

## IN NOME DI UNA INGIUSTIZIA NON (ANCORA) RIPARATA

Commento a [Corte cost., sent. 13 gennaio 2022, n. 2](#)

di Michele Caianiello e Enrico Al Mureden

*Il contributo analizza la sentenza n. 2 del 2022, con la quale la Corte costituzionale è stata chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale dell'art. 670 c.p.p., con il fine – indiretto sì, ma primario – di rimediare a una ingiustizia, verificatasi in un caso risalente a molti anni addietro. La sentenza della Corte costituisce l'occasione per ripercorrere gli errori che, nel processo di merito, si sono accumulati, e sulle cause che li hanno provocati (legate a quella che è stata definita la "assuefazione" al giudicare), per cercare di riflettere su come ad essi possa essere posto riparo. La tesi è che, casi di giustizia negoziata, e in particolare nel patteggiamento, occorra prestare maggiore attenzione agli errori che si possono annidare nel consenso espresso dall'imputato, problema non di rado trascurato dalla giurisprudenza, e in relazione al quale il riferimento alle categorie civilistiche può offrire qualche soluzione anche in campo penale.*

SOMMARIO: 1. Un piccolo caso (e un grande sconforto). – 2. La vicenda che ha dato origine alla sentenza. – 3. *Sliding doors*. – 4. La dichiarazione di infondatezza e le alternative praticabili. a) *Ammissibilità della domanda di revisione*. b) *Inesistenza della condanna patteggiata da un minorenni*. c) *Inesistenza quale sinonimo di abuso del processo*. – 5. Conclusioni.

### 1. Un piccolo caso (e un grande sconforto).

La sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 2022 suscita sentimenti contrastanti. Da un lato, a prima vista, si ha la sensazione che la Corte abbia risolto in maniera scontata una questione che era stata mal posta, e che probabilmente nemmeno sarebbe dovuta arrivare al suo cospetto. Dall'altro, invece, addentrandosi nella motivazione, e ripercorrendo il caso dal quale il dubbio di legittimità è originato, subentra nel lettore un senso di sconforto (sebbene non di sconcerto), per l'insieme di errori, il groviglio di inefficienze, la superficialità e, in estrema sintesi, l'incuria per l'umana sofferenza, a causa della quale un individuo ha finito per scontare una pena cui avrebbe potuto non essere assoggettato.

I due sentimenti non sono casuali, ma rappresentano il risultato cui erano protesi i giudici costituzionali - piace pensare - nel momento in cui hanno concepito la parte motiva della sentenza. Una decisione secca, scontata, dura, alla quale tuttavia si è

pervenuti attraverso un percorso doloroso di agnizione: quel percorso che, nelle tragedie greche, conduce il protagonista a risalire a ritroso al vizio di tracotanza o di empietà dal quale gli eventi catastrofici sono poi derivati.

Il fascino della decisione è infatti tutto qui. Da un lato, siamo al cospetto di una piccola storia “ignobile”, nella duplice accezione: carente di nobiltà, di drammaticità, di qualità giuridica; carente, inoltre, di quei valori morali che sempre dovrebbero accompagnare la fatica - qualcuno quasi sarebbe indotto a dire il peccato intrinseco - che accompagna il potere del giudicare.

Giudicare, in effetti, è un compito innaturale, che porta con sé il dominio di un individuo su un altro, e in quanto tale, sconfessa in radice alcuni postulati del diritto naturale (come il fatto che i pari non hanno potere sui pari)<sup>1</sup>. Peggio ancora poi il giudizio penale, che, oltre a comportare le sanzioni più gravi che un ordinamento giuridico possa concepire, attribuisce stigmi di immoralità, relega la persona fuori dal contesto sociale, lo ostracizza in un luogo altro, il carcere, e implica, come tanto efficacemente è stato detto, terribili rituali di degradazione<sup>2</sup>.

Il peccato del giudicare è dunque tollerabile sul presupposto, postulato in partenza, ma da verificare in ogni specifica procedura, di un atteggiamento improntato alla più sentita, introiettata, praticata etica morale, che deve accompagnare la scrupolosa applicazione della legge. Senza l’*ethos*, ci dice la Corte con questa sentenza, il *logos* è un’arma spuntata.

## 2. La vicenda che ha dato origine alla sentenza.

Che la Corte costituzionale sia tutt’altro che lieta dell’epilogo cui è giunta, dichiarare la questione infondata, lo si coglie da come, meticolosamente, gli errori accumulatisi nella vicenda da cui la eccezione di illegittimità è originata, sono ripresi, descritti, esposti. Era una questione che alla Corte non sarebbe dovuta arrivare, si è prima osservato: perché il giudice remittente non ha profuso ogni sforzo ermeneutico possibile, e si è “adagiato” sul diritto vivente senza porlo in discussione, ci spiega la sentenza. L’affermazione, in verità, può anche essere letta in modo diverso: non si sarebbe mai dovuti arrivare a una questione del genere, se tutti avessero compiuto il proprio dovere, giuridico e morale.

Ma quali sono questi errori, la cui lettura, per usare un linguaggio biblico, suscita scandalo? Riviviamoli, seguendo i passaggi chiave della sentenza.

