

ORIENTAMENTI

ILARIA PICCOLO

**Sulle preclusioni del Decreto Caivano
alla sospensione del procedimento
con messa alla prova per i minorenni.
Lecture auspicabili in attesa
della Corte costituzionale.**

Il Decreto Caivano ha introdotto un nuovo comma *5-bis* all'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, limitando l'accesso alla sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni in relazione ad alcune fattispecie di reato. Detta preclusione, già sottoposta al vaglio della Corte costituzionale dal Tribunale per i minorenni di Bari, solleva delle riflessioni critiche in ordine alle regole applicabili alla successione di leggi processuali penali. La mancanza di una disciplina organica del fenomeno e la consueta operatività del "*tempus regit actum*" rischia, ancora una volta, di compromettere il principio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

Una interpretazione conforme a Costituzione rappresenta l'unica possibilità per garantire l'inderogabile diritto all'educazione del minore.

On the preclusions of the Caivano Decree to probation for minors. Hopeful readings pending the Constitutional Court...

The Caivano Decree introduced a new paragraph 5-bis to Article 28 of Presidential Decree No. 448/1988, limiting access to the suspension of trial with probation for minors in relation to certain offences. This preclusion, which has already been submitted to the Constitutional Court by the Juvenile Court of Bari, raises critical considerations as to the rules applicable to the succession of criminal trial laws. The lack of an organic discipline of the issue and the usual operativeness of the 'tempus regit actum' risks once again compromising the principle of predictability of the sanctioning consequences.

An interpretation in conformity with the Constitution represents the only possibility to guarantee the inalienable right to the education of the child.

SOMMARIO: 1. Premessa. La sferzata involutiva del Decreto Caivano. - 2. I reati "ostativi" alla messa alla prova minorile. L'ordinanza di remissione del Tribunale per i minorenni di Bari. - 2.1. La preclusione (indiretta) alla messa alla prova per adulti per il reato di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309/1990. L'ordinanza di remissione del Tribunale di Padova. - 2.2. Quel che resta del diritto all'educazione... - 3. Gli effetti distorsivi del *tempus regit actum* e l'ancora delle 'norme processuali a effetti sostanziali'. - 4. Palliativi (giurisprudenziali) poco confortanti e derive sperequative: (ri)partire dal principio... di legalità.

1. *Premessa. La sferzata involutiva del Decreto Caivano.* La questione minorile è stata affrontata dal legislatore del Novecento in termini di «prevenzione e repressione»¹. Non prende le distanze il legislatore del ventunesimo secolo che, nel dichiarato fine di contrastare il fenomeno della criminalità minorile, continua a muoversi sull'onda dell'allarmismo e dell'approvazione sociale², promuovendo politiche criminali e giudiziarie insensibili ai principi di uno Stato sociale di diritto.

Il riferimento è al Decreto Caivano³ - recante «*Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale*» - introdotto sulla scia di una serie di fatti recrudescenti commessi nel Comune di Caivano, nell'area metropolitana di Napoli⁴.

La novella⁵ non si limita a prevedere degli interventi infrastrutturali nel territorio caivanese, ma tocca in via trasversale - con l'interpolazione di norme di

¹ MEUCCI, *Repressione e comunità: esperienze di un giudice dei minori*, in AA.VV., *Minori in tutto. Un'indagine sul carcere minorile in Italia*, Atti del Convegno giovanile Pro Civitate Christiana, Assisi, 27-31 dicembre 1973, Milano, 1974, 58-59, che affermava «non posso dimenticare che i colleghi dell'Ottocento, i quali vivevano in uno stato borghese, in uno stato di diritto, consideravano il ragazzino alla stessa stregua dell'adulto. Questa società ignorava totalmente il bambino, salvo nel momento repressivo, in cui interveniva facendolo però adulto a tutti gli effetti, nel momento in cui - senza considerare l'età - giungeva fino a mandarlo a morte [...]. C'è voluto un secolo [...] perché la società giungesse alla presa di coscienza del ragazzo, come portatore di una situazione giuridica diversa da quella dell'adulto e, in quanto tale, da guardarsi in una certa maniera. Il ragazzo, dunque, è emerso, a livello della tutela dei suoi diritti, solo attraverso la nequizia della repressione: il suo diritto e la sua autonomia tutela non sono stati enucleati attraverso la presa di coscienza del suo esistere, del suo vissuto; bensì per il fatto che a un certo momento la società si è accorta, con stupore, del controllo repressivo che (da sempre) veniva svolto contro i ragazzi».

² Si rinvia a MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, *passim*.

³ Decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modif. dalla l. 13 novembre 2023, n. 159.

⁴ Osserva PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. pen. proc.*, 1° dicembre 2023, 1554, come lo stretto collegamento con la particolare vicenda che ha interessato il Comune campano risalta già nell'*incipit* della parte motiva del decreto, che trova immediato sviluppo nel primo dei quattro capi che lo compongono, dedicato appunto agli interventi infrastrutturali nel territorio di Caivano, per fronteggiarne le «situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile».

⁵ Per un approfondimento, si rinvia a CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in www.penaledirittoe procedura.it, 9 febbraio 2024; BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili*

diritto penale sostanziale, processuale e dell'esecuzione – svariati profili della legislazione penale minorile⁶.

Tra le varie modifiche, si intende soffermare l'attenzione sull'art. 6 del Decreto Caivano⁷, che ha inserito nell'ordito dell'art. 28 del d.P.R. n. 448/1988 un inedito comma *5-bis*, a mente del quale «Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai delitti previsti dall'articolo 575 del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 576, dagli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del codice penale, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 609-*ter*, e dall'articolo 628, terzo comma, numeri 2), 3) e 3-*quinqies*), del codice penale».

In buona sostanza, il legislatore ha implementato una nuova categoria di reati 'ostativi' alla sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati minorenni⁸.

Come di consueto accade, la repressione finisce per orientarsi verso le fasce di marginalità via via emergenti: è il turno dei minori autori di (in)determinati reati, divenuti strumento di una sterile simbolicità⁹.

Tra le fattispecie scelte, nello specifico, vi è l'omicidio aggravato al ricorrere delle circostanze di cui all'art. 576 c.p.¹⁰

d'interesse per il penalista, in *www.sistemapenale.it*, 15 novembre 2023; PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, cit., 1554 ss.; TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 1 dicembre 2023, 1568 ss.

⁶ La normativa, in particolare, si articola in IV Capi. Il primo concerne «Interventi infrastrutturali nel territorio del Comune di Caivano», al fine di fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti nel territorio del Comune di Caivano; il secondo contiene «Disposizioni in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile»; il terzo è intitolato «Disposizioni in materia di offerta educativa»; il quarto annovera talune «Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale».

⁷ Più in particolare, trattasi dell'art. 6, comma 1, lettera *c-bis*) del D.L. 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 159.

⁸ Cfr. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano, 2020; BOVE, *La messa alla prova*, Pisa, 2022; GALATI-RANAZZO, *La messa alla prova nel processo penale: applicazioni pratiche e strategie difensive*, Milano, 2020.

⁹ MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in *Leg. Pen.*, 9 settembre 2016, 3. Così facendo, si alimenta, ancora una volta, la concezione premoderna, ancestrale, teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, che si collega immediatamente all'aggressività dell'individuo, ignorando prospettive di solidarietà e finendo per aggravare, piuttosto che risolvere, i problemi.

Vi è poi la violenza sessuale, sia in forma monosoggettiva *ex art. 609-bis* che di gruppo *ex art. 609-octies*, sempre solo qualora aggravata nelle ipotesi delineate dall'art. 609-ter c.p.¹¹ e 628, co. 3, nn. 2), 3) e 3-*quinqüies*) c.p.¹²

Infine, la rapina *ex art. 628, co. 3, nn. 2), 3) e 3-quinquies*), c.p., qualora la violenza consista nel porre taluno in stato d'incapacità di volere o di agire, se la violenza o minaccia sia realizzata da persona che fa parte dell'associazione di cui all'articolo 416-*bis*, ovvero se il fatto sia commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne.

2. I reati "ostativi" alla messa alla prova minorile. L'ordinanza di rimessione del Tribunale per i minorenni di Bari. Con l'ordinanza n. 76 del 2024, il Tri-

¹⁰ L'art. 576 c.p. commina la pena dell'ergastolo, se l'omicidio è commesso: 1) col concorso di taluna delle circostanze indicate nel n. 2 dell'articolo 61; 2) contro l'ascendente o il discendente, quando concorre taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61 o quando è adoperato un mezzo venefico o un altro mezzo insidioso ovvero quando vi è premeditazione; 3) dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza; dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione; 5) in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli artt. 572, 583-*quinqüies*, 600-*bis*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, 5.1) dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-*bis* nei confronti della stessa persona offesa; 5-*bis*) contro un ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ovvero un ufficiale o agente di pubblica sicurezza, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio.

¹¹ L'art. 609-*ter* aggrava di un terzo la pena se i fatti sono commessi: 1) nei confronti di persona della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore; 2) con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa; 3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio; 4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale; 5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto; 5-*bis*) all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto d'istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa; 5-*ter*) nei confronti di donna in stato di gravidanza; 5-*quater*) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza; 5-*quinqüies*) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività; 5-*sexies*) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave; 5-*septies*) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore. La pena stabilita dall'articolo 609 *bis* è aumentata della metà se i fatti ivi previsti sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici. La pena è raddoppiata se i fatti di cui all'art. 609-*bis* sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci.

¹² In sostanza, qualora la violenza consista nel porre taluno in stato d'incapacità di volere o di agire, se la violenza o minaccia sia realizzata da persona che fa parte dell'associazione di cui all'art. 416-*bis*, ovvero se il fatto sia commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne.

bunale per i minorenni di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 28 co. 5-*bis*, aggiunto dal D.L. n. 123 del 2023.

Va posto in debito risalto che già il Tribunale per i minorenni di Trento¹³ ha sollevato q.l.c. dell'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448/1988 (disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni), introdotto sempre dal Decreto Caivano per disciplinare, almeno nella *intentio legis*, «una messa alla prova “semplificata”» in rotta di collisione con gli artt. 3 e 31, comma 2, Cost.¹⁴

A (ri)conferma dell'impronta regressiva, sul piano dei principi, che connota l'intero *corpus* normativo.

