GLI INTERVENTI DEL C.D. «DECRETO-CAIVANO» SUL DIRITTO PENALE MINORILE, TRA SALVAGUARDIA DELLA SOCIETA' *DAL* MINORE DELINQUENTE E TUTELA DEL FANCIULLO *DALLA* SOCIETA' INDIFFERENTE

di Gianfranco Martiello
(*Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Firenze*)

Sommario: 1. L'impatto del c.d. «decreto-Caivano» sul diritto penale minorile: le coordinate del contesto normativo ricevente. – 2. Gli interventi di natura preventiva. – 3. Le modifiche al d.P.R. n. 448/1988: la (ri)perimetrazione dello status libertatis del minore. – 4. (Segue) Gli ambigui interventi sulle "chances rieducative" del minore: le innovazioni sugli strumenti di definizione alternativa del procedimento penale e quelle relative al completamento dell'iter di esecuzione della pena. – 5. Le disposizioni "socio-preventive" finalizzate a rimuovere alcune delle (con)cause della delinquenza minorile. – 6. Qualche rilievo conclusivo.

1. Con la l. 13.11.2023, n. 159, il Parlamento ha convertito – pur con non trascurabili modifiche – il d.l. 15.9.2023, n. 123, recante «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», noto al grande pubblico come «decreto-Caivano». Tale neologismo, in uno con l'utilizzata forma della decretazione d'urgenza, intende evidentemente sottolineare il legame eziologico della novella con i noti fatti di violenza sessuale perpetrati da minori su minori nel rione «Parco Verde» di Caivano. Ne risulta che tale novità normativa può considerarsi l'ennesima conferma dell'italica abitudine a legiferare su gravi fatti di cronaca "in emergenza", già all'indomani della loro verificazione, il che non è certo privo di conseguenze. La storia della legislazione domestica, difatti, reca non pochi esempi di come, seguendo tale *modus operandi*, il legislatore abbia finito con il fornire risposte penali più autoritarie – ma empatiche rispetto al turbamento emotivo dell'opinione pubblica – che razionali ed efficaci nel lungo periodo. Viepiù, di frequente esse si sono rivelate anche afflitte da una certa miopia, che le ha rese incapaci di una visione d'insieme dei fenomeni disciplinati e di

cogliere le connessioni con le norme già presenti nell'ordinamento[1]: ma, come noto, le cattive abitudini sono dure a morire, specie se fonti di (un pur momentaneo) consenso politico, sì che in questa sede non resta che segnalarne le eventuali ricadute sul prodotto legislativo che ci si accinge a passare in rassegna.

Sebbene contenga – tanto più dopo la fase di conversione in legge – disposizioni di natura eterogenea, destinate ad inserirsi in svariati plessi dell'ordinamento giuridico[2], non è difficile constatare come, in coerenza peraltro con l'*occasio legis* e la sua intitolazione, il decreto in parola impatti in modo prevalente sul c.d. «diritto penale minorile». Segnatamente, gli interventi introdotti dalla novella in tale ambito di disciplina – che, come si vedrà, ha così pure conquistato nuovi territori normativi – convergono nell'unitario scopo di rinvigorire il contrasto alla delinquenza minorile, in (percepito?) preoccupante aumento[3]: operazione, questa, che il legislatore ha condotto ricorrendo ad uno strumentario giuridico di natura assai variegata, destinato ad incidere su diversi comparti del sistema di giustizia penale minorile.

Tuttavia, prima di intraprendere, pur con la necessaria sinteticità, l'analisi dello *ius superveniens*, sembra opportuno richiamare alla mente alcuni dei principi che informano il plesso normativo sul quale esso è destinato ad incidere maggiormente, ossia il diritto penale minorile, che, non a caso, per le specificità che dimostra tanto

[1] Su tale fenomeno, sempre attuali risultano le riflessioni di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995, *passim* e, in prospettiva storica, di P. Turone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli 2010, *passim*.

[2] Sulle novità introdotte prima dal d.l. n. 123/2023, e successivamente dalla legge n. 159/2023, v., nel momento in cui si scrive, F. Machina Grifeo, *Contrasto alla criminalità minorile: tutte le misure adottate dal Governo*, in *ntplusdirittoilsole24ore.com* (8.9.2023); G. Spangher, *Il decreto legge Caivano*, in *dirittoegiustizia.it*, 18.9.2023; Aa.Vv.,*Un provvedimento urgente dopo i gravi fatti di cronaca*, con contributi di G. Spangher, L. Biarella, A Cisterna, A. Natalini e R. Sciaudone, in *GD* 2023, (37), 9 ss.; L. Gentilucci, *Decreto legge Caivano: le modifiche apportate dal Senato*, in *diritto.it*, 31.10.2023 ; S. Bernardi, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *sistemapenale.it,* 15.11.2023; L. Granozio, *Pubblicata in G.U. la legge di conversione del "decreto Caivano"*, in *penaledp.it,* 15.11.2023; P. Grillo, *Il "decreto Caivano" diventa legge: parecchie le modifiche apportate in sede di conversione*, in *dirittoegiustizia.it*, 15.11.2023; P. Molino, *In G.U. la conversione del decreto Caivano: le novità*, in *Quotidiano giur.*, 15.11.2023. V. anche, nella prospettiva del legislatore storico, il *dossier* 30.10.2023 «*Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale. D.L n. 123/2023-A.C. n. 1517*», edito dai Servizi studi della Camera e del Senato e reperibile sui rispettivi siti istituzionali.

[3] Al riguardo, v. il rapporto dal titolo *Criminalità minorile in Italia 2010-2022*, a cura del Ministero dell'Interno – Servizio Analisi Criminale della Direzione Centrale della Polizia Criminale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Roma 2023, che può leggersi anche in *sistemapenale.it*, 20.11.2023, con osservazioni di R. Cornelli, *Quello che i dati non possono dire. Alcune avvertenze preliminari alla lettura del rapporto sulla criminalità minorile del Servizio Analisi Criminale (Ministero dell'Interno, ottobre 2023)*.

sul versante sostanziale che su quello processuale risulta da tempo oggetto di autonoma considerazione da parte sia della dottrina che della giurisprudenza.

In verità, sarebbe ultroneo ripercorrere qui i lunghi e tortuosi sentieri evolutivi che, passando per riforme legislative, atti sovranazionali ed interventi della Consulta, hanno condotto all'attuale assetto del diritto penale minorile, che si è voluto quanto più possibile "costituzionalmente orientato"[4]. Né, d'altronde, vi sarebbe qui spazio per ricostruire in modo accurato i non pochi corollari di quella vera e propria "idea fondativa" sulla quale legislatore e giurisprudenza costituzionale hanno plasmato le più vistose specificità che il diritto penale minorile presenta rispetto a quello degli adulti, che di tali postulati costituiscono la concretizzazione: la consapevolezza, cioè, che la personalità *in fieri* del fanciullo, che lo rende più vulnerabile ma anche maggiormente recuperabile alla società rispetto ad un adulto, richiede all'ordinamento una valorizzazione assolutamente potenziata del principio rieducativo dell'art. 27, co. 3, Cost., il che, del resto, corrisponde in pieno a quel precipuo obbligo di «protegge[re] l'infanzia e la gioventù» che un'altra norma della Carta – l'art. 31, co. 2 – pone a carico dell'ordinamento in tutte le sue articolazioni[5].

Nondimeno, appare qui irrinunciabile almeno tratteggiare il perimetro costituzionale di principio entro cui gli interventi novellatori devono necessariamente collocarsi, e che, tenuto conto degli istituti minorili da essi interessati, sembra qui delimitabile entro i margini segnati[6]:

a) dal canone di c.d. «minima offensività» del procedimento, che muove dalla disillusa quanto realistica consapevolezza del fatto che, nel perseguire la propria

[4] Per un quadro storico-evolutivo del sistema penale minorile, v. M. Covelli, *Manuale di legislazione penale minorile*, Napoli 2006, 17 ss., E. Palermo Fabris, *Evoluzione storica e recenti tendenze del sistema penale minorile*, in *Diritto e procedura penale minorile*[2], a cura di E. Palermo Fabris, A Presutti, Milano 2011, 3 ss., S. Larizza, *Evoluzione del diritto penale minorile*, *ivi*, p. 179 ss., e da ultimo, G. Ortolani, *Diritto penale minorile. Aspetti sostanziali e processuali e lineamenti di criminologia minorile*[2], Lecce 2022, 79 ss.

[5] Quanto ai principi informatori sui quali, partendo dalla valorizzazione delle coordinate costituzionali e sovranazionali, si ritiene che il moderno diritto penale minorile (sostanziale e processuale) poggi, v. tra i numerosi, e con richiami di giurisprudenza costituzionale e di ulteriore dottrina, S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano 2005, spec. 34 ss. e 155 ss.; R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*[3], Padova 2007, 4 ss.; C. Iasevoli, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, 22 ss.; S. Larizza, *Le coordinate fondamentali di un sistema di giustizia minorile*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*[3], a cura di A. Mangione, A. Pulvirenti, Milano 2020, 127 ss.; A. Presutti, *Evoluzioni e caratteri fondanti del sistema*, in *Procedura penale minorile*[4], a cura di M. Bargis, Torino 2021, 44 ss. Preziose indicazioni possono trarsi anche dalla *Relazione al progetto preliminare delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni* e dalla *Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, che possono leggersi in G.U n. 250 del 24.10.1988, Serie generale, 205 ss. e 213 ss.

[6] V. gli autori citati alla nota precedente.

istituzionale funzione di accertare fatti e responsabilità individuali, per chi lo subisce il procedimento penale è esso stesso una "*poena*". E quest'ultima deve essere a maggior ragione evitata o quanto meno minimizzata laddove essa rischi di abbattersi su di un soggetto ancora psicologicamente fragile, e quindi maggiormente traumatizzabile, come è tipicamente il minore. Ne consegue che, sotto tale versante, il principio *de quo*, da un canto, esprima la necessità della c.d. «de-stigmatizzazione» del rito, che richiede la predisposizione *nel* processo di cautele che garantiscano la riservatezza del minore, e, dall'altro, postuli l'irrinunciabilità di quegli istituti che consentono a quest'ultimo o di fuoriuscire precocemente *dal* processo o di evitarlo a favore di soluzioni che permettano al minore di intraprendere quanto prima un percorso rieducativo personalizzato ed esterno al circuito giudiziario;

b) dal canone di «non vincolatività decisoria» del giudice minorile, che richiede di evitare ogni automatismo legislativo che imponga a quest'ultimo scelte (soprattutto punitive) obbligate. E ciò sul presupposto che non solo ogni fatto di reato ma ancora prima ogni minore che lo abbia commesso vada considerato singolarmente in tutte le sue specificità di sesso, età, incompiutezza adolescenziale, disagio ambientale, ecc., così da consentire al magistrato di identificare la strategia rieducativa in concreto – e non in astratto – più efficace in quanto maggiormente individualizzata;

c) dal canone di «*ultima ratio* della compressione della libertà personale del minore», che muove dall'assunto che le misure che incidono restrittivamente su quest'ultima, specie se precedenti alla sentenza di condanna, abbiano il più profondo e deleterio impatto sulle esigenze rieducative del minore. Ne consegue, tra l'altro, che la loro adozione non potrà che essere in ogni caso facoltativa per il giudice, ed il loro contenuto applicativo sempre strettamente adeguato al rispetto di tali superiori bisogni pedagogici del minore, pure al costo – molti sostengono – di mortificare le stesse ragioni del processo.

Ed è nel perimetro delimitato da siffatti cippi concettuali, corollari del supremo principio di rieducazione del minore[7], che si devono collocare e valutare gli interventi normativi che di seguito si passeranno in rassegna.

[7] Per vero, è da ricordare che sull'esatta individuazione del contenuto di tale principio e sui riverberi che esso avrebbe sulle dinamiche del processo penale minorile non esiste completo accordo in dottrina: per un quadro delle diverse posizioni, e la evidenziazione delle possibili derive di tale principio, v. per tutti M. Covelli, *Manuale*, cit., 73 ss.

2. Il legislatore ha inteso fronteggiare la criminalità giovanile avendo riguardo, *in primis*, ai suoi potenziali effetti, ossia alla commissione di nuovi reati, che la novella ha cercato di limitare ricorrendo, anzitutto, ad alcuni degli strumenti preventivi collaudati dal diritto penale e da quello punitivo-amministrativo degli adulti. Si è venuto così a verificare – giova segnalarlo – una sorta di "contrappasso storico", posto che, come noto, di norma è stato il diritto penale minorile a precorrere i tempi di quello degli adulti, anticipando l'introduzione in quest'ultimo di istituti da esso sperimentati, quali, a tacere d'altri, la mediazione tra autore e vittima del reato, l'affidamento in prova ai servizi sociali nella fase processuale, il non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto, e via discorrendo.

Come si accennava, vari sono stati gli interventi previsti nel «decreto-Caivano» che vanno nella direzione finalistica poc'anzi segnalata, dei quali si tratta adesso di fornire una cursoria rassegna.