---

<sup>1</sup> Non è possibile in questa sede dare conto di un dibattito così vasto e articolato come quello legato al “peccato” del giudicare. Ci si limita in questa sede a rinviare a F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, p. 3 ss. (si vedano ad esempio le osservazioni a p. 46-47). Innumerevoli spunti sono rinvenibili in M. NOBILI, *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009 (si veda il capitolo dedicato alle “sonde” nel processo penale, p. 93 ss.). Analisi non lontane conduce A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, 1997, p. 182 ss., 249 ss.

<sup>2</sup> Il riferimento è al ben noto volume sul processo Cusani, ancora oggi attuale per le tematiche che è in grado di affrontare. Cfr. P.P. GIGLIOLI, S. CAVICCHIOLI, G. FELE, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Bologna, 1997.

Il Tribunale di Bologna, quale giudice della esecuzione, investe il giudice delle leggi di un dubbio di legittimità costituzionale, relativo all'art. 670 c.p.p., nella parte in cui non consentirebbe di rilevare in sede esecutiva "la nullità della sentenza di merito passata in giudicato derivante dalla violazione della competenza funzionale del Tribunale per i Minorenni". L'incidente di esecuzione riguarda un detenuto, molti anni prima condannato a due anni di reclusione con pena sospesa, all'esito di una procedura di patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.* per il delitto di traffico di sostanze stupefacenti, qualificato come fatto di lieve entità. Nel 2020, a distanza di molto tempo (i fatti originari risalgono al luglio del 1997), il beneficio della sospensione condizionale era stato revocato, e il pubblico ministero aveva emesso un ordine di esecuzione in relazione a quella condanna.

La peculiarità del tutto sta nel fatto che, a suo tempo, l'imputato era minorenne: straniero senza documenti di riconoscimento, la sua dichiarazione effettuata a ridosso dell'arresto non era stata considerata credibile (tanto più che secondo una perizia ordinata dalla locale procura per i minorenni il suo sviluppo osseo sarebbe stato compatibile con la maggiore età). Il giovane, nel febbraio 1998, dopo poco più di sei mesi trascorsi in custodia cautelare, optava, d'accordo con il magistrato dell'accusa, per una richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p.: da qui la condanna a due anni con il beneficio della sospensione condizionale. Ritornato in libertà, il ragazzo riusciva a reperire e a consegnare al proprio difensore i documenti attestanti la minore età. Il problema del potenziale vizio processuale - nullità della sentenza per incompetenza funzionale del giudice che la aveva pronunciata - veniva posto nel successivo ricorso per cassazione: esso, tuttavia, era dichiarato inammissibile.

Il giudice dell'esecuzione, investito dalla istanza del condannato a fronte dell'ordine di esecuzione redatto dal magistrato dell'accusa, viene a trovarsi di fronte a un diritto vivente che, apparentemente, non consente spazio di manovra: mentre infatti le condanne - erronee - di minori infraquattordicenni sono per giurisprudenza consolidata considerate inesistenti<sup>3</sup>, non altrettanto avviene per quelle applicate dal giudice ordinario nei confronti di imputati che, invece, avrebbero dovuto essere sottoposti alla giurisdizione minorile. Questo difetto di competenza funzionale - benché grave - si traduce nel diritto vivente in una nullità assoluta<sup>4</sup>: come tale, il giudicato la sana, precludendo di intervenire in sede esecutiva per apporre rimedio all'errore occorso. D'altro canto, invocare la revisione non sarebbe possibile, dal momento che tale strumento è usufruibile soltanto per sovvertire una condanna in proscioglimento, esito del quale è lecito dubitare visto il quadro dei fatti da cui la condanna a suo tempo inflitta è originata. È vero che è stato introdotto un caso di revisione *sui generis*, per ricreare il processo afflitto da profili di iniquità europea (vale a dire, in particolare, da violazioni della CEDU): a tal fine, tuttavia, occorre che la Corte di Strasburgo abbia condannato lo Stato nel quale la decisione giudiziale è stata adottata e stabilito che, per rimediare all'iniquità causata, sia necessaria una riapertura del processo, cosa che, nel caso in

---

<sup>3</sup> Cass., Sez. 1, 4 dicembre 2018, n. 35; Sez. 1, 20 maggio 2014, n. 31652; 4 febbraio 2009, n. 5998.

<sup>4</sup> Cass., Sez. 5, 14 marzo 2017, n. 28627; Sez. 3, 19 ottobre 2016, n. 54996; Sez. 5, 23 novembre 2015, n. 4310.

esame, non si è verificata. Da qui la scelta del giudice della esecuzione di rimettere alla Corte costituzionale il quesito, fondato su plurimi parametri di plausibile violazione della Carta fondamentale: dall'art. 27 comma 1 Cost. (la funzione rieducativa della pena) all'art. 31 (la protezione dell'infanzia e della gioventù); dall'art. 10 Cost. (perché la tutela dei fanciulli sarebbe ormai norma internazionale generalmente riconosciuta) all'art. 117 Cost. (in quanto le diverse convenzioni sottoscritte dal nostro Paese in materia minorile fungerebbero da norma interposta, inducendo a rimuovere la preclusione posta dall'art. 670 c.p.p.). Su tutto, un primario dubbio di ragionevolezza, che attanaglia la coscienza del remittente, in quanto non pare conforme al principio di uguaglianza che si possa colpire con la inesistenza la condanna del minore di quattordici anni e con la "sola" nullità assoluta quella del minorenne che ha superato la soglia di imputabilità prevista dall'art. 97 c.p.