Il caso preso in esame dal Tribunale per i minorenni di Bari vede imputato uno dei correi di una violenza sessuale di gruppo, commessa – dato da non trascurare (!) – nel 2019.

Al momento dell'udienza del 22 maggio 2022, l'imputato ammetteva l'addebito, chiedendo di essere ammesso alla sospensione del procedimento per messa alla prova, con parere favorevole del Pubblico Ministero.

In tal senso, il Collegio rinviava all'udienza dell'11 dicembre 2023, incaricando i competenti Servizi minorili dell'Amministrazione della giustizia (USSM) per la preliminare verifica di fattibilità della messa alla prova.

Nelle more del rinvio e, in particolare, il 15 novembre 2023, la sopravvenienza normativa del Decreto Caivano ha reso il reato per cui si procedeva “ostativo” all'accesso alla messa alla prova minorile, nonostante la richiesta fosse stata effettuata in un momento anteriore.

Come è possibile leggere nell'ordinanza di rimessione, «l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, pur avendo effetti sostanziali, determinando l'estinzione del reato, è intrinsecamente caratterizzato da una dimensione processuale. Ne consegue l'applicabilità del principio del *tempus regit actum* e non del principio della *lex mitior* riferibile esclusiva-

¹³ Trib. minorenni Trento, G.i.p., ord. 6 marzo 2024, n. 72.

¹⁴ Sul punto, si rinvia a CAMALDO, *Al vaglio della Corte costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-bis D.P.R. n. 448/1988 (c.d. messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal decreto Caivano*, in www.sistemapenale.it, 29 marzo 2024. Ancora, TRIBISSONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 1° dicembre 2023, 1574 ss.

mente alla fattispecie incriminatrice e al trattamento sanzionatorio, sicché la legge processuale applicabile va individuata in quella vigente al momento della pronuncia dell'ordinanza *ex art. 28 d.P.R. n. 448/1988* e non a quella vigente al momento della richiesta di sospensione del procedimento. La richiesta di messa alla prova, infatti, costituisce una mera dichiarazione di disponibilità al programma trattamentale cui consegue una verifica di fattibilità a cura dell'USSM, l'elaborazione del relativo progetto, la verifica, nel contraddittorio delle parti, della rispondenza del progetto alle esigenze di recupero del minore imputato sino alla decisione del Collegio, momento conclusivo di un *iter* preliminare al quale è necessario fare riferimento per la individuazione della norma applicabile¹⁵.

Da qui la rimessione, sollecitata dalla difesa, alla Corte costituzionale circa la legittimità della nuova formulazione dell'art. 28 co. 5-*bis* d.P.R. n. 448/1988, sotto il profilo della violazione dell'art. 31 co. 2 Cost.

Ad avviso del Collegio, la modifica del Decreto Caivano colliderebbe con l'impianto normativo a tutela del processo penale minorile e, in particolare, con l'art. 31, co. 2, Cost., servente al recupero del minore deviante, mediante la sua [ri]educazione e il suo [re]inserimento sociale.

Il Collegio non manca di richiamare la giurisprudenza consolidata secondo cui «la messa alla prova (...) costituisce, nell'ambito degli istituti di favore tipici del processo penale a carico dei minorenni, uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle indicate finalità della giustizia minorile».

Prevedere un catalogo di reati (tra cui la violenza sessuale di gruppo aggravata) in relazione ai quali privare l'imputato della possibilità di accesso a questo importante istituto di recupero e reinserimento sociale, costituisce un *vulnus* non solo di tutela e protezione del minore autore del reato ma anche di tutela dell'intera collettività contro i rischi di una possibile recidiva.

¹⁵ Trib. minorenni Bari, G.u.p., ord. 25 marzo 2024, n. 76.

Nel caso di specie, vi sarebbero dunque tutti i presupposti e le condizioni per una sospensione del procedimento per messa alla prova quale epilogo più funzionale e socializzante.

L'imputato avrebbe ammesso l'addebito, manifestando un processo concreto di acquisizione di una progressiva consapevolezza rispetto al disvalore del fatto compiuto.

Dalle relazioni dell'USSM è possibile leggere come «il giovane, tra l'altro imputato nell'unico procedimento a suo carico, ha mostrato un atteggiamento sempre più caratterizzato da un impegno riflessivo e critico più adeguato orientato ad un percorso strutturato che possa consentirgli di analizzare, in profondità, il reato commesso, attraverso un impegno lavorativo stabile ed attività restitutive utili a consolidare un adeguato processo di revisione e una maggiore capacità di gestione degli impulsi».

Eppure, la sopravvenienza normativa del Decreto Caivano – che il minore non poteva prevedere al momento del fatto (!) – è sufficiente a privare il Collegio della capacità di valutare la presenza (concreta) dei presupposti per la messa alla prova, con grave pregiudizio per le esigenze di educazione e inserimento sociale, in aperto *vulnus* all'art. 31, co. 2, della Costituzione.

2.1. La preclusione (indiretta) alla messa alla prova per adulti per il reato di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309/1990. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Padova. Per esigenze di completezza, diamo conto di un'altra recente questione di legittimità costituzionale sempre riguardante una preclusione alla messa alla prova, ma in questo caso per gli adulti.

Tra le altre modifiche, il Decreto Caivano¹⁶ ha elevato, da quattro a cinque anni, il limite edittale di pena previsto per il reato di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990: l'autonoma fattispecie di lieve entità di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope¹⁷.

¹⁶ Art. 4, co. 3, D.L. 15 settembre 2023, n. 123, conv. in L. 13 novembre 2023, n. 159.

¹⁷ Cass., Sez. un., 9 novembre 2018, Murolo, Rv. 274076, ha affermato che l'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, così come riformulato dal decreto-legge 20 marzo 2014 (convertito con modificazioni dalla legge 16 marzo 2014, n. 79), prevede un'unica figura di reato, alternativamente integrata dalla

L'innalzamento troverebbe una verosimile giustificazione nell'esigenza di consentire l'applicazione di una misura cautelare ai sensi dell'art. 280, co. 2, c.p.p.¹⁸; così facendo, però, il legislatore ha precluso per tali imputati il possibile accesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova, in quanto l'art. 168-*bis* c.p. lo consente solo per i reati puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, ovvero per i delitti indicati dal comma 2 dell'art. 550 c.p.p. e, infine, per i delitti per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio da parte del P.M.

In altri termini, il Decreto Caivano, intervenendo sul limite edittale di pena, ha probabilmente trascurato i profili sistematici in relazione alle altre disposizioni, poiché ha escluso, seppur in via indiretta, l'accesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

Tale modifica - in particolare il combinato disposto degli artt. 168-*bis* c.p., 550 c.p.p. e 73 co. 5 d.P.R. n. 309 del 1990 - è stata tacciata di incostituzionalità per presunta violazione degli artt. 3 e 27 co. 3 della Costituzione¹⁹.

consumazione di una delle condotte tipizzate, quale che sia la qualificazione tabellare dello stupefacente che ne costituisce l'oggetto. Cfr. BERNARDONI, *Stupefacenti di qualità diversa e lieve entità: un passo avanti delle sezioni unite nel chiarimento dei rapporti tra le varie ipotesi di narcotraffico*, in *Dir. pen. contem.*, 21 novembre 2018.

¹⁸ Osserva CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 12, che il legislatore, nel 2014, era intervenuto riducendo il massimo edittale da cinque a quattro anni proprio al fine di ridurre gli effetti carcerogeni in termini di custodia cautelare. Ora, a contrario, il legislatore persegue consapevolmente proprio l'espansione della custodia cautelare in carcere. Nella disciplina cautelare per i minorenni, va posto in evidenza come il Decreto Caivano è intervenuto anche sulla disciplina dell'art. 23, d.P.R. n. 448/1988, prevedendo la possibilità di disporre la custodia cautelare nelle evenienze in cui si proceda per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a sei anni (anziché nove come nella formulazione ante-riforma) e ampliando il catalogo dei reati espressamente indicati, che ora, oltre ai casi di furto aggravato e illegale fabbricazione, introduzione, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o assimilati di armi da guerra, esplosivi, armi clandestine e così via, comprende anche le ipotesi di furto in abitazione e furto con strappo, salvo che ricorra la circostanza attenuante del danno di speciale tenuità di cui all'art. 62, comma 1, n. 4, c.p.; i reati consumati o tentati di violenza o minaccia a pubblico ufficiale di cui al comma 1 dell'art. 336 c.p. e di resistenza a pubblico ufficiale ex art. 337 c.p. e, infine, i reati in materia di stupefacenti di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309/1990. Si v. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., 1570.

¹⁹ Trib. Padova, ord. 24 maggio 2024, n. 114.

Nel caso di specie, parimenti a quello preso in esame dal Tribunale per i minorenni di Bari, la preclusione introdotta dal Decreto Caivano rappresenta l'unico sbarramento, poiché tutte le altre condizioni sarebbero soddisfatte.

Com'è noto, la messa alla prova può essere concessa al ricorrere di una prognosi favorevole circa la futura astensione da parte dell'imputato dalla commissione di ulteriori reati e la mancanza di cause di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*

Ebbene, dall'ordinanza di rimessione si evince come i siffatti requisiti fossero in concreto sussistenti. Si trattava infatti di un soggetto maggiorenne solo da pochi mesi, mai segnalato, né indagato, né condannato per altri reati. La sua giovane età e il contegno processuale tenuto in udienza di convalida dell'arresto avrebbero consentito all'autorità procedente di ritenere improbabile un rischio di recidiva.

A dire il vero, la difesa ravvisava un profilo di contrasto anche in relazione alla tutela della gioventù sancita dall'art. 31 co. 2 Cost., trattandosi di imputato da poco maggiorenne, ma il giudice *a quo* ha ritenuto che per gli adulti non vi fosse un trattamento privilegiato ed equiparabile a quello previsto per i minorenni.

Verrebbe, invece, in rilievo una violazione dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e del finalismo rieducativo della pena.