2.1. Anzitutto, il legislatore sembra avere guardato alla delinquenza minorile come ad un problema di "sicurezza urbana", a cui si è inteso offrire una soluzione di carattere preventivo. È in tale ottica, difatti, che si spiega la riscrittura dell'art. 10, co. 4, del c.d. «decreto Minniti», recante «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città»[8], operata dall'art. 3, co. 1, lett. *a*), del d.l. n. 123/2023, il quale ha così esteso l'applicabilità dell'ordine di allontanamento e del divieto di accesso a determinati luoghi *ivi* disciplinati[9] – nel linguaggio gergale spesso accomunati nell'impropria formula di «D.A.SPO urbano» – anche ai «soggetti minori di diciotto anni che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età», salva la successiva comunicazione del provvedimento al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni. La novella, quindi, pare avere così plasmato una sorta di inedito "D.A.SPO urbano minorile", che va quindi ad aggiungersi a quello "sportivo" già previsto, sempre a carico dei medesimi minori, dall'art. 6, co. 1-*bis*, della l. 13.12.1989, n. 401[10].

2.2. Ad istanze preventive sembra rispondere anche l'art. 5, co. 1, lett. *a*) e *b*) del suddetto «decreto-Caivano», che contempla un'articolata serie di emende al d. lgs. 6.9.2011, n. 159, che, come noto, reca il «Codice delle leggi antimafia e delle misure di

[8] Si tratta, segnatamente, del d.l. 20.2.2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla l. 18.4.2017, n. 48.
[9] Il riferimento è agli artt. 9 e 10 del citato d.l. n. 47/2017, alla cui lettura non può che rinviarsi.
[10] Su tale misura, v. per tutti G. Perin, *Le misure di prevenzione contro la violenza nelle manifestazioni sportive. Le misure adottabili nei confronti del minore straniero*, in *Diritto e procedura*, cit., 130 ss.

prevenzione». In estrema sintesi, il legislatore odierno ha esteso al minore che abbia compiuto i quattordici anni di età una specifica misura di prevenzione pensata in origine per gli adulti: certamente la più blanda tra quelle contemplate dal richiamato «codice», ma pur sempre appartenente alla categoria dei provvedimenti *ante delictum*, la quale, per vero, ha storicamente trovato spazi applicativi angusti in seno al sistema di giustizia minorile[11]. Giova difatti ricordare che una dottrina pressoché unanime e una giurisprudenza consolidatasi già negli anni Settanta del secolo scorso convergono nel ritenere che ai minori degli anni diciotto non possano applicarsi le misure di prevenzione ordinarie, bensì soltanto quelle che la legge espressamente a loro destina. A tale conclusione si giunge, a tacer d'altro, sia in considerazione della natura speciale delle seconde, ma soprattutto per la riscontrata incompatibilità delle prime rispetto al particolare regime giuridico – del quale si detto all'inizio del discorso – previsto a favore del minore, che sempre e comunque salvaguardia, cominciando dalla specializzazione degli organi che intervengono nelle procedure, le esigenze educative dello stesso, anche di quello ritenuto "pericoloso"[12].

Nondimeno, ed oltre al già ricordato "D.A.SPO urbano minorile", l'odierno legislatore ha ritenuto che anche al minore possa essere rivolto l'«avviso orale» (e motivato) del Questore[13]. A norma dell'art. 3, d. lgs. n. 159/2011, infatti, quest'ultima Autorità può notificare a specifici soggetti l'esistenza di «indizi a loro carico» circa la ricorrenza di quelle situazioni che li renderebbero potenzialmente destinatari di ulteriori misure di prevenzione, e li invita, perciò, a «tenere un comportamento conforme alla legge», potendo ulteriormente prevedere tale avviso anche il divieto di possedere od utilizzare determinati beni, strumenti od apparati, a partire dalle «piattaforme o servizi informatici e telematici, [...] telefoni cellulari [e] altri dispositivi per le comunicazioni dati e voce o qualsiasi altro apparato di comunicazione»: divieto,

[11] Sulle circoscritte misure di prevenzione contemplate sino ad oggi dal diritto sanzionatorio minorile, in sostanza coincidenti con quelle previste dagli artt. 25 ss. del r.d.l. 20.7.1934, n. 1404 (cc.dd. «misure di rieducazione»), istitutivo del Tribunale dei minorenni, e 6, co. 1-*bis*, della l. n. 401/1989, già richiamato nel testo, v. R. Ricciotti, *La giustizia*, cit., 161 ss. e 179 ss, M. Covelli, *Manuale*, cit., 281 ss., A. Anceschi, *Il minore autore e vittima del reato. Aspetti sostanziali, processuali e criminologici*, Torino 2011, 136 ss., E. Palermo Fabris, *La prevenzione* ante delictum *e le c.d. misure di rieducazione previste nel r.d.l. n.1404/1934*, in *Diritto e procedura*, cit., 78 ss., e più di recente, R.C. Maio, *Devianza minorile e misure preventive di rieducazione*, in *diritto.it*, 28.9.2021 e G. Ortolani, *Diritto*, cit., 98 ss.

[12] Per la ricostruzione storica ed il fondamento concettuale di tali conclusioni, v. E. Palermo Fabris, *La prevenzione*, cit., 74 ss., e, per alcuni cenni, R. Ricciotti, *La giustizia*, cit., 179, nota 1, nonché A. Anceschi, *Il minore*, cit., 136.

[13] Su tale istituto, v. di recente F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano 2019, 77 ss., e F. Basile, E. Zuffada, *Manuale delle misure di prevenzione. Aspetti sostanziali*[2], Torino 2021, 92 ss.

questo, la cui violazione risulta a certe condizioni sanzionata anche penalmente (art. 76, co. 2, d. lgs. n. 159/2011, cit.).

2.3. Nella logica della prevenzione rispetto alla possibile reiterazione, precipuamente, di un determinato fatto criminoso che si assume già commesso sembrano calarsi i residui commi da 2 a 9 del predetto art. 5 del d.l. n. 123/2023, i quali, con qualche adattamento, aprono le porte del diritto sanzionatorio minorile anche all'istituto dell'«ammonimento» del Questore previsto in origine dal d.l. 23.2.2009, n. 11, noto ai più per avere introdotto nell'ordinamento interno il delitto di «Atti persecutori». Invero, tra le disposizioni accessorie a quella del neonato art. 612-*bis* C.p. il suddetto decreto aveva previsto, all'art. 8, l'istituto dell'ammonimento a «tenere una condotta conforme alla legge» che la (affermatasi) vittima avrebbe potuto chiedere al Questore di rivolgere al (designato) reo di *stalking* nelle more di una futura proposizione di querela, con l'ulteriore e rilevante effetto dissuasivo di rendere l'eventuale commissione di tale reato da parte del soggetto già ammonito più gravemente punita e procedibile d'ufficio[14]. Già esteso in materia di *cyberbullismo* dall'art. 7 della l. 29.5.2017, n. 71, siffatto istituto trova ora un proprio spazio anche nel «decreto-Caivano», che, nell'adattarlo allo specifico contesto applicativo minorile, ne prevede due tipologie, che differiscono quanto al novero dei reati-presupposto e dei correlati soggetti passivi, quanto al destinatario, che tuttavia rimane pur sempre un minorenne, quanto all'arco temporale di applicabilità, e quanto, infine, alle conseguenze "ulteriori" che possono derivare a determinati soggetti terzi dalla sua emissione. In particolare:

a) la prima tipologia di ammonimento, più simile alla matrice d'origine, trova applicazione «Fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per taluno dei reati di cui agli artt. 581, 582, 610, 612 e 635 C.p.», i quali risultino commessi da «minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minorenne» (v. *amplius* l'art. 5, commi 2, 3, 3-*bis* e 4 del d.l. n. 123-2023 cit.);

b) diversamente, la seconda tipologia di ammonimento presuppone, più estensivamente, la commissione di un qualsiasi fatto «previsto dalla legge come delitto

[14] Su tale istituto, discusso anche per la sua dubbia efficacia, v. tra gli altri R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Istanza di ammonimento: una prima forma di tutela*, in *GD* 2009 (10), 69 ss., G. Sapienza, *Ammonimento per gli atti persecutori e divieto di avvicinamento*, in *Ius-17* 2012 (2), 93 ss., F.M. Zanasi, *L'odioso reato di stalking*, Milano 2012, 136 ss., G. De Simone, *Il delitto di atti persecutori*, Roma 2013, 187 ss., G. D'Aiuto, *Stalking. Aspetti sostanziali, processuali e profili psicologici* Milano 2021, 307 ss., A. Davico, *Stalking*[2], Firenze 2022, 54 ss.

punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni», ma si rivolge poi soltanto ai «minor[i] di età compresa fra i dodici e i quattordici anni», prevedendo, infine, una singolare responsabilità punitivo-amministrativa "di rimbalzo" a carico di colui che «era tenuto alla sorveglianza del minore o all'assolvimento degli obblighi educativi nei suoi confronti [...], salvo che non provi di non aver potuto impedire il fatto» (v. *amplius* l'art. 5, commi 5, 6, 6-*bis*, 7, 8 e 9 del d.l. n. 123-2023 cit.).

3. Gli artt. 6 e 8 del d.l. n. 123/2023 possono con tutta probabilità ritenersi il centro nevralgico degli interventi operati dalla novella sul diritto penale minorile. Non è un caso, difatti, che essi abbiano ad oggetto il testo normativo a cui si devono molte delle specificità che tale ambito di disciplina presenta rispetto al diritto ed al rito criminale degli adulti, ossia il d.P.R. 22.9.1998, n. 448 (d'ora innanzi: C.p.p. min.). Scorrendo le non poche modifiche che a quest'ultimo risultano apportate, l'impressione è che l'odierno nomoteta abbia seguito la logica del "*Carrot and Stick*", tentando così una certo non facile mediazione tra l'esigenza rieducativa, che come ricordato irrora tutto il sistema della giustizia penale minorile, e le istanze di maggiore rigore punitivo che, molto probabilmente, proprio i fatti di cronaca verificatisi a Caivano hanno imposto con prepotenza all'attenzione del legislatore.

In particolare, l'art. 6 del d.l. n. 123/2023 è intervenuto su di un ambito – quello delle misure cautelari e precautelari – che già nel diritto penale degli adulti impone la ricerca di delicati equilibri tra opposti principi, non fosse altro perché, come ben noto, gli strumenti di tale natura sono destinati ad incidere in modo significativo sul bene primario della libertà personale in regime di eccezionalità, vuoi perché adottati in assenza di un intervento giurisdizionale, vuoi perché restringono soggetti la cui penale responsabilità è ancora ben lungi dall'essere stata definitivamente accertata[15]. Ed il terreno diventa intuitivamente ancora più scivoloso per quel legislatore che intendesse mettere mano al sistema delle cautele minorili, tenuto anzitutto presente che queste ultime non hanno di per sé finalità rieducative, e che quindi, almeno dal punto di vista strettamente concettuale, andrebbero ritenute estranee al sistema di giustizia minorile[16].

Proprio per questa e per le ulteriori ragioni più volte richiamate, tutte convergenti

[15] Su tali e ulteriori "classiche" contraddizioni delle cautele processuali *ante iudicium* con i principi libertari della Costituzione, sempre attuale risulta V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano 1976, spec. 19 ss.

[16] Per tale espressa ammissione, v. per tutti, chiaramente, M. Covelli, *Manuale*, cit., 140 ss.

sulla valorizzazione dei bisogni educativi del fanciullo[17], la disciplina del rito minorile limita in modo ancora più rigoroso, rispetto a quanto la legge già prevede per gli adulti, l'operatività di tali strumenti (v. artt. 16 ss. C.p.p. min. e 20 ss. disp. att. C.p.p. min., *ex* d. lgs. n. 272/1989). Così, risulta prescritto, ad esempio, che gli operatori possano adottare – sempre e solo facoltativamente – le sole misure previste dalla legge processuale minorile, che costituiscono perciò uno stretto *numerus clausus*; che esse siano modulate in modo da non interrompere mai i percorsi educativi in atto del minore; che la loro adozione rechi la minima offesa possibile alla libertà di quest'ultimo, riservando comunque alla carcerazione un ruolo di assoluta residualità; che, in caso di trasgressione alle restrizioni imposte da una misura precedente, quelle ulteriori siano applicate nello stretto ordine di progressiva gravità dettato dalla legge, il che rende impossibili passaggi *per saltum* alla misura che non sia quella immediatamente successiva, senza poi contare il necessario rispetto dei tradizionali principi di «adeguatezza» e «proporzione» e delle ulteriori garanzie in materia contemplate dal codice del rito ordinario, comunque applicabili anche in ambito cautelare minorile[18].

È tenendo presenti tali specificità, quindi, che occorre passare in rassegna le novità introdotte in materia precautelare e cautelare dal «decreto-Caivano».

