi in cui il progetto non risulti congruo; anche in tal caso vengono offerte possibili soluzioni: la restituzione degli atti al pubblico ministero e il potere del giudice per le indagini preliminari di integrare il progetto educativo. Nel primo caso, si determinerebbe una regressione del procedimento in assenza di una norma sul punto o di un vizio che ne infici la prosecuzione; ciò – ed è qui che si osserva in maniera plastica l'orientamento giurisprudenziale sulla questione dell'esercizio dell'azione penale – «rappresenterebbe una regressione del procedimento in senso tecnico perché nel momento in cui il Giudice è chiamato ad esprimersi sul progetto, vi è stato l'esercizio dell'azione penale da parte del PMM, stante l'impiego delle dizioni «*processo*» (art. 27 *bis*, III comma) e «*imputato*» (art. 27 *bis*, III e V comma), *univoche nel presupporre l'avvenuto esercizio dell'azione penale*». Inoltre, questa si rivelerebbe contraria alla

⁴⁰ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 9.

⁴¹ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 10.

⁴² Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 10-11.

«determinazione processuale assunta dalla difesa» che ha esplicitato la volontà di giungere ad una definizione anticipata.

Nel secondo caso, l'integrazione officiosa contrasta con «la natura negoziale della proposta educativa» e spetterebbe ad un giudice monocratico⁴³.

4. Non v'è dubbio che l'istituto ha indotto un vero e proprio cortocircuito nel sistema penale minorile, introducendo una logica punitiva a detrimento dell'inderogabilità del diritto all'educazione.

Si tratta di un'opzione di politica legislativa contrastante con la giurisprudenza costituzionale e con gli sforzi di parte accorta della dottrina, che negli anni hanno contribuito ad una giustizia penale minorile rispettosa delle esigenze educative del minore e, di conseguenza, compatibile con i principi costituzionali.

Ne costituisce una pregnante esemplificazione la scelta del nomoteta di inserire tale modalità di definizione anticipata in fase di indagini preliminari. Una valutazione – retta inequivocabilmente da esigenze di celerità, che nel rito minorile dovrebbero essere ben calibrate – che contrasta con la nota sentenza della Corte costituzionale n. 139 del 2020⁴⁴ che ha escluso l'applicazione della messa alla prova dei minori nella fase delle indagini preliminari, non rilevando profili di disparità di trattamento⁴⁵. Appare, quindi, paradossale che un istituto definito come «messa alla prova semplificata» se ne discosti poi così tanto in punto di garanzie. Se esso è ricalcato sul modello del *probation*, non è ragionevole che spieghi i suoi effetti in fase d'indagine.

Inoltre, rileva altresì che l'attivazione del nuovo istituto non contempli la presenza del giudice collegiale, ulteriore differenza del tutto irragionevole rispetto alla messa alla prova.

Il minore viene così indebitamente privato della garanzia della giurisdizione specializzata. Andrebbero allora richiamate, come monito, le parole della Consulta che nella sentenza n. 1 del 2015⁴⁶, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 458 c.p.p. e 1, comma 1, d.P.R. 448/1988 nella parte in cui prevedono la composizione monocratica in luogo di quella collegiale, allorquando s'incardini un rito abbreviato a seguito di conversione del rito immediato. In particolare,

⁴³ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, 13-14.

⁴⁴ In particolare, la Consulta ha specificato che «la tesi espressa dal rimettente, secondo la quale l'apporto scientifico dei giudici onorari potrebbe essere recuperato dal giudice per le indagini preliminari tramite l'audizione di esperti ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d.P.R. n. 448 del 1988, esperti che potrebbero a suo avviso coincidere con le stesse persone fisiche di quei giudici onorari, tradisce un fraintendimento del ruolo dei componenti non togati del giudice dell'udienza preliminare minorile. Questi non sono meri consulenti tecnici del componente togato, bensì componenti dell'organo giudicante a pari titolo, e come tali essi concorrono alla decisione non indirettamente, ma pleno iure, peraltro rappresentando la quota maggioritaria dell'organo stesso. Se ciò corrisponde in generale alla preminenza dell'aspetto rieducativo negli istituti del diritto penale minorile e alla natura spiccatamente personalistica delle valutazioni ad essi sottese, a fortiori si addice alla messa alla prova del minore, che l'art. 28 del d.P.R. n. 448 del 1988 definisce proprio come una valutazione di personalità, da compiere in senso dinamico ed evolutivo, in base alle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Lungi dall'ostacolare il finalismo rieducativo di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. e la protezione della gioventù di cui all'art. 31, secondo comma, Cost., l'assegnazione della messa alla prova del minore al giudice dell'udienza preliminare e non anche al giudice per le indagini preliminari appare conforme a detti parametri, poiché assicura che le delicate valutazioni personalistiche implicate dall'istituto siano svolte da un organo collegiale, interdisciplinare e diversificato nel genere, pertanto idoneo ad espletarle nella piena consapevolezza di ogni aspetto rilevante».

⁴⁵ Sul punto v. L. CAMALDO, *op. cit.*, 83-84. V. anche, E. GRENCI, *op. cit.*, 291 ss.

⁴⁶ IBIDEM, *op. cit.*, 84. E. GRENCI, *op. cit.*, 290.

la Consulta ha sottolineato che «l'interesse del minore nel procedimento penale minorile, pertanto, «trova adeguata tutela proprio nella particolare composizione del giudice specializzato (magistrati ed esperti)» (sentenza n. 310 del 2008), e questa composizione è stata opportunamente prevista anche per il giudice dell'udienza preliminare, formato «da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna» (art. 50-*bis*, comma 2, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 – Ordinamento giudiziario). Per la loro specifica professionalità, che assicura un'adeguata considerazione della personalità e delle esigenze educative del minore, i due esperti che affiancano il magistrato contribuiscono anche all'osservanza del principio di minima offensività, che impone di evitare, nell'esercizio della giurisdizione penale, ogni pregiudizio al corretto sviluppo psicofisico del minore e di adottare le opportune cautele per salvaguardare le correlate esigenze educative». Nel caso dell'articolo 27 *bis* tale circostanza non è contemplata.

Si auspica, dunque, un intervento della Corte costituzionale che riporti in equilibrio il sistema, rendendolo compatibile con i principi costituzionali e, quindi, calando la scure sulla disposizione recentemente introdotta.

Tuttavia, i dubbi permangono e permeano l'intero d.l. 123/2023, soprattutto quanto alla filosofia di fondo: il contenimento del minore deviante.

Il sistema cautelare minorile dopo il d.l. Caivano: dal *favor minoris* al *favor detentionis*

MICHELA SIRACUSA

ABSTRACT

This article offers a critical analysis of the recent reforms introduced by Legislative Decree No. 123 of 2023 concerning the juvenile precautionary detention framework. The legislative intervention marks a significant shift toward a punitive and custodial logic, as demonstrated by the reduction of statutory sentencing thresholds and the introduction of a broad and heterogeneous catalogue of offenses for which pre-trial detention is always admissible. Such a normative orientation raises substantial concerns regarding its compatibility with fundamental constitutional principles, notably the presumption of innocence and the right to education, which retain particular relevance in the context of juvenile justice. The contribution aims to highlight the tensions between the legislative choices and the rehabilitative and educational function that should characterize measures involving minors.

SOMMARIO: 1. L'ennesima 'truffa delle etichette'. – 2. Il contrasto alla criminalità minorile attraverso il sistema cautelare. – 3. L'abuso legalizzato della custodia in carcere. – 4. Ripartire dalla dimensione costituzionale del diritto all'educazione.

1. Il decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, conv. in l. 13 novembre 2023, n. 159, meglio noto come Decreto Caivano, è ancora una volta esercizio di una politica governativa che rincorre l'onda mediatica¹.

La 'perenne emergenza'², che pervade l'intero apparato normativo, si traduce in plurimi interventi, di cui alcuni rivolti esclusivamente al comune di Caivano (capo I) ed altri volti ad introdurre disposizioni in materia di sicurezza, di prevenzione, di offerta educativa (capi II, III, IV), solo apparentemente volti a prevenire il disagio minorile.

Già l'aver dedicato un *corpus* normativo ad un singolo territorio rivela l'impronta securitaria e populistica³: le misure di potenziamento 'a costo zero' dedicate al solo comune di

¹ Per una lettura complessiva della Riforma, si veda S. BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *Sist. pen.*, 15 novembre 2023; R. BARTOLI, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, in *lalegislazionepenale.eu*, 21 maggio 2024; G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1554 ss.; P. GRILLO, *Il "decreto Caivano" diventa legge: parecchie le modifiche apportate in sede di conversione*, in *dirittoegiustizia.it*, 15 novembre 2023; A. MASSARO, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, n. 2, 488; G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «decreto Caivano» sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 febbraio 2024.

² S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000.

³ In questo senso, si veda anche A. GAMBERINI, *Il Decreto Caivano: un intervento "barbaro" sulla disciplina della giustizia penale minorile.*, in *Dir. difesa*, 2, 2023, 595.

Caivano⁴ appaiono irragionevoli in quanto suffragate da una valutazione caso per caso che non dovrebbe connotare la logica del diritto penale⁵.

Non mi sorprenderei, dunque, se, di questo passo, venissero approvati altri decreti emergenziali per contrastare fatti di criminalità che toccano le diverse periferie.

Anche sul versante del diritto penale sostanziale⁶ si rinvengono plurimi inasprimenti sanzionatori e misure di polizia⁷; tuttavia, in questa sede è opportuno soffermarsi sulle novità relative al procedimento penale a carico di minori⁸.

Già l'*incipit* dell'art. 6 è sintomatico dell'afflato inquisitorio, in quanto concerne disposizioni in materia di contrasto ai reati commessi dai minori. La rubrica è il preludio di modifiche processuali (artt. 18-*bis*, 19, 22 e 23, d.P.R. n.448 del 1988)⁹, utilizzando il procedimento, che è sequenza teleologica di atti pre-ordinati all'accertamento di un fatto, come strumento di repressione. Da qui il cedimento dei principi regolatori¹⁰.

Questo dato è sufficiente di per sé ad evidenziare che l'emergenza riguarda la tenuta dei diritti inviolabili, messi in discussione da plurimi interventi 'necessitati ed urgenti'¹¹.

2. Per comprendere la deriva securitaria che affascia le modifiche del sistema cautelare, è doveroso prendere le mosse dal contesto di riferimento.

Infatti, l'ordito normativo del 1988 poggia sul principio del *favor minoris* che, nelle fonti europee, si traduce nella clausola del *best interest of child*¹².

Il significato di 'migliore interesse' si esprime nella miglior cura della persona, sì da poter assicurare, in linea con quanto enunciato dalle Regole di Pechino, che «ogni fanciullo privato della libertà sia trattato con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità della persona umana e in maniera da tener conto delle esigenze delle persone della sua età¹³».

