



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE Alessandro Bondi	11
--------------------------------------	----

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i> George P. Fletcher	31
---	----

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE Luís Greco	37
---	----

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI Sergio Moccia	49
---	----

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI? Tullio Padovani	63
---	----

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA Francesco Palazzo	73
---	----

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA Lorenzo Picotti	83
--	----

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE Antonio Cavaliere	97
---	----

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA Fabio Coppola	119
--	-----

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE Stefano Fiore	131
---	-----

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandroni	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE

Adelmo Manna

Professore emerito di diritto penale, Università degli Studi di Foggia

1. EDUCAZIONE DELLA POPOLAZIONE VS INTERVENTO REPRESSIVO: È IPOTIZZABILE UNA SINTESI?

Ormai le cronache dei quotidiani abbondano, purtroppo, di violenze sessuali ed anche di femminicidi, che dimostrano indubbiamente un istinto predatorio del maschio nei confronti del genere femminile, retaggio evidente di una cultura del possesso, frutto di antichi archetipi, come il *pater familias*, nonostante sia stato abolito con la riforma del diritto di famiglia, seppur nel lontano 1975. La reazione, soprattutto da parte dell'*intelligenza* progressista, giuridica e non, è sinora nel senso di far leva sull'educazione, nella famiglia, nella scuola e nelle università, giacché si ritiene come non sia la (sola) repressione che risolva il problema¹. Su analogo falsariga si sono poste rilevanti voci della letteratura, come Dacia Maraini, che infatti ribadisce la necessità “di raccontare, di fare sapere senza vergogna, quelle che succede in molte famiglie italiane e denunciare prima che sia troppo tardi”².

Risulta indubbiamente rilevante far leva sulla necessità di una mutazione culturale, anche se la stessa non solo necessita di tempi lunghi,

1 (*) Trattasi della nota frase pronunciata dall'attore Gian Maria Volonté nel film del 1970 di Elio Petri, dal titolo: «Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto».

Così, in particolare, P. BALDUCCI, La cultura del possesso dura a sparire - Introdurre nuovi reati e pene? Non è la repressione che risolve il problema, in *Il Tirreno*, 3 giugno 2023.

2 D. MARAINI, L'importanza di raccontare, in *Il Corriere della Sera*, 5 giugno 2023; analogamente C. SARACENO., Le troppe Caivano d'Italia, in *La Repubblica*, 30.8.2023, 27, nonché, da ultimo, S. ALLIVA, L'allarme, l'indignazione e poi il nulla, in *L'Espresso*, 3 settembre 2023, 32.

ma, soprattutto, non risulta agevole nei quartieri degradati, come quello del Parco Verde di Caivano, in provincia di Napoli, tanto è vero che ha suscitato, sempre nell'ambito della cultura c.d. progressista, interventi di segno diametralmente opposto, come quello del Presidente della regione Campania, on. Vincenzo De Luca, che di recente ha pubblicamente proposto addirittura «un anno di assedio militare».

Evidentemente ci troviamo su versanti nettamente opposti e, soprattutto, inconciliabili, per cui riteniamo necessario trovare una sintesi e, in particolare, rinvenire il ruolo più consono da attribuire al fattore educativo e quello più proporzionato e meno “declamato”, da riservare al sistema penale nel suo complesso.

2. LE PROPOSTE AVANZATE DALL'ATTUALE GOVERNO: IN PARTICOLARE, LA CASTRAZIONE CHIMICA ED IL CONTRASTO CON LA CARTA COSTITUZIONALE.

Per rinvenire l'auspicata sintesi, risulta opportuno analizzare le proposte di carattere legislativo avanzate dall'attuale Governo di destra-centro, iniziando con quella, solo apparentemente di carattere provocatorio, portata avanti dal sen. Matteo Salvini, vicepresidente del Consiglio dei ministri e ministro delle Infrastrutture e dei trasporti, che, quindi, riveste nell'attuale Governo un ruolo di prima grandezza. La sua proposta è quella di portare avanti in Parlamento il disegno di legge della Lega sulla castrazione chimica per pedofili e stupratori³.