3.1. Anzitutto, occorre notare come quest'ultimo abbia ampliato la rosa delle fattispecie criminose per le quali l'art. 18-*bis* C.p.p. min. consente agli ufficiali ed agli agenti di polizia giudiziaria che abbiano sorpreso in flagranza di reato un minore di accompagnare quest'ultimo presso i propri uffici e trattenerlo per il tempo strettamente necessario – e comunque non superiore alle dodici ore – alla sua consegna all'esercente la potestà genitoriale, all'affidatario od alla persona da questi incaricata. A seguito della novella, difatti, l'«Accompagnamento a seguito di flagranza», che è

[17] Icastica, al riguardo, la *Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., 220, la quale evidenzia come nel sistema di giustizia minorile il tema della libertà personale «acquisit[i] una complessità e una delicatezza ancor maggiori di quelle che già gli sono proprie, dovendosi tener conto, insieme con le esigenze di cautela processuale, della fragilità caratteriale propria del minorenne e della necessità di non causare dannose interruzioni dei processi di evoluzione della personalità eventualmente in atto».

[18] Quanto alle specificità che il sistema delle cautele e delle precautele minorili presenta, v. S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 395 ss., 419 ss. e 436 ss.; A. Presutti, *La tutela della libertà personale*, in *Diritto e procedura*, cit., 479 ss. e 509 ss. (e più di recente, della stessa autrice, *Le limitazioni della libertà personale*, in *Procedura penale*, cit., 113 ss.); G. Di Chiara, *Libertà minorile e percorsi educativi tra tecniche del processo e mondi vitali*, in *Le limitazioni alla libertà personale del minore imputato*, a cura di C. Cesari, Milano 2012, 49 ss.; C. Scivoletto, *Sistema penale e minori*, Roma 2022, 41 ss. e 44 ss.; G. Ortolani, *Diritto*, cit., 210 ss.

specifica misura precautelare minorile, può essere utilizzato non solo nel caso in cui il minore sia colto nell'atto di commettere un delitto non colposo per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a «tre anni» (in luogo dei cinque originariamente previsti), ma anche laddove lo stato di flagranza si riferisca alla commissione «di uno dei delitti di cui all'art. 381, co. 2, lett. *f*), *g*), *h*) e *m*) C.p.p., ovvero di uno dei reati di cui all'art. 699 C.p. o di cui all'art. 4 della l. 18.4.1975, n. 110». In questo caso, l'ampliamento del raggio applicativo della misura qui in rilievo rispetto al passato riguarda una serie di reati, rispettivamente, contro la persona (le lesioni personali dolose dell'art. 582 C.p.), contro il patrimonio (il danneggiamento aggravato dell'art. 635, co. 2, C.p. ed il furto *ex* art. 624 C.p.) ed in materia di armi ed esplosivi (appunto, il porto abusivo di armi dell'art. 699 C.p. e il porto di armi od oggetti atti ad offendere dell'art. 4, l. n. 110/1975): fattispecie, queste, che ad eccezione di quelle da ultimo richiamate in materia di armi, di tipo contravvenzionale, sembrerebbero per vero già rientrare, sia per natura delittuosa che per pena massima edittale (tre anni), nel nuovo limite d'operatività dell'«Accompagnamento».

È poi da notare come l'aumentato raggio d'azione dell'istituto in discorso, derivante dall'abbassamento del livello di pena massima a partire dal quale esso è utilizzabile, sia destinato nella sua interezza incrementale a riempire spazi di libertà in precedenza sottratti *in toto* ai poteri di coazione precautelare attribuiti alla polizia giudiziaria in ipotesi di flagranza criminosa. Va difatti tenuto a mente che, oggi come in passato, l'istituto dell'«Accompagnamento» vanta un primo perimetro applicativo di propria esclusiva pertinenza ed un secondo che, a partire da un certo limite di pena in avanti, si sovrappone a quello del vero e proprio «Arresto» (facoltativo in flagranza) dell'art. 16 C.p.p. min., anch'esso peraltro destinatario, seppure indirettamente, di una modifica sul punto (v. *infra*, § 3.3., sub *a*). Non è difatti un caso che l'«Accompagnamento» sia etichettato anche come «arresto minore», volendosi con ciò sottolineare come esso resti comunque una forma di arresto in flagranza, che però, rispetto alla figura dell'art. 16 C.p.p. min, è meno afflittivo nelle forme di esecuzione e risulta applicabile a fattispecie di reato la cui pena massima muove da livelli inferiori rispetto a quelli contemplati dai tipi criminosi per i quali è possibile l'arresto in flagranza ordinario[19], oggi fissati rispettivamente in 3 anni e 6 anni. Orbene, è appunto

[19] Sui rapporti applicativi tra i richiamati istituti precautelari, v. per tutti V. Patanè, *L'accompagnamento a seguito di flagranza*, in *Le limitazioni alla libertà*, cit., 28 e 29 s. ed A. Presutti, *Le misure precautelari*, in *Procedura penale*, cit., 122 s.

in questo odierno iato tra il limite minimo di pena a partire dal quale la polizia giudiziaria è facoltizzata all'«Accompagnamento» e quello che le consentirebbe anche il vero e proprio «Arresto» che si colloca lo spazio di nuova possibile incisione della libertà personale del minore colto in flagranza di reato.

3.2. Compromissorio – ad essere benevoli – appare il primo degli interventi che il legislatore odierno ha compiuto sulla disciplina delle misure cautelari minorili, ossia quello relativo ai presupposti generali che ne legittimano l'adozione. Da un canto, infatti, la novella ha diminuito da cinque a «quattro anni» il limite di pena reclusiva oltre il quale, ai sensi del novellato art. 19, co. 4, C.p.p. min., risulta consentita l'adozione delle misure cautelari diverse da quella custodiale, le quali, perciò, nelle intenzioni dovrebbero risultare più agevolmente utilizzabili. D'altro canto, però, i medesimi *conditores* hanno cancellato il riferimento ai fatti di «lieve entità» contemplati in materia di stupefacenti dall'art. 76, co. 5, d.P.R. n. 309/1990 che era contenuto nel previgente co. 5 del medesimo art. 19: richiamo normativo, questo, che aveva la funzione di impedire eccezionalmente che, nel computare il limite di pena del singolo reato che può legittimare l'adozione delle misure cautelari minorili, il giudice tenesse conto – come di regola dovrebbe – della «diminuente della minore età» prevista dall'art. 98, co. 1, C.p.[20] In sostanza, ciò significa che, dovendo adesso il giudice tenere *sempre* conto di tale attenuante nella determinazione della pena che rileva ai fini cautelari, per tali fatti di «lieve entità» – puniti con la reclusione da sei mesi a cinque anni – non dovrebbe più essere tendenzialmente possibile l'adozione di misure restrittive *ante iudicium*.

3.3. Su una traiettoria inequivocabilmente rigorista sembrano invece allinearsi le modifiche apportate dalla novella agli artt. 22 e 23 C.p.p. min., che dettano la disciplina delle due misure cautelari più invasive della sfera di libertà individuale del minore: quella del «Collocamento in comunità» e quella della «Custodia cautelare».

Quanto alla prima, l'intervento del novello nomoteta si è risolto nell'ampliare la possibilità riconosciuta al giudice di trasformare *in itinere* il collocamento in comunità in custodia cautelare, e nello svincolare quest'ultima, in tale ipotesi, dal limite di durata massima in precedenza contemplato. In particolare, l'emendato co. 4 dell'art. 22

[20] Per l'indiscussa natura circostanziale della stessa e per la sua sottoposizione alla disciplina dell'art. 65, n. 3, C.p., v. per tutti G. Panebianco, *Il minore reo*, in *La giustizia*, cit., 197 ss.

continua ad ancorare il c.d. ««effetto a cascata» verso la misura immediatamente più afflittiva[21] – ossia qui la custodia intramuraria – anzitutto al presupposto che il minore abbia commesso «gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte» o si sia reso responsabile di un «allontanamento ingiustificato dalla comunità». Tuttavia, sensibilmente ampliata risulta la capienza dell'ulteriore requisito che la disposizione richiede per disporre la progressione afflittiva *de qua*, ovverosia il limite sanzionatorio contemplato dalla fattispecie delittuosa per la quale si procede: limite, questo, ora consistente nella reclusione non inferiore nel massimo a «quattro anni», laddove in precedenza tale soglia era fissata a «cinque anni».

Come accennato, la novella ha inoltre rimosso l'argine temporale massimo di un mese prima apposto alla durata della custodia cautelare così subentrante, il quale, per vero, risultava tutt'altro che privo di rilievo. Secondo l'interpretazione prevalente, infatti, il termine in parola avrebbe dovuto "compensare", mitigandone gli effetti, la circostanza che la misura custodiale svolgesse qui una scoperta quanto anomala funzione sanzionatoria, nonché, viepiù, il fatto che essa potesse disporsi in violazione dei limiti minimi di pena sotto i quali, d'ordinario, l'art. 23 C.p.p. min. non consente l'adozione della più afflittiva delle misure cautelari[22]: singolarità da bilanciare, queste, che nonostante l'abbassamento degli argini di pena suddetti (v. *infra*) sussisterebbero per vero ancora oggi. Ma tant'è: la conseguenza dovrebbe essere che la custodia cautelare così subentrata potrà ora perdurare *ad libitum*, salvo naturalmente gli invalicabili termini massimi previsti dall'art. 23, ultimo co., C.p.p. min. Ma non è allora irragionevole prevedere che, così ulteriormente deprivato e rimodulato, il meccanismo del passaggio dalla permanenza in comunità alla custodia cautelare possa rinvigorire i dubbi di legittimità costituzionalità che, lasciati irrisolti dalla Consulta in una sua risalente pronuncia, su di esso vengono ancora addensati dalla dottrina[23].

Un certo *favor mutuationis* sembra da cogliere anche nell'inedito co. 4-*bis* aggiunto dalla novella al medesimo art. 22 C.p.p. min., il quale prevede che «Quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può disporre la sostituzione della misura applicata con la custodia cautelare, nei casi

[21] Cfr. in questi termini, L. Pepino, voce *Misure cautelari minorili*, in *DigDPen*, vol. VIII, Torino, 1994, 56, A. Ciavola, *Il collocamento in comunità*, in *Le limitazioni*, cit., 158, E. Lanza, *Le indagini preliminari e le misure cautelari*, in *La giustizia penale*, cit., 490.

[22] Cfr. A. Ciavola, *Il collocamento*, cit., 158 e G. Ortolani, *Diritto*, cit., 227.

[23] Sulla questione, v. A. Presutti, *La tutela*, cit., 519 (e più di recente *Le misure*, cit., 134) e G. Ortolani, *Diritto*, cit., 227. V. anche, per ulteriori questioni applicative che un tale meccanismo origina, S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 461 s.

consentiti dall'art. 23». Invero, tale disposizione pare introdurre un'inedita ed ulteriore ipotesi di trasformazione *in itinere* del collocamento in comunità in misura custodiale, il cui subentro, tuttavia, prescinde dalla grave e reiterata violazione delle prescrizioni imposte al minore nel contesto protetto o dal suo allontanamento da quest'ultimo. A tale conclusione, difatti, inducono testualmente sia l'espresso richiamo normativo all'aggravamento delle esigenze cautelari, che parrebbe alludere ad una situazione di sopraggiunta inadeguatezza delle strutture comunitarie a contenere l'aumentata intensità dei *pericula libertatis*, sia l'altrettanto esplicito rinvio ai «casi consentiti dall'art. 23 (C.p.p. min.)», che è la norma che tipizza le esigenze custodiali minorili e pone gli ulteriori limiti all'adottabilità della misura intramuraria. In apparenza, quindi, la disposizione di nuovo conio parrebbe scolpire una fattispecie di uso "funzionalmente proprio" della misura cautelare detentiva, che ribadisce pure il generale canone di gradualità scalare nell'applicazione delle misure cautelari sancito dall'art. 275 C.p.p. e richiamato dall'art. 19, co. 2, C.p.p. min[24]. Ma, forse, non le è del tutto estranea l'intenzione di produrre, almeno simbolicamente, un "moto propulsivo" verso una più diffusa applicazione della restrizione custodiale: se così fosse, però, essa risulterebbe ideologicamente disconnessa dal contesto normativo nel quale essa va a collocarsi.

D'altronde, sono le modifiche apportate all'art. 23 C.p.p. min. a confermare il favore del quale, pure in ambito minorile, la custodia cautelare sembra godere presso il legislatore della riforma. Quattro, segnatamente, le modifiche maggiormente espressive di tale "*nouvelle vague*", destinata ad avere un significativo impatto sullo *status libertatis* del minore durante le more del procedimento:

a) la prima è quella che ha abbassato il limite massimo di pena detentiva al di sotto del quale non è possibile l'applicazione della misura custodiale a chi abbia commesso delitti non colposi, che è stato ridotto da nove a «sei anni» (v. co. 1, primo periodo, art. 23 cit.): modifica, questa, che dovrebbe ampliare il novero dei reati per i quali l'adozione della cautela in questione risulta possibile. Peraltro, è da rilevare come una tale modifica sia destinata indirettamente a ripercuotersi – sortendo i medesimi effetti espansivi – anche sulla misura precautelare dell'arresto in flagranza, posto che l'art. 16, co. 1, C.p.p. min. individua le fattispecie criminose rispetto alle quali esso è utilizzabile mediante un esplicito rinvio proprio ai «delitti per i quali, a norma dell'art. 23, può essere disposta la misura della custodia cautelare», sebbene poi l'intervento non

[24] Sui criteri applicativi delle misure cautelari minorili, v. per tutti L. Pepino, voce *Misure cautelari*, cit., 57 ss.

sembri sostanzialmente alterare, almeno nelle proporzioni, i rapporti applicativi di tale istituto con quello dell'«Accompagnamento a seguito di flagranza», anch'esso oggetto di una già segnalata modifica (v. *retro*, § 3.1).