La preminente cura del minore emerge, peraltro, anche dalle fonti euro-unitarie, tra cui si inserisce la Direttiva 2016/800/UE che pone in risalto l'assoluta residualità della detenzione cautelare, imponendo agli Stati membri di calibrare la scelta sulla persona del minore.

⁴ G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 1554.

⁵ A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *penaledp.it*, 9 febbraio 2024.

⁶ S. BERNARDI, *Convertito in legge il D.L. "Caivano" in contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *Sist. pen.*, 15 novembre 2023, cit.

⁷ Quanto alle novità in materia di prevenzione, si veda G. MASTRANGELO, *Il D.L. 15 settembre 2023 n.123 e la rinnovata estensione delle misure di prevenzione, anche tipiche, ai minorenni, tra amministrazione e giurisdizione.*, in *Cass. pen.*, 2, 1° febbraio 2024, 422.

⁸ F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 1° dicembre 2023, 1568.

⁹ C. DE LUCA – L. MANTOVANI, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse*, in *Cass. pen.*, 6, 1° giugno 2024, 1924.

¹⁰ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale, Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano 1989, 47.

¹¹ Per una completa ricostruzione sul contenuto e funzione del diritto all'educazione, si rinvia a C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012.

¹² Come recita l'art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo: «*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*».

¹³ *Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (Regole di Pechino)*, 29 novembre 1985, in D. VIGONI (a cura di), *Il minore autore di reato negli atti internazionali*, Torino 2020, 13 ss.

Obiettivo del sistema multilivello è realizzare, dunque, un'armonizzazione che, prescindendo dalle resistenze nazionali, assicuri un'effettiva tutela del fanciullo¹⁴.

In questo cammino, il nostro ordinamento ha fatto da apripista, giacché, ancor prima dell'integrazione europea, ha riservato al minore assoluta centralità, apprestandogli strumenti di tutela inderogabili.

Invero, il *best interest of child* si declina nella tutela costituzionale del diritto all'educazione, attraverso cui si assicura una piena esplicazione della sua personalità (artt. 29, 30, 31 Cost.).

In questo contesto si inseriscono le disposizioni in materia cautelare¹⁵ (artt. 19,20,21,22 e 23 d.P.R. 448/1988), ove la logica del *favor minoris* si traduce nella valutazione di adeguatezza rafforzata¹⁶, imposta sia *ex ante* al legislatore, mediante la predeterminazione delle misure in astratto applicabili, sia *ex post* al giudice, il quale deve orientarsi verso la misura in concreto più idonea alla non interruzione dei percorsi educativi in atto¹⁷.

A tal proposito, la Corte di legittimità ha precisato che i processi educativi non si limitano alla prosecuzione dell'istruzione scolastica, dovendo essere calibrati sulla specificità della condizione del minore¹⁸; essi, dunque, si sostanziano in percorsi, verificabili e attuali, che contribuiscono a costruirne la personalità.

Il sistema cautelare si completa con il rinvio, mediante la clausola di sussidiarietà di cui all'art. 1 d.P.R. *cit.*, alle condizioni di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p.¹⁹

In sintesi: gradualità, proporzionalità, attualità di esigenze cautelari e gravi indizi di colpevolezza, unitamente alla non interruzione dei percorsi educativi e all'adeguatezza rafforzata costituiscono i punti di riferimento che orientano il giudice nel decidere in ordine alla limitazione preventiva della libertà personale del minore²⁰.

Con l'entrata in vigore del d.l. Caivano, si registra una pericolosa inversione di rotta: il *favor minoris* arretra a beneficio del *favor detentionis*.

Anzitutto, nell'apparente tentativo di voler bilanciare un equilibrio sin troppo orientato verso istanze repressive, il Legislatore ha operato un intervento di *découpage*.

¹⁴ L. MANTOVANI, "Decreto Caivano" e provvedimenti de libertate nella giurisdizione minorile: un delicato equilibrio che si fa sempre più instabile, in *Cass. pen.*, 3, 1° marzo 2024, 1038.

¹⁵ Per una ricostruzione sulle misure cautelari minorili si rinvia ai lavori di L. RUSSO, *Il giudice e le misure cautelari nel processo penale minorile*, in *Foro it.*, 1990, 113, 187 ss.; M. BARGIS – S. BUZZELLI – C. CLAUDIA, *Le misure cautelari*, in *Procedura penale minorile*, M. BARGIS (a cura di), Torino 2016; S. GIAMBRUNO, *Il processo penale minorile*, Padova 2003; P. GIANNINO, *Il processo penale minorile*, Padova 1997; F. PALOMBA – G. DE LEO, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano 1989; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Processo penale minorile: aggiornare il sistema*, Padova 2004; P. CORSO, *Codice di procedura penale e processo penale minorile: commentato con la giurisprudenza*, Piacenza 2021; G. GIOSTRA – V. BOSCO, *Il processo penale minorile: commento al d.P.R. 448/1988*, Milano 2021; L. LUPÀRIA, *La riforma del processo penale minorile: brevi note in occasione di un recente convegno*, in *Cass. pen.*, 12, 2003, 4018.

¹⁶ A.M. CAPITTA – S.V. GIULIANO, *Le misure coercitive minorili tra funzioni cautelari e continuità educativa*, in *Cass. pen.*, 9, 2004, 3007B.

¹⁷ A. PRESUTTI, *Le misure cautelari*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, IV, Torino 2021, 127.

¹⁸ *Cass. pen.*, 8 marzo 2006, Rv. 234170.

¹⁹ R. RICCIOTTI, *La giustizia penale minorile*, III, Padova 2007.

²⁰ M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1° marzo 2018, 21.

Eliminando la distinzione relativa ai reati di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n.309/90, si stabilisce che la diminuzione della minore età, di cui il giudice deve tener conto nella determinazione della pena, riguarderà tutti i delitti (art. 19, comma 5, d.P.R. n.448/1988).

Una rassicurazione di poco rilievo pratico, considerato che il giudice dovrà sì tener conto della diminuzione nei fatti di lieve entità, ma rispetto a questi la Riforma ha apportato ulteriori incrementi sanzionatori.

Con specifico riguardo alle misure non custodiali, si abbassa il limite edittale, così estendendone l'ambito operativo a tutti i delitti puniti con pena non inferiore nel massimo a quattro anni²¹ (art. 19, comma 4, d.P.R. n.448/1988).

L'impatto nella prassi di tale modifica sarà notevole poiché, ad esempio, minori coinvolti in procedimenti per episodi di 'piccolo spaccio' potranno essere destinatari di misure non custodiali.

Plurimi gli effetti consequenziali.

Anzitutto, la scelta di ricorrere al collocamento in comunità si scontra con le oggettive difficoltà di individuare un luogo adeguato, attesa la carenza di personale, di risorse e di strutture.

Peraltro, se anche un giudice si determinasse per la permanenza in casa, ne conseguirebbe che il minore, coinvolto in episodi di 'spaccio di quartiere', non verrà sradicato da quel contesto familiare o ambientale che è spesso causa della devianza.

Percorrendo sempre la logica securitaria, la Riforma 'semplifica' gli effetti di eventuali violazioni del collocamento in comunità, stabilendone la sostituzione con la custodia cautelare ed eliminando la necessità di osservare in tali casi il termine di durata massima di un mese. (art. 22, comma 4, d.P.R. n.448 del 1988).

In aggiunta, viene prevista la modifica *in peius* in caso di aggravio delle esigenze cautelari (art. 22, comma 4-bis, d.P.R. n.448 del 1988).

Perplime la tecnica normativa impiegata: la semplificazione del transito dal collocamento in comunità alla custodia cautelare avviene a seguito della conclusione della procedura di conversione del Decreto, approfittando di un momento privo di confronto dialettico.

La scelta non sorprende, essendo null'altro che la conferma della recente tendenza ad implementare una politica a trazione governativa, comprimendo gli spazi della legittimazione democratica.

In secondo luogo, l'eliminazione del limite massimo di durata della custodia in caso di trasgressioni finisce per equiparare irragionevolmente tale evenienza all'aggravio delle esigenze cautelari²².

Tuttavia, un conto è modificare in presenza di ripetute violazioni, ciò giustificando la provvisoria durata che oggi è venuta meno; altro è disporre la detenzione a seguito di una rivalutazione delle esigenze cautelari.

²¹ F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, cit.

²² C. DE LUCA – L. MANTOVANI, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse*, cit.

Peraltro, la definizione di una norma ‘*ad hoc*’ relativa alla sostituzione o alle trasgressioni finisce per rendere inoperativa la clausola di sussidiarietà di cui all’art. 1 d.P.R. *cit.*, attraverso cui potevano essere applicate le disposizioni di cui agli artt. 276, 280 e 299 c.p.p.

Infine, si elude il principio del trattamento differenziato: basti pensare che un minore, mai realmente educato e poco incline al rispetto delle regole, potrà essere spinto a trasgredirle in una comunità priva di riferimenti, con conseguente agevole passaggio alla misura custodiale.

Tutto ciò conferma la vocazione al *favor detentionis*²³, in una cornice, costituzionale ed europea, in cui a prevalere dovrebbe essere il *favor minoris*²⁴.

3. Assoluta centralità è rivestita dalla custodia in carcere, anche laddove gli stessi comportamenti potenzialmente addebitabili ai minori siano sintomo di disagio giovanile che avrebbe richiesto altre strategie di non desocializzazione²⁵.

In primo luogo, l’art. 6, comma 1, *lett. c)*, D.L. n.123/2023 consente il ricorso alla custodia cautelare per tutti i delitti non colposi punibili con l’ergastolo o con la reclusione non inferiore a sei anni²⁶.

Abbassando il limite edittale di ben tre anni, si ammette il ricorso alla custodia cautelare per un’ampia congerie di reati, tra cui la minaccia mediante l’impiego di armi (art. 612, comma 2, c.p.) o la truffa aggravata (art. 640, comma 2, c.p.).

L’ispirazione carcerocentrica è confermata dalla previsione di ulteriori delitti non colposi che, ancorché non rientranti nei limiti previsti, legittimano la custodia: il riferimento è ai reati di cui all’art. 380, comma 2, *lett. e)*, *e-bis)*, *g)*, c.p.p., nonché ai delitti, sia consumati che tentati, di violenza o resistenza al pubblico ufficiale e ai fatti di lieve entità di cui all’art. 73, comma 5, t.u. stup²⁷.

Il criterio qualitativo impiegato, poggiante sul titolo astratto di reato, estende la limitazione preventiva ai delitti puniti con una pena notevolmente inferiore a sei anni e, talvolta, addirittura inferiore al limite dei quattro anni che consentirebbe il ricorso a misure non custodiali!

Un esempio può essere chiarificatore: si pensi al tentativo di resistenza al pubblico ufficiale la cui pena, per la forma consumata, va da sei mesi a cinque anni.