Per chiarire. Quanto al primo versante, va posto in debito risalto come la Riforma Cartabia abbia inserito, tra i casi di citazione diretta a giudizio di cui all'art. 550 c.p.p., anche il reato previsto dall'art. 82 co. 1 d.P.R. n. 309/1990, che punisce, con la pena della reclusione da uno a sei anni, la condotta di chi «pubblicamente istiga all'uso illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, ovvero svolge, anche in privato, attività di proselitismo per tale uso delle predette sostanze, ovvero induce una persona all'uso medesimo».

Trattasi, quindi, di un reato punito anche più severamente rispetto all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/90, con un limite edittale di sei e non di cinque anni. Ciononostante, l'inclusione di tale fattispecie tra i reati a citazione diretta implica

la possibilità di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova. Da qui la sperequazione trattamentale.

Il presunto autore del più grave delitto di istigazione, proselitismo e induzione al reato di persona minore di cui all'art. 82 d.P.R. n. 309/1990 gode ancora della possibilità di accedere alla sospensione del procedimento con messa alla prova; una *chance* preclusa all'imputato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope di "lieve entità".

Sebbene il bene giuridico tutelato dalle fattispecie sia il medesimo, significativamente diverso sarebbe il trattamento sanzionatorio conseguente, a riprova di una legislazione penale fortemente frammentaria.

Condivisibilmente, secondo il giudice *a quo*, la scelta di elevare il limite editale per il reato previsto dall'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309/1990 sarebbe arbitraria e non legittimamente discrezionale, in virtù della capacità di generare una disparità di trattamento rispetto a situazioni analoghe.

Una preclusione che arreca un irrimediabile *vulnus* alla funzione rieducativa della pena *ex art. 27 co. 3 Cost.*, non permettendo a chi si trova per la prima volta a giudizio di riparare la propria condotta, attraverso un programma elaborato con l'Ufficio Locale dell'Esecuzione Penale Esterna, comprensivo dello svolgimento di lavori di pubblica utilità e così riducendo il pericolo di recidiva.

Il parallelismo tra le due ordinanze mette in evidenza un dato.

Lo sbarramento alla messa alla prova per adulti, per il reato di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. n. 309/1990, è illegittimo da un punto di vista *estrinseco*, poiché risente della a-sistematicità del trattamento rispetto a fattispecie analoghe; diversamente, le preclusioni alla messa alla prova minorile sono illegittime di per sé, in via intrinseca, in virtù della peculiare funzione che svolge l'istituto nei due diversi ambiti²⁰.

²⁰ Di recente, con Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 14840, le Sezioni Unite hanno affermato che l'istituto dell'ammissione alla prova di cui art. 168-*bis* c.p. non trova applicazione con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001». Si rinvia a VISCONTI, *Les jeux sont faits: le Sezioni Unite pongono la parola fine alla messa alla prova dell'ente*, in *questa Rivista*, 2023, 2; LA ROSA, *Le Sezioni unite escludono la possibilità di messa alla prova dell'ente*, in *Giur. it.*, 2023, 7, 1655 ss.; CASCINI, *La negata estensione della sospensione del procedimento con messa alla prova alle*

Il legislatore non è di certo estraneo all'introduzione di sbarramenti ai riti alternativi anche per gli adulti.

Si pensi, ad esempio, all'impossibilità di accedere al rito abbreviato per i presunti imputati di reati puniti con l'ergastolo²¹, che la Corte costituzionale²² ha ritenuto legittima e non manifestamente irragionevole, in quanto appartenente alla sfera insindacabile di discrezionalità del legislatore.

Ma nel sottosistema minorile, la messa alla prova non rappresenta solo uno dei possibili epiloghi alternativi di favore, ma il cuore pulsante della giustizia, poiché più funzionale alle esigenze di tutela del diritto all'educazione.

La messa alla prova ha un indiscusso valore aggiunto rispetto al perdono giudiziale e alla non punibilità per irrilevanza del fatto, poiché sposta il *focus* dal 'fatto' alla personalità del 'soggetto', divenendo costui protagonista attivo di un individualizzato *iter* di responsabilizzazione e socializzazione²³.

Il ruolo speciale rivestito dalla messa alla prova trova riscontro in diversi fattori.

In primis, la mancanza di limiti edittali²⁴, come ribadito anche dalla già citata ordinanza del Tribunale di Padova.

società, in *Giur. it.*, 2023, 12, 2744 ss.; MOSSA VERRE, *La "messa alla prova" degli enti collettivi è esclusa anche dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in www.sistemapenale.it, 10 maggio 2023. Per un approfondimento critico del tema FIORELLA, *Dall'individuo all'ente: sui limiti dell'osmosi nella "materia penale"*. *A proposito della messa alla prova*, in *questa Rivista*, 2024, 2, *passim*.

²¹ La riforma, attuata con la legge 12 aprile 2019, n. 33 («Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo»), si è concretata attraverso modifiche recate all'art. 429 c.p.p. (inserimento del comma 2-bis), all'art. 438 c.p.p. (inserimento dei commi 1-bis e 6-ter, e modifica del comma 6), all'art. 441-bis (inserimento del comma 1-bis). In particolare, il comma 1-bis dell'art. 438 dispone che «Non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

²² Corte cost., 18 novembre 2020, n. 260, con nota di LEO, *L'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo: infondate o inammissibili le questioni di legittimità costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 7 dicembre 2020.

²³ BOSCO, *Il ruolo del consenso nella messa alla prova 'minorile'*, in *Leg. Pen.*, 24 novembre 2020, 3.

²⁴ Osserva condivisibilmente TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., 1573, che la scelta di non porre delle limitazioni all'accesso non pareva avere altro significato se non quello di affermare come non vi fosse reato che, per quanto grave, non consentisse di prendere, pur astrattamente, in considerazione l'ipotesi di valutare la personalità ancora *in fieri* del minore - per questo meglio permeabile ad eventuali spinte risocializzanti - all'esito di un idoneo programma di recupero. E oggi, tali illuminate ideologie vengono cancellate con un colpo di spugna da una norma che, in poche righe, fa vacillare le solide certezze di un sistema penale differenziato faticosamente e tardivamente ottenuto.

L'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, al di fuori delle esclusioni inserite dal Decreto Caivano, consente di accedere al beneficio per ogni titolo di reato, dunque, anche nelle ipotesi in cui il minore abbia commesso un reato punito in astratto da una pena molto grave, finanche l'ergastolo (sebbene lo stesso sia inapplicabile ai minori)²⁵. La gravità del reato si riflette solo nel diverso termine massimo stabilito per la durata della sospensione del processo²⁶.

Inoltre, non costituisce elemento ostativo nemmeno la circostanza che si tratti di soggetto già condannato o perdonato, né è previsto un numero massimo di concessioni.

L'accesso alla M.A.P. prescinde infatti dai precedenti penali e giudiziari, che impediscono l'applicazione del perdono giudiziale, dalla tenuità del reato e dall'occasionalità del comportamento delittuoso, che sono invece richieste per la pronuncia di irrilevanza del fatto, postulando soltanto una prognosi di positiva evoluzione della personalità del soggetto.

Ancora, la competenza funzionale. A differenza della messa alla prova per adulti, che può essere disposta anche nella fase delle indagini preliminari, competente per la messa alla prova del minore è solo il giudice dell'udienza preliminare. Ciò appare conforme al finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e alla protezione della gioventù prevista dall'art. 31, comma 2, Cost., «poiché assicura che le delicate valutazioni personalistiche implicate dall'istituto siano svolte da un organo collegiale, interdisciplinare e diversifica-

²⁵ Cfr. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 12, 1693 ss.; CESARI, *Le strategie di diversione*, in *Procedura penale minorile*, a cura di Bargis, Torino 2019, 225. Precisa CIAVOLA, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zappalà, Torino, 2019, 190, che la gravità del reato, pur non producendo alcuna preclusione in astratto sull'ammissibilità della messa alla prova, oltre ad incidere sul profilo della durata, costituisce uno degli elementi di valutazione della personalità del minore e può in concreto precludere la concessione della misura, evidenziando la non idoneità dell'istituto al conseguimento del proprio scopo di rieducazione del minore.

²⁶ L'art. 28, co. 1, d.P.R. 448/88 prevede che «il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno».

to nel genere, pertanto idoneo ad espletarle nella piena consapevolezza di ogni aspetto rilevante»²⁷.

Rebus sic stantibus, restringere l'accesso alla messa alla prova per i minorenni, e impedire loro di intraprendere un percorso individualizzato di recupero della propria identità e inserimento positivo nella società, è una scelta non solo inefficace, ma anche dannosa e controproducente.

2.2. *Quel che resta del diritto all'educazione...* La questione sollevata in ordine all'art. 28 co. 5-bis d.P.R. n. 448/1988 sollecita talune riflessioni critiche.

In primis, alquanto problematica è la scelta casistica.

Il legislatore ha inteso dare un segnale di stampo politico ai recenti fatti commessi nel territorio caivanoese, ma il risultato è un prodotto normativo aporetico, avulso dai canoni di ragionevolezza e sistematicità e che si inserisce nel solco già tracciato dall'implementazione di sbarramenti e ostacoli vari a istituti di favore.

Una legislazione penale non più orientata secondo il criterio di tutela del bene giuridico implica la frammentarietà del sistema.

Solo alcune ipotesi di rapina aggravata escludono la messa alla prova, ma nessuna efficacia preclusiva è riconnessa all'estorsione aggravata²⁸; parimenti, l'omicidio aggravato è "ostativo", ma non la strage; e così via...

Si tratta di preclusioni che postulano irragionevoli presunzioni, poiché l'unico elemento preso in considerazione è il titolo di reato.

Evidente è la deriva. L'indebita commistione di situazioni completamente diverse nella prassi, ma sussunte entro una stessa fattispecie incriminatrice astratta, preclude al giudice di analizzare le peculiarità del caso concreto e individuare il trattamento sanzionatorio più adeguato.

²⁷ Corte cost., 10 giugno 2020 n. 139, § 4.6.5, con nota di CAMALDO, *Secondo la Consulta è legittimo che la messa alla prova del minore non possa essere disposta nella fase delle indagini preliminari*, in www.sistemapenale.it, 10 febbraio 2021.

²⁸ CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 15.

Può realmente sostenersi che tutte le persone di minore età presunte autrici dei reati individuati dal Decreto Caivano siano inidonei in concreto alla sospensione del processo con messa alla prova?