È in ultimo da notare – sempre in tema di effetti indiretti della modifica qui in rilievo – che un tale livellamento al ribasso dei limiti di pena che rendono oggi possibile la custodia in I.P.M. potrebbe ridurre in modo significativo il concreto margine operativo del principio di residualità di tale misura rispetto alle altre cautele, il quale, come si ricordava, è però ritenuto canone informatore peculiare ed irrinunciabile del microsistema cautelare minorile. Certo, è pur vero che la novella ha parimenti ridotto il margine di pena che consente l'utilizzo delle restrizioni *ante iudicium* diverse da quella custodiale (v. *retro*, § 3.2), ma non può non balzare agli occhi come lo scarto ora presente tra siffatti limiti (due anni) risulta seccamente dimezzato rispetto a quello che emergeva dal confronto dei previgenti artt. 19, co. 4, da un lato, e 23, co. 1, C.p.p. min., dall'altro (4 anni);

b) la seconda è quella che, nella sostanza, ha ampliato il novero delle fattispecie di reato rispetto alle quali risulta ammessa l'applicazione della custodia cautelare sebbene al di fuori del limite generale di pena appena sopra ricordato (v. co. 1, secondo periodo, art. 23 cit.). L'odierno legislatore, infatti, ha proceduto ad arricchire l'elencazione previgente inserendovi le ipotesi delittuose, consumate o tentate, di furto in abitazione e con strappo (art. 624-*bis* C.p.), salvo ricorra l'attenuante dell'art. 62, co. 1, n. 4 C.p., di violenza o minaccia ad un pubblico ufficiale *ex* art. 336, co. 1, C.p., di resistenza ad un pubblico ufficiale (art. 337 C.p.) e di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309/1990. Certo, si potrebbe replicare che, nello stesso momento, il riformatore ha però espunto dal medesimo elenco i delitti di rapina (art. 628 C.p.), di estorsione (art. 629 C.p.) e di violenza sessuale, ma non può sfuggire che i significativi livelli di pena edittale massima raggiunti da tali fattispecie "rassicurano" comunque, almeno per le ipotesi consumate, circa la possibilità per il giudice di adottare la cautela *intra moenia*, tanto più dopo l'intervento novellatore segnalato *sub b*);

c) la terza è quella che ha ampliato la rosa delle esigenze custodiali, entro la quale è stato difatti aggiunto il caso in cui «l'imputato si è dato alla fuga o sussista concreto e attuale pericolo che si dia alla fuga» (v. co. 2, lett. a-*bis*, art. 23 cit.). Per vero, un'ipotesi molto simile – che ometteva di aggettivare il pericolo di fuga come «attuale», richiedendo soltanto la sua concretezza – era stata già contemplata dall'art. 23, co. 1,

lett. *b*), C.p.p. min., così come emendato nel 1991, ma la Consulta lo aveva dichiarato incostituzionale[25]. Il giudice delle leggi, infatti, aveva ritenuto che tale previsione normativa, anzitutto, eccedesse i precipui criteri in materia dettati dalla legge-delega, che tra i *pericula libertatis* annoverava, oltre alle necessità istruttorie, soltanto le «gravi esigenze di tutela della collettività», alle quali il pericolo di fuga non fu ritenuto assimilabile. Ma, viepiù, i giudici opinarono che essa sconfessasse pure quel generale «disfavore del legislatore [delegante] per l'utilizzo del carcere nei confronti dei minori», ritenuto a sua volta imposto dalla «coerenza con i principi affermati a livello internazionale riguardo al diritto penale minorile»[26]. Quanto, perciò, l'aggiunta della "attualità" del pericolo di fuga – la cui sussistenza richiede pur sempre la prudente valutazione del giudice – varrà a mettere al riparo la disposizione di nuovo conio da possibili censure di incostituzionalità è dubbio che solo il tempo potrà sciogliere;

d) la quarta è quella che ha allungato i termini di durata massima della custodia cautelare minorile, e ciò diminuendone gli abbattimenti rispetto ai limiti ordinari dell'art. 303 C.p.p. originariamente contemplati dal co. 4 dell'art. 23 C.p.p. min. Ed invero, mentre la previgente versione di tale comma prevedeva che siffatti argini massimi venissero ridotti «della metà per i reati commessi da minori degli anni diciotto e dei due terzi per quelli commessi da minori degli anni sedici», la disposizione attuale parla, invece, di una mera riduzione «di un terzo per i reati commessi da minori degli anni diciotto e della metà per quelli commessi da minori degli anni sedici»: il che produce l'ovvio effetto di ampliare di non poco la potenziale permanenza in I.P.M. del minore, e paradossalmente proprio quella del soggetto che, per età, mostrerebbe in teoria i maggiori bisogni educativi.

4. (*Segue*) Sulla qualità dell'offerta rieducativa proposta al minore, e quindi, infine, sulle sue concrete possibilità di successo, sembrano invece destinate ad influire sinergicamente altre tre disposizioni del «decreto Caivano», che pure approdano su sponde tra loro assai distanti del diritto penale minorile: quella dell'*iter* di svolgimento del procedimento penale e quella della pena già in esecuzione.

In particolare, gli artt. 6, co. 1, lett. c-*bis*) e 8, co. 1, lett. *b*) del d.l. n. 123/2023, nel recare interventi di segno per vero opposto, impattano in modo significativo sullo

[25] Cfr. C. cost., 26.7.2000 n. 359, in *FI* 2000, I, 3062, con nota redazionale, ed in *GiurCost*. 2000 (4), 2589, con osservazioni di G. La Greca.
[26] Cfr. C. cost., 26.7.2000 n. 359, cit., § 2.

strumentario giuridico che il moderno diritto penale minorile offre al minore per evitargli la futura condanna e permettergli invece di accedere, già nelle more del procedimento, a programmi di recupero personalizzati. L'idea di fondo, come si è già precisato, è infatti quella secondo la quale tanto più al minore saranno risparmiati lo stigma della condanna penale e del contatto con le strutture carcerarie in favore di percorsi pedagogici extra murari, tanto maggiori saranno le possibilità che la personalità dello stesso, ancora *in fieri*, venga recuperata. Da parte propria, l'art. 9 del medesimo decreto consente, invece, l'interruzione del percorso rieducativo individuale di determinati soggetti al fine di tutelare maggiormente – come recita la rubrica della disposizione – la «sicurezza degli istituti penali per minorenni», o meglio – come emerge poi dal testo della medesima – per consentire il più tranquillo svolgimento del processo rieducativo altrui.

4.1. Di sicuro effetto sullo *status libertatis* del minore, e segnatamente sulle possibilità a questi offerte di intraprendere un percorso rieducativo al di fuori del processo penale, risulta la modifica che l'art. 6, co. 1, lett. c-*bis*), del d.l. n. 123/2023 ha recato alla disciplina della «Sospensione del processo e messa alla prova». È, questo, l'istituto che, nella trama del d.P.R. n. 448/1988, più di altri avrebbe dovuto efficacemente – ed in modo innovativo – perseguire la specifica finalità rieducativo-individualizzante propria del nuovo sistema penale minorile, espellendo anzitempo il fanciullo dal circuito processuale per chiamarlo ad intraprendere un percorso di auto-responsabilizzazione che evitasse, tra l'altro, lo scadere del rito in immotivati quanto deleteri perdonismi[27]. Ed invero, proprio la spiccata propensione special-preventiva di tale strumento, che consente al minore di evitare l'ingresso nel circuito penale sanzionatorio sottoponendosi ad un programma rieducativo personalizzato idoneo a determinare infine l'estinzione del reato (v. artt. 28 e 29 C.p.p. min.), aveva indotto il legislatore a ridurre al minimo le preclusioni al suo accesso, tanto da non considerare ostativa, ad esempio, neanche il notevole ammontare della risposta sanzionatoria abbinata al reato commesso. Anzi, l'originario co. 4 dell'art. 28 C.p.p. min., che valutava l'eventuale richiesta dell'imputato di procedere con il rito abbreviato od immediato come incompatibile con la concessione del beneficio, era stata censurato

[27] Sulla *ratio* dell'istituto, ed in senso sostanzialmente conforme al testo, v. tra gli altri E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano 2003, 51, A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, in *La giustizia penale*, cit., 545 ss., C. Scivoletto, *Sistema*, cit., 59 e 61 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti sia di dottrina che di giurisprudenza.

dalla Consulta, che l'aveva ritenuto «[in]contrast[o] con gli artt. 31, secondo co., e 24 Cost., in quanto [avrebbe] impedi[to], senza che siano ravvisabili motivi ragionevoli, di dare ingresso ad una misura particolarmente significativa [...] sotto l'aspetto rieducativo ed avente riflessi sostanziali di natura premiale»[28]. Del resto, la stessa Consulta ha più volte ribadito addirittura la non necessità, ai fini della sospensione del rito, del consenso dello stesso imputato o del p.m., e ciò proprio richiamando – ancora una volta – l'assorbente «finalità essenzialmente rieducativa della messa alla prova minorile»[29].

Se, perciò, questo risulta essere il "peso specifico" da riconoscere all'istituto in discorso nel contesto del diritto penale minorile, non può che destare una qualche sorpresa il contenuto del nuovo co. 5-*bis* dell'art. 28 C.p.p. min., che ha reso inapplicabile tale forma di *probation* ai delitti di omicidio doloso aggravato (artt. 575 e 576 C.p.), di violenza sessuale (art. 609-*bis* C.p.) e di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* C.p.) nelle ipotesi aggravate dell'art. 609-*ter* C.p., nonché al delitto di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, co. 3, nn. 2), 3) e 3-*quinquies*) C.p., avendo il legislatore evidentemente ritenuto che, in tali ipotesi, le istanze di repressione e prevenzione generale debbano prevalere *ipso iure* sulle (migliori) opportunità rieducative del minore. Tuttavia, non può non osservarsi come un tale meccanismo di "prevalenza automatica" – in quanto non mediato dall'opera del giudice – delle prime sulle seconde non sembri collimare con alcuni dei caratteri propri del moderno diritto penale minorile costituzionalmente orientato. Come si è difatti già ricordato, quest'ultimo non solo ha fatto del principio rieducativo un caposaldo praticamente irrinunciabile, assai più di quanto avvenga – nonostante la portata generale dell'art. 27, co. 3, Cost. – nell'ambito del diritto penale degli adulti, ma, in tale prospettiva, viepiù esso tendenzialmente rifiuta meccanismi applicativi automatici che impediscano al giudice minorile una valutazione caso per caso. Del resto, ed ulteriormente, non può sfuggire come la preclusione in parola non sia aggirabile, e quindi in un certo senso "bilanciabile", neanche passando attraverso l'inedito e benevolo istituto sospensivo dell'art. 27-*bis* C.p.p. min., i cui limiti edittali di applicazione, come si dirà, sono ampiamente superati da quelli propri dei delitti qui in rilievo.

[28] Cfr. C. cost., 5.4.1995 n. 125, spec. § 4.1, in *FI* 1995, I, 2394, con note di G. Di Chiara e di G. La Greca.
[29] Cfr. C. cost., 5.4.1995 n. 125, cit., e, più recente, Id., 10.6.2020, n. 139, spec. § 4.3, in *sistemapenale.it*, 10.2.2021, con nota di L. Camaldo. In dottrina, invece, la questione appare controversa: per un agile sunto del dibattito, v. per tutti E. Lanza, *La sospensione*, cit., 68 ss. e V. Bosco, *Il ruolo del consenso nella messa alla prova "minorile"*, in *lalegislazionepenale.eu* (24.11.2020).

4.2. Certamente innovativo – e forse nelle intenzioni del legislatore anche "perequativo" rispetto alla novità sopra segnalata – è senza dubbio l'art. 8 del «decreto Caivano», che ha inserito nel d.P.R. n. 448/1988 un inedito art. 27-*bis*, rubricato «Percorso di rieducazione del minore». Al di là del suo intitolato normativo, forse non proprio icastico, tale disposizione sembrerebbe introdurre nel sistema penale minorile una sorta di "messa alla prova ibridizzata", in quanto, da un lato, evidentemente tributaria dei tratti essenziali dell'istituto già disciplinato dagli artt. 28 e 29 C.p.p. min., ma, dall'altro, portatrice di significative innovazioni rispetto alla matrice, tra le quali alcune paiono ammiccare alla messa alla prova degli adulti, altre, almeno per singoli aspetti, alle clausole di esiguità presenti nel sistema.