Se si considerasse esclusivamente il limite edittale massimo, inferiore a sei anni, ne conseguirebbe l’inapplicabilità della detenzione anticipata; tuttavia, la resistenza al pubblico ufficiale rientra tra i delitti per i quali, anche fuori dai limiti consentiti, è ammessa la custodia cautelare.

²³ Trattasi di una tendenza rivelatasi in plurimi interventi governativi. Si pensi, ad esempio, al d.l. n.162 del 2022, c.d. Decreto “*Rave*”.

²⁴ Sulla preminenza accordata al *favor minoris*, Corte cost., 11 luglio 2000, n. 323.

²⁵ R. ADORNO, *Una bussola irrinunciabile per navigare nelle acque della giustizia penale minorile. Leggendo G. Giostra (a cura di), “Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. n.448/1988”* in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 3, 1° settembre 2024, 1169.

²⁶ A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *penaledp.it*, 9 febbraio 2024, cit.

²⁷ R. ADORNO, *Una bussola irrinunciabile per navigare nelle acque della giustizia penale minorile. Leggendo G. Giostra (a cura di), “Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. n.448/1988”* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, cit.

Le perplessità si acquisiscono quando si passa dalla forma consumata a quella tentata: invero, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 56 e 337 c.p., la pena andrà ridotta da un terzo a due terzi.

Ne consegue che per la tentata resistenza al pubblico ufficiale si avrà una cornice edittale tra 1 anno e 8 mesi e 3 anni e 4 mesi: ebbene, il giudice procedente potrà optare per la misura custodiale sebbene il limite di pena massimo sia finanche inferiore a quello che ad esempio consentirebbe il collocamento in comunità.

Nella prassi, innanzi ad un tentativo di resistenza, talvolta sintomatico di mera sfrontatezza di un minore mai realmente educato al rispetto delle regole, il giudice si orienterà giocoforza verso la custodia cautelare in carcere, non potendo disporre il collocamento in comunità.

Ulteriori esempi rivelano la fallacia della Riforma: si pensi all’inserimento, nel catalogo di cui all’art. 23, comma 1, dei fatti di lieve entità a fronte dei quali la soluzione detentiva dovrebbe essere assolutamente eccezionale.

Pur rivelando un’incoerenza di sistema, considerato che la lieve entità aprirebbe finanche alla non punibilità per particolare tenuità (art. 131-*bis* c.p.), l’opzione legislativa non sorprende.

D’altronde, l’attenzione verso reati in materia di stupefacenti e contro la pubblica sicurezza è ben evidente in tutto l’impianto del Decreto: basti pensare alla nuova previsione, «*irrimediabilmente oscura*²⁸», di cui all’art. 421-*bis* c.p., la cui pena edittale, sproporzionalmente elevata, ammette, ancora una volta, il ricorso alla custodia cautelare²⁹.

Per ragioni di completezza, vanno citate le modifiche relative ai termini della misura custodiale, in quanto anch’esse depongono verso il *favor detentionis*³⁰.

La riduzione del tempo di durata massima si inasprisce, fissandolo nella misura di un terzo per i reati commessi dagli infradiciottenni e della metà per gli infrasedicenni, in luogo rispettivamente della metà e dei due terzi³¹ prima previsti.

Due i profili critici da segnalare: da un lato, in forza del principio del ‘*tempus regit actum*³²’, tali norme processuali si applicheranno a tutte le misure in fase di esecuzione, con l’unico limite delle situazioni giuridiche già definite³³.

²⁸ L’espressione viene impiegata, sia pure con riguardo a disposizioni in materia edilizia, dalla Corte costituzionale rispetto a leggi che, in quanto irrimediabilmente oscure, determinano un’intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta e, pertanto, sono in contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. Cfr. Corte Cost., 18 aprile 2023, n.110.

²⁹ Sulla sproporzionalità ed irragionevolezza della previsione incriminatrice, si rinvia ad A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *penaledp.it*, 9 febbraio 2024, cit.

³⁰ L. MANTOVANI, “Decreto Caivano” e provvedimenti de libertate nella giurisdizione minorile: un delicato equilibrio che si fa sempre più instabile, in *Cass. pen.*, cit.

³¹ C. DE LUCA – L. MANTOVANI, *Decreto “Caivano” e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse*, cit.

³² O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano 1999.

³³ In senso favorevole alla valenza del *tempus regit actum*, si veda Sez. un., 1° ottobre 1991 (dep. 28 ottobre 1991), n. 20; Sez. un., 27 marzo 1992 (dep. 18 aprile 1992), n. 8. In dottrina, in senso contrario, si veda A. GAITO, *Custodia preventiva e successioni di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1361 ss.; M. NOBILI, *Successione di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, I, 2137 e ss.

Dall'altro, lascia perplessi tale inasprimento, essendo esteso anche al collocamento in comunità e alla permanenza in casa, stante la loro equiparazione alla custodia cautelare, seppure al solo fine del computo dei termini (artt. 21, comma 4, e 22, comma 3, d.P.R. n.448/1988).

Ancora, tra le esigenze che giustificano la misura detentiva, la Riforma ripristina il pericolo attuale e concreto di fuga, espunto dalla Corte costituzionale che ne aveva dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega³⁴ (art. 23, comma 2, lett. a-bis, d.P.R. n.448 del 1988).

Sebbene la Consulta abbia censurato la disposizione per ragioni di carattere strettamente procedimentale, stante la violazione dell'art. 76 Cost., si richiama l'attenzione sulla tenuta dei principi ispiratori del procedimento penale minorile³⁵.

Invero, la legge delega vincolava il delegato a prevedere la custodia cautelare soltanto per delitti di maggiore gravità e sempre che sussistessero gravi esigenze istruttorie o di tutela della collettività³⁶. In quest'ottica, irragionevole e distonica appariva la previsione del pericolo di fuga, in quanto non coincideva, nemmeno velatamente, col pericolo di commissione di nuovi reati.

Degno di nota è il passaggio della motivazione in cui la Corte ricorda che la scelta di non ricomprendere il pericolo di fuga tra le esigenze giustificanti la custodia derivi dal «[...] disfavore del legislatore per l'utilizzo del carcere nei confronti dei minori, anche in coerenza con i principi affermati a livello internazionale riguardo al diritto penale minorile³⁷».

E, allora, la scelta di ripristinare il pericolo di fuga sconta dubbi di ragionevolezza perché attenua il trattamento differenziato previsto per i minori, equiparandolo agli adulti³⁸.

Inevitabile è, poi, la frizione coi principi costituzionali a tutela del diritto all'educazione, favorendo la stigmatizzazione del minore in attesa di giudizio.

Peraltro, emergono dubbi di coerenza con il panorama europeo, essendosi ribadita, in diverse Raccomandazioni, la residualità della detenzione cautelare a fronte di un concreto «rischio che l'imputato commetta nuovi reati»³⁹.

Pur trattandosi di atti di indirizzo non vincolanti, giova ricordare che l'armonizzazione europea, perseguita anche in ambito minorile, delinea uno *standard* comune di garanzie al di sotto del quale gli Stati membri non dovrebbero mai collocarsi.

4. Le novità in materia cautelare esprimono, come si è voluto evidenziare, la precisa scelta del Legislatore di inseguire la politica dell'emergenza, favorendo tendenze autoritarie.

Eppure, un interrogativo sorge spontaneo: si può realmente parlare di emergenza?

Che dir si voglia, una situazione emergenziale sussiste a fronte di un grave ed esponenziale aumento della delinquenza, non fronteggiabile con ordinari strumenti.

³⁴ Corte Cost., 12 luglio 2000, n. 359.

³⁵ L. MANTOVANI, "Decreto Caivano" e provvedimenti de libertate nella giurisdizione minorile: un delicato equilibrio che si fa sempre più instabile, in *Cass. pen.*, cit.

³⁶ D. Vigoni, Interferenze e questioni (ir)risolte in materia di libertà personale del minorenne, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2014, 178.

³⁷ Corte cost., 12 luglio 2000, n.359, considerato in diritto n. 2.

³⁸ A favore della possibilità di estendere, per il tramite dell'art. 1 d.P.R. cit., la disciplina di cui all'art. 274 c.p.p., si veda F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, cit.

³⁹ *Art. 16 Rec. (2003) 20*, in D. VIGONI (a cura di), *Il minore autore di reato negli atti internazionali*, cit., 26.

Ebbene, dai dati statistici emerge un quadro non corrispondente a quello che le testate giornalistiche propinano quotidianamente, essendosi registrato un picco di minori arrestati e/o sottoposti alle indagini nel 2015 cui è seguito un notevole decremento sino al 2019.

Peraltro, pur essendosi notato un lieve aumento nel 2021, esso non è mai stato esponenziale né ha raggiunto il picco del 2015⁴⁰.

E, allora, la scelta del Legislatore di etichettare un fenomeno come ‘emergenziale’ è frutto di una valutazione politica piegata a logiche del consenso.

Da qui, l’uso simbolico del diritto penale, la funzionalizzazione del procedimento penale quale strumento di contrasto e l’abuso della custodia cautelare come deterrente alla criminalità.

Tirando le fila, possiamo constatare gli effetti dirompenti connessi alla vocazione carcero-centrica. Innanzitutto, l’opzione legislativa di ampliare la detenzione preventiva, per dare risposte simboliche alla società, pregiudica un minore ancora *sub iudice*, ledendone la presunzione di non colpevolezza. In buona sostanza, l’abuso della custodia si rivela un’opzione involutiva, desocializzante e stigmatizzante; involutiva perché non coerente con il quadro di fonti costituzionali ed europee. Basti pensare ai principi ispiratori del procedimento, tra cui, l’adeguatezza rafforzata, la non interruzione dei percorsi educativi, la specializzazione delle strutture processuali, la diversificazione del trattamento.

Ma v’è di più. La tendenza involutiva si registra anche rispetto a fonti equi-ordinate: si pensi, ad esempio, alle novità introdotte dalla legge n.71 del 29 maggio 2017, dedicata al contrasto del *cyberbullismo* e recante disposizioni volte a favorire strategie riparatorie e di reinserimento dei minori coinvolti, nell’ottica di incentivare la prevenzione attraverso l’educazione.

La speranza di avviare un percorso di rinnovamento culturale, che parta dalle scuole e che coinvolga diversi attori istituzionali, è stata ben presto tradita dal Decreto Caivano, ciò innescando un’evidente arretramento del sistema.

Eppure la custodia cautelare è desocializzante perché svincola percorsi educativi avviati ed interrompe *ab initio* quelli non ancora intrapresi.

Inoltre, un minore condotto in un istituto di pena per fatti bagatellari non comprenderà a pieno la limitazione, essendo la stessa sproporzionata. Chiaramente la frattura con la società, provocata dalla scelta di devianza, non sarà sanata.

A ciò si aggiunga che l’abuso della custodia cautelare è la causa principale del sovraffollamento e, conseguentemente, di assenza di spazi, da intendersi anche come spazi da destinare ad attività trattamentali di tipo educativo.