### 3. *Sliding doors.*

La scelta da parte della Corte costituzionale di riportare nella sentenza ciascuno degli errori che in questa storia si sono avvicendati è da apprezzare. A maggior ragione poiché i giudici delle leggi hanno poi optato per una declaratoria di infondatezza. Il messaggio politico che in questa maniera la Consulta sembra assegnarci è che, se anche il ragionamento giuridico conduce a rigettare il quesito, non per questo si deve voltare lo sguardo dall'altra parte, di fronte al tradimento etico - ai plurimi tradimenti - nel quale quasi tutti i protagonisti del giudizio originario sono incorsi.

A tal fine, uno dei vantaggi di veder squadernato il misfatto nel suo dipanarsi è quello di facilitare il ragionamento controfattuale, e chiedersi che cosa sarebbe potuto accadere se ognuno si fosse, semplicemente, limitato ad applicare la legge con il dovuto scrupolo.

Così, l'errore sulla competenza funzionale, attribuita al tribunale ordinario (quando, in caso di dubbio, la legge prescrive si debba optare per quello minorile) ne ha finito per implicare altri (tutti

concorrenti nel divergere il processo dai binari previsti dalla legge): *in primis*, l'esser la condanna giunta all'esito di un rito alternativo, il patteggiamento, che non è ammesso per i minorenni<sup>5</sup>. In aggiunta, non potendo fruire della procedura *ad hoc* per i minori, prevista dal d. p. R. 448/1988, l'imputato non ha potuto avvalersi della sospensione del processo con messa alla prova (all'epoca non estesa alla giurisdizione degli adulti), né del proscioglimento per irrilevanza del fatto o del perdono giudiziale: è plausibile che, grazie a queste misure, il giovane accusato avrebbe potuto godere di una pronuncia opposta a quella di condanna, cosicché un problema di revoca della condizionale, come quello che ha originato il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 670 c.p.p., non si sarebbe nemmeno dovuto porre.

---

<sup>5</sup> La Corte riprende, menzionandole, le non poche pronunce con le quali ha ritenuto del tutto giustificata simile preclusione). Si rinvia a tal proposito al par. 3.2 dei "Considerato in diritto".

Ma, se proviamo a guardare meglio il *turning point* rappresentato dalla errata allocazione del caso al giudice ordinario, ci accorgiamo che le distorsioni da esso derivate rischiano di essere ancora più profonde (anche se il ragionamento è sviluppabile solo su piano ipotetico). Se prendiamo sul serio la vocazione rieducativa della pena - e, ancora prima, del procedimento, posto che nel sistema penale minorile la tensione verso il recupero del giovane imputato retroagisce a uno stadio anteriore a quello della determinazione della pena - possiamo chiederci se la vita di quel ragazzo sarebbe stata la stessa, se non fosse stato distolto dal suo giudice naturale. Poter fruire della osservazione dei servizi, della messa alla prova, se considerate queste opportunità senza lo sguardo cinico che così facilmente accompagna l'assuefazione al giudicare, avrebbe potuto prevenire susseguenti recidive. Detto altrimenti, l'opera dei servizi forse avrebbe messo l'interessato su una strada diversa, da quella che poi ha intrapreso, a seguito di una condanna patteggiata a pena sospesa (senza che nessuna istituzione pubblica a fini rieducativi studiasse per lui un programma di recupero e reinserimento adeguato).

C'è poi da ultimo un passaggio che la sentenza della Corte non tocca, e che invece forse merita di essere esaminato, seppur in via ipotetica. Leggendo il caso, è difficile resistere al pensiero che lo *status* custodiale sofferto dal giovane reo - protrattosi per qualche mese - e il patteggiamento che chiuse la vertenza in primo grado non siano due vicende tra loro slegate; al contrario, è facile supporre che la riduzione *in vinculis* abbia indotto il minore ad accettare una soluzione negoziata, nella speranza, una volta riacquisita la libertà, di rientrare in possesso dei documenti che gli avrebbero permesso di provare la sua età effettiva. Si pensi, allora, a quanto diverso sarebbe stato, con ogni probabilità, il trattamento cautelare del ragazzo, se questi fosse stato affidato al tribunale per i minorenni: in primo luogo, l'art. 23 del codice di procedura minorile non permette la custodia in carcere per i fatti di spaccio di lieve entità (quelli per i quali, in definitiva, il giovane fu condannato). Ma anche ammesso che l'ipotesi della lieve entità non fosse decifrabile fin dall'inizio del procedimento, non si deve comunque trascurare che, sempre in forza dell'art. 23, i termini di fase della carcerazione preventiva nel sistema minorile sono dimezzati, per chi abbia meno di diciotto anni: ben difficilmente sarebbe dunque stata possibile una protrazione prolungata della custodia, come quella che, viene da pensare, abbia fiaccato la volontà di un ragazzo alla sua prima esperienza penale, inducendolo a sottomettersi alla condanna patteggiata.

#### **4. La dichiarazione di infondatezza e le alternative praticabili.**

Se la vicenda narrata suscita in sé scalpore, pensando a come, con la dovuta diligenza, essa non sarebbe mai assurta agli onori della cronaca, si deve tuttavia riflettere sulla decisione adottata dalla Corte in concreto. Inoltre, alla luce della dichiarazione di infondatezza, vale la pena dedicare qualche ragionamento agli strumenti processuali che, allo stato attuale, appaiano praticabili, con riferimento al caso in questione (e ad altri analoghi che si dovessero presentare).

