

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

3/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

**UNA TRAGICA FATALITÀ NON È REATO E NON MERITA UNA PENA:
IL CASO DELL'OMICIDIO DEI UN'ANZIANA SIGNORA INVESTITA
DA UN BAMBINO CHE IMPARAVA AD ANDARE IN BICICLETTA
CON IL SUO PAPÀ**

Trib. Milano, decr. 10.12.2024 (dep. 7.1.2025), Gip Iannelli

di Gian Luigi Gatta

1. Il decreto di archiviazione che può leggersi in allegato affronta un caso singolare, fatalmente tragico e per più aspetti interessante. Mentre si trova in un parco a Milano, percorrendo a piedi un vialetto sterrato accompagnata da una 'badante', un'anziana signora di 85 anni viene urtata dalla bicicletta condotta da un bambino di cinque anni¹. Il bambino, accompagnato dal papà che lo (in)seguiva a piedi, stava imparando ad andare in bicicletta usandone una piccola senza pedali (metodo alternativo alle rotelle di una volta, funzionale ad acquisire l'equilibrio). La signora cade, sbatte la schiena e la testa e, dopo essere stata soccorsa dal padre del bambino e dalla sua 'badante', si rialza e viene accompagnata al pronto soccorso. Il giorno successivo muore, per una emorragia cerebrale post traumatica.

Viene avviato un procedimento penale nei confronti dei genitori del bambino, per il delitto di omicidio stradale (art. 589 bis c.p.).

2. Il pubblico ministero chiede l'archiviazione (v. il provvedimento allegato) non ravvisando gli estremi del reato contestato, sotto il profilo dell'assenza di colpa: "l'evento sinistro è frutto di una sfortunata, causale fatalità, senza che vi sia stata alcuna violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale". L'evento, in particolare, sarebbe stato causato da una perdita di controllo della bicicletta in prossimità della signora e il padre, che pure stava seguendo il bambino da vicino, non avrebbe potuto far nulla per impedire la disgrazia. Quanto alla madre, non era presente al momento dell'incidente ed è stata perciò ritenuta del tutto estranea al fatto.

I parenti della vittima non hanno presentato opposizione alla richiesta di archiviazione.

3. Il Gip, con il decreto che può leggersi in allegato, ha archiviato il procedimento escludendo la possibilità di formulare una ragionevole previsione di condanna.

¹ Per un errore materiale il decreto indica l'età del bambino in dieci anni; si trattava tuttavia, come indicato nella richiesta di archiviazione, di un bambino di soli cinque anni.

In premessa il gip osserva, incidentalmente, che può dubitarsi della configurabilità del delitto di omicidio stradale (in luogo dell'omicidio colposo comune), atteso che *non è pacifico che un vialetto sterrato interno a un parco pubblico costituisca una 'strada' ai sensi di legge*. Non è però un tema decisivo, atteso che, in ogni caso, la rilevanza penale del fatto di omicidio deve escludersi.

Quanto alla madre, non presente al momento del fatto, la responsabilità penale deve escludersi perché, a differenza del criterio di imputazione della responsabilità civile ex art. 2048 c.c. (*culpa in educando* dei genitori per il fatto dannoso commesso dal figlio minore convivente), nel diritto penale opera il principio di personalità della responsabilità, che può essere ascritta al genitore per una omissione (art. 40, co. 2 c.p.) solo sul presupposto della possibilità di intervenire per evitare l'evento causato dal figlio minore; possibilità evidentemente esclusa in assenza della madre sul luogo dell'evento.

Quanto al padre del bambino, il *fatto* di omicidio è integrato, sotto il profilo oggettivo e dell'imputazione ex art. 40, co. 2 c.p.; senonché difetta la colpa: l'evento è stato causato dallo sbandamento repentino della bicicletta, che si è verificato in modo "improvviso, non prevedibile né prevenibile".

4. Cosa ci insegna questa vicenda giudiziaria? Per un verso, richiama i principi elementari in tema di imputabilità (per escludere la responsabilità del bambino), di responsabilità omissiva nei reati di evento e di imputazione oggettiva del fatto penalmente rilevante al titolare di una posizione di garanzia, che postula la possibilità di intervenire per evitare l'evento (*ad impossibilia nemo tenetur*) e di colpa. Un caso da manuale che si presta ad essere proposto agli studenti nelle lezioni di diritto penale. Decisiva, rispetto alla posizione del padre, è l'assenza di colpa. Il genitore-agente modello è quello che segue il figlio mentre impara ad andare in bicicletta, concentrando la sua attenzione sul bambino e sull'area circostante. La regola cautelare, per esperienza, richiede di stare vicino al bambino, cosa che il papà ha fatto. La perdita di equilibrio è stata improvvisa e, per quanto vicino, il papà non avrebbe potuto evitare l'evento.

La vicenda è talmente drammatica – anche per la 'pena naturale' inflitta alla famiglia del bambino – che, saggiamente, non vi è stata l'ansia di individuare un colpevole e, di conseguenza, una penetrante ricerca di profili di colpa. Non era il caso. Si sarebbe forse potuto dire che l'evento era prevedibile: la stabilità di un'anziana accompagnata da una badante è normalmente precaria, e quando si insegna a un bambino ad andare in bici è buona regola guardare se la strada è libera o da chi è impegnata. E si sarebbe potuto forse dire che il papà avrebbe dovuto arrestare la corsa della bici facendo passare la signora. Uno spunto in tal senso si trarre da dichiarazioni del padre ritenute però dal Gip inutilizzabili, nelle quali emerge la consapevolezza della presenza dell'anziana signora sulla strada.

Opportunamente, non si è però andati alla ricerca della colpa: né di quella del papà, né di quella dei medici del pronto soccorso che hanno prestato assistenza alla vittima, deceduta il giorno seguente.

Ecco allora cosa insegna la vicenda: possono accadere delle disgrazie rispetto alle quali il diritto penale e la pena non rappresentano una risposta socialmente adeguata. La punizione del papà – in termini di anni di reclusione, eventualmente con pena sospesa o sostituita – sarebbe apparsa eccessiva, ingiusta, non funzionale al perseguimento di una finalità rieducativa rispetto a un fatto che sarebbe potuto accadere a tanti altri genitori. Un fatto il cui peso resta come un macigno nella vita familiare e rispetto al quale i parenti della vittima, rinunciando all’opposizione alla richiesta di archiviazione, hanno mostrato di non cercare giustizia nel procedimento penale. Altro è il discorso di una possibile responsabilità civile, sempre che sia configurabile.

LE SEZIONI UNITE CIVILI SUL CASO DICIOTTI: UNA DECISIONE DI GRANDE IMPORTANZA ANCHE IN SEDE PENALE

Cass. civ., Sezioni Unite, 18.2.2025 (dep. 6.3.2025), n. 17687/24

di Luca Masera

1. L'ordinanza in commento ha ad oggetto gli aspetti civilistici di una vicenda, quella dei migranti trattenuti sulla nave militare Diciotti dal 16 al 25 luglio 2018, che già era stata oggetto di attenzione in sede penale. Come si ricorderà, in relazione alla medesima vicenda oggetto della decisione qui in commento nel gennaio 2019 il Tribunale dei ministri di Catania, nonostante il parere difforme della Procura, aveva chiesto al Senato l'autorizzazione a procedere per il reato di sequestro di persona nei confronti dell'allora Ministro dell'interno Salvini; autorizzazione che era stata negata dal Senato, che con deliberazione del 20 marzo 2019 aveva approvato la richiesta della Giunta per le autorizzazioni di respingere la richiesta del giudici catanesi¹.

Uno dei soggetti trattenuti sulla nave Diciotti, di cittadinanza eritrea come la maggior parte dei trattenuti, aveva chiesto in sede civile il risarcimento ex art. 2043 c.c. del danno morale patito in seguito alla (ritenuta) illecita detenzione cui era stato sottoposto. Domanda che era stata respinta prima dal Tribunale di Roma, che con ordinanza del 9 luglio 2019 aveva dichiarato l'assoluta carenza di giurisdizione, ritenendo che i comportamenti censurati avessero la natura di atti politici; e poi dalla Corte d'appello che – pur ritenendo sussistente la giurisdizione ordinaria, in quanto il danno lamentato era riferibile non ad un atto politico, ma ad un atto amministrativo, pienamente sindacabile – aveva respinto nel merito la domanda “in difetto della colpa della pubblica amministrazione e, comunque, in mancanza di allegazione e prova del danno conseguenza”.

La Cassazione annulla la decisione di secondo grado, ritenendo sussistenti tutti gli estremi per accogliere la domanda risarcitoria. Mentre alcuni dei principi di diritto affermati nell'ordinanza sono di stretta pertinenza civilistica, altri invece, per la loro portata generale, sono di sicuro interesse anche in prospettiva penalistica, tanto più che, come vedremo meglio oltre, è in corso presso gli uffici giudiziari di Palermo un procedimento relativo ad una vicenda pressoché identica nei suoi tratti essenziali a quella ora decisa dalla Cassazione civile (il riferimento è ovviamente al procedimento in corso a Palermo, che ha visto in primo grado l'assoluzione del Ministro Salvini nel cd. caso Open Arms).

¹ Per una ricostruzione di tali vicende, e per i relativi riferimenti in dottrina, sia consentito rinviare a L. MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali – I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020.

2. La Cassazione è chiamata a decidere due ricorsi: quello in via principale, con cui il ricorrente chiede la riforma della decisione di secondo grado, e il riconoscimento della pretesa risarcitoria; e quello incidentale proposto dall'Avvocatura dello Stato, con cui si chiede la dichiarazione dell'assenza assoluta di giurisdizione in ragione della natura di atto politico della condotta da cui sarebbe derivato il danno.

L'ordinanza prende le mosse proprio da tale questione logicamente preliminare (e che costituisce la ragione dell'attribuzione del ricorso alle Sezioni unite). Si tratta di uno degli aspetti a nostro avviso più significativi della decisione, e per questo ci pare utile riprendere da vicino il percorso argomentativo della Cassazione.

L'ordinanza inizia con il richiamare il proprio precedente del 2023, sempre a Sezioni unite, da cui si ricava che: "la nozione di atto politico è di stretta interpretazione e ha carattere eccezionale, perché altrimenti si svuoterebbe di contenuto la garanzia della tutela giurisdizionale, che la Costituzione assicura come indefettibile e con i caratteri della effettività e della accessibilità.

Il principio di giustiziabilità degli atti del pubblico potere, di soggezione del potere alla legge ogni qualvolta esso entra in rapporto con i cittadini, costituisce un profilo basilare della Costituzione italiana. L'impugnabilità dell'atto è la regola: una regola orientata ad offrire al cittadino una concreta protezione della propria sfera soggettiva individuale contro le molteplici espressioni di potere in cui si concreta l'azione della pubblica amministrazione".

L'atto politico insindacabile è limitato ai soli ambiti di estrinsecazione del potere di governo non disciplinati dalla legge, perché, quando l'azione amministrativa è definita da fonti normative, il loro rispetto può e deve essere verificato dall'autorità giudiziaria. "La chiave di volta ai fini del giudizio di insindacabilità di un atto del potere pubblico è costituita, in generale, dalla mancanza di specifici parametri giuridici protesi a riconoscere posizioni di vantaggio meritevoli di protezione. (...) L'insindacabilità è il predicato di un atto non sottoposto dall'ordinamento a vincoli di natura giuridica. Ove, viceversa, vi sia predeterminazione dei canoni di legalità, quello stesso sindacato si appalesa doveroso. Il giudice, quale che sia il plesso di appartenenza, è non solo rispettoso degli ambiti di attribuzione dei poteri, ma anche, sempre per statuto costituzionale, garante della legalità, e quindi non arretra là dove gli spazi della discrezionalità politica siano circoscritti da vincoli posti da norme che segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'azione di governo. La giustiziabilità dell'atto dipende dalla regolamentazione sostanziale del potere. Se dunque esiste una norma che disciplina il potere, che ne stabilisce limiti o regole di esercizio, per quella parte l'atto è suscettibile di sindacato". Tra i vincoli che limitano la discrezionalità dell'azione di governo vanno collocati, prosegue l'ordinanza, "il rispetto e la salvaguardia dei diritti inviolabili della persona. L'azione del Governo, ancorché motivata da ragioni politiche, non può mai ritenersi sottratta al sindacato giurisdizionale quando si ponga al di fuori dei limiti che la Costituzione e la legge gli impongono, soprattutto quando siano in gioco i diritti fondamentali dei cittadini (o stranieri), costituzionalmente tutelati".