3 Bisogna tener presente che la castrazione chimica è prevista dalla legislazione di 13 Paesi europei e di 8 Stati degli USA, cui bisogna aggiungere Argentina, Australia, Nuova Zelanda ed Israele. Trattasi di una terapia farmacologica, che può risultare temporanea o definitiva e può essere obbligatoria, oppure subordinata al consenso del soggetto e riguarda, per l'appunto, individui colpevoli, di violenze sessuali e di pedofilia. Va aggiunto che la castrazione chimica a livello medico è utilizzata laddove il soggetto presenti un tumore alla prostata, per cui, eliminata la massa tumorale, è evidentemente necessario, a livello terapeutico, anche impedire, in particolare, l'erezione. Per quanto riguarda il diritto sovranazionale, va rilevato come l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione n. 1945 del 2013, ha dichiarato che: «Nessuna pratica coercitiva di sterilizzazione o castrazione può esser considerata legittima nel XXI secolo». A ciò si aggiunga che l'American Civil Liberties Union sostiene come detta pratica sia contraria alla Costituzione degli Stati Uniti. Anche in Europa la dottrina penalistica ha sostenuto che: «La riduzione di un condannato, sia pure per reati gravissimi ed odiosi, a mero “soggetto” di una operazione farmacologica (...) avrebbe l'effetto di (re)introdurre nell'ordinamento giuridico una pretesa, o meglio, una presa del potere politico, legislativo e giudiziario sul corpo di criminali, che anche nel momento della puni-

Orbene, anche se la proposta di legge della Lega riguarda anche il potenziamento dell'educazione nelle scuole, non può non rilevarsi come la castrazione chimica nel nostro sistema penale, laddove fosse introdotta, rischierebbe di confliggere apertamente con alcune norme di rango costituzionale. La prima è quella di cui all'art. 13 Cost., cioè la tutela della libertà personale, intesa però come *writ of habeas corpus*, cioè intangibilità del proprio corpo senza, ovviamente, il consenso, che costituisce un principio che risale alla *Magna Charta Libertatum*, del re Giovanni Senzaterra che fu costretto a concederla ai baroni inglesi nel lontano 1215.

Il significato, dunque, della tutela della libertà personale non riguarda soltanto la libertà di locomozione, come potrebbe di primo acchito apparire, ma possiede un significato più antico e profondo, cioè, appunto, quello