Con riferimento alla decisione della Consulta, essa appare difficilmente criticabile. Da un lato la richiesta di aggiungere una eccezione alla irrevocabilità del giudicato (e agli effetti esecutivi che ne derivano) appare destabilizzante per il sistema. Si tratta, in altre parole, di una strada estremamente problematica (e potenzialmente controproducente, considerati gli effetti nocivi che ne possono conseguire sulla certezza dei rapporti giuridici). Come efficacemente è stato osservato, se la certezza dei diritti, viene posta in antitesi con la certezza del diritto<sup>6</sup> - e il giudicato costituisce un pilastro su cui quest'ultimo si basa - il rischio è quello di dar vita a un meccanismo autodistruttivo, nel quale tutto può essere ridiscusso *ad infinitum*, con perdita di credibilità dell'ordinamento nel suo complesso. La scelta di una declaratoria di illegittimità, in una vicenda come quella esaminata, rappresenta una strada piena di rischi, da intraprendere solo quando ogni altra alternativa appaia impraticabile. Peraltro, viene da osservare, non è alla Corte costituzionale che si deve chiedere di raddrizzare ingiustizie di uno specifico caso concreto (ingiustizie che tutte appaiono dovute a plurimi comportamenti negligenti dei protagonisti dello sfortunato procedimento)<sup>7</sup>:

*a) Ammissibilità della domanda di revisione.*

In definitiva, la declaratoria di infondatezza appare, sia pur a malincuore, la scelta più corretta. Tale conclusione trova conferma riflettendo sul fatto che allo stato due strumenti ordinari non parrebbero preclusi, nelle mani del condannato.

Il primo, sebbene il meno semplice, è quello della revisione. Sfruttando il tema delle prove nuove, intese anche quali elementi non esaminati nel giudizio di merito<sup>8</sup>, sembrerebbe plausibile presentare la domanda di impugnazione straordinaria davanti alla sezione per i minorenni della corte d'appello, asserendo che, adottando la procedura minorile, la pronuncia sulla regiudicanda dovrebbe essere di proscioglimento *ex art. 631 c.p.p.* (posto che in questa formula sono da includere anche le ipotesi tipiche di quello

---

<sup>6</sup> Così efficacemente F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, p. 263

<sup>7</sup> Provando ad elencare solo alcune di queste manchevolezze, certo colpisce l'atteggiamento del tribunale, poco attento alla possibilità che il giovane fosse un minore; forse poca attenzione mostrò anche la Suprema Corte, rispetto a un tema, quello dei vizi del consenso nei riti negoziali, non di rado trascurato o trattato come un problema minore; forse, ancora, il ricorso avverso il patteggiamento non fu concepito con tutta la cura necessaria (considerato come è difficile in concreto che tale genere di impugnazioni trovi accoglimento). Sul tema del consenso dell'imputato nel rito della applicazione della pena su richiesta delle parti, problema centrale in questa vicenda, cfr. il bel volume di J. DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Padova, 2019, p. 391-392.

<sup>8</sup> Si ipotizza qui che la questione della minore età non sia stata esaminata in sede di legittimità, quando l'interessato aveva prodotto la documentazione comprovante il suo *status*. In tal caso parrebbe non da escludere la possibilità di invocare il regime della prova nuova *ex art. 630 lett. c c.p.p.* Sul tema delle prove nuove come prove non valutate ai fini del giudizio di revisione si vedano, tra le molte, Cass, Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624; Sez. 6, 20 settembre 2004, n. 49950; Sez. 6, 30 gennaio 2014, n. 20022; Sez. 5, 4 maggio 2015, n. 26478; Sez. 3, 30 marzo 2016, n. 28358; Sez. 4, 15 marzo 2019, n. 25862.

minorile, quali l'irrelevanza del fatto, all'epoca non esperibile nella giurisdizione ordinaria, o il perdono giudiziale).

Si tratta di una strada non facile da percorrere. La nuova prova della quale qui si parla, infatti, concerne un fatto processuale, la minore età del soggetto all'epoca della condanna, non una questione di merito sulla colpevolezza o la innocenza. In questo senso, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria tendono ad escludere che si possa invocare la previsione normativa di cui all'art. 630 lett. c c.p.p., ritenendo che il *novum* probatorio debba attenersi all'accertamento del fatto avente rilievo sostanziale<sup>9</sup>.

Tuttavia, in qualche decisione sporadica, emerge il tema della prova idonea a produrre un proscioglimento anche per questioni periferiche, rispetto al fatto e alla colpevolezza (ad esempio, con riferimento alla estinzione del reato)<sup>10</sup>: in una pronuncia, in particolare, si è ammessa l'impugnazione *extra ordinem* per quel che concerne la prova del fatto processuale concernente la sussistenza della condizione di procedibilità<sup>11</sup>. Sfruttando queste (minime) aperture non è da escludere che un caso come quello in corso possa dar luogo a un nuovo giudizio in sede straordinaria.

*b) Inesistenza della condanna patteggiata da un minore.*

Un'altra strada che sembra plausibile, forse più interessante sul piano del ragionamento sistematico, è quella di riconoscere la inesistenza della decisione formalmente divenuta irrevocabile, vale a dire della condanna a suo tempo patteggiata. È in effetti questa la via che sembra, nemmeno troppo implicitamente, indicata dalla Corte costituzionale nelle righe della motivazione. Le ragioni per rilevare questo tipo di vizio non sono tanto legate all'errore sulla competenza funzionale, vale a dire dalla mancata attribuzione al tribunale per i minori di un imputato infradiciottenne (errore che, come si è visto, per la giurisprudenza prevalente costituisce una ipotesi di nullità assoluta, come tale sanata dalla irrevocabilità della sentenza).