Posto questo chiarissimo principio di diritto, l'ordinanza non può che concludere che "va certamente escluso che il rifiuto dell'autorizzazione allo sbarco dei migranti

soccorsi in mare protratto per dieci giorni possa considerarsi quale atto politico sottratto al controllo giurisdizionale. (...) Si è in presenza, piuttosto, di un atto che esprime una funzione amministrativa da svolgere, sia pure in attuazione di un indirizzo politico, al fine di contemperare gli interessi in gioco e che proprio per questo si innesta su una regolamentazione che a vari livelli, internazionale e nazionale, ne segna i confini. Le motivazioni politiche alla base della condotta non ne snaturano la qualificazione, non rendono, cioè, politico un atto che è, e resta, ontologicamente amministrativo”.

3. Ritenuta sussistente la giurisdizione, l’ordinanza passa a confutare gli argomenti addotti dalla Corte d’appello per negare il requisito della colpa in capo all’amministrazione, che avrebbe agito in “un quadro di forte incertezza delle norme internazionali che regolano la materia dello sbarco a seguito di operazioni di soccorso marittimo”, incertezza tale da non fare apparire “comunque sussistente, in termini di certezza, un obbligo giuridico in capo allo Stato di rilasciare il POS (*Place of Safety*) ovvero di rilasciarlo entro un determinato termine e secondo determinate modalità”.

La Cassazione ricorda come “l’obbligo del soccorso in mare corrisponde ad una antica regola di carattere consuetudinario, rappresenta il fondamento delle principali convenzioni internazionali (...) e come tale esso deve considerarsi prevalente su tutte le norme e gli accordi bilaterali finalizzati al contrasto dell’immigrazione irregolare”. La Corte ricorda i principi contenuti nelle principali convenzioni internazionali in materia (vengono citate in particolare la cd Convenzione SOLAS del 1974, la cd. Convenzione SAR del 1980 e la cd. Convenzione UNCLOS del 1982), per concludere che “non può dubitarsi allora che la mancata tempestiva indicazione del POS, unitamente alla decisione di non far scendere i 177 migranti per cinque giorni sebbene la nave fosse già ormeggiata nel porto di Catania, costituisca una chiara violazione della predetta normativa internazionale”.

Più ancora che la violazione della normativa internazionale in tema di individuazione del POS, ad essere decisive, nella prospettiva risarcitoria, risultano le violazioni delle disposizioni (interne ed internazionali) poste a tutela della libertà personale, ed in particolare l’art. 13 Cost., e l’art. 5 CEDU. L’ordinanza ricorda come la Grande camera della Corte EDU, con la sentenza *Khlaifia* – relativa al trattenimento di alcuni cittadini tunisini nel 2011 prima nell’hotspot di Lampedusa e poi su una nave ormeggiata nel porto di Palermo – abbia chiarito come ogni forma di privazione della libertà, anche degli stranieri irregolari, debba avere una chiara base legale, e debba consentire al trattenuto un ricorso effettivo di fronte all’autorità giudiziaria. “Analogamente nel caso in esame, l’insussistenza di un provvedimento giudiziario o di una successiva convalida delle scelte governative è di per sé sufficiente ad affermare l’arbitrarietà del trattenimento dei migranti ai sensi dell’art. 5 CEDU, atteso che l’art. 13 della Costituzione prescrive il cumulativo soddisfacimento di entrambe le riserve, di giurisdizione e di legge, affinché possa dirsi integrata una legittima restrizione della libertà personale”.

Tanto la normativa in materia di soccorso in mare ed individuazione del POS, quanto quella in tema di privazione della libertà personale, sono dunque tutt’altro che

incerte od oscure, come aveva invece ritenuto la Corte d'appello. "Le considerazioni sopra svolte restituiscono un quadro giuridico di tale chiarezza e coerenza da rendere insostenibile l'assunto della insussistenza di elementi sufficienti per affermare la colpa delle amministrazioni resistenti". Né ad escludere la colpa può essere invocata la sussistenza di un errore scusabile circa la legittimità della detenzione a bordo della nave Diciotti, poché "non può risultare sufficiente ragione di scriminazione della condotta, sotto il profilo della colpa, l'incertezza normativa in ordine alla individuazione dello Stato competente, né la pure consentita flessibilità sulle determinazioni da adottare al momento di individuare il POS e autorizzare allo sbarco, non potendo tale flessibilità comunque risultare esente da ragionevoli limiti temporali senza altrimenti tradursi di fatto in una misura restrittiva della libertà personale, intollerabile per l'ordinamento costituzionale e sovranazionale".

4. La Cassazione prende poi in esame la questione se il rifiuto dell'autorizzazione a procedere pronunciato dal Senato abbia rilievo anche in sede civile, o in altri termini "se la insindacabilità della condotta che esso determina sul piano penale si riverberi anche sulla configurabilità dell'illecito civile, nel senso di escluderla". La conclusione è di segno negativo: "se principio cardine di uno Stato costituzionale di diritto è la giustiziabilità di ogni atto lesivo dei diritti fondamentali della persona, ancorché posto in essere dal Governo e motivato da ragioni politiche, la sottrazione dell'agire politico a tale sindacato — pur prevista, in presenza di determinati presupposti, da norma costituzionale — non può che costituire l'eccezione, come tale soggetta a interpretazione tassativa e riferibile, dunque, solo alla responsabilità penale".

5. L'ultima questione oggetto di analisi riguarda l'affermazione della Corte d'appello, secondo cui non sarebbe stata fornita dal ricorrente la necessaria prova del danno-conseguenza subito. La Cassazione ribadisce il tradizionale principio per cui "ad essere risarcibile non è la lesione dell'interesse giuridicamente protetto (danno-evento o evento di danno) ma il danno-conseguenza, vale a dire i pregiudizi derivanti secondo nesso di causalità giuridica dalla lesione stessa, da allegare e provare da parte del danneggiato". Tuttavia, continua la Corte, "tale prova ben può essere offerta anche a mezzo di presunzioni gravi, precise e concordanti. In particolare, in ipotesi, quale quella di specie, di restrizione della libertà personale, i margini di un ragionamento probatorio di tipo presuntivo, ferma restando la non predicabilità di un danno *in re ipsa*, risultano particolarmente forti, tanto più per una vicenda dai contorni fattuali chiari come quelli di cui si tratta. Ciò tanto più ove si consideri la dimensione eminentemente soggettiva e interiore del pregiudizio che si tratta di risarcire (danno morale), all'esistenza del quale non corrisponde sempre una fenomenologia suscettibile di percezione immediata e, quindi, di conoscenza ad opera delle parti contrapposte al danneggiato".

6. L'ordinanza appena sintetizzata contiene alcuni principi importanti, che rilevano ben oltre l'ambito della responsabilità civile rispetto ai quali sono stati formulati.

In primo luogo, viene fugato ogni dubbio circa la sindacabilità in ogni sede (civile e penale) delle condotte poste in essere dai più alti vertici politici, quando esse vanno ad intervenire in una materia disciplinata da fonti normative interne e/o internazionali, e soprattutto quando esse hanno provocato la lesione di un diritto fondamentale, non importa se di un cittadino o di uno straniero (regolare o irregolare).

In realtà, in ambito penale tale principio è da contemperare con la peculiare disciplina della responsabilità penale dei ministri, che senza arrivare a dichiarare insindacabili le condotte ad esse ascrivibili, attribuisce al Parlamento la possibilità di negare alla magistratura l'autorizzazione a procedere quando, come recita l'art. 9 co. 3 l. cost. n. 1/1989, "l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo". In altra sede abbiamo sviluppato le ragioni per cui riteniamo che il potere del Parlamento di negare l'autorizzazione a procedere trovi comunque un limite ordinamentale nell'illegittimità della delibera che garantisca l'impunità a condotte dei ministri integranti gli estremi di crimini internazionali o comunque di reati che ledono diritti fondamentali, la cui tutela in sede penale è imposta da obblighi internazionali dello Stato².

Ovviamente la Cassazione non si occupa direttamente della responsabilità penale dei ministri, trattandosi di un procedimento civile per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato. Tuttavia, l'affermazione (nuova, se non vediamo male, nella giurisprudenza di legittimità) per cui il diniego dell'autorizzazione a procedere non ha rilievo in sede civile – posto il principio cardine della giustiziabilità di ogni atto lesivo di un diritto fondamentale – fornisce indicazioni importanti rispetto al tema, quanto mai controverso, della qualificazione giuridica della mancata autorizzazione, che la legge definisce quale condizione di procedibilità, ma che secondo parte della dottrina deve essere considerata una causa di giustificazione³. La decisione della Cassazione di ritenere la mancata autorizzazione parlamentare irrilevante in sede civile costituisce una autorevole conferma della tesi che ne esclude la natura di causa di giustificazione, preferendone la qualificazione come causa di improcedibilità (*sui generis*) o come particolare forma di immunità⁴.

² È la tesi sviluppata in MASERA, *Immunità*, cit.

³ Per i riferimenti di tale dibattito, cfr. MASERA, *Immunità*, cit., p. 72 ss.

⁴ In questo senso MASERA, *Immunità*, cit., p. 170 s.: "Al fine precipuo di garantire alle vittime almeno il diritto al risarcimento del danno, ci pare preferibile escludere la qualificazione dell'esimente come causa di giustificazione, che condurrebbe a ritenere il fatto compiuto dal ministro come lecito ai sensi dell'intero ordinamento giuridico. Di fronte, come visto sopra, ad un quadro normativo non univoco, in cui comunque prevalgono gli elementi testuali a favore della qualificazione come condizione di procedibilità, proprio l'argomento dell'importanza di riconoscere alle vittime la possibilità di fare azione in sede civile anche di fronte ad una delibera parlamentare che neghi l'autorizzazione a procedere ci pare in grado di orientare l'interprete verso l'esclusione della qualificazione che tale possibilità conduce a negare. Che poi si tratti di una vera e propria condizione di procedibilità, sia

Al di là poi di tali profili dogmatici, la chiara limitazione da parte delle Sezioni unite della categoria dell'atto politico insindacabile a condotte dei pubblici poteri che non ledono i diritti fondamentali eviterà in futuro che tale categoria venga impropriamente evocata anche nei processi penali, relativi a fatti per i quali è stata concessa l'autorizzazione a procedere.

7. Il secondo elemento di grande interesse della pronuncia è quello relativo alla ricostruzione del quadro normativo che regola i soccorsi in mare e l'individuazione del luogo di sbarco, e la privazione della libertà dello straniero privo di titolo per l'ingresso.

Quanto al primo aspetto, la Cassazione afferma senza incertezze il dovere per lo Stato, qualora i suoi mezzi abbiano proceduto ad un soccorso, di individuare "nel più breve tempo ragionevolmente possibile" un luogo sicuro (POS) ove sbarcare, per tale non potendosi intendere la nave dei soccorritori. Si tratta di un'affermazione che con tale chiarezza non era mai stata pronunciata in sede di legittimità, e che potrebbe mettere in discussione la legittimità dell'individuazione di POS molto lontani dai luoghi del soccorso, come avviene abitualmente per le navi delle ONG che operano soccorsi in acque internazionali.