La conferma è data dagli ultimi rilievi statistici⁴¹, che registrano un sovraffollamento determinato prevalentemente da soggetti in attesa di giudizio.

⁴⁰ *Report criminalità minorile del Ministero dell’Interno – Dipartimento di Pubblica Sicurezza, Roma, 23 ottobre 2023, 32.*

⁴¹ Nel corso del 2023, il 79,3% degli ingressi in carcere si è avuto per custodia cautelare. Un numero estremamente alto di ingressi – 318 nel corso dell’anno, pari quasi al 27,8% degli ingressi totali – proviene dalle comunità a seguito dell’aggravamento della misura cautelare per reiterate trasgressioni. I dati sono acquisiti dal XX Rapporto Antigone sulle condizioni di detenzione dei minori, consultabile in <https://www.rapportoantigone.it/ventesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/minori/>

E il bilancio è ancor più allarmante se si considera che si tratta nella maggior parte dei casi di reati contro il patrimonio, pur ricomprendendo tale categoria anche fatti di minore entità.

Dunque, a mio avviso il sovraffollamento, causato dall'abuso della custodia cautelare, costituisce un'emergenza ben più allarmante della stessa criminalità minorile.

Ma non è questo il tema all'ordine del giorno dell'agenda governativa che, al più, affronta il problema delle strutture in termini di investimenti in edilizia penitenziaria.

In un contesto in cui imperversa la povertà valoriale, l'opera della Corte costituzionale si rivela più che mai essenziale, essendo l'unica istituzione che, in quanto custode della tenuta dei principi, può ricalibrare il sistema promuovendo una lettura costituzionalmente orientata.

Come già avvenuto per altre disposizioni introdotte dal decreto 'Caivano'⁴², non si esclude, ed anzi si auspica, una rimessione al giudice delle leggi della disposizione di cui all'art. 23, comma 1, d.P.R. 448/88 per contrasto con gli artt. 3, comma 2, 27, comma 2, 29, 30, comma 1, 31, comma 2, Cost⁴³. e, non da ultimo, con l'art. 117, comma 1, Cost.

Anzitutto, la previsione di una serie di reati ai quali si estende la custodia, a prescindere dai limiti edittali, presenta profili di irragionevolezza, giacché si applica la detenzione cautelare anche nelle ipotesi in cui si potrebbe ricorrere all'impiego di misure meno gravi.

La disposizione, invero, collide con il combinato disposto degli artt. 29, 30, 31 Cost., la cui tutela costituisce scopo primario cui deve tendere uno Stato sociale di diritto⁴⁴.

Né può trascurarsi la frizione con la presunzione di non colpevolezza, giacché si legittima il ricorso ad una misura che, nei riguardi di un soggetto in attesa di giudizio, viepiù minore, è costituzionalmente concepita quale *extrema ratio*.

Infine, emergono dubbi di compatibilità con l'art. 117, comma 1, Cost., atteso che l'ammissibilità della carcerazione preventiva sulla base del solo titolo di reato elude la specificità trattamentale, garantita dal sistema multilivello.

Si fa riferimento, in particolare, alle cc.dd. Regole di Pechino, alle regole ONU per la protezione dei minori privati della libertà, alla Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 5 novembre 2008 sul trattamento dei minori sottoposti a misure limitative, nonché alla direttiva 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali. Da queste fonti deriva la connotazione assolutamente residuale della carcerazione preventiva, stante la necessità di salvaguardare la specificità dello status di persona minorene.

⁴² Il riferimento è alle recenti questioni rimesse alla Corte costituzionale. Cfr., Trib. minorenni Bari, GUP, ord. 25 marzo 2024. In dottrina, L. CAMALDO, *Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova*, in *Sist. pen.*, 5, 2024; I. PICCOLO, *Sulle preclusioni del Decreto Caivano alla sospensione del procedimento con messa alla prova per i minorenni. Letture auspicabili in attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2, 2024.

⁴³ C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio in garanzia dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano 1978, 1574-1575; L. CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA e P. RIDOLA, II, Torino 2001, 685; L. CARLASSARRE, *Posizione costituzionale dei minori e sovranità popolare*, in AA. VV., *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. DE CRISTOFARO e A. BELVEDERE, Milano 1980, 41.; P. GROSSI, *La famiglia nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in *La famiglia nel diritto pubblico*, a cura di G. DALLA TORRE, Roma 1996, 14.

⁴⁴ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 11; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma – Bari 2000, 47; T. MARTINES, *Considerazioni conclusive in Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee*, a cura di A. ROMANO, Milano 1994, 244.

Pur consapevoli che la Corte costituzionale non possa né debba risolvere tutte le aporie legislative⁴⁵, è evidente che abbia, oggi più di ieri, un ruolo predominante nel riportare entro binari costituzionalmente garantiti scelte politiche evidentemente autoritarie. D'altra parte, il giudice delle leggi ha mostrato, in più di un'occasione, una raffinata sensibilità giuridica nella tutela delle esigenze educative dei minori, assicurandone il diritto al trattamento differenziato⁴⁶.

È tempo di ripartire dalla Costituzione, «punto di unificazione e di completamento delle dinamiche istituzionali e dei processi di trasformazione⁴⁷», nella piena convinzione che, ancora una volta, la premessa e il punto d'approdo di ogni riflessione politica o giuridica non può che essere l'effettività dei diritti fondamentali e, segnatamente, degli artt. 29, 30, 31 Cost. che esprimono «la dimensione sociale del diritto all'educazione⁴⁸».

⁴⁵ Sul ruolo e funzionamento del giudizio di costituzionalità, si veda AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. COSTANZO, Torino 1996; A. RUGGERI, *La legge 87 e le "modifiche tacite" della disciplina del processo costituzionale*, in *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Como, 26-27 maggio 2023, 1 ss.; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2022, 2, 331.

⁴⁶ Il riferimento è alle plurime pronunce della Corte costituzionale che hanno apprestato una tutela forte e cogente alle istanze educative del minore. Si veda, Corte cost., 28 aprile 1994, n. 168; Corte Cost., 14 aprile 1995, n. 125; Corte cost. 30 dicembre 1998 n.450; Corte Cost. 28 aprile 2017, n. 90; Corte cost., 29 marzo 2019, n. 68; Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263.

⁴⁷ C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, cit.

⁴⁸ *Ibidem*.

La diversione nel sistema penale minorile

VINCENZO SMERAGLIA

ABSTRACT

The paper explores the Italian juvenile criminal justice system, focusing on legal mechanisms designed to avoid the conviction of minors who commit crimes and instead promote individualized rehabilitation programs. Emphasizing the pluralism of legal sources and the multi-level protection of rights, the study analyzes alternatives to ordinary criminal proceedings, such as diversion and probation, which aim to remove minors from the judicial circuit promptly and without stigma. Governed by Presidential Decree No. 448/1988, the Italian model is presented as a best practice, emphasizing education and re-education over punishment, in alignment with both constitutional principles and international legal instruments. The minor's personality is placed at the center of judicial assessment, replacing a purely punitive approach. The recent adoption of Decree-Law No. 123/2023 ("Caivano Decree") has, however, introduced stricter punitive elements, raising critical questions about their compatibility with the foundational principles of juvenile justice. The paper assesses whether these recent changes align with the core rehabilitative mission of juvenile criminal law, reaffirming the necessity of a differentiated legal framework that prioritizes the best interests of the child, as mandated by both national and supranational legal standards.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Probation e diversion nel d.P.R. 448/1988. – 2.1 La sentenza di non luogo a procedere per “irrelevanza del fatto”. – 2.2 La sospensione del processo con messa alla prova e la mediazione. – 3. Le novità del D.L. 123/2023 sugli istituti di *diversion* e *probation*. 4. L’ammonimento del minore introdotto dal D.L. 123/2023. – 5. Considerazioni conclusive.

1. La commissione di un fatto costituente reato da parte di un soggetto minorenni esige una disciplina sostanziale e processuale specifica, dal momento che l’autore del reato è un soggetto la cui personalità è in divenire e, quindi, non del tutto formata. Siamo nell’ambito di un contesto condizionato non soltanto dai principi di ragionevolezza ed uguaglianza sanciti dall’art. 3 della *Grundnorm*, ma anche dalle fonti di diritto internazionale, come le Regole di Pechino e la Direttiva UE n. 800/2016.

D’altra parte, la postmodernità del diritto è caratterizzata dalla trasformazione degli assetti ordinamentali e, tra le conseguenze, vi è la crisi della legalità intesa nella sua accezione formale. Da qui l’idea diffusa che il processo sia conformato a quei principi che lo rendono giusto cioè, quei principi che gli attribuiscono un valore intrinseco¹. Tali principi dovrebbero impedire che il processo venga deviato verso scopi extraprocessuali. Nel campo della legislazione penale minorile, ciò si

¹ C. IASEVOLI, *La funzione “dissuasiva del processo penale nel relativismo delle tecniche di bilanciamento*, in *Arch. pen.*, settembre-dicembre 2020.

traduce nell'assunto per cui un processo veramente "giusto" nei riguardi di un soggetto minore è quello che prevede prima di tutto una sua rapida espulsione dal circuito giudiziario, prediligendo le esigenze educative del fanciullo. La componente "pedagogica" plasma il rito minorile; la rieducazione rappresenta l'obiettivo primario da perseguire, all'interno di un percorso giudiziario volto alla ricerca di quelle cause del disagio che hanno determinato comportamenti antisociali.

L'esigenza preminente di recupero del minore è suscettibile di tradursi in istituti e meccanismi volti a far concludere il processo in modi e con contenuti diversi dal processo penale ordinario. Non a caso più volte le fonti di diritto internazionale richiamano ai concetti di *probation* e *diversion*: la *probation* si presenta come una misura alternativa alla pena, per cui si presuppone l'inizio del processo e anche la sentenza di condanna. Diversamente la *diversion* consiste nella sottrazione del minore al circuito giudiziario prima che sia formalmente esercitata l'azione penale. In buona sostanza, essa vuole sottrarre dal procedimento penale quei reati che rendono il processo, nella sua forma canonica, superfluo, se non addirittura dannoso, ma senza che ciò si traduca nella rinuncia dello Stato a reagire rispetto a quel fatto. Il reato viene affrontato in una differente prospettiva e, cioè, tramite modalità più informali tese a raggiungere i medesimi obiettivi di prevenzione, recupero e reinserimento sociale propri della giustizia formale. In quest'ottica, è necessario che le modalità esplicative della reazione dell'ordinamento giuridico siano, appunto, diversificate in modo funzionale a rendere effettivi i diritti e i bisogni del minore, al preservarne il diritto all'educazione e ad integrarlo nella collettività. La conseguenza di questa opzione metodologica – parametrata sullo scopo di garantire al minore autore di reato un intervento rapido, non stigmatizzante, e una efficiente risposta rieducativa, responsabilizzante e risocializzante ad opera del sistema della giustizia penale – è quella di delimitare le ipotesi di intervento giurisdizionale.