Si tratta, invece, di riflettere meglio sul problema rappresentato dal consenso, espresso dal giovane imputato, al rito del patteggiamento, che, a sua volta, è conseguenza dell'errore consistente nell'affidare un minore alla giurisdizione ordinaria e al rito penale predisposto per gli adulti. Ciò in quanto, come più volte si è rimarcato,

---

<sup>9</sup> In tal senso, con sfumature differenti, cfr., senza pretesa di completezza, M.R. MARCHETTI, *La revisione*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, vol. 5, p. 957-958; L. CALÒ, sub Art. 630 c.p.p., in G. Canzio – R. Bricchetti (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2017, p. 4446-4447; C. CARAVELLI, sub Art. 630 c.p.p., in G. Lattanzi – E. Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. V, coordinato da P. Bronzo e E. Gallucci, Milano, 2020, p. 539 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Cass., Sez. 3, 10 ottobre 2013, n. 45184.

<sup>11</sup> Ad esempio, cfr. Cass., Sez. 4, 31 gennaio 2017, n. 17170, secondo la cui massima "In tema di revisione, rientra nella nozione di "prova nuova" la rilevazione della mancanza della condizione di procedibilità del reato per cui è stata emessa sentenza di condanna, in quanto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 630, comma primo, lett. c), cod. proc. pen, devono considerarsi tali sia le prove preesistenti, non acquisite nel precedente giudizio, sia quelle già acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice."

la condanna della quale si parla nella vicenda in questione è frutto di un rito negoziale, la applicazione della pena su richiesta delle parti, che non trova cittadinanza nel rito minorile. Il difetto nel consenso non appare sanabile, in questa chiave di lettura, perché non si verte in materia di errore. Questo tema, l'errore percettivo che produce un vizio della volontà, si sarebbe al contrario potuto verificare se, per ipotesi, l'imputato non avesse compreso tutte le conseguenze che sarebbero potute derivare dalla sua accettazione del rito; o, ancora, qualora vi fossero state ragioni di dubitare sulla effettiva volontà, da parte dell'accusato, di accettare una soluzione patteggiata. Simili problemi, e altri analoghi, sarebbero comunque da considerare superati, una volta che il giudizio fosse divenuto irrevocabile.

Nel caso di specie, tuttavia, la questione è sensibilmente diversa, in quanto quel tipo di procedura - il patteggiamento - all'esito del quale l'imputato è stato condannato, non avrebbe potuto trovare applicazione nei riguardi di un minorenni. Non si tratta di una preclusione casuale, dovuta a una dimenticanza del legislatore, bensì, come molte volte la Corte costituzionale ci ha ricordato, di una scelta consapevole di politica giudiziaria, improntata allo specifico valore, riconosciuto nella Carta fondamentale, all'art. 31, (e asseverato da numerose convenzioni internazionali), della "protezione della gioventù" (o, usando il linguaggio delle convenzioni, della tutela del fanciullo). In sostanza, un minore non può chiedere di essere assoggettato a pena, e la sua volontà in tal senso non produce effetti giuridici, perché il bene della sua educazione, della sua protezione, è troppo importante, troppo delicato, perché egli ne possa disporre, sia pur nella misura limitata di una proposta di patteggiamento.

Usando le categorie civilistiche, si potrebbe sostenere di trovarsi al cospetto di un negozio contrario a norme imperative. La volontà dell'interessato, in quanto minorenni, per le ragioni indicate, non può superare l'ostacolo posto dalla legge. Si badi che la preclusione nei confronti dei minori a contribuire, con una propria manifestazione volitiva, ad autoinfliggersi una condanna, sembra in linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di libertà personale (giurisprudenza espressa nei confronti di qualunque individuo, non importa se adulto o non ancora tale). Il bene della libertà, ha sottolineato in una pronuncia di pochi anni fa il giudice delle leggi, è inviolabile e indisponibile, a tal punto che, al di fuori di casi strettamente previsti dalla legge, esso non può essere limitato o conculcato nemmeno con il consenso dell'interessato.

La vicenda, nello specifico, concerneva la *vexata quaestio* della legittimità costituzionale dell'art. 2-bis della legge 13 giugno 1990, n. 146, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati stabilisca che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta. In quella occasione, nell'accogliere la questione, la Corte dichiarò che "la disposizione censurata viola la riserva di legge posta dall'art. 13, quinto comma, Cost. nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina nella libertà personale; interferenza consistente nella previsione che l'imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore,

con l'effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare".

La ragione di tale declaratoria è da rinvenire nel presupposto di partenza, da individuare nel carattere assoluto della riserva di legge, a presidio della indisponibilità della libertà personale, conseguenza, a sua volta della sua inviolabilità. Osservò la Consulta, sempre nella sentenza 180/2018, che "la tutela della libertà personale è un valore unitario e indivisibile, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali", per concludere - come poi è ovvio, stante il tenore del principio costituzionale - che "è solo la legge che deve assicurare il minor sacrificio della libertà personale"<sup>12</sup>.