Il passaggio di maggiore interesse per il penalista è tuttavia quello relativo alla libertà personale, ove la Corte, richiamando anche un importante precedente della Grande camera della Corte EDU, ricorda come sia illegittima ogni forma di privazione della libertà dello straniero irregolare, quando essa avvenga fuori dei casi e dei modi espressamente previsti dalla legge; con la conseguenza di affermare l'illegittimità del trattenimento dei naufraghi sulla nave Diciotti disposto dal Ministro Salvini per finalità politiche e in mancanza dei requisiti di legittimità fissati dall'art. 13 Cost. e dall'art. 5 CEDU. L'affermazione è particolarmente importante, perché, come già accennato sopra, si è appena concluso in primo grado presso il Tribunale di Palermo un procedimento per fatti molto simili a quelli decisi con l'ordinanza in commento, posto che, nel caso discusso a Palermo, l'imputazione per sequestro di persona aggravato e per rifiuto d'atti d'ufficio nei confronti del Ministro Salvini derivava proprio dall'aver trattenuto per diversi giorni su una nave ormeggiata in acque italiane (nel caso palermitano la nave di una ONG, la *Open Arms*, e non una nave militare come nel caso Diciotti) alcune decine di stranieri soccorsi in acque internazionali. Certo ogni vicenda processuale fa storia a sé, e vi è ovviamente una grande differenza tra l'affermare l'illegittimità civilistica della privazione di libertà e la colpa dell'amministrazione al riguardo, e l'accertare la responsabilità penale per reati dolosi del Ministro che ha dato l'ordine di procedere all'illegittima privazione di libertà. Ciò non toglie che le considerazioni delle Sezioni unite riguardo alla mancanza di base legale della privazione di libertà sono sicuramente pertinenti anche rispetto alla vicenda della *Open Arms*. Ora bisognerà leggere le motivazioni (non ancora pubblicate) dell'assoluzione pronunciata a Palermo, per

pure *sui generis* per le inedite peculiarità normative che la contraddistinguono rispetto alla disciplina ordinaria di tale istituto, o sia invece preferibile collocarla nel vasto contenitore delle immunità, ci pare questione in buona sostanza classificatoria, che poco incide sulla sostanza dei problemi, una volta chiarita la rilevanza dell'esimente nel solo ambito del processo penale".

comprendere il ragionamento giuridico che ne sta a fondamento; ma sicuramente gli argomenti della Cassazione non potranno essere ignorati dalla Procura palermitana quando si tratterà di decidere se impugnare la pronuncia del Tribunale.

8. Ci sia consentito infine un brevissimo cenno alle reazioni scomposte che la decisione in commento ha provocato da parte della Presidente del consiglio e di diversi esponenti della maggioranza; reazioni che hanno condotto la Prima Presidente della Corte di cassazione ad emettere un lapidario comunicato stampa, ove si afferma che “le decisioni della Corte di cassazione, al pari di quelle degli altri giudici, possono essere oggetto di critica. Sono, invece, inaccettabili gli insulti che mettono in discussione la divisione dei poteri su cui si fonda lo Stato di diritto”.

Ancora una volta, un provvedimento giudiziario adottato in materia di immigrazione e dal contenuto sgradito al Governo ha provocato un attacco durissimo nei confronti della magistratura: con la peculiarità che questa volta ad essere insultati non sono dei giudici di merito, ma addirittura le Sezioni unite della Cassazione. Ogni volta che la magistratura ricorda che l’azione di governo deve muoversi entro i limiti tracciati dal diritto (interno ed internazionale) e dal rispetto dei diritti fondamentali, le reazioni dei più autorevoli esponenti del Governo giungono puntuali ad attaccare con veemenza i magistrati accusati di fare politica. L’opinione pubblica si sta purtroppo ormai assuefacendo a questi attacchi, ma il più alto magistrato del nostro Paese in maniera ineccepibile ci ricorda quanto essi siano pericolosi, minando alle fondamenta i principi della separazione dei poteri e dell’indipendenza della magistratura, senza i quali una democrazia costituzionale non può dirsi tale.

**SULL'AUTOMATISMO DELLA SOSPENSIONE DALL'ESERCIZIO DELLA
RESPONSABILITÀ GENITORIALE EX ART. 34, CO. 2 C.P.:
LA PAROLA ALLA CONSULTA**

Trib. Siena, ord. 6.6.2024, Pres. ed est. Spina

di Federica Alma

1. L'esistenza nel nostro ordinamento di meccanismi sanzionatori che, a norma dell'art. 20 del codice penale, «*conseguono di diritto alla condanna*», come effetti penali della stessa, porta di certo ad interrogarsi sulla compatibilità di questi spazi sottratti alla discrezionalità del giudice con i principi di proporzionalità ed individualizzazione cui la pena dovrebbe essere improntata. Collocate in un sistema in cui l'esercizio della potestà punitiva trova il proprio fondamento e la propria legittimazione nella prospettiva della effettiva rieducazione del singolo condannato¹, queste perplessità crescono all'aumentare dei profili predeterminati a monte dal legislatore. Si moltiplicano, così, le criticità in ipotesi in cui, in virtù della previsione di comminatorie edittali stabilite per legge in misura fissa, il giudice, oltretutto escluso dalla scelta sull'*an*, è estromesso dalla graduazione del *quantum* di pena accessoria da infliggere all'individuo; una pena non parametrata, allora, in rapporto alla concreta gravità del fatto di reato per cui si procede, ovvero alla luce degli ulteriori interessi di rango costituzionale emergenti nel caso di specie, ma definita sulla base di astratte scelte di politica criminale.

È in questo contesto che si collocano i dubbi circa la legittimità costituzionale del secondo comma dell'articolo 34 del codice penale avanzati dal Tribunale di Siena nell'ordinanza che può leggersi in allegato.

La norma censurata dal giudice toscano individua la disciplina della pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale e, più nel dettaglio, dispone che, ove condannato per un delitto commesso con abuso della responsabilità genitoriale, il genitore sia automaticamente sospeso, per un periodo pari al doppio della pena a lui inflitta, dall'esercizio del complesso di poteri-doveri allo stesso attribuiti a protezione e tutela del figlio. Ebbene, secondo la prospettazione offerta dal rimettente, tal previsione confliggerebbe con gli articoli 2, 3, 27, 29 e 30 della Costituzione, nonché con l'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata dallo Stato e resa esecutiva per tramite della legge 27 maggio 1991, n. 176, nella parte in cui «*prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per delitti commessi con abuso della*

¹ Principio sancito dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, in relazione al quale si rinvia a G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 13 ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 19 ss.

responsabilità genitoriale comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporla, nonché nella parte in cui la misura della sospensione della responsabilità genitoriale è disposta per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta, anziché in misura eguale a quella della pena principale inflitta»².

2. Volendo descrivere sinteticamente la vicenda processuale al cui interno si innesta la questione di legittimità costituzionale in commento, nel caso di specie due genitori sono chiamati a rispondere del delitto aggravato di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572, comma 2, c.p.), perpetrato ai danni dei figli minorenni. Tra il 2015 ed il 2022, difatti, la coppia di imputati instaura un clima di abuso e vessazione nella propria abitazione: i soggetti utilizzano metodi educativi di caratura violenta, realizzano abitualmente condotte aggressive nei confronti dei figli minorenni, li percuotono con schiaffi e calci e, in talune occasioni, utilizzano una cintura per punirli.

Gli elementi agli atti portano il Collegio giudicante a formulare un positivo giudizio di responsabilità penale dei soggetti in ordine ai reati a loro ascritti, «*commessi nei confronti dei figli e, dunque, con abuso della responsabilità genitoriale*»³. Nondimeno, se da un lato la sussistenza di tale responsabilità – e la conseguente condanna per i fatti così qualificati – è presupposto necessario e sufficiente per l'applicazione della sospensione della responsabilità genitoriale e determina l'automatica attuazione di quanto previsto dall'art. 34, comma secondo, c.p., d'altro canto il Tribunale di Siena rileva l'inadeguatezza della specifica misura accessoria rispetto alle peculiarità della vicenda sottoposta al suo esame. Ad avviso del Collegio, infatti, nel caso di specie, a fronte di una sopravvenuta ricomposizione del quadro familiare, accompagnata dalla completa resipiscenza delle figure genitoriali, la sospensione degli imputati dall'esercizio della responsabilità che compete agli stessi finirebbe con l'esplicare effetti meramente disgregativi, nocivi *in primis* per gli interessi della prole.

3. Gli snodi argomentativi dell'ordinanza di promovimento, nella loro estrema concisione ed essenzialità, mettono ben in chiaro la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata ai fini del decidere: nel giudizio principale innanzi a lui radicato il giudice *a quo* non può prescindere dall'applicazione del secondo comma dell'art. 34 c.p., sussistendone i presupposti attuativi e non essendo previsto dalla disposizione alcun margine di intervento dell'autorità procedente, né in punto di determinazione dell'*an*, né con riferimento alla calibrazione del *quantum* di pena accessoria da infliggere agli imputati⁴.

² Trib. Siena, ordinanza n. 142/2024 del 6 giugno 2024.

³ *Ibidem*.

⁴ È questo, peraltro, secondo costante giurisprudenza costituzionale, elemento necessario e sufficiente a radicare la rilevanza *ex art. 23*, secondo comma, legge n. 87 del 1953 della questione di legittimità costituzionale sollevata: ai fini dell'ammissibilità, è «*esigenza minima, ma inderogabile, che la questione abbia a riferimento leggi o disposizioni di legge delle quali il giudice debba, in qualsiasi modo, direttamente o indirettamente, fare applicazione nel processo dinanzi ad esso svolgentesi*» (C. cost., sentenza n. 142 del 1968 e, nello stesso senso, sentenza n. 216 del 1993 e ordinanza n. 23 del 2004), sicché «*l'applicabilità della disposizione [censurata] al giudizio principale è condizione sufficiente a radicare la*

Il giudizio principale e l'instaurando giudizio di costituzionalità risultano, allora, all'evidenza, avvinti da un concreto ed effettivo nesso di strumentalità, giacché l'eventuale soluzione positiva del quesito sottoposto al Giudice delle Leggi, con accoglimento e pronuncia di illegittimità della norma, sarebbe suscettibile di avere un'incidenza attuale – e non meramente eventuale – sulla definizione del procedimento innanzi al Tribunale di Siena⁵.

A rimarcare la rilevanza e, pertanto, l'ammissibilità della questione sollevata non può, poi, ignorarsi un ulteriore profilo, lasciato per vero sottinteso nell'ordinanza di rimessione: la chiarezza e l'univocità della *littera legis* impediscono all'interprete di percorrere strade interpretative alternative che consentano di adeguare il testo della norma ai principi dell'ordinamento costituzionale che si assumono violati, così ponendo rimedio al *vulnus* riscontrato.

4. Delineata la rilevanza della questione, il giudice *a quo* procede all'inquadramento dei profili di non manifesta infondatezza dei propri dubbi di legittimità costituzionale facendo proprio un principio affermato dalla Consulta: «*se la "regola" è rappresentata dalla "discrezionalità", ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo "indiziata" di illegittimità*»⁶.

Il "volto costituzionale" del sistema penale⁷, difatti, di fronte alla variabile complessità delle condotte anti giuridiche dei singoli, impone la realizzazione di una «*riparatrice giustizia distributiva*»⁸, di una giustizia, cioè, che, improntata alla diversificazione e non all'uniformità, sia in grado di soppesare l'offensività delle diverse ipotesi criminose e di farvi conseguire, in maniera ragionevolmente differenziata, conseguenze sanzionatorie proporzionali e proporzionate.

Muovendo da tal considerazione, il ragionamento del rimettente si biforca e profila due piani di attrito tra la norma oggetto di censura ed i principi dell'ordinamento costituzionale: se per certi versi è innegabile, ad avviso del Tribunale di Siena, la contrarietà del meccanismo di cui all'art. 34, comma secondo, c.p. al principio di proporzionalità ed alla necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio di cui agli articoli 3 e 27 della Costituzione, d'altro canto non può ignorarsi l'incompatibilità della disposizione con l'esigenza di tutelare gli interessi dei figli minori di chi è

rilevanza della questione, che non postula un sindacato più incisivo sul concreto pregiudizio ai principi costituzionali coinvolti» (sentenza n. 174 del 2016).