Rinviando all'integrale lettura del già menzionato art. 27-*bis* C.p.p. min.[30], può valere qui la pena evidenziare quantomeno i tratti più caratterizzanti dello strumento che tale disposizione disegna, i quali si stagliano ancora più chiaramente se collocati sullo sfondo degli istituti ai quali il novello legislatore sembra essersi ispirato.

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

I) In tale prospettiva, può anzitutto evidenziarsi come l'istituto di nuovo conio trovi espresso spazio applicativo «Durante le indagini preliminari», e quindi in una fase dell'*iter* procedimentale anticipata rispetto a quella, propriamente processuale, ove può invece intervenire la *probation* degli artt. 28 s. C.p.p. min., non a caso aggettivata dallo stesso legislatore storico come – appunto – «processuale»[31]. In tale carattere anticipatorio ben può scorgersi un primo elemento di continuità con la messa alla prova degli adulti, che può richiedersi nell'analogo momento procedimentale (art. 464-*ter* C.p.p.), così come, a ben vedere, una maggiore sintonia dello strumento recato dall'art. 27-*bis* C.p.p. min. con il modello della *diversion* piuttosto che con quello della *probation*, pur con i limiti che una tale distinzione mostra poi nella pratica[32]. Ma, naturalmente, non è certo l'etichetta classificatoria che interessa.

Come appare evidente, infatti, una tale regressione operativa dell'istituto già alla fase delle indagini preliminari, se da un lato consente al minore di fuoriuscire precocemente dal circuito giudiziario, e così intraprendere – in modo altrettanto precoce – il percorso rieducativo, dall'altro, però, rischia di riproporrei qui i dubbi di compatibilità anzitutto con la presunzione costituzionale di innocenza già affacciati nei confronti anzitutto della messa alla prova degli adulti, ma anche di quella minorile. A tale riguardo, sarà sufficiente ricordare come, muovendo dall'idea che le prescrizioni del programma rieducativo a cui il reo si sottopone costituiscono una misura coercitiva della sua libertà personale, e quindi una "pena" almeno in senso sostanziale, e rilevando come, pur nel silenzio della legge, qualunque messa alla prova ha senso logico solo laddove il giudice sia intimamente persuaso della penale responsabilità del reo, che sola fonda razionalmente il bisogno di rieducazione, una parte della dottrina ha ritenuto la messa alla prova dell'art. 168-*bis* C.p. e quella minorile dell'art. 28 C.p.p. min. difficilmente raccordabili anzitutto con l'art. 27, co. 2, Cost. Si è difatti sostenuto che esse porterebbero alla irrogazione di una "pena" in difetto di una formale sentenza di condanna, e comunque in assenza delle ulteriori garanzie previste dal sistema (ad

[31] Così, infatti, la *Relazione al progetto definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., 221. Sulle ragioni formali e sostanziali che, in ogni caso, rendono inutilizzabile la *probation* minorile durante la fase delle indagini preliminari, v. per tutti E. Lanza, *La sospensione*, cit., 107 ss. e M.G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Diritto e procedura*, cit., 615 s.

[32] Mentre infatti la *probation* si presenta come una misura alternativa alla pena, che quindi presuppone l'inizio del processo, e a dire il vero anche la sentenza di condanna, la *diversion* consisterebbe invece nella radicale sottrazione del minore al circuito giudiziario prima che sia formalmente esercitata l'azione penale, o anche prima: così, su tale distinzione sistemica, ma anche sulla sua relatività ed origine storica, v. E. Lanza, *La sospensione*, cit., 47 ss., C. Cesari, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *ED*, *Annali*, vol. IX, Milano 2016, 1005 s., E.M. Belgiorno, *La* probation *processuale per adulti*, Milano 2021, 1 ss.

es. il rispetto dei un effettivo diritto di difesa)[33]. Ove si accettasse quest'ordine di idee, ben si comprende come perplessità ancora maggiori potrebbe suscitare il neonato art. 27-*bis* C.p.p. min, che giunge ad infliggere una tale "pena" addirittura senza neanche un previo processo nel senso tecnico del termine: verità, questa, che forse soltanto la considerazione degli evidenti vantaggi in termini di precocità rieducativa e di sottrazione del minore al dramma psicologico del processo penale sembra in grado di rendere accettabile, in ossequio all'essenziale finalità di recupero del fanciullo deviante alla quale tutto il sistema di giustizia minorile, come più volte detto, è istituzionalmente orientato.

II) Diversamente dall'istituto disegnato dall'art. 28, quello introdotto dal nuovo art. 27-*bis* C.p.p. min. non prescinde, ai fini applicativi, dalla gravità del reato per cui si procede, ma, al contrario, risulta proponibile dal pubblico ministero soltanto in relazione a «reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva», e sempreché «i fatti non rivest[a]no particolare gravità». Tali limitazioni, ed anzitutto la prima, nel contraddire il tradizionale carattere "universalistico" della messa alla prova minorile, giustificato dalla consueta prevalenza dei bisogni educativi del minore sulle istanze punitive statuali[34], avvicinano l'istituto di nuovo conio anzitutto alla messa alla prova degli adulti, per la quale valgono sbarramenti applicativi di pena in verità molto simili (v. l'art. 168-*bis*, co. 1, C.p.), il cui fondamento è rinvenuto nell'esigenza – in tale sede giudicata irrinunciabile – di contemperare la possibilità del reo di accedere a maggiori *chances* rieducative con le ragioni della general-prevenzione[35].

[33] Su tale delicata questione, quanto all'affidamento in prova degli adulti, v. C. Cesari, voce *Sospensione*, cit., 1011 ss., e con particolare attenzione alla giurisprudenza, anche costituzionale, che di recente sembra avere risolto l'*impasse* nel senso della costituzionalità dell'istituto, M.C. Saporito, *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, in *Proc. pen. e giust.* 2019 (5), spec. 1331-1332 e 1335 ss., A. Sanna, *La messa alla prova riformata, tra giustizia riparativa ed esecuzione* ante iudicium. *Spunti di riflessione per il processualista*, in *discrimen.it*, 13.12.2022, nonché V. Bove, *La messa alla prova*[2], Firenze 2023, 15 s. Quanto alla messa alla prova minorile, cfr. L. Pepino, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig.DPen*, vol. XIII, Torino 1997, 482, E. Lanza, *La sospensione*, cit., 48 e 62 ss., C. Cesari, *Le strategie di* diversion, in *Procedura penale*, cit., 231 s.

[34] Cfr. in tal senso, tra gli altri, S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 349 ss., C. Cesari, voce *Sospensione*, cit., 1014 s., M.G. Coppetta, *La sospensione*, cit., 551.

[35] Sulle differenze, in tal senso, tra le due forme di messa alla prova, l'una – quella minorile – vocata alla rieducazione, l'altra – quella degli adulti – plasmata anche su istanze quantomeno deflattivo-sanzionatorie, v. C. Cesari, *Le alternative*, cit., 229.

Del resto, che l'istituto di nuova introduzione non sia insensibile alle ragioni del giure punitivo, nonostante l'afferenza al sistema minorile, risulta viepiù comprovato dall'ulteriore "cautela" che il legislatore ha imposto alla sua operatività, ulteriormente subordinata alla circostanza che il giudice escluda la «particolare gravità» di quel fatto di reato che pure già rientri nei richiamati limiti edittali di pena. Certo, non può sfuggire come una tale formula normativa risulti assai più favorevole per il reo rispetto a quelle che, sia nel sistema minorile che in quello degli adulti, parimenti consentono una «definizione anticipata del procedimento», e dalle quali l'odierno legislatore sembra pure avere tratto ispirazione, considerato che esse richiedono al magistrato una valutazione "in positivo" della «tenuità» del fatto o dell'offesa (v. artt. 27 C.p.p. min. e 131-*bis* C.p.). Chiaro rimane, tuttavia, che tale clausola ostativa è destinata a restringere il raggio d'azione dell'art. 27-*bis* C.p.p. min, a cui viene peraltro così apposto un limite il cui apprezzamento – diversamente da quello richiesto dal tetto di pena edittale o dal riferimento a certuni *nomina criminis* – è rimesso ampiamente alla discrezionalità del giudice. D'altro canto, non va dimenticato il fatto che non tutta la dottrina avesse apprezzato la scelta "universalistica" del legislatore minorile di non porre alcun argine di genere o di pena ai reati per i quali la messa alla prova dell'art. 28 C.p.p. min avrebbe potuto operare, non a caso rilevando che, almeno per i «delitti gravissimi», le ragioni della prevenzione generale avrebbero dovuto ritenersi comunque prevalenti[36].

III) Non v'è dubbio che il tratto più caratteristico del nuovo istituto – che del resto ne autorizza l'inclusione nell'ideale *genus* degli strumenti di messa alla prova – sia costituito dal «programma rieducativo». Ed invero, è quest'ultimo che, proposto dal minore in collaborazione con i servizi minorili, ove ritenuto congruo dal giudice produce nell'immediato la sospensione del procedimento (art. 27-*bis*, commi 2 e 3, C.p.p. min.) e, se portato a termine con esito che il magistrato ritenga «positivo», determina infine l'estinzione del reato (art. 27-*bis*, ultimo co., C.p.p. min.). Acclarata, quindi, l'intuitiva rilevanza del suddetto «programma» per la funzionalità della nuova *diversion*, si tratta ora di raffrontare lo stesso con quelli corrispondentemente previsti dai percorsi di messa alla prova già contemplati dalla legge sia nell'ambito del diritto penale minorile che in quello degli adulti, e ciò al fine di collocare definitivamente lo strumento di nuovo conio nel sistema.

[36] In questo senso, ad esempio, E. Lanza, *La sospensione*, cit., 55 s. Del resto, pur condividendo di principio la scelta compiuta dal legislatore del 1988, l'hanno ritenuta «in qualche misura velleitaria», anche per il rischio di accreditare nel minore una «sensazione [...] di accesso facile all'impunità», Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto*, cit., 350.

Volendo grandemente riassumere, sarà sufficiente ricordare che gli artt. 28 C.p.p. min. e 27 disp. att. C.p.p. min. prevedono che i servizi minorili ministeriali e quelli socio-assistenziali degli enti locali elaborino un «progetto di intervento» personalizzato, il quale consiste in attività di «trattamento e sostegno» rieducativo che coinvolgano non solo il minore ma anche il suo contesto familiare e di vita, alle quali il giudice può – facoltativamente, quindi – aggiungere delle «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa», ovvero rivolgere allo stesso minore «l'invito a partecipare a un programma di giustizia riparativa». Emerge, quindi, l'idea di un «progetto» che mira in modo assolutamente prevalente a promuovere nel minore un percorso psicologico di natura rieducativa, rispetto al quale le prescrizioni "riparative" e "conciliative" eventualmente aggiunte dal giudice svolgono una funzione complementare[37]: il che, del resto, risulta coerente con la finalità istituzionale ultima del sistema di giustizia minorile più volte ricordata.

Diverso è il quadro che emerge, invece, dagli artt. 168-*bis* C.p., 464-*bis*, co. 4, C.p.p. e 141-*ter* d. lgs. n. 271/1989 (disp. att. C.p.p.). Tali disposizioni, infatti, nel loro combinato disposto prevedono, certamente, che il soggetto svolga un «programma di trattamento», che può implicare l'espletamento di attività di «volontariato di rilievo sociale» e l'obbligo di «rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria», ma anche la sottoposizione del sospeso a prescrizioni inerenti «alla dimora, alla libertà di movimento [e] al divieto di frequentare determinati locali»; inoltre, gli si impongono obbligatoriamente, anzitutto, il compimento di condotte riparatorie sia del c.d. «danno criminale» (lesione o messa in pericolo del bene giuridico), sia, ove possibile, di quello civilmente risarcibile, ma anche la «prestazione di lavoro di pubblica utilità», del quale viene anche fornita una definizione contenutistica (v. art. 168-*bis*, co. 3, C.p.). Non può allora sorprendere se, come in parte già accennato, la dottrina scorga nella messa alla prova degli adulti un istituto finalizzato a perseguire una molteplicità di fini, che non si esauriscono in quello rieducativo e – data la precocità di intervento dell'istituto – in quello deflattivo, ma guardano anche ineludibilmente alla riparazione del danno individuale e collettivo cagionato dal reato

[37] Cfr. tra gli altri M.G. Basco, S. de Gennaro, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino 1997, 1 ss., E. Lanza, *La sospensione*, cit., 51, C. Cesari, voce *Sospensione*, cit., 1008 s., A. Pulvirenti, *Il giudizio*, cit., 545 s.

ed alla necessità comunque di sanzionarne l'autore, sebbene con uno strumento (talune delle restrizioni imposte) diversi dalla pena[38].