Il ragionamento condotto con riferimento alla questione trattata nel 2018 - non ci si può allungare, nemmeno volendo, la custodia cautelare oltre ai limiti previsti dalla legge - parrebbe riproducibile e adattabile al problema odierno: è precluso a una persona non ancora diciottenne esprimere un consenso alla propria condanna penale a una sanzione detentiva, per i limiti derivanti dalla inviolabilità del bene in gioco.

Naturalmente il ragionamento si presta a obiezioni.

Ad esempio si potrebbe rilevare che, nella vicenda esaminata dalla sentenza 180 del 2018, il giudice delle leggi doveva confrontarsi con un problema relativo alla custodia cautelare, che si sarebbe protratta nel tempo per il solo effetto di una scelta volontaria dell'imputato (quella di non voler procedere, così indirettamente aderendo alla astensione del proprio difensore dalle udienze). Nel caso esaminato, si potrebbe eccepire, il problema è diverso, perché la volontà individuale dell'imputato non produce automaticamente un effetto incisivo sulla libertà, che è invece limitata per effetto della sentenza di condanna a pena applicata pronunciata dal giudice, sulla proposta concorde delle parti. È tuttavia innegabile che la situazione non appaia così lontana, da quella considerata dalla sentenza n. 180/2018, posto che, se seguiamo il percorso evolutivo espresso dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale e della Cassazione sulla natura della sentenza di patteggiamento, pare emergere una tendenziale presa d'atto che la condanna posa, precipuamente, sul consenso delle parti<sup>13</sup>. In sostanza, nella accezione

---

<sup>12</sup> Osservazione, quest'ultima, del resto affermata costantemente dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. n. 64 del 1970.

<sup>13</sup> Il tema come noto è stato oggetto di numerose pronunce da parte della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, nonché di analisi da parte della dottrina. Non è questa la sede per affrontarne il merito a fondo. In linea di estrema sintesi, la dottrina sembra accettare che la Corte costituzionale abbia progressivamente riconosciuto la natura quantomeno parzialmente acognitiva della sentenza di patteggiamento (si vedano le sentenze Corte cost. 25 luglio 2002, n. 394; C. cost. 20 maggio 1996, n. 155; C. cost. 30 giugno 1994, n. 265; C. cost. 6 giugno 1991, n. 251). Così come segnali nella stessa direzione si sono riscontrati anche nella interpretazione della Cassazione. Si menzionano a tal proposito le ben note pronunce delle Sezioni Unite Cass., Sez. Un., 8 maggio 1996, n. 11; Sez. Un., 26 febbraio 1997, n. 3600; Sez. Un., 27 maggio 1998, n. 8488. In tempi più recenti si vedano, sia pur con alcune sfumature (un accertamento limitato in queste ultime decisioni vi sarebbe), Cass., Sez. 4, 4 ottobre 2017, n. 50060; Sez. 4, 14 marzo 2007, n. 36868. In tema si rinvia alle analisi svolte da M. Gialuz, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Annali*, II-1, 2008, p. 20-21. La tesi della rinuncia alla cognizione per causa dell'accordo tra le parti trova un autorevole supporto nella ricostruzione di P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *Id., Studi sul processo penale*, Torino, III, 1997, p. 141. Naturalmente la tesi della natura

affermatasi in sede giurisprudenziale, il patteggiamento ha una base acognitiva preponderante, e la inflizione della pena trova preminente giustificazione sull'accordo - vale a dire sull'incontro delle volontà - delle parti del processo. Tale accordo, se ne può dedurre, per produrre effetto, deve rigorosamente rimanere nei limiti posti dalla legge, pena il contrasto con l'art. 13 Cost. La minore età, in tal senso, costituisce preclusione invalicabile, e in relazione ad essa non avrebbe senso pensare a una sanatoria del giudicato, posto che manca, alla radice, il potere della parte di disporre del proprio *status libertatis*.

In sostanza, se si può presumere che un adulto sia di grado di capire ciò che sia utile per sé, sul piano sanzionatorio, e di conseguenza proporre o accettare una pena in accordo con il pubblico ministero, non altrettanto si può concedere per i minori. Qui la valutazione individuale, il progetto rieducativo, l'esigenza di reinserimento sono così preminenti, come si evince anche dall'art. 31 Cost., da aver indotto il legislatore a precludere una procedura speciale come quella prevista, nel rito ordinario, all'art. 444 c.p.p.<sup>14</sup>. In questo senso, il giudicato non può sanare l'errore dell'eventuale condanna patteggiata inflitta a un minore, dal momento che esso non riguarda il vizio di una volontà manifestata male, incompleta, fuorviata, quanto proprio il riconoscimento *in nuce* di tale genere di accordo.

Sotto una diversa prospettiva – di approccio maggiormente civilistico – si può osservare, in senso convergente rispetto a quanto sinora proposto, che le motivazioni che inducono ad escludere la validità e perfino la stessa esistenza di un accordo volto al patteggiamento posto in essere da un minore sono ben più profonde e radicali. Ciò che forma oggetto di disposizione, infatti, costituisce una complessa situazione esistenziale che involge profili di natura personale la cui valutazione è rimessa esclusivamente all'individuo maggiorenne e pienamente capace. Una simile valutazione, al contrario, è preclusa alla persona che, durante la minore età, in una fase della vita caratterizzata da particolare delicatezza e vulnerabilità, merita una protezione assai più pregnante. In questa prospettiva l'intera disciplina che governa il recupero del minore ed attua il valore della funzione rieducativa del diritto penale costituisce un impianto posto presidio del suo esclusivo interesse, la cui applicazione non può essere rimessa ad accordi e formare oggetto di disposizione da parte del giovane imputato. Questo principio, del resto, risulta ulteriormente confermato nell'ambito del diritto civile, laddove le questioni maggiormente rilevanti concernenti la vita personale del minore sono sottratte alla sua disponibilità e non possono formare oggetto di decisioni riconducibili all'autonomia dell'interessato<sup>15</sup>.