⁵ Giova anche in questo caso richiamare la giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, che precisa che detto requisito «*implica necessariamente che la sollevata questione di legittimità costituzionale abbia nel procedimento a quo un'incidenza attuale e non meramente eventuale. La pregiudizialità della questione medesima, conditio sine qua non ai fini del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, si concreta solo allorché il dubbio investa una norma, dalla cui applicazione, ai fini della definizione del giudizio innanzi a lui pendente, il giudice a quo dimostri di non poter prescindere*» (sentenza n. 190 del 1984).

⁶ C. cost., sentenza n. 222 del 2018, ove il Giudice delle Leggi si richiama alla sentenza n. 50 del 1980.

⁷ La terminologia è mutuata da C. cost., sentenza n. 50 del 1980, cit.

⁸ C. cost., sentenza n. 104 del 1968.

condannato a tal pena accessoria, interessi tutelati dagli articoli 2, 3, 29 e 30 della Costituzione, nonché dall'articolo 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

4.1. Ebbene, sotto il primo profilo, la previsione sanzionatoria rigida in commento, per le proprie caratteristiche, non sarebbe in grado di collimare con il bisogno «di mobilità o individualizzazione della pena, [...] naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale»⁹: l'esigenza di una pena il più possibile calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, della Costituzione, richiederebbe, invero, per potersi dire pienamente soddisfatta, l'intervento discrezionale di un giudice, chiamato a determinare in concreto il trattamento sanzionatorio muovendosi in una cornice edittale stabilita per legge, tenendo in preminente considerazione la vasta gamma di circostanze indicate negli artt. 133 e 133-bis c.p.

Distante da tal impianto ideale parrebbe, invece, il secondo comma dell'art. 34 c.p. e la sua peculiare struttura doppiamente rigida, tanto nell'automatica applicazione della pena accessoria quanto nella predeterminata durata della stessa: tale fissità sarebbe in manifesto conflitto con i principi di proporzione ed individualizzazione di cui agli articoli 3 e 27 della Costituzione, poiché non riuscirebbe a garantire una risposta sanzionatoria «ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili ai presupposti applicativi» della norma ed anzi ben potrebbe dar luogo all'applicazione di misure accessorie «manifestamente sproporzionate per eccesso [...] rispetto ai fatti commessi con abuso di responsabilità genitoriale meno gravi»¹⁰.

4.2. Quanto, poi, al secondo profilo di asserita contrarietà a Costituzione della norma, il Collegio senese rappresenta che, in una ipotesi analoga, a fronte della fattispecie delittuosa di sottrazione e trattenimento di minore all'estero, la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 574-bis, comma terzo, c.p., «nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale»¹¹.

Gli argomenti già spesi dalla Consulta nella precedente pronuncia sono, allora, richiamati dal Tribunale rimettente ed utilizzati per avallare i dubbi relativi alla compatibilità della disposizione oggetto di censura con gli articoli 2 – che, come precisa il giudice *a quo*, «riconoscendo e tutelando i diritti fondamentali dell'individuo, costituisce

⁹ C. cost., sentenza n. 222 del 2018, cit., ove sono richiamate le sentenze n. 67 del 1963 e n. 104 del 1968, cit.

¹⁰ Trib. Siena, ordinanza n. 142/2024 del 6 giugno 2024, cit.

¹¹ C. cost., sentenza n. 102 del 2020.

fondamento anche per la tutela dei diritti dei minorenni»¹² –, 3, 29 e 30 della Costituzione, nonché con l'art. 8 della Convenzione sui diritti del fanciullo – «che impegna gli Stati parte a rispettare, tra l'altro, il diritto dei minori alle proprie relazioni familiari»¹³ –: dal novero di parametri normativi evocati discenderebbe il principio in virtù del quale, nell'adozione di provvedimenti che coinvolgano minorenni, dovrebbe considerarsi con prevalenza l'interesse del soggetto di minore età, interesse che parrebbe, invece, irragionevolmente sacrificato dalla previsione di cui al secondo comma dell'art. 34 c.p., «che comporta conseguenze che ricadono sui figli dei condannati non già semplicemente de facto – come può avvenire per qualsiasi provvedimento giudiziario – ma de jure»¹⁴.

5. Acclarata la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, il Tribunale di Siena invoca un intervento della Consulta di tipo sostitutivo, che modifichi la previsione normativa sia in punto di *an* che in punto di *quantum*, rendendola compatibile alle necessità ed ai bisogni propri del sistema sanzionatorio utilizzando le precise indicazioni «già rinvenibili nell'ordinamento, quali sono quelle individuate dall'art. 37 c.p.»¹⁵. Richiede, insomma, il rimettente che la Corte costituzionale dichiari la contrarietà a Costituzione del secondo comma dell'art. 34 c.p. nella parte in cui la disposizione prevede in capo al giudice un dovere di applicazione della pena accessoria al genitore condannato, e non invece un potere di applicazione discrezionale della misura sanzionatoria, e, al contempo, nel passaggio in cui la norma quantifica rigidamente l'ammontare di pena accessoria nel doppio della pena principale inflitta, anziché in misura uguale ad essa.

6. In attesa di una pronuncia della Corte costituzionale¹⁶ che dia risposta ai dubbi paventati dal Collegio toscano, sia consentita qualche breve considerazione sulla questione oggetto di queste note.

6.1. Preliminarmente, volendo brevemente inquadrare il contesto normativo in cui si colloca la disposizione censurata dal giudice *a quo*, così da meglio profilare le ragioni di fondo su cui la stessa poggia e le peculiarità che la caratterizzano, giova ricordare che l'odierna formulazione testuale dell'art. 34 c.p. è il risultato delle modifiche operate sull'originaria previsione legislativa prima dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, quindi dal decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154.

Volgendo lo sguardo, in particolare, al secondo comma dell'articolo, qui tacciato di illegittimità costituzionale, l'esame delle dinamiche evolutive che lo hanno coinvolto

¹² Trib. Siena, ordinanza n. 142/2024 del 6 giugno 2024, cit.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Dai dati rinvenibili sul sito della Corte costituzionale, la trattazione della questione di legittimità di cui si tratta è fissata nella data del 24 marzo 2025.

consente di distinguere tra un “nucleo duro” della norma, rappresentato dai contenuti sostanziali della stessa, conservati inalterati dalle novelle legislative succedutesi nel tempo, ed una porzione della previsione di aspetto magmatico, costituita dai profili attinenti ai rapporti tra genitori e figli, condensati nella terminologia utilizzata dal legislatore e modificati dallo stesso in considerazione del progresso giuridico e socio-culturale che ha interessato l’istituto della famiglia.

Se da un lato, quindi, sin dall’originaria introduzione del codice penale, il secondo comma dell’art. 34 c.p. prevedeva – e tutt’oggi prevede –, in ipotesi di delitti commessi con abuso, l’applicazione di diritto di una pena accessoria *«per un periodo pari al doppio della pena [principale] inflitta»*, d’altro canto all’iniziale previsione, quale condizione di applicazione della sanzione accessoria, dell’abuso *«della patria potestà o dell’autorità maritale»*, si è sostituita in un primo momento quella dell’abuso *«della potestà dei genitori»* e, da ultimo, quella dell’abuso *«della responsabilità genitoriale»*. Modifiche tutte, come già si è rimarcato, dettate dalla necessità di adattare l’articolo alla differente visione prospettica maturata con riferimento alla posizione ricoperta dai genitori e dai figli nei loro reciproci rapporti, non più costretti nel binomio potestà-soggezione: precisa, sul punto, la Relazione illustrativa al decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, che ha introdotto nel tessuto codicistico il concetto di responsabilità genitoriale, che detta nozione, *«già presente da tempo in numerosi strumenti internazionali [...] è quella che meglio definisce i contenuti dell’impegno genitoriale, non più da considerare come una “potestà” sul figlio minore, ma come un’assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio, [ragion per cui] i rapporti genitori-figli non devono essere più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma occorre porre in risalto il superiore interesse dei figli minori»*.

6.2. Per ciò che concerne il significato di responsabilità genitoriale, e pertanto gli effettivi contenuti delle pene accessorie delineate dall’art. 34 c.p. – che, accanto alla sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale qui in commento, disciplina la decadenza dalla responsabilità genitoriale –, la norma in parola si limita a precisare al terzo comma che la decadenza dalla responsabilità genitoriale importa *«anche»* – e, dunque, non esclusivamente – *«la privazione di ogni diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in forza della responsabilità genitoriale di cui al titolo IX del libro I del codice civile»*, aggiungendo poi, al quarto comma, che la sospensione dal relativo esercizio importa *«anche l’incapacità a esercitare, durante la sospensione»*, i medesimi diritti.

Se le indicazioni date dal codice penale non paiono sufficienti a definire i contorni del concetto in esame, una più precisa delineazione del sintagma può ricercarsi, allora, nelle disposizioni del codice civile ad esso dedicate: la lettura congiunta, in particolare, degli articoli 147 e 316 del codice civile consegna una situazione giuridica complessa di contenuto eterogeneo, personale e patrimoniale, che condensa in sé i doveri, gli obblighi ed i diritti derivanti per il genitore dalla filiazione.

6.3. Tornando alla *littera legis* della norma oggetto di censura, il secondo comma dell’art. 34 c.p. delinea un meccanismo di applicazione automatica della pena accessoria della sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale che riflette i caratteri

propri del *genus* sanzionatorio di appartenenza: la pena di cui all'art. 34 c.p. si caratterizza per l'accessorietà e, pertanto, ai sensi dell'art. 20 c.p. per un conseguire di diritto alla condanna, «*come effetto penale di essa*», profilo che non può che riflettere la volontà sistemica – ma non priva di eccezioni – del legislatore di limitare al massimo la discrezionalità giudiziale in relazione a questa tipologia di sanzioni.

Una *ratio* non dissimile è quella che può immaginarsi alla base dell'individuazione del *quantum* di pena accessoria da applicare al condannato, individuazione che, peraltro, per quanto concerne la sanzione accessoria in esame, non pare precludere *in toto* qualsivoglia incidenza del giudice sulla concreta quantificazione della durata della pena: non sfugge, difatti, che, a differenza di ipotesi in cui detta misura è predeterminata in via autonoma dalla legge in un *quantum* fisso – era il caso, ad esempio, delle pene accessorie di cui all'art. 216, ultimo comma, del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Consulta con la sentenza n. 222 del 2018 –, il secondo comma dell'art. 34 c.p. definisce l'ammontare di sanzione correlandola in maniera rigida alla pena principale e, più precisamente, ponendola in un rapporto di 2 a 1 con il trattamento sanzionatorio discrezionalmente definito dal giudice. Sicché non parrebbe peregrino ritenere che, nel calibrare la pena principale da infliggere al soggetto condannato, il giudice consideri, *ad unum*, il complesso delle conseguenze promananti dalla pronuncia di condanna e, con esse, le pene accessorie automaticamente scaturenti dalla stessa.

7. Una prima conclusione cui si potrebbe addivenire traendo le fila di quanto sino a qui illustrato sarebbe, allora, quella di scansare i dubbi di legittimità costituzionale della norma, invocando la non manifesta irragionevolezza della scelta operata dal legislatore. La doppia automaticità – nell'*an* e nel *quantum* – della disciplina in esame sarebbe, in questo senso, il risultato di una attività di ponderazione, all'esito della quale il potere pubblico, valutati comparativamente gli interessi in gioco, avrebbe operato una scelta ragionevole ed in grado di soddisfare le esigenze preminenti dell'ordinamento.