zione, “devono” restare persone e non possono essere ridotti a cose» (cfr. N. ROSSI, Castrazione chimica: il dibattito politico e la proposta di legge n. 272 del 2018, in *Questione giustizia*, 9 maggio 2019). Quanto, infine, alla dottrina cattolica, per quest'ultima la pratica in oggetto non è ammissibile poiché le amputazioni, mutilazioni o sterilizzazioni direttamente volontarie praticate a persone innocenti sono contrarie alla legge morale: v. Wikipedia, 5 settembre 2023. Per quanto riguarda, più in particolare, gli Stati dell'Europa che la utilizzano in campo penale in genere l'adesione del condannato è volontaria ed informata ed in Svezia, Finlandia e Germania l'età minima del condannato deve oscillare tra i 20 ed i 25 anni. Sussistono, tuttavia, alcuni sistemi penali europei, come, ad esempio, quello della Polonia, ove la castrazione chimica è prevista come punizione obbligatoria, per i colpevoli di stupro di minorenni e di parenti stretti. Più di recente, alla fine del 2011, la Russia ha introdotto la castrazione chimica obbligatoria come pena da comminare ai condannati per reati sessuali contro i minori di 14 anni, sentito, però, il parere di uno psichiatra forense. Nel 2012 anche la Moldavia ha previsto la castrazione chimica come obbligatoria per i colpevoli di stupro verso i minori di 15 anni, ma pochi mesi, dopo, nel luglio 2013, la Corte costituzionale di tale Paese ha dichiarato illegittima detta misura. Infine, sempre per quanto riguarda l'Europa, nel febbraio 2014 la castrazione chimica per i pedofili recidivi è stata approvata dal Parlamento della Macedonia. Per quanto attiene gli Stati Uniti d'America gli Stati che prevedono la castrazione chimica sono costituiti da: California, Florida, Georgia, Louisiana, Montana, Oregon, Texas e Wisconsin, nell'ambito dei quali la castrazione chimica è qualificata come una punizione e, quindi, il più delle volte risulta di carattere obbligatoria. Cfr. A. BUZZELLI, Castrazione chimica, 13 Paesi europei l'hanno già adottata, in *Il Tempo*, 22.8.2023; nonché S. SIRIANNI, Castrazione chimica: esiste in 13 Paesi europei, in *Vanity Fair Italia*, 4 aprile 2019. Né appare condivisibile quanto di recente affermato dalla sen. avv. Giulia Bongiorno, che evidentemente per sminuire la gravità dell'introduzione della castrazione chimica, ha affermato pubblicamente: «Non è un'operazione chirurgica, non è una tortura», cfr. *Il Dubbio*, 18 settembre 2023. Orbene, se, come abbiamo dimostrato *ut supra*, sulla prima affermazione non possiamo che essere d'accordo, sulla seconda, invece, dissentiamo, tenendo conto che nel delitto di tortura, *ex art. 613 bis c.p.*, non solo sussiste il requisito della violenza e della minaccia, che dovranno necessariamente essere utilizzate per praticare la castrazione chimica al detenuto, ma uno degli eventi è costituito da “un verificabile trauma psichico”, che è facile si verifichi in pratiche di questo genere. Cfr., in argomento, V. STELLA, Castrazione chimica? Inutile, inumana e incostituzionale, in *ibid*, 19 settembre 2023.

dell'intangibilità del proprio corpo⁴, che risulta in evidente contrasto con la castrazione chimica, anche perché quest'ultima verrebbe imposta, e pure se non lo fosse, il consenso non potrebbe renderla lecita a causa dell'art. 5 del codice civile, che, come è noto, vieta gli atti di disposizione del proprio corpo laddove, come nel caso della definitiva, cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica⁵. Residuerrebbe, però, non coperta dall'art. 13 la castrazione chimica temporanea, che, tuttavia, si pone in conflitto con altra norma costituzionale che, almeno a nostro avviso, si pone in radicale contrasto con l'eventuale introduzione della castrazione chimica *tout court*, cioè l'art. 27, 3° comma, della Costituzione, soprattutto se non la si intende limitata alla sola fase esecutiva, ma riguardante anche il processo di cognizione e financo quello legislativo. In tal modo, abbandonata la "compromissoria" teoria polifunzionale della pena, che infatti tende a salvare la retribuzione come essenza della pena stessa⁶ e, quindi, implicitamente la legge del taglione, di cui notoriamente la retribuzione costituisce la razionalizzazione, la funzione rieducativa, da intendersi come reinserimento sociale⁷, è evidente come confligga in maniera netta con la castrazione chimica, giacché quest'ultima, impedendo anche temporaneamente una fondamentale funzione corporea del soggetto, inciderebbe sicuramente pure sul suo re-inserimento nel contesto sociale.

L'ultima norma di carattere costituzionale che appare confliggere decisamente con la proposta di introduzione della castrazione chimica, risulta essere costituita dall'art. 32 della Costituzione, non solo nel senso che la salute è, in primo luogo, un fondamentale diritto dell'individuo e solo subordinatamente un interesse della collettività, ma anche nel senso che nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per

4 Cfr., per tutti, G. AMATO, Sub art. 13, in Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA, Rapporti civili, Artt. 13-20, Zanichelli, 1977, 1 ss.; v. già ID, Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale, Giuffrè, 1967, 105 ss.; va, però, rilevato che vi è chi, come A. BARBERA, I principi costituzionali della libertà personale, Giuffrè, 1967, 98 ss.; 120, preferisca intendere la libertà personale come "libero sviluppo della persona umana". Dello stesso v., da ultimo, ID, Un moderno "Habeas Corpus"?, 27 giugno 2013, in www.antonioacasella.eu; fra i penalisti, cfr. G. VASSALLI, La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali, in Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei, V, Cedam, 1958, 355 ss.