---

acognitiva è, in non pochi casi, fortemente contestata in dottrina (si veda, a tal proposito, il contributo di S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nella applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza e esigenze di garanzia*, Milano, 2005, p. 113 s.). Sul tema, per una ricostruzione aggiornata e complessiva della materia, cfr. A. SANNA, *Il patteggiamento tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2018, p. 17 s.

<sup>14</sup> Cfr. a tal proposito F. DELLA CASA, *Le alternative*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, IV ed., Torino, 2021, p. 196.

<sup>15</sup> Il superiore interesse del minore, enunciato dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3, par. 1) (M. MARCHEGIANI, *Convenzione sui diritti del fanciullo*, in *Codice della famiglia*, a cura di

Da ultimo, per quanto nella vicenda concreta non invocabile, posto che i fatti retroagiscono a ben prima della sua entrata in vigore, la conclusione qui proposta, tutta fondata su fonti interne e già vigenti all'epoca dei fatti, trova qualche conferma nelle previsioni della direttiva 2016/800/UE. Questa, sia pur con termini diversi, introduce a livello sovranazionale - come prima di essa avevano fatto altre convenzioni - specifiche garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali. In essa si prevede, in particolare (art. 7), che il minore debba sempre godere di una valutazione individuale, possibilmente prima dell'esercizio dell'azione penale, ma, se ciò non fosse possibile, all'inizio delle udienze del processo. Simile valutazione deve essere condotta nell'interesse del minore, nonché effettuata da personale qualificato, con un approccio per quanto possibile multidisciplinare e, ove opportuno, con il coinvolgimento del titolare della responsabilità genitoriale o di un altro adulto idoneo, o di un professionista specializzato. Tale genere di esame della personalità e del contesto di riferimento del giovane è dovuto, tra le altre cose, anche al fine di "assumere decisioni o linee d'azione nel procedimento penale, anche in sede di pronuncia della sentenza". È dunque realistico supporre che, anche in nome della direttiva menzionata, una procedura negoziata come quella del patteggiamento vigente attualmente nel nostro sistema<sup>16</sup> difficilmente possa essere ritenuta compatibile con i principi dell'Unione europea in materia di tutela degli imputati minorenni (oltre che, per le ragioni che si sono espone, con quelli della nostra Carta).

Le ragioni espone inducono a ritenere non implausibile l'ipotesi di considerare inesistente la condanna patteggiata inflitta a un minorenne. Ci troviamo infatti di fronte a una manifestazione d'intenti - quella del giovane imputato - che non può produrre alcun effetto, come avverrebbe, usando le categorie del diritto civile, per un contratto concluso in spregio di norme imperative, o, sia pur con uno sforzo ermeneutico meno

---

M. Sesta, III ed., Milano, 2015, pp. 141 ss.) e dalla Carta europea dei diritti fondamentali (art. 24, par. 2) (E. BERGAMINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, III ed., Milano, 2015, pp. 135 ss.) è assurdo a "principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile" (V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 407). Per un'analitica ricostruzione dei diritti del minore nell'ambito dei procedimenti giudiziari che lo riguardano cfr. L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2021, p. 101 ss. opera una rilettura del diritto nazionale alla luce dei principi enunciati nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e della Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010 (*European Commission, Council of Europe, Directorate-General for Justice*, Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore: adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010 e relazione esplicativa, Ufficio delle pubblicazioni, 2015, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/25772>).

Più in generale sull'interesse del minore cfr. L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 87; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 763.

<sup>16</sup> Nulla esclude, naturalmente, che possano essere introdotte modifiche tali da rendere questa procedura speciale compatibile con i principi sovranazionali dell'Unione. L'impressione tuttavia è che, al momento, le disposizioni vigenti in tema di patteggiamento siano in contrasto con le linee normative UE in materia penale minorile.

semplice, privo di causa. Che la inesistenza costituisca un *péndant sui generis* delle nullità civilistiche (mentre le nullità processuali penali in ambito privatistico sarebbero traducibili in mere annullabilità) è osservazione ben nota<sup>17</sup>, che in qualche maniera avvalorata l'idea di non recepire acriticamente, come forse si è verificato nella ordinanza di rimessione, l'orientamento ermeneutico affermatosi nel contesto attuale sui vizi derivanti dall'errore sulla competenza funzionale, quando il caso di un minore sia stato affidato per sbaglio al giudice ordinario.