Sul punto si rinvengono plurime pronunce del Giudice delle leggi che, interrogandosi sulla possibilità di dichiarare l'illegittimità di norme concernenti pene o, più in generale, trattamenti sanzionatori, giunge all'affermazione del principio in virtù del quale la determinazione della pena per le fattispecie criminose – e, del pari, la determinazione di pene accessorie – è materia affidata alla discrezionalità legislativa: presupponendo bilanciamenti di interessi e opzioni di politica criminale spesse volte assai complessi, le scelte del legislatore in materia sono sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo ove trasbordino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio¹⁷.

Ciò anche in ipotesi di pene fisse e meccanismi automatici: sebbene, come rimarcato dal giudice *a quo* richiamando le sentenze n. 222 del 2018 e n. 50 del 1980, la regola che consente una piena aderenza ai principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena sia quella della discrezionalità giudiziale, sì che «*ogni*

¹⁷ In questo senso, da ultimo, C. cost., sentenza n. 248 del 2020.

fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è per ciò solo “indiziata” di illegittimità», cionondimeno la configurazione di un trattamento sanzionatorio rigidamente fissato per legge è solo “indizio” e non “prova” di irragionevolezza, potendosi superare l’ipotetico dubbio di illegittimità costituzionale «caso per caso, a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»¹⁸.

8. La nostra riflessione impone, però, un passaggio ulteriore.

Sebbene non parrebbe di per sé irragionevole o arbitraria la previsione legislativa di automatismi sanzionatori, dettata da ragioni di generale e speciale prevenzione a fronte di particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati, più complesso appare verificare la ragionevolezza e la non arbitrarietà – e, più in generale, la rispondenza ai principi costituzionali – della pena accessoria di cui al secondo comma dell’art. 34 c.p. che, predeterminata nell’*an* e nel *quantum*, presenta una fisionomia del tutto peculiare, incidendo su una relazione e, così, colpendo direttamente tutti i soggetti che ne fanno parte.

Il vaglio di ragionevolezza della norma richiede, allora, di tenere in preminente considerazione che la pena della sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale riverbera necessariamente i propri effetti, oltretutto sul condannato, sul co-protagonista del vincolo familiare, il minore, che subisce le conseguenze di tal applicazione *de iure* e non solo *de facto*.

È questo un aspetto con chiarezza delineato dalla Consulta che, nell’ambito di una pronuncia dai contenuti non lontani dall’argomento di cui si discute¹⁹, precisa che «*la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale comporta in capo al genitore che ne è colpito non solo la perdita temporanea del potere di rappresentanza legale del figlio nell’ambito dei rapporti patrimoniali, ma – ben più radicalmente – la privazione, per tutto il tempo della sospensione, dell’intero fascio di diritti, poteri e obblighi inerenti al concetto legale di “responsabilità genitoriale”, con conseguente venir meno di ogni potere di assumere decisioni “per” il figlio, comprese quelle che attengono alle sue necessità di vita quotidiana e che l’art. 357 c.c., nel disciplinare i poteri del tutore, indica riassuntivamente con l’espressione “cura della persona”. Per quanto, allora, la pena accessoria in questione non comporti ipso iure il divieto di convivere con, o di frequentare il minore, è evidente che la privazione di ogni potere decisionale nell’interesse del minore impedirà, di fatto, al genitore sospeso dall’esercizio della propria responsabilità di vivere il proprio rapporto con il figlio al di fuori della immediata sfera di sorveglianza dell’altro genitore, o comunque di persona che sia titolare della relativa responsabilità e sia, pertanto, in grado di assumere in ogni momento le necessarie decisioni per il figlio»²⁰.*

L’impatto potenziale della sanzione accessoria sulla relazione genitore-figlio è, conseguentemente, di tutta evidenza: la sospensione, seppur temporanea, dall’esercizio

¹⁸ C. cost., sentenza n. 50 del 1980, cit.

¹⁹ C. cost., sentenza n. 102 del 2020, cit.

²⁰ *Ibidem*.

della responsabilità genitoriale rende obiettivamente più complesso per il genitore rapportarsi con il figlio minore e rischia, così, di danneggiare *in primis* proprio quest'ultimo. E ciò a maggior ragione in ipotesi in cui – come nella vicenda al vaglio del Tribunale di Siena – l'applicazione della pena accessoria possa dar luogo a dinamiche disgregative di un nucleo familiare ricomposti dopo un'originaria frattura.

9. Le considerazioni svolte rendono prospettabile – a parere di chi scrive – l'esistenza di un *vulnus* là dove la norma, nella sua rigida fisionomia applicativa e commisurativa, impedisce al giudice qualsivoglia ingerenza volta a favorire una aderenza della disciplina normativa alle peculiarità del caso di specie. Paiono, insomma, fondate le censure mosse dal giudice *a quo* al secondo comma dell'art. 34 c.p., nei limiti in cui tale norma impedisce al giudice una scelta discrezionale che, incidendo sull'*an* e sul *quantum* di pena, porti ad una soluzione sanzionatoria improntata alle superiori ragioni di tutela dei diritti del minore.

Se, sotto un primo profilo, prendendo le distanze dall'ordinanza di rimessione, non sembra che, rispetto all'ampio novero di condotte riconducibili ai presupposti applicativi di cui all'art. 34, comma secondo, c.p., la disposizione censurata nei suoi profili di rigidità possa *per se* dar luogo all'applicazione di misure «manifestamente sproporzionate per eccesso [...] rispetto ai fatti commessi con abuso di responsabilità genitoriale meno gravi»²¹ – permanendo, come più in alto già illustrato, un margine di discrezionalità in capo giudice, che consente allo stesso di graduare il complessivo trattamento sanzionatorio da infliggere al condannato, perimetrato sulla sua personalità attraverso la quantificazione della pena principale e, di riflesso, della pena accessoria – i profili di attrito con i parametri costituzionali richiamati dal rimettente emergono ove si abbia riguardo alla posizione e agli interessi del figlio minore.

La misura sanzionatoria di cui si tratta, invero, frapponendosi in maniera significativa alla relazione tra il figlio e il genitore «in tanto può legittimarsi in quanto tale relazione risulti in concreto pregiudizievole per il figlio, in base al principio generale secondo cui ogni decisione che riguarda il minore deve essere guidata dal criterio della ricerca della soluzione ottimale per il suo interesse»²². Ed allora, non pare ragionevole assumere che l'automatica applicazione in proporzione fissa della pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale del genitore che si sia reso responsabile di delitti commessi con abuso dei propri diritti e doveri nei confronti della prole costituisca sempre e necessariamente la soluzione ottimale per gli interessi del minore, che richiederebbero, semmai, una valutazione in concreto, con apprezzamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della sua applicazione.

10. Occorre, tuttavia, segnalare come non consentirebbe di superare la frattura ordinamentale evidenziata la contraddittoria soluzione prospettata dal rimettente, che prefigura l'applicazione della disciplina di cui all'art. 37 c.p. alla disposizione in esame

²¹ *Ibidem*.

²² C. cost., sentenza n. 102 del 2020.

e, così, l'individuazione del *quantum* di pena accessoria applicabile in un ammontare di tempo pari alla pena principale. All'evidenza, difatti, tal soluzione si limiterebbe a modificare il rapporto matematico tra pena principale e misura accessoria (che così passerebbe da un rapporto di 1 a 2 ad un rapporto di 1 a 1), senza dar ingresso nella disciplina della sanzione accessoria alla auspicata discrezionalità giudiziale, necessaria a plasmare un trattamento sanzionatorio il più possibile rispondente anche agli interessi del figlio del condannato e suscettibile, in ipotesi, di portare ad una differente quantificazione di pena principale e pena accessoria.

**DECRETO CAIVANO:
PER LA CORTE COSTITUZIONALE DULLA PROVA MINORILE
“SEMPLIFICATA” DEVE DECIDERE IL GIUDICE COLLEGIALE
(ART. 27-BIS, COMMA 2, D.P.R. N. 448/1988)**

*Corte cost. sent. 10 febbraio 2025 (dep. 6 marzo 2025), n. 23, Pres. Amoroso, Red.
Petitti*

di Lucio Camaldo

1. La Corte costituzionale, con la [sentenza del 10 febbraio 2025, n. 23](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, nella parte in cui affida la decisione sull'ammissione al percorso di reinserimento e rieducazione del minore al giudice per le indagini preliminari, anziché al giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 50-bis, comma 2, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12 (ord. giud.)¹.

Con questa decisione, la Consulta ha accolto, almeno parzialmente, le censure sollevate dal giudice per le indagini preliminari del tribunale per i minorenni di Trento, nell'ordinanza del 6 marzo 2024², e ha provveduto, altresì, a fornire necessari adeguamenti interpretativi per una corretta applicazione del nuovo congegno.

Occorre ricordare che l'istituto disciplinato dall'art. 27-bis d.P.R. n. 448/1988 (rubricato «Percorso di reinserimento e rieducazione») rappresenta una tra le novità più significative contenute nel d.l. 15 settembre 2023, n. 123, comunemente denominato “decreto Caivano”, recante «misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», che è stato successivamente convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023³.

¹ L'art. 50-bis, comma 2, r.d. n. 12/1941 prevede che «nell'udienza preliminare, il tribunale per i minorenni, giudica composto da un magistrato e da due giudici onorari, un uomo e una donna, dello stesso tribunale». A seguito delle modifiche apportate dall'art. 30, comma 1, lett. e), n. 2, d.lgs. n. 149/2022, che saranno in vigore dal 17 ottobre 2025, la norma risulta così formulata: «nell'udienza preliminare e nel giudizio abbreviato richiesto dall'imputato in seguito a un decreto di giudizio immediato, la sezione distrettuale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie giudica composta da un magistrato e da due giudici onorari esperti della stessa sezione».

² Trib. minorenni Trento, g.i.p. (dott. Giovanni Gallo), ord. 6 marzo 2024, in *questa Rivista*, 29 marzo 2024.

³ V. 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 *questa Rivista*, 15 novembre 2023. Cfr. anche 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, p. 488 ss.

Si tratta di un'inedita forma di *diversion* procedimentale, che presenta numerosi punti di contatto con la disciplina della messa alla prova minorile (artt. 28-29 d.P.R. n. 448/1988), ma anche con quella prevista dal codice di procedura penale per gli adulti (artt. 464-*bis* ss. c.p.p.), nonché alcune affinità con la definizione del procedimento per irrilevanza del fatto (art. 27 d.P.R. n. 448/1988).

Tale percorso rieducativo, definito dallo stesso legislatore come una messa alla prova "semplificata"⁴, è applicabile esclusivamente nel corso delle indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero, qualora si proceda 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 pena detentiva, a condizione che i fatti non siano connotati da particolare gravità (art. 27-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 448/1988).

La proposta di definizione anticipata del procedimento, notificata all'indagato e all'esercente la responsabilità genitoriale, è 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.

Entro sessanta giorni dalla notifica della proposta, l'indagato o il suo difensore devono depositare il programma rieducativo, redatto in collaborazione con i servizi minorili territoriali e anche con quelli dell'amministrazione della giustizia. Il legislatore ha previsto che tale programma, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, debba essere trasmesso dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, il quale procede alla fissazione dell'udienza per deliberare sull'accesso del minore a tale misura e, valutata la congruità del progetto, lo ammette al percorso rieducativo con ordinanza, stabilendone la durata (art. 27-*bis*, comma 3, d.P.R. n. 448/1988). Tale provvedimento, che viene adottato dopo l'audizione dell'imputato e dell'esercente la responsabilità genitoriale, comporta la sospensione del procedimento per il periodo di tempo corrispondente alla durata del percorso rieducativo, restando sospesa anche la prescrizione del reato.

Nelle ipotesi in cui il minore non intenda accedere al percorso di reinserimento oppure lo interrompa senza giustificato motivo, il giudice, sentite le parti in un'apposita udienza, provvede alla restituzione degli atti al pubblico ministero, che può procedere con richiesta di giudizio immediato anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p. (art. 27-*bis*, comma 4, d.P.R. n. 448/1988). Dell'ingiustificata interruzione dell'attività rieducativa si potrà tenere conto nel caso di successiva istanza di sospensione del processo con messa alla prova (art. 27-*bis*, comma 5, d.P.R. n. 448/1988).