In tal senso, la giustizia penale minorile italiana costituisce da decenni un modello virtuoso, che ha ispirato la direttiva dell'Unione Europea n. 800/2016 in tema di garanzie procedurali per i minori indagati o imputati.

Il codice di procedura penale minorile arriva alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso a seguito di profonde elaborazioni culturali presenti nella società italiana e di varie pronunce² della Consulta che, già dalla prima metà degli anni Sessanta, cogliendo le trasformazioni sociali, aveva dato impulso ad un'opera di revisione del sistema penale minorile³.

Nel d.P.R. n. 448/1988 l'idea di base è che la finalità primaria sia quella educativa. Ne discende la centralità dell'accertamento della personalità del minore, al fine di identificare le cause della devianza.

2. Dal tessuto normativo si coglie il carattere residuale del dibattimento, essendo le strategie di recupero alternative al dibattimento e non solo per uno scopo deflattivo, ma per perseguire la non desocializzazione del minore. In quest'ottica l'udienza preliminare diventa il luogo privilegiato per l'innesto di meccanismi di risocializzazione. Infatti, un processo realmente "giusto" per un minore deve mirare a una sua rapida uscita dal sistema giudiziario, riducendo al minimo il danno psicologico

² Corte cost., sent. 23 marzo 1964, n. 25; sent. 20 giugno 1977, n. 120; sent. 11 aprile 1978, n. 46; sent. 10 febbraio 1981, n. 16; sent. 19 luglio 1983, n. 222; sent. 3 marzo 1989, n. 78; sent. 28 aprile 1994, n. 168; sent. 7 maggio 1996, n. 143; sent. 22 aprile 1997, n. 109.

³ A. PENNISI, *La giustizia penale minorile. Formazione, devianza, diritto e processo*, Milano 2012, 115.

ed emotivo. Essendo il minore una persona in fase di sviluppo, la tutela dell'interesse superiore si sostanzia nell'adeguare le strutture processuali alle esigenze educative. Questo implica un percorso giudiziario che non si limita a punire, ma che approfondisca e affronti le cause profonde del disagio che hanno portato a comportamenti antisociali, promuovendo il recupero del minore. La previsione nel d.P.R. 448/1988 di istituti che mirano ad espellere dal circuito penale il minore in modo anticipato – la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto *ex art. 27 c.p.p. min.*; la declaratoria di estinzione del reato successivamente alla “messa in prova” *ex art. 27 c.p.p. min.*; il perdono giudiziale di cui all'art. 32 co. 1 c.p.p. min – sono espressione del principio di minima offensività del processo che, basandosi sulla constatazione che il processo può causare all'imputato minorenni delle sofferenze, impone la ricerca di un equilibrio tra la pretesa punitiva e la tutela delle esigenze educative. Con tali istituti il legislatore processuale del 1988 accoglie i moniti della giurisprudenza costituzionale, la quale già nella sentenza 20 giugno 1977, n. 120, sottolineava l'importanza del perdono giudiziale per consentire al minore di uscire al più presto dal circuito penale in una prospettiva di «*minore fiducia del legislatore nella capacità rieducativa del carcere per i minorenni e dalla maggiore fiducia nella possibilità del loro recupero sociale dopo il primo incontro con la giustizia penale*»⁴. Il fondamento costituzionale di tali istituti è rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 27 co. 3 e 31 co. 2, Cost., i quali affidano al legislatore il compito di individuare, per gli imputati minorenni, strumenti sanzionatori che ne favoriscano il recupero, tenendo conto della specificità della loro condizione psicofisica nonché, secondo la dottrina, in quel quadro costituzionale che descrive il diritto del minore a un pieno e completo sviluppo della persona e a un proficuo inserimento sociale⁵.

2.1 La sentenza per irrilevanza del fatto ne costituisce una pregnante esemplificazione. L'istituto costituisce una delle applicazioni più innovative del principio di adeguatezza del processo alla personalità del minore e del principio di proporzionalità tra la condotta criminosa posta in essere e la reazione istituzionale che ad essa consegue. Simili esigenze non si erano mai tradotte, in passato, in scelte legislative assimilabili a quella compiuta con l'introduzione dell'art. 27 d.P.R. 448/1988, ma hanno dei riferimenti normativi ben precisi: basti pensare all'art. 31, comma 2, Cost., ai paragrafi 1, 5, 11 e 20 delle Regole di Pechino, nonché ai paragrafi n. 2 e 4 della Raccomandazione N.R. (87) 20 del Consiglio d'Europa “Sulle risposte sociali alla delinquenza minorile”. La declaratoria di irrilevanza del fatto può essere pronunciata durante le indagini preliminari, all'esito dell'udienza preliminare. Tuttavia, essa deve essere preceduta dal consenso del minore alla definizione anticipata del processo. Un tale esito si può avere anche nel giudizio immediato, nel giudizio direttissimo e, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, anche la fase dibattimentale. L'istituto si colloca su una linea di confine tra il diritto sostanziale e il diritto processuale: la dottrina maggioritaria riconosce la natura sostanziale dell'art. 27 d.R.R. 448/1988, ricomprendendo, così, la

⁴ Corte cost., sent. 20 giugno 1977, n. 120, cit.

⁵ Il fondamento costituzionale dell'istituto è rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 27 co. 3 e 31 co. 2, Cost., i quali affidano al legislatore il compito di individuare, per gli imputati minorenni, strumenti sanzionatori che ne favoriscano il recupero, tenendo conto della specificità della loro condizione psicofisica nonché, secondo la dottrina, in quel quadro costituzionale che descrive il diritto del minore a un pieno e completo sviluppo della persona e a un proficuo inserimento sociale.

sentenza di irrilevanza del fatto nelle cause di non punibilità. Tale ricostruzione trova conferma nella giurisprudenza costituzionale⁶. L'art. 27 co. 1 d.P.R. 448/1988 prevede quale *conditio sine qua non* per l'applicazione dell'istituto la "tenuità del fatto", la quale non significa, necessariamente anche lievità del danno. Il fatto tenue è un fatto tipico ed offensivo, per cui la condotta sottoposta al giudizio del giudice minorile deve raggiungere la soglia della tipicità integrando così un'offesa all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice. Il giudizio di tenuità non può essere esclusivamente condotto in riferimento alla fattispecie astratta di reato e, pertanto, non deve arrestarsi alla gravità edittale della pena. I parametri che guidano il giudice nella qualificazione del fatto come tenue sono quelli indicati dall'art. 133 c.p. Altro presupposto è "l'occasionalità del comportamento": con tale requisito sembrerebbe che il Legislatore abbia voluto introdurre un criterio di prevenzione speciale, non riferendosi esclusivamente al fatto, inducendo così il giudice a considerare anche, e specificamente, l'autore del reato. Sull'interpretazione di tale parametro si sono contrapposte due diverse linee dottrinali: da un lato, infatti, si è sostenuta la necessità di una interpretazione che riducesse l'occasionalità ad un significato puramente temporale; dall'altro lato, si è affermata l'opportunità di ancorare l'occasionalità ad una valutazione di natura psicologica. Per la prima tesi interpretativa, l'occasionalità, lungi dall'essere meramente sinonimo di unicità o di episodicità – per cui a rilevare non risulta essere tanto il fatto che la condotta sia stata posta in essere dal minore per la prima ed unica volta, quanto il fatto che la condotta posta in essere sia tale da escludere la tendenza deviante del minore – non può comportare lo «sganciamento da ogni criterio di seriazione temporale»⁷. Per cui va valutato positivamente, al fine di ritenere sussistente il requisito dell'occasionalità, l'assenza di pregiudizi penali dell'imputato o di denunce anche successive al momento della commissione del fatto e i carichi pendenti del minore. L'interpretazione psicologica, a cui è allineata la giurisprudenza di merito, si fonda sulla necessità di dimostrare l'occasionalità del comportamento del minore autore di reato: può quindi dirsi occasionale il comportamento del minore che non risulti voluto, cercato o premeditato; che, in altri termini, risulti essere frutto di una condotta originata da circostanze particolari o contingenti, oppure da pulsioni momentanee, circostanze relazionali, ambientali e culturali «a cui il minore non ha saputo resistere a causa della sua immaturità»⁸. L'art. 27 co. 1 d.P.R. 448/1988 conclude indicando che la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto potrà essere emessa «quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne». Si tratta di un presupposto che risponde ad una esigenza di prevenzione speciale attraverso cui viene esaltata la funzione educativa del processo, contribuendo a spiegare l'istituto in termini di politica criminale. Dunque, il processo minorile proseguirà solo se all'esito di una valutazione comparativa tra effetti negati e positivi del processo, la sua prosecuzione si riterrà utile per l'imputato; l'utilità è da valutarsi anche «ai fini di un'attivazione del senso di responsabilità (e) di una spinta verso l'interiorizzazione di quei valori dell'ordinamento con cui il minore [...] non ha avuto numerose occasioni di confronto»⁹. A tali tre presupposti – a) tenuità del fatto; b) l'occasionalità del comportamento; c) prosecuzione del procedimento pregiudizievole per le esigenze

⁶ Corte Cost., sentenza 6 giugno 1991, n. 250, cit., 2046.

⁷ L. PEPINO, *sub art. 27*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I Leggi collegate, a cura di M. CHIAVARIO, Torino 1994, 284.

⁸ S. VINCIGUERRA, *Irrilevanza del fatto nel processo penale minorile*, in *Dif. Pen.*, 1989.

⁹ V. PATANÈ, *L'irrilevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esp. giust. min.*, 1998, fascicolo 3, 65.

educative del minore – se ne aggiunge un altro in via interpretativa: la responsabilità del minore. Infatti, anche la Corte costituzionale nella sentenza 2 aprile 2004 n. 110 ha espressamente affermato che la «sentenza di non luogo a procedere [...] per irrilevanza del fatto [...] presuppone un accertamento di responsabilità».

2.2 La “messa alla prova” dell’imputato minorenni ex art. 28 d.P.R. n. 448/1988 costituisce un altro strumento in grado di realizzare una deviazione dal procedimento ordinario. Il giudice affida il minore ai Servizi minorili dell’amministrazione della giustizia per lo svolgimento di un programma di osservazione, trattamento e sostegno, al fine di valutare la personalità del minore; al termine della prova¹⁰, in caso di esito positivo, il giudice dichiarerà con sentenza estinto il reato. La messa alla prova consente di interrompere il processo e deviare il suo corso, offrendo al minore la possibilità di non andare incontro alla condanna e alla pena, in cambio della dimostrazione di un suo ravvedimento.