Ma se queste sono le pietre di paragone che delimitano il contesto normativo di raffronto, risulta confermata la natura in un certo qual modo "ibrida" della messa alla prova introdotta dall'art. 27-*bis* C.p.p. min. Da un canto, infatti, e come già visto, l'operatività anticipata alla fase delle indagini preliminari carica lo strumento *de quo* di aspettative deflattive sconosciute alla messa alla prova minorile, ma non certo a quella degli adulti, così come la previsione di limiti alla sua applicazione tarati sulla gravità del reato, pur apprezzabile con un criterio misto edittale/valutativo, ancora una volta allontana l'istituto di nuovo conio dal modello minorile per avvicinarlo a quello degli adulti, con il quale, perciò, parrebbe condividere una certa plurifunzionalità. D'altro canto, però, non può sfuggire come il «programma» trattamentale *ivi* previsto accosti di molto la nuova messa alla prova a quella minorile. Sebbene, infatti, il novello legislatore non abbia affiancato all'art. 27-*bis* C.p.p. min. una dedicata disposizione attuativa, da collocare magari nel già richiamato d. lgs. n. 272/1989, la vocazione eminentemente rieducativa parrebbe emergere già *de iure condito*, a prescindere dal fatto che il suddetto «programma» sia espressamente aggettivato dalla norma come «rieducativo». Depongono in tal senso l'esigenza di un «percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale», che il minore dovrebbe intraprendere «sulla base» del suddetto «programma», che quindi parrebbe la sede deputata a tracciarlo, nonché il riferimento ai «lavori socialmente utili» (e non «di pubblica utilità»), alla «collaborazione a titolo gratuito con enti del Terzo settore», allo «svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza»: richiami, tutti questi, che, ben lungi dal riecheggiare istanze risarcitorie (se non in senso ideale) o sanzionatorie, sembrano invece esaurire il contenuto della prova in quello dei progetti di recupero socio-educativo dedicati ai minori detenuti o sospesi già in atto in diverse realtà italiane[39].

4.3. Destinato parimenti ad influire sul percorso rieducativo del minore, sebbene soltanto nel suo tratto finale, è anche l'art. 9 del «decreto-Caivano», che inserisce nel

[38] In questo senso, oltre a C. Cesari, *Le alternative*, cit., 229, v. E. Lanza, *La messa alla prova processuale*, Milano 2017, 197 ss. e 323 s., M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale*[2], Milano 2020, 141 ss., M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, Torino 2020, 138 ss., V. Bove, *La messa alla prova*, cit., 23 ss.

[39] Si pensi, tra i tanti, al «progetto CREI» promosso dal Centro di Giustizia Minorile della Toscana e dall'agenzia formativa Apab, al progetto «Percorsi di legalità» finanziato dal Dipartimento della Giustizia minorile e destinato ad alcune regioni del Sud, ed ai numerosi progetti rieducativi basati sull'espletamento di attività similari messi in campo da molti U.S.M.M., e reperibili in rete.

d. lgs. 2.10.2018, n. 121 (c.d. «ordinamento penitenziario minorile»: d'ora innanzi o.p.m.) un inedito art. 10-*bis*. Quest'ultimo, a sua volta, introduce nel sistema di esecuzione delle pene minorili la specifica ipotesi del «Trasferimento presso un istituto penitenziario per adulti» del detenuto che abbia compiuto i ventuno anni di età e che stia espiando una pena per reati commessi durante la minore età, il quale, alternativamente (co. 1):

a) comprometta la sicurezza ovvero turbi l'ordine negli istituti;

b) con violenza o minaccia impedisca le attività degli altri detenuti;

c) nella vita penitenziaria si avvalga dello stato di soggezione da lui indotto negli altri detenuti.

La disposizione, inoltre, prevede una "clausola di estensione" della disciplina appena richiamata al detenuto che abbia «compiuto diciotto anni, in espiazione di pena per reati commessi durante la minore età», il quale realizzi – ma stavolta in modo cumulativo – le medesime condotte (co. 2). Essendo il trasferimento una misura che può incidere sulle condizioni trattamentali del minore e rendere più gravose le relazioni familiari, in continuità con la garanzia giurisdizionale già prevista dagli artt. 24 disp. att. C.p.p. min. e 9 o.p.m., il co. 3 del citato art. 10-*bis* contempla, infine, l'intervento del magistrato di sorveglianza, la cui valutazione viene tuttavia circoscritta nei propri esiti, essendo difatti previsto che il giudice possa negare il nulla osta al predetto trasferimento presso l'istituto carcerario per adulti individuato dall'Amministrazione penitenziaria «solo per ragioni di sicurezza, anche del detenuto medesimo».

Ne risulta che la disposizione di nuovo conio agisce, in sostanza, sul regime di esecuzione interna del c.d. «giovane adulto», ovverosia su di una figura per così dire "estesa" di minore che l'ordinamento penitenziario di settore conosce da tempo. Invero, l'art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min., da ultimo modificato dall'art. 9 l.p.m., aveva previsto una dilatazione del regime esecutivo minorile a beneficio di «coloro che nel corso dell'esecuzione [avessero] compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età», e ciò al fine di evitare l'interruzione del percorso educativo intrapreso dal minore, sull'implicito presupposto che quello iniziato all'interno degli II.PP.MM. rifletta – almeno più di quanto possa fare quello da principiare nelle strutture carcerarie ordinarie – le specifiche esigenze educative e trattamentali di una personalità che, nonostante la raggiunta maggiore età legale, viene ritenuta ancora psichicamente in formazione. Nondimeno, siffatta protrazione del *favor minoris* in fase

esecutiva non era e non è ancora oggi automatica, posto che, sebbene con formula non proprio felice, lo stesso art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min. comunque la assoggetta ad una duplice condizione ostativa, rimessa all'apprezzamento del giudice: quella che «non ricorrano particolari ragioni di sicurezza [...], tenuto conto altresì delle finalità rieducative», e quella che «le predette finalità non risult[i]no in alcun modo perseguibili a causa della mancata adesione al trattamento in atto»[40].

Se questo è, sebbene per sommi capi, il quadro normativo in cui il novello art. 10-*bis*, co. 1, o.p.m. si innesta, appare evidente come quest'ultimo abbia inteso anzitutto emarginare, all'interno della classe normativa dei «giovani adulti» tra i diciotto ed i venticinque anni di età, la sub-categoria dei soggetti di età compresa tra i ventuno ed i venticinque anni, rispetto ai quali il legislatore ha esteso – rispetto a quanto già prevede in via d'eccezione l'art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min. – la possibilità di revocare il beneficio dell'esecuzione minorile. In quest'ottica, la novità risiede nella più incisiva tipizzazione e nella finalità dei comportamenti in ragione dei quali tali individui possono essere trasferiti in un istituto penitenziario per adulti, perdendo così il *privilegium minoris*. Invero, dall'elenco contenuto nel co. 1 dell'art. 10-*bis* o.p.m. tale misura sembrerebbe finalizzata a salvaguardare quelle che, forse in modo grossolano, possono vedersi come le "*chances* educative" degli altri detenuti, che in qualche misura il legislatore deve avere ritenuto pregiudicabili dai comportamenti *lato sensu* perturbativi contemplati dalla predetta lista: finalità da benthamiano utilitarismo, questa, che probabilmente deve essere apparsa agli odierni regolatori come ragione sufficiente a garantire la legittimità dell'operazione di emarginazione soggettiva così compiuta.

Da valutare con attenzione risulta anche il bilanciamento degli interessi che sembra sotteso ai commi 2 e 3 del medesimo art. 10-*bis* o.p.m.

La prima disposizione, come ricordato, crea in sostanza un'ulteriore sottocategoria di «giovane adulto», estendendo la possibilità di applicare la misura del trasferimento in un carcere ordinario anche al soggetto che abbia raggiunto la maggiore età (ma

[40] Sulla controversa figura normativa del «giovane adulto», v. tra gli altri, dopo la riforma del duemila e diciotto, L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *penalecontemporaneo.it*, 18.11.2018, spec. § 9, A. Macrillò, *La nuova esecuzione penale minorile*, Santarcangelo di Romagna 2019, 58 ss.; S. Larizza, *Obiettivi educativi e strumenti per l'inclusione sociale del minorenne. Uno sguardo d'insieme al d. lgs. n. 121 del 2018*, in *L'esecuzione delle pene nei confronti dei minorenni. Commento al d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, Torino 2019, 90 s., A. Tassi, *Le nuove disposizioni sull'ambito di applicazione della disciplina esecutiva minorile*, *ivi*, 197 ss, M. Violante, L. Belvini, *L'ordinamento penitenziario*, in *La giustizia*, cit., 652, G. Ortolani, *Diritto*, cit., 277 ss., C. Scivoletto, *Sistema*, cit., 86.

evidentemente non ancora i ventuno anni) e che abbia commesso, cumulativamente, tutte le condotte "perturbative" di cui al co. 1. Considerando che il neomaggiorenne avrebbe una aspettativa teorica alla *perpetuatio executionis* minorile di sette anni, la previsione normativa potrebbe apparire di una certa severità e forse non bilanciata al meglio rispetto alle esigenze di special-prevenzione, ma va considerato che proprio la necessità che il soggetto abbia commesso tutte le condotte tipizzate dal co. 1 – ipotesi, peraltro, forse non proprio così frequente – fa sì che, con tutta probabilità, egli possa comunque perdere l'aspettativa al prolungamento del trattamento penitenziario minorile già ai sensi del ricordato art. 24, co. 1, disp. att. C.p.p. min., non essendo peregrino ritenere che il cumulo di tali comportamenti venga inteso dal giudice come sintomo della «mancata adesione al trattamento in atto». Semmai, e proprio in ragione delle conseguenze previste, sarebbe stato forse opportuno specificare l'arco temporale entro cui la somma delle suddette condotte deve realizzarsi.

La seconda disposizione, come accennato, pone un argine al libero dispiegarsi del giudizio che il magistrato di sorveglianza è chiamato a compiere per il rilascio del nulla osta al trasferimento del detenuto presso il carcere ordinario. Il co. 3 dell'art. 10-*bis* o.p.m. prevede infatti che, una volta accertato che «sussistono le condizioni di cui al comma 1», il giudice possa negare il predetto nulla osta solo «per ragioni di sicurezza, anche del detenuto medesimo». Ed è, questa, un formula che se da un canto – e pragmaticamente – è ampia a sufficienza per consentire comunque al giudice l'esercizio di un significativo potere discrezionale nell'individuare i contro-interessi che si oppongono al trasferimento, dall'altro – e di principio – costituisce pur sempre un limite all'apprezzamento giudiziale *hic et nunc* del precipuo caso di specie, il che potrebbe apparire non proprio in linea con l'intonazione dell'attuale sistema di giustizia penale minorile, poco tollerante, come si ricordava, verso precostituzioni legali di tal fatta.

5. Apprezzabile risulta lo sforzo compiuto dall'odierno legislatore per contrastare il preoccupante fenomeno della delinquenza giovanile non soltanto attraverso i consueti dispositivi sanzionatori, siano essi di carattere preventivo che repressivo, ma anche mediante l'intervento sulle possibili cause dello stesso. Con romantica immaginazione, in siffatto tentativo può forse scorgersi un richiamo ad alcuni postulati della «Scuola positiva», la quale, come noto, già nel XIX° secolo professava di volere condurre la propria lotta contro la criminalità anche per mezzo di misure di carattere sociale,

succedanee di quelle penali[41]. Ed invero, nell'opera di Enrico Ferri, probabilmente l'esponente più noto di tale corrente di pensiero, ampio spazio è riservato ai cc.dd. «sostitutivi» del diritto penale, ovverosia a quelle provvidenze che si inseriscono nelle inevitabili lacune funzionali di quest'ultimo allo scopo di soddisfare determinate necessità socioeconomiche degli individui, le quali, ove disattese, fungerebbero da cause scatenanti della più diversa criminalità[42]. Ed è così che, per eliminare o comunque minimizzare il potenziale effetto criminogeno di fattori ritenuti predisponenti – quali tra gli altri la povertà, la mancanza di materie prime, il disagio sociale, l'ignoranza, la precarietà delle condizioni familiari, ecc. – viene pensata una serie di variegatissime misure, quali, ad esempio, la costruzione di un assetto economico improntato al libero scambio e di un sistema tributario proporzionato, la realizzazione di vie ampie e ben illuminate, l'ammissione del divorzio, la proibizione di portare armi, la costruzione di brefotrofi, e via discorrendo[43].

Derivino le proprie ascendenze dall'idea che vuole le cause di molti reati ridotte ove meglio fosse curato «l'ordine educativo» e «l'ordine famigliare»[44], ovvero – più sensatamente – dagli studi della più moderna criminologia e sociologia minorile, che hanno evidenziato i nessi esistenti tra certe forme di devianza dei fanciulli e determinati contesti familiari o di povertà educativa, è comunque un fatto che gli artt. 7 e 12 del d.l. n. 123/2023 abbiano cercato di intervenire proprio su tali due potenziali fattori di criminogenesi.