⁴ Cfr. *Dossier XIX Legislatura*, A.S. n. 878, 25 settembre 2023, il cui testo è disponibile online all'indirizzo www.senato.it, p. 62.

Qualora, invece, decorra regolarmente il periodo di sospensione, il giudice deve fissare una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato, tenuto conto del comportamento dell'imputato e dell'esito positivo del percorso rieducativo. In caso di esito negativo, al giudice non resta che restituire gli atti al pubblico ministero, che, pure in questo caso, può presentare, anche fuori dei casi previsti dall'art. 453 c.p.p., istanza di giudizio immediato (art. 27-*bis*, comma 6, d.P.R. n. 448/1988).

2. Nonostante siano state recepite, in sede di conversione del decreto-legge, alcune critiche prontamente formulate nei confronti della versione originaria della disposizione (v. art. 8, comma 1, lett. b) d.l. n. 123/2023)⁵, residuavano numerose perplessità sotto il profilo interpretativo e applicativo⁶.

Nello specifico, la questione di legittimità dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 è stata sollevata nell'ambito di un procedimento penale minorile che traeva origine da una lite in famiglia occorsa tra genitore e figlio durante la quale il minorenni avrebbe minacciato, con un coltello preso dalla cucina, il padre, perché, a suo dire, aveva paura che quest'ultimo gli facesse del male in conseguenza di una precedente e accesa discussione. In relazione a tali fatti, il minore veniva sottoposto ad indagini per il reato di minaccia aggravata dall'uso del coltello (artt. 612 e 339 c.p.).

Dopo aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato, il pubblico ministero notificava al minore, all'esercente la responsabilità genitoriale e al difensore la proposta di definizione anticipata del procedimento, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, per la redazione del programma rieducativo da depositarsi presso la Procura minorile entro 60 giorni dalla notifica. Il difensore dell'indagato richiedeva una proroga del predetto termine, al fine di ottenere maggiori informazioni sul minore e redigere così un programma capace di rispondere alle specifiche esigenze personali e familiari del minore stesso, a fronte di una situazione familiare dell'indagato particolarmente delicata e della necessità quindi di un intervento maggiormente strutturato e in collaborazione tra servizi sociali, scuola e famiglia. Il pubblico ministero affermava che era già stata avviata un'indagine da parte del servizio sociale del Comune di Trento e, pertanto, rigettava l'istanza di proroga del difensore, in quanto la norma in oggetto non prevede la possibilità di prorogare il termine per il deposito del programma rieducativo.

Preso atto del rigetto della richiesta, la difesa del minore depositava una proposta di progetto rieducativo, elaborata unitamente al servizio sociale locale, che prevedeva lo svolgimento di un'attività di volontariato all'interno di un centro di aggregazione territoriale.

⁵ A tal proposito, si può ricordare la previsione che obbligava il pubblico ministero a notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale l'istanza di definizione anticipata del procedimento, ove si procedesse per i reati sopra indicati, o quella che, nelle ipotesi di rifiuto del minore a sottoporsi al percorso rieducativo o di interruzione del percorso stesso oppure in caso di esito negativo di tale percorso, escludevano, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 28 e 29 d.P.R. n. 448/1998.

⁶ Cfr., volendo, 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 *questa Rivista*, 2024, fasc. 3, p. 77 ss.

Il giudice per le indagini preliminari, ricevuto il programma trasmesso dal pubblico ministero, procedeva alla fissazione dell'udienza in camera di consiglio, al fine di deliberare sull'ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione (art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988) e, conseguentemente, stabilire la durata del percorso stesso, sospendendo il processo per il tempo corrispondente (art. 27-*bis*, comma 3, d.P.R. n. 448/1988).

Poiché la decisione, come anticipato, verte essenzialmente sulla congruità del percorso di reinserimento e rieducazione, il giudice minorile ha ritenuto carenti, nel caso in esame, gli elementi conoscitivi indispensabili per valutare se il contenuto del programma di intervento fosse congruo rispetto ai fini educativi cui costituzionalmente deve tendere il processo penale minorile. In particolare, il g.i.p. osservava che non era possibile considerare la congruità delle ore di volontariato previste dal programma rieducativo a perseguire una funzione educativa, intesa come concreta opportunità di crescita, maturazione e responsabilizzazione del giovane, in assenza di informazioni specifiche sulle caratteristiche personali del minore e in relazione ai parametri di riferimento normalmente in rilievo, quali l'ambiente familiare, la rete amicale, la condizione di salute, la frequenza scolastica o l'impegno lavorativo.

Data la composizione monocratica dell'organo chiamato a pronunciarsi, non si poteva nemmeno supplire a tale lacuna tramite l'apporto della componente onoraria, ai fini di ottenere una valutazione in termini personalistici ed educativi del minore. L'unica valutazione in concreto possibile – come affermato nell'ordinanza di rimessione – afferisce alla proporzionalità tra il contenuto del programma rieducativo proposto e i fatti per cui si procede con riferimento alla tipologia e alla gravità del reato contestato. Ma «una siffatta valutazione implicherebbe una logica esclusivamente retributiva, anziché educativa, nella risposta trattamentale, contraria agli assiomi basilari del processo minorile»⁷. D'altro canto, l'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 non fornisce al giudice per le indagini preliminari soluzioni in relazione all'ipotesi d'incongruità della proposta.

Considerato che queste criticità non vengono in rilievo soltanto nel caso di specie, «ma 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»⁸, il giudice trentino ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 con riferimento agli artt. 3 e 31, comma 2, Cost.

3. Dopo aver opportunamente chiarito le differenze tra il nuovo istituto e la messa alla prova “tradizionale” nell'ambito del processo minorile, la Consulta ha osservato che le censure presentate dal giudice *a quo* meritano accoglimento su uno specifico e tuttavia essenziale aspetto, ossia quello della composizione del giudice

⁷ Trib. minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024, cit., p. 3.

⁸ *Ibidem*.

investito della procedura, con la conseguente pronuncia, in relazione a questo profilo, di una decisione d'illegittimità costituzionale di tipo sostitutivo, «mentre, per gli aspetti ulteriori, la norma censurata si presta ad un'interpretazione costituzionalmente orientata» (par. 6).

Come ribadito dalla Corte costituzionale, la finalità primaria della messa alla prova, quale istituto di protezione della gioventù, ai sensi dell'art. 31, comma 2, Cost., è quella di favorire l'uscita del minore dal circuito penale, la più rapida possibile, «soprattutto attraverso una riflessione critica del giovane, sul proprio vissuto e la propria condotta, in mancanza della quale l'istituto stesso diverrebbe mezzo di pura deflazione, tra l'altro stimolando, per una sorta di eterogenesi dei fini, calcoli opportunistici dell'indagato minorenni» (par. 6.1).

Per poter conseguire questo delicato risultato, è necessaria «la composizione pedagogicamente qualificata dell'organo giudicante e il sostegno continuo dei servizi minorili, in difetto dei quali la prova del giovane non raggiunge la finalità costituzionale sua propria, piegandosi verso la logica, completamente diversa, dell'istituto per adulti» (par. 6.1, ult. periodo).

Ne consegue che la norma censurata, nella parte in cui fa testualmente riferimento al giudice per le indagini preliminari, si oppone a qualunque interpretazione adeguatrice, poiché il g.i.p. minorile, a norma dell'art. 50-*bis*, comma 1, r.d. n. 12/1941 (ord. giud.), è giudice singolo, privo della componente onoraria esperta⁹.

Pertanto, secondo la Consulta, in ossequio all'art. 31, comma 2, Cost., ogni riferimento al «giudice», contenuto nel testo dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988, deve essere sostituito con la dizione «giudice dell'udienza preliminare», con riferimento, cioè, all'organo collegiale e specializzato, che, ai sensi dell'art. 50-*bis*, del comma 2 r.d. n. 12/1941 è composto, oltre che dal magistrato togato, da due giudici onorari esperti (par. 6.1.1)¹⁰.

Occorre, a tal riguardo, ricordare che la stessa Corte costituzionale, in una precedente pronuncia, con riferimento alla messa alla prova minorile "tradizionale", aveva già evidenziato come la composizione collegiale e interdisciplinare del collegio giudicante in sede di udienza preliminare minorile risponde alla complessità delle

⁹ L'art. 50-*bis*, comma 1, r.d. n. 12/1941, novellato dall'art. 30, comma 1, lett. e), n. 1, d.lgs. n. 149/2022, in vigore dal 17 ottobre 2025, stabilisce che «in ogni sezione distrettuale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie uno o più magistrati sono incaricati, come giudici singoli, dei provvedimenti previsti dal codice di procedura penale per la fase delle indagini preliminari. L'organizzazione del lavoro dei predetti giudici è attribuita al più anziano».

¹⁰ Ai sensi dell'art. 6 r.d.l. n. 1404/1934, come modificato dall'art. 31, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 149/2022, in vigore dal 17 ottobre 2025, «i componenti privati del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie e della sezione di Corte di appello per le persone, per i minorenni e per le famiglie sono scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età». Tali soggetti sono nominati con decreto del Ministro della giustizia su proposta del Consiglio superiore della magistratura, ed è loro rispettivamente conferito il titolo di «giudice onorario esperto, o di consigliere onorario esperto». Prima di assumere l'esercizio delle loro funzioni, prestano giuramento dinanzi al presidente della Corte di appello e durano in carica tre anni, potendo, tuttavia, essere confermati, senza limitazioni nel numero di mandati. Sul tema v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 9 ss.

decisioni che tale giudice è chiamato ad assumere, tra le quali, appunto, l'eventuale sospensione del processo con messa alla prova del minore¹¹. Si può quindi ritenere che l'assegnazione della decisione al giudice dell'udienza preliminare e non anche al giudice per le indagini preliminari appare conforme al finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e alla protezione della gioventù prevista dall'art. 31, comma 2, Cost., «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»¹².

Così la disposizione dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, che fissa nell'udienza preliminare, e quindi dopo l'esercizio dell'azione penale, il primo momento utile per la messa alla prova del minore, «corrisponde ragionevolmente all'esigenza di assicurare che le relative valutazioni siano esercitate su un materiale sufficientemente definito, oltre che da un giudice strutturalmente idoneo ad apprezzarne tutti i riflessi personalistici»¹³.

Assume, inoltre, specifica rilevanza la successiva decisione con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, stabilendo che, qualora l'imputato richieda il giudizio abbreviato a seguito di un decreto di giudizio immediato, la composizione dell'organo giudicante deve essere quella collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, r.d. n. 12/1941 e non quella monocratica del giudice per le indagini preliminari, come avviene, invece, nel processo degli adulti (v. art. 458, comma 2, c.p.p.)¹⁴.

Anche in tale occasione, si è evidenziato che «l'interesse del minore nel procedimento penale minorile trova adeguata tutela proprio nella particolare composizione del giudice specializzato (magistrati ed esperti), e questa composizione è stata opportunamente prevista anche per il giudice dell'udienza preliminare». La specifica professionalità dei due esperti, che affiancano il magistrato togato, «assicura un'adeguata considerazione della personalità del minore», contribuendo 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»¹⁵.

¹¹ Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, Pres. Cartabia, Red. Petitti, in *questa Rivista*, 10 febbraio 2021, con nota di L. CAMALDO, *La Consulta conferma l'impossibilità di applicare la messa alla prova del minore nella fase delle indagini preliminari a differenza della disciplina prevista per gli adulti*.

¹² Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, cit., par. 4.6.5.