Basti pensare al delitto di violenza sessuale che, a seguito della previsione onnicomprensiva con la Riforma del 1996²⁹, può integrarsi con uno spettro significativamente ampio di condotte³⁰, finanche un bacio sulla guancia³¹.

²⁹ BARTOLI-PELLISSERO-SEMINARA, *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2022, 178. Il legislatore del 1930 distingueva la «violenza carnale» e gli «atti di libidine violenti»: l'art. 519 sanzionava «chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale», mentre l'art. 521 puniva «con una pena ridotta di un terzo - chi, con violenza o minaccia, «commette su taluno atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale». Nella prassi giurisprudenziale la distinzione si era rivelata fonte di delicati problemi sul piano della definizione di congiunzione carnale e del relativo accertamento processuale, mentre carica di incertezze era la linea di confine fra il tentativo di violenza e gli atti di libidine. Con la riforma del 1996 si affermò l'idea che la contrapposizione tra i due delitti oscurasse l'unitarietà dell'offesa alla libertà della vittima, introducendo una graduazione comprensibile solo nella prospettiva della moralità pubblica; inoltre si ritenne che una fattispecie onnicomprensiva avrebbe evitato alla persona offesa la sofferenza derivante dall'esigenza di una dettagliata ricostruzione della vicenda in sede processuale, necessaria al fine di stabilire l'integrazione dell'uno o dell'altro delitto. Da qui l'introduzione dell'art. 609-bis, rubricato come «Violenza sessuale», che punisce «chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali». Lo stesso legislatore si era reso conto dell'impossibilità di raccogliere all'interno della medesima cornice di pena lo stupro e il più lieve tocco lascivo, stabilendo all'ultimo comma dell'art. 609-bis che nei «casi di minore gravità» la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. Il rigore ostentato attraverso l'unificazione di violenza carnale e atti di libidine violenti ha avuto dunque come esito una circostanza attenuante indefinita, che ripristina l'esigenza processuale di accertamenti estremamente penosi per la vittima, al fine di stabilire la gravità del fatto, e di più aggiunge uno straordinario fattore di incertezza nella commisurazione della pena. Le diffuse critiche dottrinali, volte in favore del recupero della distinzione in sede di tipicità oggettiva, appaiono fondate.

³⁰ Secondo CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 15, «sotto il profilo della ragionevolezza, suscita riserve l'esclusione automatica della sospensione con messa alla prova in rapporto a tutti i minorenni imputati per il reato di violenza sessuale aggravato ex art. 609-ter c.p. Naturalmente, si tratta di un'esclusione da sbandierare in un decreto che nasce sull'onda emotiva suscitata dalla notizia di gravi reati sessuali nei confronti di minorenni. Tuttavia, risulta sproporzionata una reazione legislativa che giunge escludere dalla sospensione con messa alla prova l'imputato per qualunque ipotesi di violenza sessuale - comprensiva, com'è noto, di qualsiasi atto sessuale - qualora nell'imputazione si ravvisi la commissione, ad esempio, in danno di qualunque persona «minore di anni diciotto», come prevede l'art. 609-ter n.5 c.p., o anche in danno di persona maggiorenne, ma legata prima o al momento del fatto da relazione affettiva con il minorenne imputato, art. 609-ter n. 5-quater c.p. La tecnica casistica, unitamente al carattere populistico e alla frettolosità della formulazione del d.l., dà luogo ad esiti irragionevolmente discriminatori, da diritto penale dell'autore».

³¹ Cass., Sez. III, 15 novembre 2012, n. 44480, con cui la Cassazione ha ribadito che «le modalità della condotta posta in essere dal prevenuto non lasciano adito a dubbi circa la cristallizzazione del delitto contestato: anche il mero sfioramento con le labbra del viso altrui per dare un bacio integra il delitto di violenza sessuale, posto che tra gli atti suscettibili di concretizzare il reato de quo possono essere ricom-

La risposta, allora, non può che essere negativa, trattandosi di una presunzione irragionevole e in contrasto con il criterio dell'*id quod plerumque accidit*. Stando così le cose, è evidente come la previsione di reati ostativi all'accesso alla messa alla prova minorile causi una netta retromarcia nella costruzione di una giustizia penale "a misura di minore" che trova pieno riconoscimento nel sistema multilivello delle fonti.

Il riferimento è *in primis* alle cc.dd. Regole di Pechino (Risoluzione O.N.U. n. 40/33 del 29 novembre 1985), alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori (adottata dal Consiglio d'Europa il 26 gennaio 1986) e alla Convenzione O.N.U. sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (approvata il 20 novembre 1989).

Anche sul piano costituzionale, la previsione di automatismi che sottraggono all'organo giurisdizionale il potere di effettuare il giudizio di comparazione tra esigenze contrapposte, nell'ottica del *best interest of the child*³², è da ritenersi incompatibile con la tutela speciale che la Costituzione riconosce al minorene.

presi anche quelli rapidi ed insidiosi, riguardanti zone erogene su persona non consenziente». *Contra*, Cass., Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, con commento di CADOPPI, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 1° novembre 2016, 1469 ss., secondo il quale tale pronuncia, pur deviando apparentemente da precedenti pronunce condannatorie in simili ipotesi, in realtà ne ripete gli schemi nella motivazione, accogliendo in sostanza la concezione "contestuale-relazionale" degli "atti sessuali". Questa tesi - pur lodevole negli intenti - porta ad una interpretazione della norma ben poco "tassativizzante", e dunque esaspera il difetto di determinatezza della norma stessa, data la mancata definizione degli "atti sessuali" da parte del legislatore.

³² Il *best interest of the child* rappresenta il principio informatore di tutta la normativa a tutela del fanciullo, garantendo che in tutte le decisioni che lo riguardano il giudice deve tenere in considerazione il superiore interesse del minore. Ogni pronuncia giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevole a una sua crescita e maturazione equilibrata e sana. Cfr. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, a cura di Ruggeri-Rinoldi-Petralia, *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali*, Napoli, 2014. In chiave critica, si segnala LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in www.questionegiustizia.it, speciale La Corte di Strasburgo, aprile 2019, secondo cui l'analisi della giurisprudenza convenzionale sul principio dei *best interests of the child* mostra come lo stesso, da una parte, rafforzi la tutela dei minori, ma, per altro verso, non sia esente da rischi: facendo ricorso a definizioni stereotipate, l'approccio casistico della Corte EDU può legittimare la sistematica violazione di norme poste dal diritto domestico a garanzia dei minori come gruppo, nonché favorire strumentalizzazioni da parte dei genitori.

L'art. 28 co. 5-*bis*, in quanto fondato su una presunzione di pericolosità radicata sul solo tipo di reato commesso, viola il principio sancito dall'art. 27, co. 3, Cost., connesso a quelli di cui agli artt. 2, 3 e 31, secondo comma, Cost., che sono espressivi della necessità di un trattamento differenziato per i minorenni e i giovani adulti, nonché «di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante».

Su altro versante, la manovra repressivo-simbolica del Decreto Caivano appare del tutto distonica anche rispetto alla posizione della Corte costituzionale, che ha sovente svolto un suppletivo ruolo di garanzia dinanzi a un legislatore incapace di dare ascolto alle reali esigenze dei minori.

In tal senso, è imprescindibile il richiamo alla Sent. n. 263 del 2019³³, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 121/2018³⁴, nella parte in cui consentiva l'applicabilità dell'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, L. 354/1975³⁵ ai condannati minorenni.

In tal sede, la Corte affermava che «il cuore della giustizia minorile deve consistere in valutazioni fondate su prognosi individualizzate, in grado di assolvere al compito di recupero del minore deviante. Ciò comporta l'abbandono di qualsiasi automatismo che escluda l'applicazione di benefici o misure alternative»³⁶. E ancora «una presunzione di pericolosità che si basa esclusivamente sul titolo del reato, irrigidisc[e] la regola di giudizio in un meccanismo che non consente di tenere conto della storia e del percorso individuale del singolo soggetto e della sua complessiva evoluzione sulla strada della risocializzazione»³⁷.

³³ Si rinvia a CARACENI, *Tanto tuonò che piovve: incostituzionali gli automatismi ostativi alla concessione delle misure penali di comunità per i condannati minorenni. I riflessi di Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263 sull'assetto complessivo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1, 237 ss.; PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. cost.*, 2019, 6, 3327.

³⁴ Si tratta della *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*.

³⁵ *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

³⁶ Corte cost., n. 263 del 2019.

³⁷ Corte cost., n. 263 del 2019.

Dal combinato disposto degli artt. 27 co. 3 e 31 co. 2 Cost. discende una metamorfosi garantista del principio rieducativo della pena: quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto con una personalità ancora *in fieri* e alla ricerca di una identità, acquista una connotazione educativa, più che rieducativa.

«Il diritto all'educazione del minore piega le strutture del processo penale, riversandosi nelle sequenze del procedere»³⁸.

Lo Stato, invero, ancor prima di tendere alla (ri)educazione del condannato, è tenuto a proteggere il soggetto minorenni dal rischio di de-socializzazione che un ambiente inadeguato può causare³⁹. Per tale motivo, devono privilegiarsi strumenti alternativi alla detenzione, al fine di inserire il minore nella società.

L'esclusione della messa alla prova per determinati reati, *a contrario*, «confligge con le esigenze di specifica individualizzazione e di flessibilità del trattamento del detenuto minorenni» e tale situazione «contrast[a] con le esigenze [...] del recupero e della risocializzazione dei minori devianti, esigenze che comportano la necessità di differenziare il trattamento dei minorenni rispetto ai detenuti adulti e di eliminare [qualsiasi] automatism[o]».

3. *Gli effetti distorsivi del tempus regit actum e l'ancora delle 'norme processuali a effetti sostanziali'*. In (fiduciosa) attesa che la Consulta abbatta la propria "scure" sulla preclusione introdotta dal Decreto Caivano, va posta in risalto la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata.

La qualificazione 'processuale' dell'art. 28 co. 5-bis d.P.R. n. 448/1988 implica l'applicazione del principio del '*tempus regit actum*'⁴⁰. Da qui l'operatività della preclusione anche per gli imputati *sub iudice*, dunque per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del Decreto Caivano.

Una siffatta interpretazione non può essere condivisa.

³⁸ IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 42.