L’istituto, intervenendo prima della pronuncia di merito in ordine al fatto di cui il minore è imputato, realizza una *probation* processuale che implica una “sospensione impropria”. Infatti, con l’ordinanza si apre una fase incidentale – la messa alla prova – che si svolge sempre davanti allo stesso giudice che l’ha disposta¹¹. Attraverso questo istituto lo Stato, di fronte all’impegno serio e fattivo del minore durante la realizzazione del progetto di trattamento, risponde rinunciando non solo all’applicazione della pena detentiva, ma alla pronuncia stessa di una sentenza di condanna. L’istituto *de quo* soddisfa l’esigenza di introdurre percorsi alternativi al procedimento penale che puntino alla rieducazione del minore autore di reato, evitando l’applicazione di misure di carattere custodiale. Analogamente a quanto analizzato in tema di irrilevanza del fatto, anche la messa alla prova consente di vedere concretizzato il principio di minima offensività del processo penale minorile, alla stregua del quale il processo va evitato tutte le volte in cui può risultare “inutile”, o addirittura pregiudizievole perché interrompe i percorsi educativi in atto, specie al cospetto di reati di scarso allarme sociale.

Presupposto applicativo principale per la sospensione del procedimento è la verifica della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità dell’imputato: come ha affermato il giudice delle leggi, l’accertamento di responsabilità «costituisce un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova»¹², in assenza del quale si impone il proscioglimento¹³. La *querelle* circa la necessità o meno del consenso del minore alla sospensione è

¹⁰ Al riguardo l’art. 3 lett. e) legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81 ha previsto espressamente il dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l’aspetto psichico, sociale e ambientale anche ai fini dell’apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti, nonché la facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti, con sospensione in tal caso della prescrizione.

¹¹ Cfr., in dottrina, C. LOSANA., *Sub artt. 28-29, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO., *Leggi collegate, I, Il processo minorile*, Torino, 291. In giurisprudenza, v. C. Cost., sent. 14 aprile 1995 n. 125, *Giur. cost.*, 1995, 972, ove si precisa che «la sospensione del processo con messa alla prova, di cui agli artt. 28 e 29 delle disposizioni sul processo penale minorile, costituisce un istituto del tutto nuovo nel nostro ordinamento, in quanto, pur aggiungendosi ad altre analoghe ipotesi già esistenti, è caratterizzato dal fatto di inserirsi, in via incidentale, in una fase (udienza preliminare o dibattimento) antecedente la pronuncia sulla regiodicanda e di poter dar luogo, in caso di esito positivo della prova, ad una sentenza pienamente liberatoria».

¹² Corte costituzionale, sentenza 14 aprile 1995, n. 125, cit.

¹³ Tale misura va esclusa ogni qualvolta sussistano le condizioni per l’immediata declaratoria di una delle cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p., per l’emissione di una sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p., o ancora di non doversi procedere ex art. 529 c.p.p. o di assoluzione ex art. 530 c.p.p.; l’istituto non dovrebbe, altresì, trovare applicazione, qualora ricorrano altre formule di proscioglimento tipiche del sistema processuale minorile, come la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto o il perdono giudiziale.

risolta dalla giurisprudenza costituzionale, la quale nettamente lo esclude, ritenendo come «il legislatore non ha condizionato il provvedimento de quo alla prestazione del consenso da parte del minore (né del pubblico ministero), ma ha rimesso al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minore all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata “sentitele parti”»¹⁴. Dunque, è compito del giudice valutare l'opportunità di sospendere il procedimento: in tal senso il consenso del minore potrà essere interpretato come una manifestazione di partecipazione attiva al programma rieducativo e non come condizione di applicabilità. Diversamente, il rifiuto di collaborare da parte dell'imputato, inficerebbe la realizzazione stessa del progetto di intervento, con probabile esito negativo della misura, che invece di favorire il recupero sociale del minore deviante, finirebbe solo per allungare la sua permanenza all'interno del circuito giudiziario.

Verificata la sussistenza dei presupposti applicativi, il giudice, ai sensi dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, può sospendere il procedimento, affidando il minore ai servizi sociali minorili, al fine di eseguire un progetto di prova, concordato e predisposto insieme ai servizi medesimi, con l'obiettivo di offrire un'opportunità di rieducazione e di cambiamento, stimolando, altresì, positivamente l'evoluzione della personalità del minore. Al giudice spetta effettuare un giudizio prognostico sulla congruità della sospensione del processo e sulla modalità del programma di messa alla prova più idonea ad aiutare il minore¹⁵: si tratta di una valutazione dinamica della personalità del minore tesa a verificare la maturazione di un processo di crescita in grado di realizzare un positivo inserimento sociale. Se l'esito della valutazione risulta positivo, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo e, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 28 co. 2 d.P.R. n. 448/1988, può impartire «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa».

Entra così in gioco nella fase processuale l'istituto della mediazione, che si configura come un meccanismo che stimola una forte attitudine educativa nel minore, favorendo un processo di auto responsabilizzazione volto a comprendere le conseguenze dannose del comportamento posto in essere, senza però stigmatizzare. La messa alla prova rappresenta, in particolare, l'istituto “trattamentale per eccellenza”, all'interno del quale il legislatore ha espressamente disciplinato lo svolgimento della mediazione. Le prescrizioni impartite nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova tendono, infatti, a responsabilizzare al massimo il minore colpevole e a sviluppare un processo di rivisitazione dell'atto antisociale posto in essere e di superamento dell'offesa arrecata.

Le tecniche di mediazione–conciliazione ben si prestano ad un utilizzo nel contesto penale minorile, determinando un maggiore snellimento delle procedure e un coinvolgimento istituzionale di servizi e soggetti estranei all'apparato penale; una responsabilizzazione e maturazione del minore–reo; una minore permanenza dell'autore del reato all'interno del circuito penale, che si armonizza con l'introduzione della mediazione come forma di *diversion*. In ossequio al principio di minima offensività del processo, si realizza, attraverso la mediazione, un'inferiore esposizione del minore alle sollecitazioni negative derivanti dalla sua partecipazione al processo e una tempestiva definizione

¹⁴ Così, Corte cost., sent. 14 aprile 1995, n. 125, cit.

¹⁵ Cass. pen., 5 marzo 2013, n. 13370, CED Cass., n. 255267.

della vicenda processuale, in grado di contribuire efficacemente al suo processo di maturazione psicologica. L'art. 28 co. 2 d.P.R. n. 448/1988 contempla i due possibili aspetti della mediazione: da un lato, la riparazione delle conseguenze del reato, dall'altro, la conciliazione del minore con la persona offesa. In forza dell'art. 9 co. 2 d.P.R. 448/1988 la mediazione può trovare ingresso anche in fase ante processuale: durante le indagini preliminari il pubblico ministero e il giudice possono richiedere agli operatori dell'ufficio di mediazione di assumere informazioni sul minore, al fine di valutare l'opportunità di effettuare una mediazione tra il minore autore del reato e la vittima. La mediazione nella fase delle indagini preliminari permette al minore di prendere immediatamente coscienza delle conseguenze derivanti dal reato, promuovendo in lui un processo di responsabilizzazione nei confronti della vittima. Inoltre, l'invio del minore presso l'ufficio di mediazione nello stadio iniziale del procedimento meglio risponde alle sollecitazioni in ordine al ricorso a tecniche di *diversion*, nel quadro di una progressiva de-giurisdizionalizzazione della risposta statale alla delinquenza minorile.

Qualora il percorso di mediazione abbia esito positivo, è possibile utilizzare come filtro normativo la disposizione di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448/1988: infatti, la declaratoria di irrilevanza del fatto rappresenta un "meccanismo espulsivo della vicenda dal circuito penale" che consente di attribuire rilevanza al percorso di mediazione/riparazione intrapreso dal minore durante la fase pre-processuale¹⁶ e di realizzare una vera e propria forma di *diversion* allocando l'esperienza mediatrice ancora al di fuori perché immediatamente "prima" del processo. Il percorso di mediazione e la conseguente riparazione del danno da parte di un minore imputato possono influire significativamente sulla decisione di emettere una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto. Questo avviene perché i mediatori, osservando il comportamento del minore durante il processo di mediazione, sono in grado di valutare la sua maturazione personale e il riconoscimento delle sofferenze della vittima. Tale evoluzione può ridimensionare la gravità del reato inizialmente considerata, specie se la riparazione avviene prima del dibattimento, riducendo così l'entità del danno provocato. Inoltre, la mediazione può evidenziare il carattere occasionale del comportamento illecito, favorendo un processo di responsabilizzazione e interiorizzazione delle norme legali da parte del minore. Per quanto riguarda la vittima, la mediazione riveste un ruolo fondamentale nel rito minorile, dove non è consentito costituirsi parte civile. Questo è volto a evitare conflitti ulteriori e a favorire il recupero dell'imputato. In un contesto protetto e non giudiziario, la vittima ha la possibilità di esprimere il proprio vissuto e comprendere le motivazioni dell'atto antisociale, contribuendo così a un percorso di riconciliazione.

¹⁶ In tal senso, V. PATANÈ, cit., 586. Cfr., altresì, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003, cit. 257, la quale sottolinea come l'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 finisca «con il divenire la chiave di volta dell'intero "edificio riparativo" minorile». Esprime perplessità C. Cesari, cit., 125, ad avviso della quale per quanto «possa essere auspicabile l'adozione di pratiche mediatriche in sede penale, è assai poco plausibile una forzatura che le innesti tra le righe dell'irrilevanza del fatto nel rito minorile, che, malgrado le apparenze, non si presta allo scopo». L'Autrice giunge ad una simile conclusione muovendo dalla considerazione che «i presupposti dell'irrilevanza penale del fatto, come costruiti nell'art. 27 comma 1 d.P.R. n. 448/1988, sono centrati sulla condotta illecita addebitata all'imputato e, quindi, sulla fisionomia della fattispecie concreta, da valutare per come manifestatasi, non per come potrebbe essere percepita, dalla vittima o dalla collettività, alla luce del comportamento susseguente del reo. Il fatto, per consentire il proscioglimento anticipato, doveva essere lievissimo in sé, perché di scarsa consistenza lesiva e sostanziale episodicità nel vissuto del minore, mentre deve escludersi che tale possa diventare, per effetto di una condotta successiva, in parte indipendente dall'imputato e non prevista dalla legge». Negli stessi termini, S. RENZETTI, *La mediazione nel microsistema penale minorile*, Riv. dir. proc., cit., 650.

3. Il sistema ha dimostrato in questi anni di far fede a quel fondamentale principio dell'interesse superiore del fanciullo codificato dagli strumenti internazionali (tra cui l'art. 3 della Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia del 1989), che entrano nell'ordinamento giuridico italiano quali sovraordinati alle norme interne. Su tale sistema ha impattato il decreto-legge 15 settembre 2023, n.123, anche noto come "decreto Caivano", adottato dal Governo in virtù dell'urgenza e della necessità di arginare i gravi episodi di criminalità minorile. Il decreto in questione apporta significative modifiche alla disciplina previgente in termini rieducativi ma anche punitivi, le cui implicazioni giuridiche vanno esaminate e valutate avendo quale parametro quei corollari del supremo principio di rieducazione del minore.