¹³ V. ancora Corte cost., 10 giugno 2020, n. 139, cit., par. 4.5.1. In argomento, per un maggiore approfondimento, v., volendo, L. CAMALDO, *L'udienza preliminare nel processo penale minorile*, cit., p. 221 ss.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 12 gennaio 2015, n. 1, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 2, p. 151, la quale ha ricordato che «il tribunale per i minorenni fu istituito proprio perché si ritenne che il minore, spesso portato al delitto da complesse carenze di personalità dovute a fattori familiari, ambientali e sociali, dovesse essere valutato da giudici specializzati che avessero strumenti tecnici e capacità personali particolari per vagliare adeguatamente la personalità del minore al fine di individuare il trattamento rieducativo più appropriato». Nello stesso senso, in precedenza, v. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2014 (dep. 5 maggio 2014), n. 18292, in *Dir. pen. cont.*, 24 giugno 2014, con nota di C. GABRIELLI, *Le Sezioni Unite sulla competenza a celebrare il giudizio abbreviato instaurato a seguito di rito immediato nel procedimento a carico di minorenni*.

¹⁵ Così Corte cost., 12 gennaio 2015, n. 1, cit.

4. In relazione alle ulteriori doglianze, che evidenziavano altri numerosi “difetti di concepimento” dell’art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988, la Corte ha provveduto, come già anticipato, a rimodellarne la disciplina in conformità alla Carta costituzionale e ai canoni fondamentali che informano il processo a carico dell’autore di reato in età evolutiva.

Anzitutto, con riferimento al ruolo dei servizi minorili, nonostante la formulazione «non perspicua» (così definita dalla Corte) della norma in esame, bisogna valorizzare gli elementi che attestano la necessità di una presenza costante della struttura pubblica a fianco del minore in prova. In particolare, il comma 4 dell’art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988, prevedendo un’informativa dei servizi al giudice circa l’interruzione o la mancata adesione del minore al percorso rieducativo, «evidentemente postula che il minore stesso sia seguito dai servizi, fin dall’inizio della prova e durante il suo svolgimento» (par. 6.1.2).

Ai servizi minorili, come è noto, sono affidati dal pubblico ministero e dal giudice gli accertamenti sulla personalità del minore *ex art.* 9 d.P.R. n. 448/1988, che non possono essere trascurati nemmeno in questo contesto procedimentale.

In relazione a questo tema, la Corte ha precisato che l’inserimento nell’art. 6 d.P.R. n. 448/1988 della clausola che consente il ricorso ai servizi minorili “senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica” «non può interpretarsi come riferita all’impiego ordinario dei servizi minorili stessi già previsto dalla legge, ma soltanto a eventuali forme atipiche e straordinarie di impegno degli operatori» (par. 6.3).

L’intervento dei servizi minorili è, peraltro, fondamentale nel momento dell’elaborazione del programma di reinserimento, giacché questi devono sempre essere «sentiti» (art. 27-*bis*, comma 1 d.P.R. n. 448/1988) e il programma deve essere redatto collaborando «anche» con i servizi minorili (art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988). Come evidenziato dalla Consulta, non si tratta di una mera eventualità, ma di un vero e proprio obbligo di coinvolgere i servizi minorili stessi.

Alla fine del periodo di sospensione, allorché il giudice deve valutare l’esito del percorso rieducativo, ai sensi dell’art. 27-*bis*, comma 6, d.P.R. n. 448/1988, è indispensabile che questi riceva la relazione conclusiva trasmessa dai servizi, non diversamente da quanto accade per la prova minorile “ordinaria” *ex art.* 27, comma 5, d.lgs. n. 272/1989¹⁶.

5. Un altro aspetto sul quale la decisione in oggetto ha fornito un importante chiarimento è quello relativo al riferimento temporale «piuttosto generico» (espressione utilizzata dalla Corte), contenuto nell’art. 27-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 448/1988 («durante le indagini preliminari»), in cui il pubblico ministero è legittimato a notificare l’istanza di definizione anticipata del procedimento.

¹⁶ L’art. 27, comma 5, d.lgs. n. 272/1989 prevede che «ai fini di quanto previsto dagli articoli 28 comma 5 e 29 d.P.R. n. 448/1988, i servizi presentano una relazione sul comportamento del minore e sull’evoluzione della sua personalità al presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo nonché al pubblico ministero, il quale può chiedere la fissazione dell’udienza prevista dall’articolo 29 del medesimo decreto».

Poiché l'organo a cui compete l'ammissione del minore al percorso di reinserimento è il giudice dell'udienza preliminare, come si è detto prima, la proposta del pubblico ministero va qualificata come atto di esercizio dell'azione penale e può, pertanto, intervenire «solo quando sia sufficientemente definito il contesto del fatto-reato e il quadro esistenziale del minore, quando cioè sia possibile valutare, non soltanto che “i fatti non rivestono particolare gravità”, ma anche che non sia possibile chiedere la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, ai sensi dell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988» (par. 6.2).

Come giustamente rilevato dalla Consulta, il tenore letterale della norma in questione «non preclude tale interpretazione, e anzi la accompagna, laddove si riferisce al minore, raggiunto dalla proposta *ex art. 27-bis* d.P.R. n. 448/1988, come «imputato» (comma 3), nonché ove fa riferimento alla conseguente sospensione del «processo» (ancora, comma 3) e all'eventuale estinzione del reato per «sentenza» (comma 6).

In questa prospettiva, la restituzione degli atti al pubblico ministero, nelle ipotesi di ingiustificata interruzione o di esito negativo del percorso rieducativo (art. 27-*bis*, commi 5 e 6, d.P.R. n. 448/1988), non deve essere intesa come una restituzione funzionale all'esercizio dell'azione penale (già avvenuto e irretrattabile), ma una restituzione finalizzata a un nuovo impulso processuale sulla medesima imputazione, eventualmente tramite la richiesta di giudizio immediato, svincolata dai presupposti comuni, come sopra illustrato.

Necessita di un adeguamento interpretativo anche la contrazione procedimentale determinata dalla brevità del termine di deposito del programma rieducativo (ossia, come già detto, sessanta giorni dalla notifica della proposta avanzata dal pubblico ministero) (par. 6.4).

La formulazione dell'art. 27-*bis*, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 «ha un'apparenza cogente», in quanto prescrive che il deposito del programma «deve avvenire» entro sessanta giorni, il che, nel caso di specie sopra esposto, ha prima indotto il pubblico ministero a negare la proroga del termine e poi il giudice rimettente a considerare il termine stesso come perentorio.

In realtà, secondo la Corte, il termine va inteso come ordinatorio, perché, ai sensi dell'art. 173 c.p.p. (applicabile al procedimento minorile in virtù dell'art. 1, comma 1, d.P.R. n. 448/1988) in difetto di un'espressa previsione decadenziale, il termine è prorogabile.

Alla luce di questa interpretazione, se la difesa del minore, per giustificate ragioni, non riesce a rispettare il termine di deposito di sessanta giorni e necessita di altro tempo per redigere il programma rieducativo, può ottenere una proroga dal pubblico ministero. Analogamente, lo stesso pubblico ministero può sollecitare la difesa affinché integri un programma che sia ritenuto lacunoso, concedendo, a tal fine, una proroga del termine.

6. Riguardo alla valutazione della congruità del percorso di reinserimento, che è l'elemento su cui si basa, ai sensi dell'art. 27-*bis*, comma 3, d.P.R. n. 448/1988, la decisione di ammissione alla prova, l'omessa previsione della facoltà del giudice di integrare o modificare il programma rieducativo potrebbe indurre a ritenere che il giudice stesso si

trovi di fronte all'alternativa secca tra accettare o respingere l'accordo delle parti, similmente a quanto avviene per l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* nel rito degli adulti (par. 6.5).

Anche questa «incongruenza», secondo la Consulta, si presta a una correzione interpretativa, sulla base di quanto la giurisprudenza di legittimità¹⁷ ha costantemente affermato per la prova minorile “ordinaria”, dovendosi, nello specifico, ritenere che al giudice non è affatto preclusa la possibilità di disporre integrazioni o modifiche del progetto di intervento. Occorre, però, che il giudice provveda a consultare le parti e i servizi sociali, non potendo agire sul contenuto del progetto in modo unilaterale.

Infine, per quanto riguarda l'oggetto della prova, «sebbene il comma 1 dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 sembri privilegiare la prestazione di attività lavorativa da parte del minore, tanto da far espressamente salvo il «rispetto della legislazione in materia di lavoro minorile», il tenore della norma consente un'interpretazione conforme all'art. 31, comma 2, Cost., da due angolature concorrenti» (par. 6.6).

In primo luogo, tra le «altre attività a beneficio della comunità di appartenenza», menzionate dalla disposizione in esame, possono annoverarsi anche attività non strettamente lavorative, ma di carattere socio-relazionale, in modo non dissimile da quanto accade nella messa alla prova minorile “ordinaria”¹⁸.

In secondo luogo, la Corte richiama le «previsioni di salvaguardia» contenute nell'ordinamento penitenziario minorile con riferimento alle misure penali di comunità (v. art. 3, comma 2, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121), che vengono ritenute «estensibili per analogia», con la conseguenza che anche per gli eventuali impegni lavorativi oggetto della messa alla prova “semplificata” opera la medesima cautela, ossia che «non devono mai compromettere i percorsi educativi in atto».

In conclusione, l'istituto di nuovo conio si è sottratto ad una «ablazione radicale», per il solo fatto che la Consulta ha corretto, con la pronuncia “sostitutiva” in commento, la composizione del giudice competente a disporre il percorso di reinserimento e rieducazione, nonché, al contempo, ha fornito gli “adeguamenti interpretativi” necessari alla sua corretta applicazione, evidenziando, da ultimo (v. par. 7), che la soluzione prevista dall'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 non preclude ulteriori itinerari procedurali, incluso quello della messa alla prova minorile “ordinaria” (artt. 28-29 d.P.R. n. 448/1988).

¹⁷ A tal proposito, v. Cass., Sez. IV, 28 gennaio-5 febbraio 2020, n. 4926; Cass., Sez. V, 20 marzo-10 aprile 2013, n. 16332.

¹⁸ Un'elencazione, seppure meramente esemplificativa, dei contenuti minimi del programma trattamentale è fornita dall'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 272/1989, secondo cui è necessario indicare, tra l'altro, le modalità di coinvolgimento del minore, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita, gli impegni specifici che il minore assume, le forme di partecipazione al progetto degli operatori della giustizia e dell'ente locale, le modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa.

DURATA MASSIMA DELLE INTERCETTAZIONI (45 GIORNI). NOTE A CALDO SULLA LEGGE ZANETTIN

*Proposta di legge n. 2084 approvata dal Senato della Repubblica d'iniziativa del
senatore Zanettin*

di Gian Luigi Gatta

1. Il 19 marzo scorso la Camera ha approvato definitivamente il disegno di legge Zanettin, qui allegato, recante "Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione". La nuova legge dovrà ora essere promulgata e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Essa si compone di un unico articolo, che modifica l'art. 267 c.p.p. e l'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152. In particolare:

- nell'art. 267, co. 3 c.p.p. viene aggiunto questo periodo finale: « *Le intercettazioni non possono avere una durata complessiva superiore a quarantacinque giorni, salvo che l'assoluta indispensabilità delle operazioni per una durata superiore sia giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione* »;
- si interviene poi sull'art. 13 d.l. n. 152/1991 per coordinare la relativa disciplina, esplicitando che la stessa, quanto alla durata delle intercettazioni, deroga alla nuova previsione introdotta nell'art. 267, co. 3 c.p.p.

2. Per comprendere la portata della legge Zanettin - e il senso dell'intervento sulle due disposizioni sopra richiamate - occorre considerare che il nostro sistema conosce un duplice regime delle intercettazioni: ordinario e speciale. La nuova legge non incide sui presupposti per le intercettazioni, che restano diverse e meno stringenti nel regime speciale ex art. 13 d.l. n. 152/1991. Essa si limita a regolare diversamente la durata delle operazioni.

Il regime ordinario, relativo alla generalità dei reati per i quali sono ammesse le intercettazioni, è previsto dall'art. 267, co. 3 c.p.p. e prevede una durata massima delle operazioni di 15 giorni, prorogabili per periodi successivi di 15 giorni.