³⁹ NAZZARO, *La funzione rieducativa della pena nei confronti dei condannati minorenni, spunti di riflessione sul d.lgs. n. 121/2018*, in *Cass. pen.*, 2019, 10, 3803.

⁴⁰ Si rinvia diffusamente a MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 117 ss.

Preliminarmente, va evidenziato che, nel sistema processuale penale, a differenza di quello sostanziale, manca una disciplina organica, ben dettagliata, del fenomeno della successione di leggi⁴¹.

Per quelle penali, il regime normativo è sancito, a livello costituzionale, dall'art. 25 co. 2 e, sul piano della legge ordinaria, dagli artt. 1 e 2 c.p.

Ed è noto come, in tale fenomeno, rientrano tre vicende normative.

La nuova incriminazione, qualora un fatto lecito, sanzionato civilmente o con sanzione amministrativa, diventa penalmente rilevante. *L'abolitio criminis*, qualora un fatto cessi di essere penalmente rilevante per effetto del *novum* normativo, divenendo lecito o depenalizzato in illecito civile o amministrativo. Infine, la modifica della disciplina di un fatto che era penalmente rilevante e resta tale, seppur con un diverso trattamento.

Trattasi di vicende normative sostanzialmente verificabili anche nell'ambito della successione di leggi processuali.

Si può, difatti, avere l'introduzione di una legge che disciplina in modo inedito un istituto (ad esempio, il d.lgs. n. 28 del 2015 che ha introdotto la causa di archiviazione per irrilevanza del fatto).

Si può immaginare l'abolizione di una legge processuale (si pensi alla L. n. 125/2008 che aveva soppresso l'istituto del concordato dei motivi in appello).

Infine, come generalmente accade, vi può essere una modifica del trattamento processuale: nel caso di specie, ad esempio, è stato modificato in senso restrittivo il regime di accesso all'istituto della sospensione della messa alla prova minorile.

Come già affermato, la mancanza di una disciplina generale del fenomeno di successione ha comportato delle criticità nell'individuazione dei criteri applicabili⁴².

⁴¹ SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale, Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969, 63.

⁴² Le norme transitorie contenute nel D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 271⁴² - e, per quanto concerne il Codice previgente, l'art. 65 del R.D. 28 maggio 1931, n. 602 - non sono risolutive, in quanto si occupano di regolare il momento di passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina. Per una compiuta distinzione tra diritto intertemporale e diritto transitorio, si rinvia a MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., 91 ss.

In tal senso, dottrina e giurisprudenza sono ricorse ai principi generali del sistema, onde ricavare delle regole estensibili anche alle leggi processuali penali.

Dall'art. 11 Disp. Att. c.c. - secondo cui «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» - è stata tratta in via generale la regola del *tempus regit actum*.

Il principio adottato per la successione delle leggi processuali penali, dunque, è quello dell'efficacia immediata. Ciò significa, da una parte, che la norma sopravvenuta si applica a tutti i processi in corso al momento della sua entrata in vigore; e, in caso di successione di leggi processuali penali, gli atti già compiuti restano validi anche sotto la vigenza della *lex posterior* che regola lo svolgimento degli atti da compiere successivamente⁴³.

Quanto al primo profilo, un chiarimento appare necessario. Per “*actus*”, infatti, non deve intendersi l'intero processo, altrimenti quest'ultimo risulterebbe regolato dalle norme vigenti al momento della sua instaurazione⁴⁴; il criterio *tempus regit actum* va applicato non all'intero procedimento o alle sue singole fasi considerate nella loro caratteristica di fattispecie complesse, ma al singolo atto delle fattispecie.

Nel caso qui in esame, ad esempio, l'atto che viene in rilievo è l'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova di cui all'art. 28 d.P.R. n. 448/1988.

In altri termini, a seguito del *novum* normativo del Decreto Caivano, all'autorità giudiziaria precedente parrebbe esclusa la possibilità di applicare l'istituto di *probation* e sospendere il processo, proprio in virtù della mancanza di una (opportuna) disciplina transitoria *ad hoc* in combinato all'immediata applicazione della norma 'preclusiva' per le fattispecie sopra descritte.

Il *tempus regit actum*, nel sistema processuale penale, risponde ad esigenze, non affatto peregrine, di flessibilità e governo dell'amministrazione giudiziaria.

⁴³ MAZZA, *op. ult. cit.*, 127.

⁴⁴ LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1965, 157.

Tuttavia, da tempo ormai si è presa cognizione dell'inidoneità della regola temporale nel fornire alle garanzie «una protezione [...] effettiva e concreta»⁴⁵. La maturata coscienza che ogni ipotesi di modifica incidente su procedimenti in corso rischia di riverberarsi anche sul preesistente assetto delle garanzie, riconosciute ai diversi soggetti processuali, ha permesso, infatti, di cogliere la rilevante dimensione garantistica connaturata al fenomeno intertemporale e, al tempo stesso, di escludere che un approccio di carattere meramente logico, come quello evocato dal *tempus regit actum*, possa fornire soluzioni a essa adeguate. Non vi è teoria riguardante la successione di norme processuali penali che non abbia tentato, anche solo parzialmente, di superare o correggere in chiave di garanzia il principio in parola⁴⁶.

Nobili, Carnelutti, Gallo, Bricola, Cordero, Chiavario⁴⁷. Solo alcune delle autorevoli voci che hanno posto l'attenzione sulla necessità di ripensare le rego-

⁴⁵ MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in *www.questionegiustizia.it*, aprile 2019, 303.

⁴⁶ NOBILI, *sub art. 25 comma 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 186.

⁴⁷ CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi processuali penali*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, 1950, 196, osservava che, in particolare, è stato sottolineato che la formula impiegata dall'art. 2 comma 3 c.p. (« se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo») « non contiene il menomo segno atto ad escluderne leggi processuali», mancando ogni riferimento diretto a norme che disciplinino reati ovvero che ne stabiliscano la punizione, mentre « la formula del maggiore o minor favore del reo, che fu prescelta, s'adatta letteralmente all'ipotesi della modificazione nel regime processuale non meno che a quella del mutamento nel regime materiale del reato. C'è anzi, sul terreno letterale, un rilievo da fare nel senso che la formula, com'è congegnata, è fatta proprio per comprendere il mutamento della legge processuale: se, invero, non si trattasse che delle leggi materiali l'ipotesi da tenere in conto non potrebbe essere se non quella della disposizione posteriore più favorevole al reo mentre per l'ipotesi inversa non vi sarebbe bisogno di statuire una prevalenza, che dal primo comma è già riconosciuta». *Contra*, G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, cit., 160 ss., secondo cui non pare esatto affermare che la *mens legis* dell'art. 2 comma 3 c.p. giustificerebbe, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, un'applicazione retroattiva della legge processuale penale più favorevole. Indubbiamente, le norme che disciplinano il processo possono essere congegnate in modo più o meno favorevole all'imputato, ma la *ratio* della disposizione che importa la retroattività della legge penale sostanziale più favorevole non vale o almeno non vale sempre per la legge processuale, giacché, in quest'ultimo caso, se un mutamento legislativo dovesse importare (con violazione dell'economia processuale) una regressione del processo, non ancora conclusosi con il giudicato, a fasi antecedenti regolate dalla nuova legge in maniera più favorevole, tale retroattività (a differenza di quanto avviene per la retroattività della legge sostanziale) potrebbe pregiudicare, anziché avvantaggiare, l'imputato che avesse interesse ad una sollecita definizione del processo. Inoltre, il fatto che le disposizioni transitorie dettate per regolare il mutamento della legge

le tradizionali di confine – tra tutte, quella che applica l’irretroattività sfavorevole alle norme incriminatrici e il *tempus regit actum* a quelle di procedura – alla luce dei valori sanciti nella Carta fondamentale.

Agli sforzi della dottrina processualpenalistica ha fatto seguito il progressivo inquadramento teorico e costituzionale della legalità in un sistema multilivello di tutela, nel quale il doveroso dialogo tra Corti ha avuto delle implicazioni dirompenti.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, infatti, radica l’affidamento circa l’immutabilità di regole vantaggiose per l’accusato sulla natura ‘sostanziale’ ascrivibile alle medesime, a prescindere dalla loro collocazione sistematica nel corpo di disposizioni processuali.

L’esemplificazione è offerta dalla vicenda Scoppola⁴⁸, in cui l’ancoraggio all’art. 7 della Convenzione ha consentito di sottrarre al canone del *tempus regit actum* la modifica peggiorativa del regime sanzionatorio premiale connesso alla scelta del rito abbreviato, in quanto misura ritenuta idonea ad incidere sulla determinazione della pena.

Si è dunque instillato un *trend* ermeneutico – prima con riguardo al diritto punitivo amministrativo, poi espandendosi a quello processuale e dell’esecuzione – volto a ricalibrare le nomenclature tradizionali ed ampliare il raggio delle garanzie della *matière pénale*.

Da qui la teorizzazione della categoria di “norme processuali a effetti sostanziali”⁴⁹.

Il problema si è posto (e continua a porsi) a vario titolo.

processuale penale si preoccupino di stabilire i casi in cui si ha una ultrattività della legge processuale penale abrogata o una retroattività della nuova legge conferma come il legislatore abbia ritenuto inapplicabile l’art. 2 c.p. alle leggi processuali.

⁴⁸ Corte EDU, 17 settembre 2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*.

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 27919. Vale la pena ricordare che nella stagione delle “presunzioni di adeguatezza” della misura cautelare custodiale [...] già prima dell’intervento della Corte costituzionale, e pur non rimpiangendo in via di principio la regola del *tempus regit actum*, con un significativo *revirement* giurisprudenziale le Sezioni Unite avevano posto dei limiti alla retroattività di tale disciplina, individuando nel momento genetico della misura il parametro temporale rispetto al quale limitare l’efficacia delle riforme sfavorevoli.

In primis, però, ci sembra opportuno richiamare le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 32 del 2020, avente ad oggetto l'estensione dell'art. 4-*bis* ord. pen. a diversi reati contro la Pubblica Amministrazione a seguito della c.d. Legge "Spazzacorrotti"⁵⁰ (L. n. 3 del 2019).