5.1. All'apparenza oscuro nei suoi contenuti e nella sua finalità risulta probabilmente, almeno a tutta prima, l'art. 7, co. 1, del d.l. n. 123/2023, che testualmente dispone che «Quando, durante le indagini relative ai reati di cui agli artt. 416-*bis* C.p. e 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, emerge una situazione di pregiudizio che interessa un minorenne, il pubblico ministero ne informa il Procuratore della

[41] Sui postulati essenziali della Scuola positiva ma anche sulle sue ingenuità, v. U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974, 119 s., G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 210 ss., Aa.Vv., *Scuola positiva e diritto penale: quale eredità?*, a cura di P. Pittaro, Trieste 2012, *passim*, R. Bisi, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano 2004, *passim*, C. Latini, *I "segni" della devianza e la criminalità dei poveri. Pena e prevenzione nel pensiero di Enrico Ferri, un socialista* fuzzy, in *Historia et ius* 2017 (11), paper n. 10, P. Schirò, *Da Pietro Ellero a Enrico Ferri: la genesi della penalistica sociale*, in *Italian review of legal history* 2021 (7), 257 ss. Quanto alle fonti storiche, un riassuntivo quadro dei principî ispiratori della predetta Scuola può ricavarsi dai «Criteri fondamentali della riforma» esposti dallo stesso Ferri nella *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (Libro I)*, che può leggersi in *Scuola pos.* 1921, I, 2 ss.
[42] Cfr. E. Ferri, *Dei sostitutivi penali*, Torino 1880, 4 ss.
[43] Cfr. E. Ferri, *Dei sostitutivi*, cit., spec. 40 ss.
[44] Cfr. E. Ferri, *Dei sostitutivi*, cit., 50 ss.

Repubblica presso il Tribunale dei minorenni, per le eventuali iniziative di competenza ai sensi dell'art. 336 C.c.»[45]. Tuttavia, *ubi consistam* ed *intentio* della disposizione risultano senz'altro più chiari una volta che l'interprete abbia collocato quest'ultima nel suo corretto contesto sistematico e criminologico.

L'alveo normativo al quale la disposizione si riferisce emerge grazie al rinvio alle «iniziative [...] dell'art. 336 C.c.» che essa stessa opera, il quale proietta il suddetto intervento novellatore nell'ambito sistematico delle cc.dd. «*actiones de potestate*», ovverosia dei rimedi che gli artt. 330, 333 e 334 C.c. contemplano a favore dei minori nel caso in cui i genitori non adempiano correttamente ai doveri imposti dalla responsabilità genitoriale o abusino dei correlati poteri, cagionando loro un pregiudizio: rimedi, questi, consistenti essenzialmente nella decadenza dalla responsabilità genitoriale, nell'allontanamento dei figli o dei genitori dalla residenza familiare, o nella rimozione di questi ultimi dal ruolo di amministratori del patrimonio del minore[46]. Se poi si considera il riferimento che la disposizione ulteriormente contiene alle indagini relative ai reati di associazione mafiosa o di associazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti, il quadro fattuale che emerge – ed a cui il legislatore pare alludere – sembrerebbe quello che vede l'Autorità inquirente imbattersi, per ragioni del proprio ufficio, in gruppi familiari immersi in siffatti contesti di criminalità organizzata, che risultano già di per sé stessi potenzialmente diseducativi per il minore che cresce al loro interno. Ed invero, gli studi intrapresi dalla matura criminologia dimostrano quanto l'ambiente familiare, tanto più se inquinato proprio dalla sottocultura tipica delle consorterie criminali, possa risultare decisivo nella costruzione di una «identità negativa» del minore, non dovendosi dimenticare che la famiglia costituisce pur sempre l'agenzia primaria di educazione e socializzazione, genetica responsabile della trasmissione dei modelli di valore[47].

---

[45] L'articolo contiene, in realtà, anche un co. 1-*bis* che modifica l'art. 609-*decies*, co. 1, C.p., prevedendo che la comunicazione *ivi* prevista sia ora indirizzata al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni, e non a quest'ultimo, come in precedenza era invece previsto.

[46] Cfr., nella letteratura di settore, M. Cerato, *La potestà dei genitori*, Milano 2000, 149 ss., T. Montechiari, *La potestà dei genitori*, Milano 2006, 238 ss., A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017 261 ss., S. Veronesi, *La responsabilità genitoriali*, Milano 2020, 97 ss. Tra i cultori del diritto penale minorile, per alcuni cenni a tali rimedi, v. G. Latti, *L'attività d'indagine sui minori*, Torino 2001, 11 ss. ed A. Anceschi, *Il minore*, cit., 327 ss.

[47] Sul primario ruolo educativo della famiglia e sui nessi tra disfunzionalità della stessa e criminalità, anche minorile, v. ad esempio F. Mantovani, *Il problema della criminalità*, Padova 1984, 273 ss., H. Zipf, *Politica criminale* (trad. it. di A. Bazzoni), Milano 1989, 283 ss., A. Anceschi, *Il minore*, cit., 354 ss., A. Criscenti, *L'educazione dei minori fra disagio sociale e responsabilità istituzionale*, in *La giustizia*, cit., 27 ss., M. Leonardi, *Le cause e i processi della devianza minorile*, *ivi*, 95 ss., G. Ortolani, *Diritto*, cit., 31 ss. e 61 ss.

Stando alla disposizione di nuovo conio, quindi, è la riscontrata – ragionevolmente, nelle forme del mero *fumus* – «situazione di pregiudizio» per il minore, derivante dal contesto familiare in cui egli si trova, ad attivare l'obbligo di informativa alla Procura minorile, e successivamente ad agevolare l'adozione dei provvedimenti *de potestate* ai quali allude l'art. 336, co. 1, C.c., posto che gli artt. 330, 333 e 334 C.c., da esso richiamati, richiedono, oltre all'inadempimento o all'abuso della responsabilità genitoriale, la sussistenza di un analogo «pregiudizio», la cui concreta gravità assume poi rilievo nella scelta della conveniente misura da adottare. Non si può tuttavia qui non ricordare come, proprio nell'ambito del diritto di famiglia, il suddetto concetto di «pregiudizio» presenti ormai confini assai estesi e slabbrati, che consentono di includervi ogni condizione che abbia determinato, o rischi in futuro di determinare, un turbamento dell'atmosfera familiare nel suo complesso, una sofferenza, un disagio al minore, sì da non dare più rassicurazioni circa le capacità dei genitori di istruire ed educare convenientemente la prole, ovvero di assecondarne desideri, scelte ed inclinazioni naturali non giustificatamente da avversare[48]. Come ben si comprende, perciò, il ventaglio delle fattispecie concrete potenzialmente rilevanti in termini di «pregiudizio» così ricostruito si presenta talmente ampio che, una volta dimostrato l'inquinamento da criminalità organizzata del contesto familiare, non molto altro sembra potere assumere autonoma rilevanza.

5.2. Non è forse del tutto privo di significato nella genesi dell'art. 12 del «decreto-Caivano» la circostanza che, proprio di recente, siano (ri)fioriti gli studi multidisciplinari dedicati alle cause, alla consistenza, agli effetti – anche potenzialmente criminogeni – ed al contrasto della c.d. «povertà educativa»[49]: espressione, questa, che in Italia pare sia stata utilizzata per la prima volta in una campagna di sensibilizzazione promossa da *Save the Children* per indicare quel preoccupante fenomeno di «privazione da parte dei bambini e degli adolescenti della possibilità di apprendere, sperimentare, sviluppare e far fiorire liberamente capacità,

[48] Cfr. precipuamente M. Cerato, *La potestà*, cit., 162 ss., T. Montechiari, *La potestà*, cit., 241 ss., A. Anceschi, *Il minore*, cit., 328, A. Gorgoni, *Filiazione*, cit., 272 ss. e 289 ss., S. Veronesi, *La responsabilità*, cit., 105 ss.

[49] V. infatti, proprio negli ultimissimi tempi, S. Curti, S. Fornari, E. Moroni, *Sociologia della povertà educativa. Concetti, metodi, politiche e pratiche*, Milano 2022, *passim*, S. Patera, *Povertà educativa. Bisogni educativi interdetti e forme di esclusione*, Milano 2022, *passim*, Aa. Vv., *Nessuno escluso. Metodi e strumenti per lo studio della povertà educativa*, a cura di M.C. Levorato, A. Barsanti, Padova 2023, *passim*, O. Giancola, L. Salmieri, *La povertà educativa in Italia. Dati, analisi, politiche*, Roma 2023, *passim*, S. Finetti, *La povertà educativa. Origini, dimensioni, prospettive*, Milano 2023, *passim*.

talenti e aspirazioni»[50], che la stessa associazione è tornata da poco a stigmatizzare, chiedendo a gran voce risposte pubbliche adeguate[51].

In una prospettiva di intervento evidentemente solo parziale – ma che forse, data la vastità del fenomeno, non poteva non essere tale – l'art. 12 del «decreto-Caivano» agisce su di una delle concause che originano tale forma di povertà, e cioè sulla c.d. «dispersione scolastica», entro la quale si colloca anche il più radicale «abbandono» del percorso d'istruzione. In tale prospettiva, la norma di nuovo conio appare protesa a rinvigorire il sistema di contrasto a tale fenomeno – non certo nuovo in Italia, ma assai preoccupante, specie in certe regioni[52] – attraverso una manovra "a tenaglia", che si dispiega in modo sinergico sia sul versante del monitoraggio preventivo della corretta osservanza dell'obbligo scolastico, sia su quello della repressione *ex post* del suo inadempimento o della sua elusione.

Quanto alla prima linea di azione, è qui sufficiente ricordare come il legislatore sia intervenuto, tra gli altri, sul d. lgs. n. 297/1994, recante il «Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado», riscrivendone quasi per intero l'art. 114, non a caso dedicato alla «Vigilanza sull'adempimento dell'obbligo scolastico». Volendo riassumerne il contenuto, risulta che la riformulata disposizione prevede ora che il Sindacato, acquisiti i dati dall'Anagrafe nazionale dell'istruzione (ANIST), e perciò individuati i minori del proprio Comune non in regola con l'obbligo di istruzione scolastica contemplato dalla l. n. 296/2006 (v. l'art. 1, co. 622), ammonisce senza ritardo colui che è responsabile dell'adempimento dell'obbligo medesimo, invitandolo ad ottemperare allo stesso. Anche sul dirigente scolastico grava ora l'obbligo di verificare la frequenza degli alunni soggetti all'obbligo in questione, e di individuare quelli che, senza giustificato motivo, risultino assenti per più di quindici giorni, anche non consecutivi, nel corso di tre mesi, o che comunque abbiano eluso l'obbligo di istruzione, avendo mancato di frequentare almeno un quarto del monte ore annuale personalizzato. Ove

[50] Cfr. Aa.VV., *La lampada di Aladino. L'indice di* Save the children *per misurare le povertà educative e illuminare il futuro dei bambini in Italia*, Roma 2014, 4, reperibile su *savethechildren.it*.
[51] Cfr. Aa.VV., *Povertà educativa: necessario un cambio di passo nelle politiche di contrasto*, Roma, 2022, *passim*, reperibile su *savethechildren.it*.
[52] Valgano, al riguardo, i seguenti rapporti, tutti reperibili sui siti ufficiali degli enti che li hanno redatti: *La dispersione scolastica (aa. ss. 2017-2018, 2018-2019, 2019-2020)*, a cura del MIUR, 2021; *La dispersione scolastica in Italia: un'analisi multifattoriale. Documento di studio e di proposta*, a cura della Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, 2022; *Abbandono scolastico, dati dell'osservatorio "Conibambini"*, a cura del Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, 2022; *Early leavers from education and training*, a cura di EuroStat, 2023.

l'alunno non riprenda la frequenza entro sette giorni dalla comunicazione che il medesimo dirigente deve inoltrare al responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione, è previsto che lo stesso funzionario pubblico avvisi entro sette giorni il Sindaco, affinché questi proceda al suddetto ammonimento. In caso di inottemperanza, e laddove il responsabile dell'obbligo di istruzione non provi di procurare altrimenti l'istruzione degli obbligati o non giustifichi con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione o non ve lo presenti entro una settimana dall'ammonizione, è fatto obbligo al Sindaco di procedere alla denuncia per il reato di cui si dirà.

Ciò premesso, è tuttavia sulla sanzione per il mancato adempimento o per l'elusione dell'obbligo predetto che, in questa sede, occorre concentrare maggiormente l'attenzione, avendo il legislatore creato una nuova disposizione incriminatrice, ovverosia l'art. 570-*ter* C.p., rubricato «Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori»[53]. Tale fattispecie risulta in sé inedita, sebbene non è certo da oggi che dal sistema affiora l'esigenza di un presidio penale dell'obbligo scolastico. Riprova ne sia il fatto che, nell'inserire la predetta figura delittuosa nel codice penale, l'art. 12 del «decreto-Caivano» ha disposto nel contempo, al co. 3, l'abrogazione dell'art. 731 C.p., che puniva a titolo contravvenzionale la «Inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei minori».

Per vero, è da tempo che una parte sia della dottrina che della giurisprudenza indirizza a tale fattispecie penetranti critiche, che si sono appuntate tanto sulla antistorica ristrettezza del suo perimetro applicativo, quanto sulla sua ormai scarsissima efficacia dissuasiva: caratteri, questi, che si auspicava determinassero infine la sua incostituzionalità[54]. Da un canto, infatti, ci si doleva del fatto che il legislatore penale non avesse adeguato il riferimento alla «istruzione elementare»

[53] La disposizione così recita: «[1]. Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'art. 114, co. 1 del testo unico di cui al d. lgs. 16.4.1994, n. 297, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, la mancata iscrizione del minore presso una scuola del sistema nazionale di istruzione, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a due anni. [2] Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo di istruzione che, ammonito ai sensi dell'art. 114, co. 4, del testo unico di cui al d. lgs. 16.4.1994, n. 297 per assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo di istruzione, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a un anno».