Il regime speciale riguarda alcuni specifici reati - tra i quali quelli di criminalità organizzata e terrorismo -; è previsto dall'art. 13, co. 2 del d.l. n. 152/1991 e fissa la durata massima delle operazioni in 40 giorni, prorogabili per periodi successivi di 20 giorni.

Né il regime ordinario né il regime speciale prevedono oggi un limite massimo di durata delle intercettazioni; limite che la legge Zanettin introduce, invece, come si è visto, in rapporto al solo regime ordinario. Quando si procede per reati diversi da quelli di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991, la *durata complessiva di 45 giorni* potrà essere superata solo in caso di "*assoluta indispensabilità delle operazioni*", che deve essere "*giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione*".

3. Vediamo allora, in primo luogo, quali sono i reati soggetti al regime speciale dell'art. 13 d.l. n. 152/1991, in relazione ai quali *non opera* la nuova disciplina e, pertanto, il limite dei 45 giorni:

- reati di criminalità organizzata, reati comuni commessi col metodo mafioso o col fine di agevolazione di un'associazione mafiosa (cfr. l'art. 1, comma 1 d.l. n. 105/2023);
- delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti;
- reati commessi con finalità di terrorismo;
- delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione;
- minaccia col mezzo del telefono;
- reati informatici e contro la inviolabilità dei segreti indicati dall'art. 371 *bis*, comma 4 *bis* c.p.p.

A questi reati vanno aggiunti, per effetto di un rinvio all'art. 13 d.l. n. 152/1991 operato dall'art. 6, co. 1 del d.lgs. 9 dicembre 2017, n. 216:

- i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale.

Inoltre, per effetto di un rinvio all'art. 13 d.l. n. 152/1991 ad opera dell'art. 9 l. 11 agosto 2003, n. 228, all'elenco dei reati di cui sopra vanno aggiunti:

- i delitti contro la libertà individuale previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione o accesso a materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, tratta di persone, traffico di organi umani, acquisto e alienazione di schiavi, caporalato)
- i reati in materia di prostituzione previsti dall'art. 3 l. 20 febbraio 1958, n. 75.

4. La nuova disciplina - il limite massimo di 45 giorni di durata delle operazioni - interesserà i procedimenti per i reati diversi da quelli di cui sopra. Si pensi, ad esempio, a reati quali l'omicidio e i reati in tema di stupefacenti (fuori dai contesti di criminalità organizzata), lo *stalking*, i maltrattamenti in famiglia, la rapina, reati fiscali o finanziari. Il legislatore se ne è reso conto ma, pur di non ritardare l'approvazione della legge con emendamenti che avrebbero reso necessaria un'altra lettura da parte del Senato, ha tirato dritto, pulendosi la coscienza, per così dire, approvando un ordine del giorno. Subito dopo l'approvazione della legge Zanettin, infatti, la Camera, con il parere favorevole del Governo, ha votato un ordine del giorno che impegna il Governo "ad adottare le opportune iniziative normative al fine di estendere ai delitti di violenza sessuale e di violenza di genere, *stalking*, *revenge porn*, e *pedopornografia* il regime della proroga prevista dall'articolo 13 del decreto-legge n. 152 del 1991" (Ordine del giorno n. 9/02084/001, On. Bisa Ingrid, seduta del 19.3.2025, che può leggersi in allegato assieme agli altri ordini del giorno approvati a margine della legge stessa, col parere favorevole del Governo. Di questi, uno impegna il Governo "a valutare interventi che

rispetto alle intercettazioni cosiddette indirette prevedano che per l'utilizzabilità come prova debbano concorrere ulteriori elementi di prova che ne confermino l'attendibilità"; un altro "a valutare eventuali interventi normativi volti a garantire la genuinità degli esiti delle intercettazioni ad esclusione di alterazioni ad opera di sistemi di intelligenza artificiale").

5. La nuova disciplina, una volta in vigore, sarà applicabile secondo il principio *tempus regit actum* anche in relazione a fatti commessi prima della sua introduzione e - parrebbe di capire in assenza di una norma transitoria - anche alle operazioni in corso.

Come segnalato durante i lavori parlamentari da esperti auditi dalle Commissioni, compresi diversi magistrati, la riforma avrà rilevanti risvolti pratici. Non è eccessivamente pessimistico pronosticare che la nuova regola sulla durata massima delle intercettazioni comporterà, in un certo numero di casi, il mancato ricorso alle stesse quando si procede per reati diversi da quelli ai quali è riferibile il regime in deroga di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991. *Le intercettazioni sono operazioni complesse, sul piano tecnico e investigativo, e un periodo di durata massima così limitato – soli 45 giorni – risulterà il più delle volte insufficiente, pregiudicando sul nascere l'efficacia del mezzo di ricerca della prova.*

Nel corso delle audizioni parlamentari si è sottolineato come l'esperienza insegna che, il più delle volte, i primi periodi di intercettazione servono agli investigatori per comprendere le abitudini comunicative dell'indagato, che possono non risultare subito evidenti. In secondo luogo, la legge Zanettin prevede la possibilità di superare il limite dei 45 giorni solo quando emergono, *in quei 45 giorni*, "elementi specifici e concreti". Anche a questo proposito non si è considerata l'esperienza investigativa: *può darsi che nei primi 45 giorni la persona intercettata non comunichi (ad es., perché in ferie, perché ammalata o solo perché non abbia l'occasione di farlo) e che lo faccia il 46° giorno. Vi è da chiedersi se sia ragionevole non poter intercettare quella comunicazione, o non poterla comunque utilizzare, quando il termine delle indagini non è ancora spirato e, magari, una proroga è già stata concessa proprio per la complessità delle indagini stesse.*

6. In effetti, come è stato notato da molti auditi (di fatto inascoltati) durante i lavori preparatori, la nuova legge pone dubbi sul piano della coerenza sistematica e della ragionevolezza. Sul piano sistematico, anzitutto, va precisato che se è vero che la legge non predetermina(va) un limite massimo di durata delle intercettazioni, è anche vero che tale limite è implicito e desumibile dal limite massimo di durata delle indagini preliminari, cioè della fase procedimentale nella quale si svolgono le operazioni. I termini di durata massima delle indagini sono stati recentemente modificati dalla riforma Cartabia e sono pari, per i delitti, a 18 mesi o, per alcuni più gravi delitti, a due anni. La complessità delle indagini rileva come criterio sia per determinare il (più lungo) termine di durata massima delle indagini, sia come presupposto per la concessione della proroga delle indagini stesse.

La fissazione di un limite massimo di durata delle intercettazioni ben inferiore rispetto al limite massimo di durata delle indagini preliminari pone problemi dal punto di vista della coerenza del sistema e della ragionevolezza. Se la legge consente di compiere atti di indagine fino a due anni, in ragione della gravità del reato o della complessità delle indagini (v. art. 407 c.p.p.), sembra irragionevole limitare nell'arco di questi due anni a soli 45 giorni un mezzo di ricerca della prova come quello delle intercettazioni; tanto più che si tratta notoriamente, in presenza di indagini complesse, di uno dei più efficaci messi di ricerca della prova. E' come dire a uno scienziato che sta compiendo una complessa ricerca per individuare una possibile e grave malattia: puoi farlo per due anni, ma puoi usare il microscopio solo per un mese e mezzo! E' verosimile ritenere che, già sotto questo profilo, possano essere prospettati dubbi di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost.

A bene vedere, si finisce inoltre per stabilire un'impropria gerarchia tra i mezzi di ricerca della prova. Le perquisizioni, ad es., saranno mezzi di serie A perché possibili nell'arco dell'intero termine di durata delle indagini; le intercettazioni diventeranno un mezzo di serie B, perché utilizzabili solo in un periodo limitato.

La proposta di legge muove verosimilmente da nobili ragioni garantiste (non esplicitate peraltro nella relazione illustrativa) ma sembra non considerare che il sistema già oggi limita fortemente il ricorso alle intercettazioni e prevede plurime garanzie per chi vi è sottoposto. Va infatti ricordato che, nel regime ordinario oggetto della proposta di legge, le intercettazioni sono:

- a. ammesse unicamente per reati di una certa gravità (di norma, quelli per i quali è prevista la reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni);
- b. in presenza di gravi indizi di reato;
- c. quando sono assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini
- d. entro il limite massimo della durata delle indagini stabilito dalla legge, pena la sanzione della inutilizzabilità.

Sotto il profilo della valutazione di proporzionalità, il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni, garantito dall'art. 15 Cost., sembra già adeguatamente tutelato dalla legge attraverso questi plurimi presupposti e la garanzia del controllo giurisdizionale. Se il giudice ha ritenuto assolutamente indispensabile il ricorso alle intercettazioni, nell'ambito di un procedimento che può durare fino a 18 o 24 mesi, non si vede per quale ragione non possa concedere ulteriori proroghe dopo solo un mese e mezzo di intercettazioni.

7. D'altra parte, la nuova legge dovrà essere valutata anche in rapporto ai possibili effetti sul piano della prevenzione e repressione della criminalità e della tutela dei beni giuridici, anche in rapporto agli obblighi internazionali assunti dal Paese. La legge è tutta orientata a garantire ulteriormente l'indagato e, su un piano di bilanciamento di interessi contrapposti, finisce - questo è il punto - per sacrificare quello all'accertamento di diversi reati, posti a tutela di svariati beni giuridici, individuali e collettivi. Basti solo l'esempio dell'omicidio: Tizio, imprenditore, uccide Caio, concorrente nell'attività d'impresa, rivolgendosi a un killer. Sottoposto ad intercettazioni, rivela il fatto il 46° giorno successivo all'inizio delle operazioni.

L'intercettazione non sarà utilizzabile come prova, per quanto le indagini siano ancora in corso e le intercettazioni siano state ritenute indispensabili.

Va poi considerato quel che il Legislatore non ha considerato: in non pochi casi esistono obblighi internazionali assunti dal Paese, che possono risultare di fatto non adempiuti per effetto della nuova legge. Ad esempio, la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (art. 49, co. 2) obbliga l'Italia a "garantire indagini e procedimenti efficaci" nei confronti dei reati oggetto della convenzione. Analoghi obblighi sono previsti da diverse fonti sovranazionali, per esempio in rapporti ai reati di *market abuse*. In questi e in consimili casi, potrebbero prospettarsi questioni di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., per inadempimento di obblighi sovranazionali relativi agli strumenti investigativi e all'efficacia dell'azione repressiva.

8. Una notazione finale. La legge Zanettin non è coerente con l'indirizzo politico-criminale di questa Legislatura, orientato all'introduzione di nuovi reati, per molti dei quali sono possibili le intercettazioni telefoniche, un domani con il limite di durata di 45 giorni. È ad esempio il caso del nuovo delitto per i *rave party* (art. 633 *bis* c.p.) o dell'aggressione a pubblici ufficiali in servizio o medici. Per non dire poi delle diverse ipotesi di reato che saranno introdotte dal pacchetto sicurezza (ad es., l'occupazione abusiva di immobili) o del delitto di femminicidio, oggetto di un disegno di legge d'iniziativa governativa.

È incoerente puntare sull'arma della pena, introducendo reati e aumentando le pene (consentendo le intercettazioni), e poi spuntare l'arma delle intercettazioni per l'accertamento di quegli stessi reati. Paradossalmente, la proposta di legge può indebolire l'azione di repressione delle forme di criminalità comune, contro le quali sono diretti i più recenti interventi normativi. O forse paradossale non è, perché ai tempi del populismo penale interessa evidentemente l'effetto-annuncio dell'introduzione di un reato, più che il suo effettivo accertamento.

È il risultato del combinato disposto di una politica in materia penale che - in ogni caso con interventi non improntati ad equilibrio delle soluzioni - si mostra un giorno smaccatamente populista e, il giorno dopo, marcatamente garantista. Il 7 marzo viene presentato il disegno di legge governativo che introduce il delitto di femminicidio; il 19 marzo viene approvata la legge che limita a 45 giorni la durata delle intercettazioni anche per l'introducendo delitto di femminicidio.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**