In tale occasione, la Consulta ha posto in evidenza il duplice volto di garanzia dell'art. 25 co. 2 Cost., chiarendo che - «ogni volta che la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato - viene in rilievo non solo l'urgenza di garantire la protezione del singolo da variazioni normative di segno peggiorativo, ma uno dei limiti che stanno al cuore stesso dello "Stato di diritto"», ossia «[u]n concetto [...] che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una "legge" pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare»⁵¹.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha posto un argine operativo al *tempus regit actum*, poiché ha valutato l'incisività della sopravvenienza normativa rispetto alla sfera di libertà personale del soggetto⁵². L'impossibilità di accedere ai benefici penitenziari avrebbe mutato in concreto la natura della sanzione penale: e «tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa»⁵³.

Si tratta di considerazioni valide anche per la modifica del Decreto Caivano! L'impossibilità di accedere alla messa alla prova per i minorenni comporta un mutamento radicale e peggiorativo nella tipologia di sanzione applicabile in concreto.

⁵⁰ Si rinvia ai contributi presenti in AA.VV., *La cd. Legge "Spazzacorrotti", Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di Iasevoli, Bari, 2019, *passim*.

⁵¹ Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, § 4.3.1.

⁵² Si rinvia alle osservazioni di MANES, MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Dir. pen. contem.*, 2020, vol. 1, *passim*.

⁵³ Corte cost., n. 32 del 2020, § 4.3.3.

Ancora. Più di recente, le Sezioni Unite del 2023⁵⁴ hanno escluso la possibilità di applicare la confisca per equivalente ai reati tributari prescritti e commessi prima dell'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p., proprio in virtù della natura di 'norma processuale a effetti sostanziali'⁵⁵, dunque riconducibile all'area di tutela dell'art. 25 co. 2 Cost.

Tale disposizione non sarebbe meramente ricognitiva di un principio giurisprudenziale, ma sarebbe in parte costitutiva, poiché, per la prima volta, avrebbe riconosciuto il potere inedito di applicare la confisca per equivalente a un reato ormai prescritto: conseguenza che il reo *deve* poter prevedere al momento del fatto.

Una ulteriore limitazione al *tempus regit actum* si rinviene nella pronuncia con cui le Sezioni Unite hanno affermato l'irretroattività e conseguente applicabilità del nuovo art. 573, co. 1-*bis*, così come modificato dalla Riforma Cartabia, alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile sia intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, quale data di entrata in vigore della citata disposizione⁵⁶. Nell'affermare il siffatto principio di diritto, le Sezioni Unite hanno posto l'attenzione sulla necessità di tutelare il principio del '*legittimo affidamento*' dell'impugnante nell'immutabilità del regime.

Se prima della Riforma Cartabia, l'impugnazione ai soli effetti civili era decisa dal giudice penale, a seguito della novella, essa viene ad essere decisa dal giudice civile. Da qui la rinnovata necessità - che trova consacrazione nel rimaneggiamento dell'art. 78 c.p.p. - che la parte civile, nell'atto di costituzione, non si limiti meramente a richiamare il capo d'imputazione descrittivo del fatto, ma esponga «in modo chiaro e specifico» (art. 163, co. 3, n. 4, c.p.c.) le

⁵⁴ Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2023, n. 4145, Rv. 284209. Il principio di diritto affermato: «la disposizione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. ha, con riguardo alla confisca per equivalente e alle altre forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, natura anche sostanziale ed è, pertanto, inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che ha introdotto la suddetta disposizione».

⁵⁵ Sia consentito rinviare a PICCOLO, *La confisca tributaria di valore tra diritto intertemporale e prescrizione: una "questione di principio... di legalità"*, in www.penaledirittoe procedura.it, 19 febbraio 2024.

⁵⁶ Cass., Sez. Un., 21 settembre 2023, n. 38481, Rv. 285036, § 5.

ragioni della domanda secondo gli stilemi dell'atto di citazione nel processo civile.

La Suprema Corte afferma che l'immediata applicabilità della modifica della Cartabia - non risolvendosi in un mero "aggiustamento cosmetico"⁵⁷, ma mutando in maniera significativa il regime dell'impugnazione agli effetti civili - arrecherebbe un inevitabile *vulnus* al legittimo affidamento dell'impugnante nell'immutabilità del quadro normativo.

Il passaggio di maggior rilievo è il seguente: «possibili limiti o mitigazioni rispetto ad un'assolutizzazione delle regole meramente desumibili dal brocardo *tempus regit actum* sono stati ricavati dalla Corte costituzionale non solo dal principio di "ragionevolezza", ma anche dall'esigenza di tutela dell'affidamento che il singolo dovrebbe poter nutrire nella stabilità di un determinato quadro normativo: affidamento che, almeno quando si trovi, a sua volta, qualificato dal suo intimo legale con l'effettività del diritto di difesa, riceve anch'esso il riconoscimento di principio costituzionalmente protetto»⁵⁸.

La *ratio* sottostante alla garanzia dell'irretroattività si fonda dunque su un principio di tutela dell'affidamento del singolo, che non può essere sempre riportato ad un unico punto di riferimento temporale⁵⁹.

Il quadro normativo, da cui discendono conseguenze in senso lato sanzionatorie ovvero da cui dipende l'assoggettabilità dell'individuo alla sanzione penale, dovrebbe risultare "cristallizzato" al momento del fatto costituente reato in caso di successive modifiche peggiorative, poiché proprio in tale frangente

⁵⁷ Cass., Sez. Un., 21 settembre 2023, n. 38481, Rv. 285036, § 2.6.

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 21 settembre 2023, n. 38481, Rv. 285036, § 3.

⁵⁹ Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349. Del resto, la stessa Corte costituzionale ha esplicitamente affermato che, fatta eccezione per la materia penale sostanziale dove vige l'apposito principio espresso dall'art. 25 comma 2 Cost., al legislatore non è interdetta in via generale la possibilità di emanare norme retroattive sfavorevoli le quali, però, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto».

l'agente può fare affidamento sul rapporto intercorrente tra la sua condotta e le conseguenze a essa ricollegate⁶⁰.

Rebus sic stantibus, è possibile affermare come il fenomeno della successione di leggi nel sistema penale sia composito e così sintetizzabile:

- a) alle *leggi penali* si applicherebbero gli artt. 1 e 2 c.p. in termini irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole con i relativi limiti,
- b) per *leggi processuali penali* mancherebbero indicazioni legislative di portata generale, risolvendosi in un generico richiamo al principio di applicazione immediata ex art. 11 Disp. Att. c.c.;
- c) infine, un gruppo (non meglio circoscritto) di *leggi formalmente processuali*, relative ad istituti diversi, ma caratterizzati da una ragione di “garanzia” per il cittadino, per le quali la disciplina sarebbe quella delle norme penali sostanziali.

Stando così le cose, non vi è dubbio che l'art. 28 co. 5-*bis* d.P.R. n. 448/1988, così come modificato dal Decreto Caivano, debba essere ricondotto alla categoria delle norme processuali a effetti sostanziali⁶¹.

⁶⁰ Come chiarisce MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., 237, la tutela dell'affidamento elaborata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, e in modo non dissimile dalla maggior parte della dottrina, non coincide con la teoria proposta per la successione di norme processuali penali. Mentre quest'ultima postula la sopravvivenza della normativa su cui si è formato l'affidamento, e cioè la possibilità di applicarla anche ad atti successivi al mutamento legislativo, secondo i giudici di Palazzo della Consulta l'affidamento degno di tutela è quello riguardante la normativa vigente nel momento passato in cui si sono svolte determinate attività (*lex temporis*) a fronte di norme sopravvenute retroattive.

⁶¹ Secondo TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, cit., 1574, introdurre delle preclusioni oggettive all'applicabilità del rito differenziato anche per i procedimenti in corso secondo il principio *tempus regit actum* rischia di vedere illegittimamente trattate in modo diverso situazioni analoghe, con correlata violazione dell'art. 3 Cost., poiché, in ipotesi, si potrebbe verificare che per lo stesso fatto commesso da due soggetti in concorso tra loro, uno abbia potuto beneficiare dell'istituto *de quo*, avendovi avuto accesso sin dalla fase dell'udienza preliminare e l'altro, magari, non abbia più questa possibilità nel prosieguo del procedimento, essendo stato rinviato a giudizio nelle more dell'entrata in vigore della legge di conversione.

In primis, poiché la giurisprudenza nazionale-convenzionale è ormai granitica nell'affermare l'irrelevanza della collocazione topografica.

Il fatto che una disposizione - in questo caso l'art. 28 - sia collocato in un *corpus* normativo "di rito", non presentando la paradigmatica combinazione precetto-sanzione, non vale di per sé ad escluderne la natura 'sostanziale'.

Inoltre, il principio di prevedibilità, sancito dal combinato disposto degli artt. 25 co. 2 Cost. e 7 CEDU, non copre solo la sanzione penale *stricto sensu*, ma anche l'insieme delle conseguenze sanzionatorie riconnesse alla commissione di un fatto penalmente rilevante: e tra queste deve rientrare anche la possibilità di accedere alla messa alla prova minorile, quale istituto fondamentale e servente a tutelare i bisogni del minore autore di reato!

L'effetto retroattivo sfavorevole trova un limite insormontabile nel giusto processo, che non si esaurisce nella mera sintesi delle garanzie strutturali di cui all'art. 111 Cost. (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo e imparziale, durata ragionevole di ogni processo), ma impone la «cristallizzazione delle regole del gioco»⁶². Solo l'irrigidimento della piattaforma normativa, sostanziale e processuale, consente all'imputato minorenni di compiere le scelte difensive che ritiene più opportune.

L'inquadramento come 'norma processuale a effetti sostanziali' permetterebbe quantomeno di precludere, nelle more del giudizio di legittimità costituzionale, l'applicazione immediata e sfavorevole dell'art. 28 co. 5-bis d.P.R. n. 448/1988 ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del Decreto Caivano.

4. *Palliativi (giurisprudenziali) poco confortanti e derive sperequative: (ri)partire dal principio... di legalità.* Il ruolo suppletivo della magistratura sembra rappresentare oggi la sola via d'uscita a una legislazione penale frammentaria, involutiva e simbolico-repressiva.

La categoria delle norme processuali a effetti sostanziali rappresenta, a tutti gli effetti, l'attuale e unico stratagemma per evitare le "truffe delle etichette".