c) *Inesistenza quale sinonimo di abuso del processo.*

Una ultima possibilità – per la verità più problematica, se non altro perché meno in linea con la nostra tradizione – è quella di interpretare una categoria ormai poco praticata, quella della inesistenza, come una forma di *abuse of process*: pronuncia con la quale nei sistemi di *common law* si colpiscono casi afflitti da ripetuti e gravi errori, che, quand'anche nessuno di essi singolarmente fosse esiziale, nell'insieme sono tali da ritenere che l'imputato non possa godere (o non possa aver fruito) un *fair trial* nel suo complesso<sup>18</sup>. La congerie di sbagli che nella storia esaminata si sono sovrapposti è impressionante, e certo non lascia indifferenti. Un approccio empiricamente orientato, volto a rendere i diritti effettivi e concreti e non astratti o illusori, per usare le parole della Corte europea dei diritti dell'uomo, potrebbe dunque essere quello di adattare una categoria di elaborazione giurisprudenziale – l'inesistenza – a rimedio per condanne afflitte da un numero così ampio (e grave) di errori. Si tratta di una soluzione non priva di un suo fascino, ma in merito alla quale è lecito nutrire più d'un dubbio, perché essa rischia di attribuire al giudice, a posteriori, a giudicato già formato, una libertà di azione difficilmente compatibile con i principi tipici del nostro sistema, e con la tradizione culturale dalla quale il nostro ordinamento origina.

## 5. Conclusioni.

Suscita dolore - all'esito della analisi compiuta in merito alla vicenda decisa dalla Corte costituzionale - ripensare a quella promessa incastonata nell'art. 25 comma 1 Cost. secondo la quale nessuno, nemmeno il più piccolo e il più misero degli imputati, potrà essere distolto dal suo giudice naturale: da quella figura che, sottrattolo alle mani dell'esecutivo che lo ha ridotto *in vinculis*, valuterà il fatto con cura, scrupolo, secondo legge, considerandolo il più specchiato dei galantuomini, come la presunzione di innocenza promette, e, se mai dovesse condannarlo, riflettendo bene sulla pena che meglio assicuri la sua rieducazione (come impone l'art. 27 comma 3 Cost.).

---

<sup>17</sup> F. CORDERO, L'“inesistenza” della decisione giudiziaria (rilevi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, p. 602 s.

<sup>18</sup> Sul tema si rinvia alla ricerca di S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, p. 336 e ai riferimenti ivi indicati.

In questa storia il condannato ha per la prima volta trovato il “suo” giudice naturale, quello che la Carta gli aveva promesso, in sede di esecuzione: ma era troppo tardi.

Riecheggiano echi inquietanti e cupi riflessi, quali quelli che, oltre un secolo fa, i fautori di una nuova scuola - quella positiva - proponevano, per un approccio orientato al controllo sociale nella giustizia penale: in fondo, con certi generi di imputato, una condanna ingiusta copre le tante assoluzioni errate<sup>19</sup>. E riemerge, in tutta la sua drammaticità, quella violenza, quel peccato intrinseco che connota sul piano etico il giudicare penale dell’individuo su un suo pari, per di più aggravato dai pregiudizi che si radicano nella assuefazione a questo genere di professione<sup>20</sup>.

Vi è tuttavia motivo di non lasciarsi prendere dallo sconforto, se riusciremo a trasformare questa triste vicenda in una opportunità, legata alla riflessione sui limiti del consenso nella giustizia penale, in particolare con riferimento ai riti negoziali, sul valore indefettibile della educazione dei minori, su quanto anche il caso meno significativo coinvolga sempre tutto il patrimonio di principi che la comunità si è data. Se davvero gli sbagli aiutano a migliorarsi più dei successi, se davvero solo dai diamanti non nasce niente, si può sperare che, da questo piccolo sonno collettivo del sistema giudiziario, possa trarsi una rinvigorita spinta etica volta in senso opposto, tesa a fare in modo che errori come questi non debbano più ripetersi.

---

<sup>19</sup> Osservava Enrico Ferri, in effetti, che “I delinquenti stessi, da me interrogati a questo proposito, riconoscono invece la ragionevolezza della presunzione contraria a quella di innocenza]: ‘Mi hanno condannato senza prove [...]: e poi se quella volta non si è proprio colpevoli, vada per le altre volte che a facciamo franca e non ci scoprono’”. E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884.

<sup>20</sup> Scriveva Faustin Hélie, a tal proposito: “Tuttavia, chi non conosce il potere quasi dispotico della nostra mente? Chi non sa che facciamo più facilmente e con inerzia ciò che facciamo ogni giorno, e come l’abitudine indebolisce l’ardore e la resistenza? La nostra coscienza si assopisce distrattamente nella lotta quotidiana, e la ripetizione continua degli stessi atti rende più debole il suo controllo. Il giudice, che ha sentito tante false proteste, tante false dichiarazioni d’innocenza, tanti colpevoli che si sono rifiutati di affrontare i fatti, tante persone svergognate e perverse, lascia penetrare nel suo cuore una sorta di presunzione che l’accusato sia immorale e colpevole. Non può vedere che attraverso quest’ombra. E, a causa della sua integrità, è indignato per la malvagità che è costantemente davanti ai suoi occhi. Così, è portato a confondere un accusato con un altro, e poi a punire tutti con sentenze più pesanti, avendo questo unico rimedio nelle sue mani. Non è che il giudice arrivi a considerare colpevole ogni accusato, ma piuttosto che arrivi a sospettare prematuramente che l’accusato sia colpevole. In questo stato d’animo, i fatti più gravi accusati assumono il valore di indizi, e gli indizi assumono il valore di prove evidenti”. F. HÉLIE, *Teorica del codice di procedura penale*, pp. 54-64 (Luigi Sampolo) (1880).