5 Cfr. per tutti, R. ROMBOLI, La libertà di disporre del proprio corpo, Art. 5, in Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di F. GALGANO, Zanichelli, 1988, Delle persone fisiche (art. 1-10), 1 ss.

6 Così, invece, G. VASSALLI, Funzioni e insufficienze della pena, in RIDPP, 1961, 326 ss.

7 In argomento in particolare, G. FIANDACA, Commento all'art. 27, comma 3, Cost., in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Zanichelli, 1991, 222 ss.

disposizione di legge, ed in ciò l'interpretazione, soprattutto, della Corte costituzionale, ha inteso tale obbligo solo con riferimento alle malattie "epidemiche" e "diffusive", da cui la legittimità della vaccinazione obbligatoria, ma, in ogni caso, non si possono violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana⁸, che invece verrebbero sicuramente oltrepassati nel caso della malaugurata introduzione della castrazione chimica⁹.

Né, d'altro canto, appare un rimedio idoneo quello di abbassare l'età relativa alla imputabilità, di recente proposto dalla sen. Giulia Bongiorno, sempre della Lega, giacché appare pienamente condivisibile la risposta effettuata dall'avv. Francesco Petrelli, attuale presidente dell'UCPI in un interessante articolo, dal titolo assai significativo, dal quale si può chiaramente dedurre come tale proposta non aiuterà di certo ad evitare l'«infanzia *ferox*»¹⁰.

In conclusione, le proposte di intervento a livello penalistico avanzate dalla Lega ci paiono il frutto di un diritto penale a forti tinte repressi-

8 Cfr. D. VINCENZI AMATO, Sub art. 32, comma 2, in Commentario alla Costituzione, a cura di G. BRANCA, Rapporti etico-sociali (Artt. 29-34), Zanichelli, 1976, 167 ss.

9 A questo proposito lascia francamente perplessi che nel Convegno del C.O.A. di Roma, del 13 settembre 2023, su: DDL Nordio e DDL Roccella, i relatori che si sono occupati, in particolare, del d.d.l. Roccella, nonché la moderatrice, avv. Irma Conti, nonché il magistrato del Tribunale penale di Roma, dott. Valerio de Gioia, e, soprattutto, il Sottosegretario al ministero della Giustizia, on. Andrea Ostellari, della Lega, non si siano sostanzialmente posti i problemi di legittimità costituzionale della castrazione chimica, perché, in particolare per il primo, viene considerata come alternativa alla pena detentiva - e quindi, implicitamente, frutto di una scelta volontaria, che, però, va rilevato *ex adverso* come sia non certo libera, bensì condizionata, e su analoga falsariga si è posta l'avv. Conti, che, infatti ha privilegiato le esigenze di prevenzione generale, c.d. negativa, cioè della deterrenza, rispetto a quelle legate alla prevenzione speciale. Soprattutto, però, dal Sottosegretario, è giunta la «sorpresa», giacché la «pratica» in oggetto non è dallo stesso considerata una pena, bensì un non meglio precisato "strumento", in mano al p.m. ed al giudice penale, così, evidentemente, aggirando i problemi costituzionali, che abbiamo già analizzato, soprattutto quello relativo alla conformità, o no, dell'istituto in analisi con l'art. 27, 3° comma. In tal modo le esigenze legate alla politica prevalgono sul linguaggio tecnico-giuridico, in particolare da parte di chi, per sua stessa ammissione, prima di rivestire gli incarichi politici, svolgeva la professione di avvocato penalista.