Trattasi, però, di un palliativo poco confortante.

⁶² IASEVOLI, *La Cassazione penale «giudice dei diritti»*, Napoli, 2018, 158.

Ragionando per ipotesi. Si pensi al caso in cui la Corte costituzionale dovesse ritenere legittima la preclusione di cui all'art. 28 co. 5-*bis* d.P.R. n. 448/1988, perché appartenente alla discrezionalità non sindacabile del legislatore.

Si potrà, allora, solo sperare che la giurisprudenza di legittimità adotti l'orientamento di norma 'processuale ad effetti sostanziali' per riconoscere maggiori garanzie.

Ma è qui che si annida il cortocircuito sistemico.

Il riconoscimento della efficacia "sostanziale" di una norma è pur sempre rimesso a una valutazione discrezionale della giurisprudenza, la cui attività si orienta con una bussola (piuttosto oscillante) rivolta a Strasburgo⁶³.

Non si dubita che la magistratura abbia svolto e continui a rivestire un ruolo scomodo, in supplenza di un legislatore poco attento alle esigenze di uno Stato sociale di diritto.

La crisi politica⁶⁴ - e con essa la produzione di norme connotate da un inadeguato linguaggio giuridico - ha agevolato il rafforzamento del «libertinaggio interpretativo»⁶⁵ giurisprudenziale, instillando l'idea, avallata dai *mass-media*,

⁶³ Fortemente consigliate, oltre che condivisibili, le osservazioni di CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *questa Rivista*, 2023, 2, *passim*.

⁶⁴ FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 14, secondo cui «l'espansione della giurisdizione e del potere dei giudici è dovuta a molteplici fattori. Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo: innanzitutto nella sovra-produzione delle leggi, che in Italia si contano ormai in decine di migliaia; in secondo luogo nella disfunzione del linguaggio legale, che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente oscurità, tortuosità, vaghezza e talora contraddittorietà dei testi legislativi; in terzo luogo nella crisi della forma generale ed astratta delle norme di legge e nella prevalenza delle leggi-provvedimento, molto spesso a tutela di interessi particolari e clientelari. Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un'«accozzaglia di leggi speciali», composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. Si aggiungano i processi di deregolazione, di delegificazione e di privatizzazione che in questi anni hanno allargato gli spazi del mercato in danno dei diritti sociali e del lavoro. Il risultato è una crisi della capacità regolativa della legislazione - per eccesso o per difetto di regole - che sta minando alle radici la soggezione dei giudici alla legge, snaturando il ruolo sia pure solo tendenzialmente cognitivo della giurisdizione e così deformando l'assetto dello stato di diritto. In breve, l'espansione del cosiddetto diritto giudiziario è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo».

⁶⁵ GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 86, richiamato da FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., nt. 39.

di una magistratura «correttiva degli errori del legislatore e riempitiva di lacune»⁶⁶, baluardo ultimo della Costituzione.

Ma agli iniziali sforzi ermeneutici della giurisprudenza – che ha manovrato *ad hoc* il paradigma classico della “sanzione penale”, onde riconoscere, ove il quadro positivo non lo permetteva, maggiori garanzie – non ha fatto seguito alcun adeguamento da parte del legislatore; e quegli sforzi, ormai sempre più degenera(n)ti in forzature, hanno portato a una radicalizzazione dell’*ars interpretandi* in chiave sostanzialistico-funzionale.

L’assenza di paradigmi certi implica la deriva disfunzionale della imprevedibilità dell’esito interpretativo⁶⁷.

Un esempio sarà più eloquente.

Si ricorderà come, con la nota Sent. n. 278 del 2020⁶⁸, la Corte costituzionale – pur ribadendo fermamente la natura ‘sostanziale’ della prescrizione e, conseguentemente, l’inderogabilità dell’art. 25, co. 2, Cost. – abbia legittimato

⁶⁶ MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1720 ss.

⁶⁷ Diffusamente, IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *questa Rivista*, 2018, 3, 589 ss. Più nello specifico EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 1 dicembre 2019, 1693 ss., secondo cui «il problema cardine, dal punto di vista qui considerato, non attiene all’esistenza della messa alla prova, quale risorsa innovativa (anche rispetto ai riti speciali) che, come s’è detto, si rivela del massimo interesse, sul piano preventivo, nell’ambito delle strategie di risposta al reato, bensì investe l’alto livello, per l’appunto, di incertezza che contraddistingue il sistema penale odierno circa gli esiti processuali: in forza di un’erosione continua del principio di legalità, derivante dalla scarsa qualità tecnica della legislazione, dall’abuso del ricorso alle clausole generali, dalla frammentazione dei rinvii normativi (senza che abbia significativamente inciso, nella prassi, quanto previsto da Corte cost. n. 364/1988), come pure, per ampia parte, dalla creatività giudiziaria, benché accreditata come diritto vivente. Per cui, non di rado, si ha l’impressione che la regola applicabile al caso concreto sarà formulata solo a posteriori, in sede processuale».

⁶⁸ Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278. La pronuncia è stata ampiamente commentata nel panorama scientifico. Si rinvia a MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *questa Rivista*, 2020, 3; GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull’art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell’art. 25, co. 2, Cost.*, in *www.sistemapenale.it*, 26 dicembre 2020; MADIA, *La Corte costituzionale, con la sentenza n. 278 del 2020, salva la disciplina in materia di sospensione della prescrizione previ sta dalla legislazione anti Covid-19*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 28 dicembre 2020; STORTONI, *La legge penale è “ragionevolmente” retroattiva*, in *www.penedirittoe procedura.it*; infine, PICCOLO, *La sospensione emergenziale della prescrizione tra legalità e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 2021, 1.

l'applicazione retroattiva di una norma sopravvenuta e sfavorevole - la causa di sospensione pervista dal D.L. "Cura Italia" del 2018 - giustificandola mediante il viatico della preesistenza del rinvio mobile sancito all'art. 159 co. 1 c.p., che rinvia ad altra fonte la determinazione della causa di sospensione⁶⁹. Tuttavia, il principio di legalità imporrebbe che, nel richiamo contenuto nell'art. 159 c.p. alla «particolare disposizione di legge», sia quest'ultima a preesistere rispetto al fatto.

Ancora. È stata qualificata come norma "meramente" processuale - dunque priva di effetti sostanziali - l'improcedibilità temporale dell'azione penale per scadenza dei termini di impugnazione *ex art. 344-bis c.p.p.*⁷⁰

⁶⁹ Cfr. MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 1, che condivisibilmente afferma che è come se «il sillogismo sviluppato dal Giudice delle leggi, poste alcune solide e condivisibili premesse, si sia poi interrotto proprio al momento di trarre la conclusione che sarebbe stata logicamente necessitata»; una «decisione in chiaroscuro, che riafferma alcuni principi fondamentali del garantismo di matrice liberale, ma che poi lascia del tutto insoddisfatti per la scelta politica di addossare all'imputato in attesa di giudizio i costi dell'inefficienza dello Stato nel gestire il servizio giustizia al tempo della pandemia. Questa ambiguità di fondo si riflette sui difetti della motivazione caratterizzata non solo dalla mancanza di validità sintattica, resa evidente dall'incoerenza della conclusione raggiunta rispetto alle premesse poste, ma anche per la sua struttura sostanziale priva di fondatezza semantica, essendo rimaste irrisolte almeno due fondamentali questioni che rappresentano il presupposto stesso dell'incidente di legittimità costituzionale».

⁷⁰ La L. 27 settembre 2021, n. 134, recante "*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*", ha implementato per la prima volta un confine temporale procedimentale nei soli giudizi d'impugnazione. Il sistema così composto si fonda sul combinato disposto degli artt. 161-*bis* c.p. e 344-*bis* c.p.p. La prima norma stabilisce la cessazione del corso della prescrizione (sostanziale) con la pronuncia della sentenza di primo grado; la seconda, invece, segna un confine temporale predeterminato a efficacia estintiva della *potestas iudicandi* e impositivo di una declaratoria di non luogo a procedere quando, pendente l'impugnazione, non si riesca a giungere a 'definizione' entro due anni nel giudizio di appello ed entro un anno in quello di cassazione. Per un approfondimento, si rinvia a FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2022, 2; ID., *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in *www.ilpenalista.it*, 27 agosto 2021; NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sist. Pen.*, 2022, 2, 51 ss.; CANZIO, *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *www.sistemapenale.it*, 14 febbraio 2022; MAZZA, *A Midsummer Night's Dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in *questa Rivista*, 2021, 2; ID., *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, in *www.penaledirittoeprocedura.it*, 23 febbraio 2022; ID., *Inammissibilità versus improcedibilità: nuovi scenari di diritto giurisprudenziale*, in *Discrimen*, 2 gennaio 2022; SPANGHER, *L'improcedibilità non è la soluzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 19 luglio 2021; ID., *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 11, 1444 s.; DANIELE, *La limitata retroattività in bonam partem dell'improcedibilità dell'impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 1031 ss.; NAPPI, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in

Secondo la Corte di cassazione, invero, «*l'inquadramento 'processuale' dell'art. 344-bis cod. proc. pen. non esclude che l'istituto abbia anche **ripercussioni sostanziali**, anche connesse all'indubbia novità dell'istituto che di fatto rileva in plurimi ambiti, ma esse rilevano quale **mero effetto consequenziale** all'improcedibilità dell'azione alla scadenza del termine fissato dal legislatore per la durata 'ragionevole' del giudizio di impugnazione*»⁷¹.

Non si comprende come le “ripercussioni sostanziali”, pur qualificate come mero “effetto consequenziale”, vengano marginalizzate e, dunque, ritenute irrilevanti.

Vero è che la prescrizione processuale prescinde dalla dimensione fattuale e postula esigenze del tutto differenti dalla prescrizione sostanziale⁷², ma gli effetti dei due istituti finiscono inevitabilmente per sovrapporsi⁷³. Non si tratta, dunque, di “*meri effetti consequenziali*” - riprendendo le parole scelte dalla Corte - ma di primaria importanza, se oggetto dell'indagine è la natura della norma e le garanzie ad essa connesse!

www.questionegiustizia.it, 9 dicembre 2021; DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in questa Rivista, 2020, 1; DE FRANCESCO, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in *Leg. pen.*, 2022, n. 1, 171 ss.; DI BITONTO, *Osservazioni “a caldo” sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2021, 12, 3852 ss.; SIRACUSA, *Note brevi a margine della proposta “Cartabia” di riforma della prescrizione penale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 23 luglio 2021.