[54] Su tale contravvenzione e sulle sue denunciate criticità, v. per tutti M. Miedico, sub *art. 731 Cp*, in *Codice penale commentato*[5], diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, t. IV, Milano 2021, 424 ss.

contenuto nell'art. 731 C.p. alla dilatazione temporale dell'obbligo scolastico via via operata dalla normativa di settore, avendo infatti la Corte di Cassazione più volte respinto, in nome del principio di legalità, i tentativi di una certa giurisprudenza di merito di estendere (analogicamente) all'inadempimento di tale prolungato obbligo i rigori della contravvenzione *de qua*[55]. D'altro canto, si evidenziava come la natura ormai irrisoria della ammenda «fino a 30 euro» contemplata dal medesimo art. 731 C.p. risultasse palesemente inadeguata a salvaguardare il bene giuridico della fattispecie, rinvenuto nel diritto del minore a ricevere una istruzione minima di otto anni, il quale, discendendo ora dagli artt. 2, 30 e 34 Cost., si riteneva coperto da un tacito "obbligo costituzionale di tutela"[56]: obbligo, questo, che però la Consulta non ha riconosciuto, rifiutandosi di estendere con una pronuncia additiva – dagli effetti evidentemente *in malam partem* – il raggio applicativo dell'art. 731 C.p. al di là del suo espresso contenuto letterale[57].

Va da sé, perciò, che mentre la contravvenzione appena richiamata non sarà probabilmente rimpianta da nessuno, l'inserimento nel codice penale dell'art. 570-*ter* non può che salutarsi favorevolmente, a prescindere dai suoi limiti. Ed invero, in primo luogo tale previsione criminosa ha il pregio quanto meno di non banalizzare più la tutela del bene protetto, considerate anzitutto sia la sua natura delittuosa – che a tacer preclude l'oblazione e consente di punire anche il tentativo, ove lo si ritenga configurabile – che la pena edittale da essa prevista. Anzi, allargando lo sguardo, ci si avvede come l'art. 12 del «decreto-Caivano» abbia riconnesso alla commissione del delitto di nuovo conio ulteriori e più ampie conseguenze *lato sensu* "sanzionatorie". Così, il co. 2 di tale disposizione prevede che la notizia di reato venga comunicata al Procuratore minorile «per le eventuali iniziative di competenza ai sensi dell'art. 336 C.c.», delle quali già si è detto. Ed ancora, il co. 4 del medesimo art. 12 contempla alcune modifiche al d.l. n. 48/2023, convertito dalla l. n. 85/2023 e recante misure per l'inclusione sociale e l'accesso al mondo del lavoro, le quali fanno sì che, ad esempio, colui che risulti condannato definitivamente per il delitto dell'art. 570-*bis* C.p. nei dieci anni precedenti alla richiesta non possa godere dell'assegno di inclusione e, se già ne

[55] V. tra le altre Cass. 3.7.2020 n. 23488, in *dirittoegiustizia.it*, 4.8.2020, con nota di A. Iavolella, Id., 19.6.2018 n. 52140, *ivi*, 20.11.2018, Id., 31.1.2017 n. 4520, in *altalex.it*, 17.2.2017, con nota di C. Insardà.

[56] Per una ricostruzione critica del dibattito in tal senso suscitato dall'esangue contravvenzione dell'art. 731 C.p., v. per tutti C. Paonessa, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione di fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *lalegislazionepenale.eu*, 16.3.2021, § 3.

[57] V. difatti C. cost., ord. 12.1.2022 n. 29, in *dirittoegiustizia.it*, 2.2.2022, con osservazioni di G. Marino, e Id., ord. 23.9.2020 n. 219, in *sistemapenale.it*, 4.8.2020, con nota di G. Leo.

usufruisce, gli venga sospeso «fino alla ripresa della regolare frequenza scolastica del minore documentata con certificazione rilasciata dal dirigente scolastico, ovvero, in mancanza di tale certificazione, per un periodo di due anni»; così come ad analoga preclusione è sottoposto «il nucleo familiare per i cui componenti minorenni non sia documentato l'adempimento dell'obbligo di istruzione nell'ambito del patto per l'inclusione».

In secondo luogo, la fattispecie ha il merito di avvicinare il bene giuridico protetto alla sensibilità giuridica moderna, almeno da quanto può dedursi dalla sua dislocazione sistematica. Mentre infatti, inserendosi tra le «contravvenzioni concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione», l'art. 731 C.p. confermava la tendenza codicistica alla c.d. «pubblicizzazione degli oggetti di tutela»[58], mostrando di intendere il presidio penale dell'obbligo scolastico come strumento di «lotta contro l'analfabetismo»[59], funzionalmente diretta al «conseguimento dello scopo superiore della formazione morale e culturale e della preparazione politica e militare dei giovani»[60], diversa appare la prospettiva di tutela propria dell'art. 570-*ter* C.p. Per vero, tale disposizione incriminatrice va sì a collocarsi topograficamente tra i «Delitti contro la famiglia» (Libro II, Titolo XI), ed in specie tra quelli «contro l'assistenza familiare» (Titolo XI cit., Capo IV), ovverosia nell'ambito della salvaguardia di un bene giuridico che, se non pubblicistico, formalmente risulta pur sempre di natura superindividuale. Tuttavia, è noto come la moderna dottrina veda oggi la «famiglia» protetta dal diritto penale non già più nel suo astratto valore istituzionale, bensì in funzione della salvaguardia dei diritti e dei bisogni materiali e morali dei suoi singoli componenti[61]: il che, nel caso di specie, avvicina la prospettiva di tutela dell'art. 570-*ter* C.p. a quella che, nel quadro costituzionale, parte della dottrina riteneva dovesse essere propria di ogni fattispecie intesa a sanzionare penalmente la violazione degli obblighi di istruzione minorile, e cioè la salvaguardia

[58] Su tale ben nota tendenza sistematica del codice Rocco, e sul suo fondamento ideologico, v. per tutti T. Padovani, L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna 2006, 56 ss.
[59] In questi termini, v. la *Relazione sui Libri II e III del progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. 2ª, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, Roma 1929, 487.
[60] Così, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. IX, t. II, Torino 1939, 897. Dopo l'avvento della Costituzione, hanno continuato a riferirsi esclusivamente ad un interesse "pubblico" all'istruzione minorile, Gi. Sabatini, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano 1967, 573 e P. Vigna, G. Bellagamba, *Le contravvenzioni del codice penale: commento e profili costituzionali*, Milano 1974, 350.
[61] In questi termini, v. da ultimo M. Bertolino, *Dalla famiglia pubblicistico-istituzionale del codice Rocco a quella personalistica della Costituzione*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di M. Bertolino, Torino 2022, XIX ss.

del diritto soggettivo del fanciullo ad essere educato ed istruito [62]. Una tale ricostruzione, peraltro, dovrebbe anche mettere al riparo da improvvide iniziative giudiziarie tese a contestare allo stesso minore una responsabilità concorsuale, visto che l'attuale durata dell'obbligo di istruzione potrebbe di fatto coinvolgere fanciulli di età superiore a quella di assoluta non imputabilità fissata dall'art. 97 C.p.

In terzo ed ultimo luogo, va riconosciuto all'art. 570-*ter* C.p. di avere finalmente realizzato quell'allineamento tra sanzione penale ed adempimento dell'obbligo legale di istruzione minorile che, come si diceva, da tempo veniva reclamato. Tuttavia, è da rilevare come ad un tale approdo il legislatore sia giunto con un largo impiego della c.d. «tecnica redazionale del rinvio», la quale, deprecabilmente, rende il fatto tipico intellegibile soltanto per mezzo di un'incessante e non sempre agevole opera di coordinamento con la normativa amministrativa esplicitamente ed implicitamente richiamata dalla disposizione penale, la sola in grado di attribuire significato proprio a concetti come quello di «responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico», di «elusione dell'obbligo scolastico» e, *a fortiori*, di soggetto «ammonito ai sensi dell'art. 114, co. 4, del d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297».

Della fattispecie di nuovo conio non vanno però neanche sottaciuti i potenziali limiti. A parte, infatti, l'appena biasimato largo impiego della «tecnica del rinvio», non si può non rilevare come nel testo dell'art. 571-*ter* risultino presenti – forse più di quanto non lo fossero già in quello dell'art. 731 C.p. – espressioni linguistiche piuttosto evanescenti (si pensi al riferimento agli «altri impedimenti gravi», od al «procurare altrimenti» l'istruzione del minore), le quali, verosimilmente, non renderanno di certo incontroversa l'applicazione giudiziaria del nuovo reato. In quest'ultima prospettiva, è inoltre da evidenziare come la natura delittuosa della fattispecie – che pure, come detto, per un verso è da valutare con benevolenza – potrebbe contribuire ad un certo "azzoppamento applicativo" dell'art. 570-*ter* C.p., il quale, in virtù della nota regola dell'art. 42, co. 2, C.p., ed in mancanza di un espresso riferimento alla responsabilità colposa, invece permessa dalla natura contravvenzionale del previgente art. 731 C.p., potrà essere ascritto al reo esclusivamente a titolo di dolo.

[62] V. così P. Pittaro, voce *Minori (inosservanza dell'obbligo di istruzione e di avviamento al lavoro)*, in *DigDPen*, vol. VIII, Torino 1994, 2 e M. Miedico, sub *art. 731 Cp*, cit., 424. A favore, invece, della plurioffensività del reato, che tutelerebbe sia il predetto interesse pubblico che quello individuale del minore a ricevere l'istruzione primaria, v. D. Carra, *Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori*, in *Omnia-Trattati giuridici. Diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, t. III, Torino 2022, 7911.

6. Mediare tra le periodiche emersioni, in seno alla società, di maggiori aspettative repressive della criminalità minorile ed i consolidati principi del diritto penale dei fanciulli, spesso difesi dai soli chierici, è compito non certo agevole da adempiere per qualsiasi legislatore. E tanto più lo è per quello italiano, che si è da tempo ormai abituato a rispondere ad ogni aumento – reale o percepito che sia – di questa o di quell'altra forma di delinquenza che assurge alla cronaca semplicemente con l'incremento delle forbici edittali di pena o corredando di nuove aggravanti quelle fattispecie di reato che, di volta in volta, vengono tipicamente abbinate al fenomeno delinquenziale di cui si reclama una più vigorosa repressione. In questa prospettiva, non si può non riconoscere al d.l. n. 123/2023 quanto meno il tentativo di mettere in campo una strategia di contrasto di più ampio respiro, che alle classiche risposte eminentemente punitive ha affiancato strumenti preventivi di natura non sempre scontata.

L'analisi pur sommariamente sopra svolta, tuttavia, ha mostrato come alla bontà di principio della risposta approntata dai *conditores* abbia poi corrisposto – forse anche per la sua precipitosità, alla quale hanno probabilmente contribuito pure fini di propaganda politica – una certa ingenuità (si pensi al divieto di detenere o utilizzare cellulari o di accedere a piattaforme informatiche), qualche (forse) inevitabile lacunosità (si pensi ai provvedimenti sull'istruzione minorile), ma anche un malcelato strabismo nei confronti di taluni principi che, una volta imboccata la via della risposta penale, dovrebbero invece risultare ben a fuoco nelle lenti del legislatore minorile, chiamato dalla Carta costituzionale ad una mediazione tendenzialmente a sfavore delle istanze repressive nel loro confronto con quelle educative.

In tal senso, a destare preoccupazione sono, più di altri, anzitutto quegli interventi novellatori che, come evidenziato, tendono a riconoscere maggiore spazio applicativo alle misure restrittive *ante iudicium*, e precipuamente a quelle custodiali, le quali, invece, dovrebbero risultare confinate entro i margini della più rigorosa residualità. È difatti questo – forse più di ogni altro – il terreno sul quale si dovrebbero poter cogliere le maggiori ricadute della rafforzata tensione rieducativa propria del diritto penale minorile quale diritto "speciale" rispetto a quello degli adulti, e per questo doverosamente tenuto a resistere, più di quest'ultimo, alle ricorrenti sirene della general-prevenzione. Ma non minore apprensione suscitano quelle "clausole" con le quali, come si è evidenziato, il riformatore ha inteso introdurre in certi anfratti del

diritto penale minorile degli automatismi sanzionatori, i quali non possono che mortificare la discrezionalità applicativa del giudice minorile: l'unica, però, in grado di attagliare il funzionamento degli istituti alle specifiche esigenze rieducative del fanciullo entrato nel girone giudiziario.

Ma su quale sarà, in concreto, il destino dei *nova* legislativi così introdotti, solo la futura giurisprudenza potrà pronunciarsi.