Innovativo è senza dubbio l'art. 8 del «decreto Caivano», che ha inserito nel d.P.R. n. 448/1988 un inedito art. 27bis¹⁷, rubricato "Percorso di rieducazione del minore". A differenza della messa alla prova di cui all'art. 28 d.P.R. 448/1988, *probation* "processuale"¹⁸, l'art. 27bis del c.p.p. min. trova espresso spazio applicativo «Durante le indagini preliminari», e quindi in una fase dell'*iter* procedimentale anticipata rispetto a quella, propriamente processuale. Dunque, il nuovo istituto – che, tra l'altro, presenta una certa continuità con la messa alla prova degli adulti, che può richiedersi nell'analogo momento procedimentale *ex art. 464ter* c.p.p. – ha una maggiore sintonia con il modello della *diversion* che con quello della *probation*. Infatti, una tale regressione operativa dell'istituto già alla fase delle indagini preliminari, consente al minore di fuoriuscire precocemente dal circuito giudiziario, e così intraprendere – in modo altrettanto precoce – il percorso rieducativo. Tuttavia, lo

¹⁷ «1. Durante le indagini preliminari, il pubblico ministero, quando procede per reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva, se i fatti non rivestono particolare gravità, può notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale la proposta di definizione anticipata del procedimento, subordinata alla condizione che il minore acceda a un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda, sentiti i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia e nel rispetto della legislazione in materia di lavoro minorile, lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da due a otto mesi. 2. Il deposito del programma rieducativo, redatto in collaborazione anche con i servizi dell'amministrazione della giustizia, deve avvenire, da parte dell'indagato o del suo difensore, entro sessanta giorni dalla notifica della proposta del pubblico ministero. Ricevuto il programma, il pubblico ministero lo trasmette al giudice per le indagini preliminari, che fissa l'udienza in camera di consiglio per deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione. 3 Il giudice, sentiti l'imputato e l'esercente la responsabilità genitoriale, valutata la congruità del percorso di reinserimento e rieducazione, con l'ordinanza di ammissione di cui al co. 2 ne stabilisce la durata e sospende il processo per la durata corrispondente. Durante tale periodo il corso della prescrizione è sospeso. 4. In caso di interruzione o mancata adesione al percorso, i servizi minorili dell'amministrazione della giustizia informano il giudice, che fissa l'udienza in camera di consiglio e, sentite le parti, adotta i provvedimenti conseguenti. 5. Nel caso in cui il minore non intenda accedere al percorso di reinserimento e rieducazione o lo interrompa senza giustificato motivo, il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p. L'ingiustificata interruzione è valutata nel caso di istanza di sospensione del processo con messa alla prova. 6. Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza in camera di consiglio nella quale, tenuto conto del comportamento dell'imputato e dell'esito positivo del percorso rieducativo, dichiara con sentenza estinto il reato. In caso contrario, restituisce gli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p.»

¹⁸ Così, infatti, la Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, cit., 221. Sulle ragioni formali e sostanziali che, in ogni caso, rendono inutilizzabile la *probation* minorile durante la fase delle indagini preliminari, v. per tutti E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003 e M.G. COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Diritto e procedura*, cit., 615 ss.

strumento si espone a quei dubbi di compatibilità con la presunzione costituzionale di innocenza¹⁹ già affacciati nei confronti anzitutto della messa alla prova degli adulti, ma anche di quella minorile, che avanza parte della dottrina: anzi, perplessità ancora maggiori visto che il neo-introdotta istituto porta ad infliggere una tale “pena” addirittura senza neanche un previo processo nel senso tecnico del termine. Ad ogni modo, altri pongono l’accento sulla considerazione degli evidenti vantaggi in termini di precocità rieducativa e di sottrazione del minore al dramma psicologico del processo penale, i quali sembrano in grado di giustificare lo strumento in esame, in ossequio all’essenziale finalità di recupero del fanciullo deviante alla quale tutto il sistema di giustizia minorile è istituzionalmente orientato.

L’istituto delineato dall’art. 27bis è proponibile dal pubblico ministero soltanto in relazione a «reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva», e sempreché «i fatti non rivestono particolare gravità».

Tali limitazioni, nel contraddire il tradizionale carattere “universalistico” della messa alla prova minorile, giustificato dalla consueta prevalenza dei bisogni educativi del minore sulle istanze punitive statuali, avvicinano l’istituto di nuovo conio anzitutto alla messa alla prova degli adulti, per la quale l’art. 168bis co. 1 c.p. pone sbarramenti applicativi di pena molto simili. La *ratio* è essenzialmente punitiva ed è ulteriormente attestata dal limite operativo imposto al suo ambito di attività, subordinata alla circostanza che il giudice escluda la «particolare gravità» di quel fatto di reato che pure già rientri nei richiamati limiti edittali di pena. Tale clausola ostativa è destinata a restringere il raggio d’azione dell’art. 27bis c.p.p. min, a cui viene peraltro così apposto un limite il cui apprezzamento è rimesso ampiamente alla discrezionalità del giudice. Il tratto più caratteristico è costituito dal «programma rieducativo»: proposto dal minore in collaborazione con i servizi minorili, ove ritenuto congruo dal giudice produce nell’immediato la sospensione del procedimento (art. 27bis co. 2 e 3 c.p.p. min.) e, se portato a termine con esito che il magistrato ritenga «positivo», determina infine l’estinzione del reato (art. 27bis, ultimo co., c.p.p. min.).

L’art. 6, co. 1, lett. *c-bis*), del decreto-legge n. 123/2023 ha recato un’importante modifica alla disciplina della «Sospensione del processo e messa alla prova». La spiccata propensione special-preventiva di tale strumento, che consente al minore di evitare l’ingresso nel circuito penale sanzionatorio sottoponendosi ad un programma rieducativo personalizzato idoneo a determinare l’estinzione del reato, aveva indotto il legislatore a ridurre al minimo le preclusioni al suo accesso, tanto da non considerare ostativa, ad esempio, neanche il notevole ammontare della risposta sanzionatoria abbinata al reato commesso. Se, perciò, questo risulta essere il “peso specifico” da riconoscere all’istituto nel contesto del diritto penale minorile, non può che destare una qualche sorpresa il contenuto del nuovo co. 5bis dell’art. 28 c.p.p. min., che ha reso inapplicabile tale forma

¹⁹ Muovendo dall’idea che le prescrizioni del programma rieducativo a cui il reo si sottopone costituiscono una misura coercitiva della sua libertà personale, e quindi una “pena” almeno in senso sostanziale, e rilevando come, pur nel silenzio della legge, qualunque messa alla prova ha senso logico solo laddove il giudice sia intimamente persuaso della penale responsabilità del reo, che sola fonda razionalmente il bisogno di rieducazione, una parte della dottrina ha ritenuto la messa alla prova dell’art. 168bis c.p. e quella minorile dell’art. 28 c.p.p. min. difficilmente raccordabili anzitutto con l’art. 27, co. 2, Cost cfr. L. PEPINO, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. Disc.pen.*, vol. XIII, Torino 1997, 482; E. LANZA, *La sospensione*, cit., 48 e 62 ss., C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in *Procedura penale*, 2017, cit., 231 s.

di *probation* ai delitti di omicidio doloso aggravato (artt. 575 e 576 c.p.), di violenza sessuale (art. 609*bis* c.p.) e di violenza sessuale di gruppo (art. 609*octies* c.p.) nelle ipotesi aggravate dell'art. 609*ter* c.p., nonché al delitto di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628 co. 3, nn. 2), 3) e 3-*quinqüies*) c.p., avendo il legislatore evidentemente ritenuto che, in tali ipotesi, le istanze di repressione e prevenzione generale debbano prevalere *ipso iure* sulle opportunità rieducative del minore.

4. Il decreto-legge n. 123/2023, così come convertito dalla l. n. 159/2023, oltre ad innovare il sistema giudiziario minorile, introduce una serie di novità anche nel panorama delle misure di prevenzione personali; infatti, il legislatore sembra avere guardato alla delinquenza minorile come ad un problema di “sicurezza urbana”, a cui si è inteso offrire una soluzione di carattere preventivo. Di particolare interesse rispetto al tema della *diversion* sono, però, i commi da 2 a 9 dell'art. 5 del d.l. n. 123/2023, i quali, con qualche adattamento, aprono le porte del diritto sanzionatorio minorile anche all'istituto dell'«ammonimento» del questore previsto in origine dal d.l. 23 aprile 2009, n. 11. Nello specifico, il legislatore ha introdotto due nuove fattispecie di ammonimento destinate ai soggetti minorenni e disciplinate, rispettivamente, nei commi da 2 a 4, e nei commi 5 e seguenti. La prima ipotesi è rivolta ai minori che abbiano compiuto il quattordicesimo anno d'età; essa è finalizzata alla tutela contro condotte riconducibili al fenomeno del “bullismo”, in aggiunta a quanto già previsto dall'art. 7 L. n. 71/2017, che non è stato oggetto di modifica e contempla unicamente fatti commessi mediante la rete internet (c.d. “cyber-bullismo”). In particolare, la nuova misura è applicabile, fino a quando non sia proposta querela o presentata denuncia per taluno dei reati di cui agli articoli 581 (percosse), 582 (lesioni personali), 610 (violenza privata), 612 (minaccia) e 635 (danneggiamento) del codice penale, commessi da minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minorenne.

La relativa procedura, che prende avvio con l'istanza della persona offesa, è disciplinata mediante il richiamo all'articolo 8 co. 1 del d.l. n. 11/2009, relativo all'ammonimento per atti persecutori. Dunque, ai fini dell'ammonimento, il questore convoca il minore, unitamente ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale; il provvedimento deve poi essere comunicato al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni del luogo di residenza del minore e gli effetti della misura cessano al compimento della maggiore età.

Proprio il richiamo alla disciplina dell'ammonimento per “*stalking*” di cui all'articolo 8 co. 1 e del d.l. n. 11/2009, consente di calare il nuovo istituto di cui all'art. 5 co. 2, 3 e 5 del d.l. 123/2023 nell'ideale *genus* degli strumenti di *diversion*. Infatti, l'istanza della parte offesa di una delle fattispecie richiamate dall'art. 5 può essere avanzata fintantoché non sia stata presentata denuncia o querela, sicché la misura in esame diventa un'alternativa all'instaurazione del procedimento penale. In questo caso, dunque, l'ammonimento consente a pieno titolo la sottrazione del minore al circuito giudiziario, non solo prima che sia formalmente esercitata l'azione penale, ma in un momento ancora antecedente. Va segnalato come il richiamo alla normativa dell'ammonimento per atti persecutori, fa venire in rilievo l'art. 3 co. 5*bis* della l. 15 ottobre 2013, n. 119 che ha convertito il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93. Anche in questo caso quando il questore procede all'ammonimento, informa l'autore del fatto circa i servizi disponibili sul territorio, inclusi i consultori familiari, i servizi di salute mentale e i servizi per le dipendenze. Al fine di dare attuazione a tale norma, l'autorità di pubblica

sicurezza persegue l'obiettivo di individuare centri e/o servizi specializzati, idonea ad attuare e garantire sul territorio adeguati e mirati interventi per la prevenzione ed il contrasto delle forme di violenza giovanile. Si offre in questo modo al minore ammonito la possibilità di avviare un percorso rieducativo sul modello della giustizia riparativa.