10 F. PETRELLI, Punire i bambini non ci aiuterà ad evitare l'infanzia *ferox*. La maturità precoce dei giovani? Un assunto tutto da dimostrare, in *Il Dubbio*, 5 settembre 2023, 9; in senso sostanzialmente analogo si è anche espresso l'avv. Nicola Quatrano, del Foro di Napoli, ex magistrato penale, che in una recente intervista, proprio in relazione alla proposta della sen. avv. Giulia Bongiorno di diminuire l'età rilevante ai fini dell'imputabilità, ha replicato testualmente, in maniera icastica ma efficace: «siamo di fronte alle solite misure strombazzate sull'onda di certi avvenimenti per tenere buona l'opinione pubblica», cfr. G. GRIMOLIZZI, L'intervista: "I bambini vanno aiutati, non puniti. Il Daspo ai minori? Classista", in *Il Dubbio*, 6/9/2023; nonché L. LIPPERINI, A incappare nel pugno di ferro sono i giovani, in *L'Espresso*, 15 settembre 2023, 9.

vo-stigmatizzanti, che, a parte i notevoli dubbi di costituzionalità avanzati, non appaiono costituire strumenti adatti a contrastare adeguatamente i fenomeni criminali relativi alla violenza sessuale ed anche al femminicidio, perché rischiano di assumere una valenza di stampo puramente simbolico-espressivo, senza, quindi, la possibilità di giungere alla radice dei problemi e ciò, si badi, non solo a livello penalistico, ma anche da un punto di vista socio-culturale.

3. IL D.D.L. ROCCELLA-PIANTEDOSI-NORDIO: LIMITI, ANCHE DI NATURA COSTITUZIONALE, RIGUARDO AD UN INTERVENTO DI CARATTERE ESSENZIALMENTE REPRESSIVO, PUR SE ANDREBBE SALUTATO CON FAVORE L'INTERVENTO IN MATERIA DI MISURE CAUTELARI, CON PARTICOLARE RIGUARDO AGLI ATTI PERSECUTORI.

Il d.d.l. avente ad oggetto: “Disposizioni per il contrasto alla violenza sulle donne e contro la violenza domestica”, proposto dal ministro per la Famiglia, la natalità e le pari opportunità, Eugenia Roccella, dal ministro dell’Interno, Matteo Piantedosi e dal ministro della Giustizia, Carlo Nordio, è stato approvato dal Consiglio dei ministri n. 38 del 7 giugno 2023¹¹.

Il d.d.l. si occupa, in primo luogo, del potenziamento delle misure di prevenzione, e, in particolare, del rafforzamento dell’” ammonimento” da parte del questore, in relazione al quale si includono ora anche i c.d. reati-spia, cioè quelli che avvengono nel contesto delle relazioni familiari ed affettive, sia attuali che passate. Trattasi delle percosse, della lesione personale, della violenza sessuale, della violenza privata, della minaccia grave, degli atti persecutori, della diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, della violazione di domicilio e del danneggiamento. Si prevede, altresì, l’aggravamento della pena, laddove i reati di violenza domestica o contro le donne siano commessi da un soggetto già ammonito, anche nell’ipotesi in cui la vittima risulti diversa da quella che ha effettuato la segnalazione in relazione alla quale è stato adottato l’ammonimento. Per

11 Presidenza del Consiglio dei ministri, Palazzo Chigi, Comunicato stampa, Consiglio dei ministri n. 38, 7/6/2023; cfr., in argomento, La stretta sui femminicidi: il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri, in *Altalex*, 29/8/2023; T. CORSARO, Violenza donne, Cdm approva il nuovo ddl. Roccella: “rafforzate le misure cautelari”, in *Politica*, 7 giugno 2023.

la richiesta di revoca, infine, i soggetti ammoniti dovranno aspettare almeno tre anni e dovranno, altresì, aver ottenuto valutazioni positive in appositi percorsi di recupero.