⁷¹ Cass., Sez. V, 5 novembre 2021, n. 334, Rv. 282419, § 4.1.3.

⁷² FERRUA, *Regime temporale della improcedibilità e rapporti con l'inanmissibilità: la Cassazione detta le regole*, in *Cass. pen.*, 2022, 1, 152. «Cosa estingue la prescrizione sostanziale? Il reato, e pertanto la punibilità: ecco l'implicazione sostanziale. Cosa estingue l'improcedibilità? Il reato? No, l'ipotesi di reato e, con essa, la punibilità restano in vita; ad estinguersi è direttamente il processo. Quindi, nessuna implicazione sostanziale, ma soltanto processuale; il precetto dell'art. 25 comma 2 Cost. è applicabile in quanto la prescrizione - comunque la si chiami - estingue il reato».

⁷³ Afferma a chiare lettere PULITANÒ, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 5, che «la formula ‘prescrizione del processo’ copre un *effetto sostanziale* corrispondente (per l'imputato) a quello della prescrizione del reato».

Il richiamo alle vicende della sospensione emergenziale della prescrizione per Covid-19 e dell'improcedibilità temporale è servente a porre in evidenza le derive sperequative del creazionismo giudiziario⁷⁴.

Il principio di legalità implica l'esigenza di prevedibilità della norma, nella misura in cui dovrebbe offrire protezione contro le ingerenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche⁷⁵.

Ma l'oggetto dell'attività interpretativa - dunque manipolatrice - è mutato: dal contenuto al contenitore stesso. Il ruolo attuale della giurisprudenza non appare più circoscritto agli spazi dell'interpretazione e della nomofilachia, ma sconfinata nell'attività di "agnizione", cioè nella capacità di conferire una identità agli istituti, mutando la disciplina (intertemporale) da applicare e la latitudine delle garanzie.

Inevitabile è, quindi, la deriva patologica delle disparità di trattamento.

Stando così le cose, è più che mai urgente l'esigenza di una svolta culturale.

È ancora doveroso porre l'accento sulla necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata, ma il problema si radica a monte. La criticità si incida nell'attività di un legislatore incurante delle cause reali della questione minorile, che preferisce la strada del 'punire più severamente', piuttosto che aiutare i soggetti deboli dei territori più disagiati.

Nessun ambito della vita sociale può essere adeguatamente regolato dal diritto se ne vengono ignorate le dimensioni empiriche e se non ci si avvale delle conoscenze delle diverse discipline che studiano, da punti di vista diversi, il fenomeno da regolare⁷⁶.

Oggi tocca ai più giovani, ragazzi nati in contesti difficili, che avrebbero meritato una maggiore attenzione nella previsione di percorsi di istruzione, di

⁷⁴ GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 6, 1989. L'A., dopo aver affermato che le violazioni del principio di legalità processuale e le violazioni di norme processuali non necessariamente coincidono, la conseguenza delle prime si sostanzia nelle prassi devianti e nelle difformità interpretative. Secondo AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 2, 432, la cultura penalistica, tanto per i sostanzialisti che per i processualisti, non riuscirà a ricostruire l'ordine e a stimolare efficacemente il recupero della legalità fino a quando permarrà l'attuale divorzio tra accademia e diritto vivente.

⁷⁵ In tal senso, IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'*, Napoli, 2018, 98.

⁷⁶ CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, 44.

formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile e ad attività di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero. Solo così potrebbe realmente attuarsi un percorso di educazione e responsabilizzazione.

Eppure, il legislatore, ignorando le radici socio-culturali della delinquenza minorile, ha scelto di strumentalizzare, ancora una volta, l'uso simbolico del diritto penale, determinando una regressione nella tutela del diritto all'educazione dei minori⁷⁷ e compromettendo il loro futuro⁷⁸.

Con la modifica introdotta parrebbe venuto meno l'interesse/dovere dello Stato al recupero dei minori resisi responsabili dei reati aggravati di omicidio, violenza sessuale e di gruppo e rapina, per i quali, in fase di cognizione, sostanzialmente non esisterà più alcuna alternativa alla pena⁷⁹.

Niente di nuovo all'orizzonte.

⁷⁷ Per un'analisi china sulla tutela del diritto all'educazione nel sistema multilivello e sulle strutture processuali a essa preposte, si rinvia a IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., *passim*.

⁷⁸ Condivisibilmente scrive PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, cit., 1567, che l'impressione che si trae dall'articolato del c.d. Decreto "Caivano" è quella di un intervento affrettato e tentacolare, mosso dalla preoccupazione di offrire una risposta pronta ed energica alla drammatica e allarmante diffusione di episodi di criminalità che spesso vedono coinvolti i giovani in età minore, ma al contempo calibrato su vicende puntuali. Non può certo dirsi scorretto l'approccio integrato volto a intervenire su fronti diversi; tuttavia, in tale occasione sembra ravvisabile un duplice errore di metodo: l'impiego di un unico strumento normativo per di più individuato nel decreto-legge. Non è questa una materia nella quale la riflessione può essere incalzata da ragioni d'urgenza e sottratta al dibattito delle aule parlamentari; né è consigliabile "confezionare" provvedimenti "omnibus" nei quali far confluire misure relative ai più disparati aspetti implicati dal contesto empirico che sollecita l'intervento riformatore. La questione della criminalità giovanile necessita di un "tavolo dedicato" nel quale avviare un ripensamento organico della disciplina penale minorile (sostanziale e processuale), mettendo altresì mano alla materia sia delle misure di prevenzione sia di quelle propriamente minorili di rieducazione già previste dal R.D.L. n. 1404 del 1934. Sotto questo secondo profilo, non è più procrastinabile la ponderazione circa l'opportunità dell'apprestamento di un complessivo sistema di prevenzione plasmato sulla specificità minorile.

⁷⁹ TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., 1573. Nella previsione di tali preclusioni oggettive si intravede lo spettro di quell'impostazione vigente negli anni anteriori all'avvento della Costituzione repubblicana, che concepiva l'intervento in materia penale come un'azione su un "piccolo uomo criminale", prima da correggere o curare, poi da perdonare o punire, ma non da inserire in una visione più ampia di educazione e protezione.

«Le funzioni simboliche perseguite con la legge penale diventano sempre più indipendenti dalla reale natura dei conflitti e dei problemi in relazione ai quali i simboli vengono prodotti»⁸⁰. Pur nella consapevolezza dell'inidoneità di talune norme di raggiungere lo scopo di tutela, si decide comunque di ricorrere allo strumento penale, con l'unica funzione - puramente simbolica⁸¹ - di assicurare i consociati sulla gestione di un fenomeno di grande allarme sociale, anche servendosi di veri e propri «*show* di energia statuale»⁸².

Si pensi, ad esempio, alla materia degli stupefacenti⁸³. Come si è già visto, il Decreto Caivano ha innalzato da quattro a cinque anni il limite edittale previsto per il reato di cui all'art. 73 co. 5 d.P.R. n. 309/1990: una fattispecie che dovrebbe essere di "lieve entità"⁸⁴.

Ancora, si pensi al settore dell'immigrazione⁸⁵. Il d.l. n. 20 del 2023, di risposta alla tragedia di Cutro, ha aumentato di un anno i limiti edittali delle pene per le ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione (e dell'emigrazione) irregolare semplice e aggravato e ha introdotto l'art. 12-*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che punisce le condotte volte a favorire l'immigrazione irregolare con la reclusione da venti a trenta anni «nel caso in cui ne sia derivata, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone».

Una modifica che ha un ruolo più simbolico-mediatico che effettivo. L'inasprimento delle cornici edittali non produce che un impatto blando sulla

⁸⁰ BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale, Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1989, 47. Si è dinanzi ad una sorta di inversione metodologica per cui non è tanto la giustizia penale ad essere strumento per la soluzione dei conflitti, quanto piuttosto questi ultimi diventano l'occasione per politiche di populismo penale che annunciano una lotta senza quartiere al crimine, ma si rivelano infine incapaci di incidere sulla prevenzione dei fatti dannosi o pericolosi.

⁸¹ Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 473.

⁸² CREMER-SCHÄFER, STEINERT, *Symbolische und instrumentelle Funktionen des Strafrechts*, in *Neue Kriminalpolitik*, 1989, 29, citato da PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 445.

⁸³ MANNA, *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in *Pol. dir.*, 1990, 222 ss.

⁸⁴ CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 11.

⁸⁵ MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, in *questa Rivista*, 2016, 2.

dosimetria sanzionatoria, considerato che già prima della riforma si poteva pervenire al limite invalicabile di trent'anni di reclusione.

La scelta di aumentare simbolicamente di un anno tutte le cornici edittali (minimi e massimi, della fattispecie-base come di quella circostanziata) tradisce quindi le reali intenzioni del legislatore, di poter annunciare l'ennesimo inasprimento delle pene per gli scafisti, al di là di qualsiasi considerazione in ordine all'inadeguatezza delle pene su cui si interviene⁸⁶.

Una tendenza – quella di aumentare in maniera indiscriminata il carico sanzionatorio in chiave simbolico-espessiva che reca in sé la pericolosa illusione di «calmare i bisogni emotivi di pena»⁸⁷ della popolazione – cui siamo probabilmente abituati ormai, ma che non può più lasciare indifferenti.

Non si discute delle difficoltà, ma proprio perché esse esistono, occorre più che mai uscire dall'intorpidimento e porre le basi per un effettivo e consapevole recupero dei principi che fondano uno Stato sociale di diritto.

Del resto, «*difficile, in qualunque grado, vuol sempre dire possibile*»⁸⁸.

⁸⁶ MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in www.questionegiustizia.it, 3 aprile 2023.

⁸⁷ MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, cit., 7.

⁸⁸ Il riferimento è a MANZONI, *Dell'invenzione*, 2023, *Cultura*, 6. «*Dicendomi che la cosa vi pareva moralmente impossibile, che altro volevate dire, se non che vi pareva sommanente difficile a realizzarsi? Difficile, in qualunque grado, vuol sempre dire possibile*».