La seconda nuova fattispecie di ammonimento introdotta dall'art. 5 del d.l. n. 123/2023 disciplinata dai commi 5 e ss. è rivolta ai minorenni di età compresa tra i 12 e i 14 anni – non imputabili per il diritto penale – che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come delitto punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Anche in questo caso, il procedimento applicativo è disciplinato mediante richiamo all'articolo 8 co. 1 e 2 del d.l. n. 11/2009; deve pertanto ritenersi necessaria l'istanza della persona offesa. Ai fini dell'ammonimento, il questore convoca il minore, unitamente ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale. Il provvedimento deve poi essere comunicato al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di residenza del minore. Gli effetti della misura cessano al compimento della maggiore età²⁰.

5. Mediare tra le pressioni sociali di repressione dei fenomeni di devianza minorile ed i principi del diritto penale dei fanciulli non è compito agevole per il legislatore: il d.l. n. 123/2023 costituisce il tentativo di introdurre una strategia di contrasto sistemica che, alle classiche risposte punitive, ha affiancato strumenti preventivi. Il riferimento è, innanzitutto, all'istituto dell'ammonimento di cui all'art. 5 co. 2, 3 e 4 d.l. 123/2023, che pone una vera alternativa al meccanismo penale, consentendo al minore autore di reato di evitare *tout court* l'instaurarsi di un procedimento penale. Si evidenzia come ciò sia subordinato ad una scelta della parte offesa, anch'essa minorenni, e cioè quella di procedere con un'istanza di ammonimento, invece che presentare una denuncia o una querela; tuttavia, anche da questo elemento si colgono le potenzialità dell'istituto in tema di mediazione e giustizia riparativa e conciliativa: una parte offesa che decide di percorrere la via amministrativa, in luogo di quella penale non manifesta un atteggiamento di chiusura con finalità rivendicative e retributive nei confronti dell'autore del reato; pertanto, sarà in discesa la strada verso la mediazione che potrà avvenire attraverso l'adesione a quel percorso rieducativo che l'art. 3 co. 5bis pone nelle facoltà del minore ammonito.

Più complesso è formulare un giudizio sull'altra tipologia di ammonimento prevista dai commi 5 e ss. dell'art. 5 d.l. n.123/2023: se è innegabile riconoscere all'istituto una valenza rieducativa e preventiva funzionale ad evitare che il minore compia fattispecie penalmente rilevanti in età imputabile e dunque, la recidiva, dall'altro vanno evidenziate le osservazioni di chi dubita che un dodicenne possa effettivamente far proprio in senso rieducativo e non meramente monitorio la portata dell'ammonimento, nonché i timori di chi ritiene che ciò rappresenti un grimaldello per aprire la porta ad un abbassamento dell'età imputabile.

La *littera legis*, se da un lato è permeata dall'idea di fondo che tanto più al minore saranno risparmiati lo stigma della condanna penale e del contatto con le strutture carcerarie in favore di

²⁰ Per questa specifica ipotesi di ammonimento, l'art. 5, comma 8 del d.l. n 123/2023 prevede anche l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 200 euro a 1.000 euro a carico del soggetto tenuto alla sorveglianza del minore o all'assolvimento degli obblighi educativi nei suoi confronti, salvo che questi provi di non aver potuto impedire il fatto. Tale sanzione amministrativa è di competenza del prefetto.

percorsi pedagogici extra murari, tanto maggiori saranno le possibilità che la personalità *in fieri* dello stesso venga recuperata, dall'altro è innegabile che presenti punti di frizione con principi che in materia penale dovrebbero risultare ben saldi per il legislatore minorile, il quale è chiamato dalla Carta costituzionale ad una mediazione tendenzialmente a sfavore delle istanze repressive nel loro confronto con quelle educative. Il riferimento è a quegli interventi novellatori che tendono a riconoscere maggiore spazio applicativo a “clausole” con le quali il riformatore ha inteso introdurre in certi settori del diritto penale minorile degli automatismi sanzionatori, i quali non possono che mortificare la discrezionalità applicativa del giudice minorile: l'unica, però, in grado di attagliare il funzionamento degli istituti alle specifiche esigenze rieducative del fanciullo entrato nel girone giudiziario. E tali punti di frizione sono stati ben presto rilevati dalla giurisprudenza di merito: è del 25 marzo 2024, con cui l'ordinanza con cui il Tribunale per i minorenni di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 28 co. 5bis, del d.P.R. n. 448/1988 – per contrasto con l'art. 31 co. 2 della Costituzione, – nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai delitti previsti dall'art. 609-octies del Codice penale limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-ter del Codice penale. Come detto, il co. 5bis è frutto del citato recente intervento legislativo che ha escluso la messa alla prova in relazione a determinate tipologie di reato, tra le quali la violenza sessuale di gruppo commessa ai danni di persona di minore età e, dunque, aggravata ai sensi dell'art. 609ter c.p.

La preclusione introdotta dalla norma secondo il giudice *a quo* «appare in contrasto con tutto l'impianto normativo che regola il processo penale minorile e che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 31, comma secondo, della Costituzione («La Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»), che è volto principalmente al recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale, anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo»²¹. Ad avviso del giudice rimettente, tutta la *ratio* della disciplina del processo penale minorile «è in effetti basata sulle finalità del recupero del minore e della sua rapida fuoriuscita dal circuito penale, come più volte la Corte costituzionale ha affermato», essendo “la messa alla prova uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle indicate finalità della giustizia minorile».

Pertanto, la previsione di un catalogo di reati – nel caso di specie la violenza sessuale di gruppo aggravata – in relazione ai quali «privare l'imputato della possibilità di accesso a questo importante istituto di recupero e reinserimento sociale, costituisce un vulnus non solo di tutela e protezione del minore autore del reato ma anche di tutela dell'intera collettività contro i rischi di una possibile recidiva». Ciò posto, si conclude che «l'attuale normativa di riferimento impedisce al Collegio di valutare la presenza dei presupposti per la sospensione del procedimento e messa alla prova, con grave pregiudizio per le esigenze di recupero e di reinserimento sociale del minore, incensurato e senza altre pendenze, in violazione del secondo comma dell'art. 31 della Costituzione. E' di tutta evidenza che la nuova formulazione dell'art. 28, decreto del Presidente della Repubblica n. 448/1988, introdotta dopo i gravi fatti di Caivano, fondamentalmente mossa da comprensibili esigenze di sicurezza e ordine pubblico, impedisce il necessario bilanciamento tra le predette esigenze di sicurezza e ordine pubblico e quelle di «protezione dell'infanzia e della gioventù», privilegiando

²¹ Tribunale per i Minorenni di Bari, ordinanza del 25 marzo 2024.

automaticamente le prime» (...) «Tale emergenza non può giustificare la compressione di diritti fondamentali della persona, in questo caso di minore età, nell'ottica di una asserita generica ed indiscriminata tutela della salute e della incolumità pubblica». Dubbi di compatibilità costituzionale sono, però, sorti anche con riferimento al percorso di rieducazione del minore di cui all'art. 27bis d.P.R. 448/1988. Infatti, con ordinanza del 6 marzo 2024 il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale per i minorenni di Trento ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 27bis d.P.R. n. 448/1988 per violazione degli articoli 3 e 31 della Costituzione: a parere del giudice rimettente l'art. 27bis «introduce nel sistema penale minorile una risposta trattamentale solo unilateralmente educativa ma che nella sostanza riesuma una funzione prettamente retributiva, determinando allo stesso tempo delle possibili disparità di trattamento»²², in aperto contrasto con quanto richiesto dall'art. 31 co. 2 Cost., secondo cui qualsiasi trattamento punitivo nei confronti di un minore è ammesso solo laddove abbia un fine educativo.

Il giudice *a quo* osserva che, prescrivendo l'art. 27bis come il progetto rieducativo venga redatto sulla base della tipologia e della gravità del reato contestato e non sulle esigenze di recupero del minore, già in sede di redazione della proposta del programma rieducativo manchi un reale approfondimento del contesto in cui si muove l'esistenza del minore. Di conseguenza, il contenuto del programma educativo si baserà sulla tipologia e sulla gravità del reato per cui si procede, secondo valutazioni proporzionalistiche, tipiche di una concezione retributiva della risposta ordinamentale, che prescindono dalle specifiche esigenze pedagogico-rieducative. Secondo il giudice rimettente, altra criticità sarebbe connessa alla stringente tempistica, prevista per la redazione del progetto, sessanta giorni tra la data della notifica della proposta da parte del pubblico ministero e la presentazione del progetto. È questo il segno evidente della non sufficiente attenzione riservata ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, ai quali viene demandato un ruolo secondario e marginale in quanto non coinvolti nell'elaborazione del programma, ma solo all'individuazione di quelle attività finalizzate al completamento del programma predisposto da altri.

La Consulta con la recentissima sentenza n. 23/2025 ha parzialmente accolto le censure del giudice rimettente. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 della disposizione censurata, per violazione dell'art. 31 cpv. della Costituzione, nella parte in cui indica «giudice per le indagini preliminari», anziché «giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 50-bis, comma 2, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario)».

Anche la prova minorile “semplificata” richiede la composizione pedagogicamente qualificata dell'organo giudicante; e, dunque, un collegio di esperti educatori, così come è previsto per la messa alla prova. Le ulteriori questioni sono state dichiarate non fondate «nei sensi di cui in motivazione», essendo possibile attribuire alla norma un significato adeguato al “*favor minoris*”. Il Giudice delle leggi ha, infatti, ritenuto che il programma rieducativo non possa essere elaborato senza l'intervento dei servizi minorili, che seguono poi il minore durante lo svolgimento della prova e rimettono al giudice la relazione conclusiva. Inoltre, è stata precisata la natura giuridica del termine di sessanta giorni fissato dalla norma censurata per il deposito del programma rieducativo, che non è perentorio. Sicché la difesa del minore può ottenerne una proroga, qualora per giustificate ragioni non riesca a rispettarlo. Dunque, in forza «della pronuncia sostitutiva sulla composizione del giudice e dei descritti

²² Tribunale per i Minorenni di Trento, ordinanza del 6 marzo 2024, cit.

adeguamenti interpretativi» – si legge in sentenza – «la norma censurata si sottrae alla richiesta di ablazione radicale, anche in ragione del fatto che il nuovo istituto, per come modificato in sede di conversione del d.l. n. 123 del 2023, non preclude ulteriori percorsi procedurali, incluso quello della messa alla prova ordinaria».