Altro profilo caratterizzante il d.d.l. in oggetto riguarda il potenziamento delle misure di prevenzione previste dal codice antimafia, ovverosia la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. Tali misure potranno essere, infatti, applicate anche agli indiziati di reati legati alla violenza contro le donne ed alla violenza domestica e, comunque, si applicheranno indipendentemente dalla commissione di un precedente reato. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza sarà applicata agli indiziati di questi gravi reati ma con modalità di controllo elettroniche che, tuttavia, ne richiedono il consenso. Nel caso in cui, però, tale consenso venga negato, la durata della misura di prevenzione non potrà essere inferiore a due anni ed il soggetto dovrà, altresì, presentarsi periodicamente all'autorità di pubblica sicurezza. Sarà, infine, obbligatorio e non più facoltativo per il Tribunale, imporre a tali indiziati il divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, nonché l'obbligo di mantenere una determinata distanza, non inferiore a 500 metri, da tali luoghi e dalle vittime. Si potrà, da ultimo, stabilire in via di urgenza e temporaneamente il divieto di avvicinamento e comunque le relative violazioni verranno punite con la reclusione da uno a cinque anni e sarà consentito anche l'arresto in flagranza «differita».

Orbene, l'utilizzazione di tali misure di prevenzione, in particolare di quelle antimafia, evidentemente, sono dovute anche al fatto che sia la sentenza De Tommaso della Corte EDU, del 23 febbraio 2017, che anche le sentenze nn. 24 e 25 del 2019 della C. cost. italiana, non hanno mai riconosciuto alle misure di prevenzione l'appartenenza al diritto penale, legittimando, così, la loro originaria natura di misure amministrative "di polizia" o, al più, di misure di carattere civilistico, analoghe alla *civil forfeiture*, di origine anglosassone.

Non sono, quindi, stati ritenuti rilevanti, nel caso delle misure di prevenzione, i c.d. criteri Engel, della Corte EDU, che possono essere applicati anche in via disgiunta e che attengono alla identificazione della «materia penale», attraverso sia la non vincolatività del *nomen iuris*, che il carattere punitivo e non puramente preventivo della misura, che, infine, il grado di afflittività¹².

12 Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in www.hudoc.echr.coe.int; cfr. altresì Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1985, in RIDPP, 1985, 894, con nota di C.E. PALIE-

Pur tuttavia, il legislatore dovrà ora fare i conti con un'importante e, sotto diversi profili, inaspettata novità proveniente proprio dalla Corte EDU, Prima Sezione, del 28 agosto 2023, riguardante il noto caso di Gaetano, Vincenzo e Salvatore Vito Cavallotti, che, essendo stati assolti dall'imputazione di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, si sono poi visti applicare la misura di prevenzione della confisca, per cui hanno fatto ricorso alla Corte EDU che questa volta è andata di ben diverso avviso, rispetto alla precedente giurisprudenza che abbiamo ricordato, richiedendo, con questa pronuncia, allo Stato italiano di pronunciarsi e, quindi, di rispondere, entro il prossimo 13 novembre, sia sotto il profilo della eventuale violazione della presunzione di innocenza, garantita dall'art. 6, § 2 della Convenzione, sia sotto quello di cui all'art. 7 della Convenzione, con riguardo al principio di stretta legalità e quindi di «prevedibilità» delle decisioni giudiziarie, sia infine sotto l'aspetto dei principi di necessità e proporzione¹³.

I quesiti, davvero importanti, posti finalmente dalla Corte EDU, circa la presunzione d'innocenza, il fatto che si tratti, o no, di una sanzione penale «surrettizia», come tale violativa dell'art. 7 della Convenzione europea e, infine, se tale forma di confisca sia proporzionata e, soprattutto, necessaria, nonostante la sussistenza di una sentenza di assoluzione in sede penale, è evidente come pongano in una seria crisi di legittimità, in particolare, le misure di prevenzione antimafia ma, aggiungiamo noi, anche il sistema generale delle misure di prevenzione, giacché per la prima volta i principi del diritto penale di stampo liberal-garantista appaiono prevalere sulle esigenze preventive e di carattere repressivo, che invece sono poste a fondamento ancora della parte sinora analizzata del disegno di legge da cui abbiamo preso le mosse. Sarà, quindi, interessante verificare, entro il prossimo 13 novembre, quale sarà la risposta del legislatore italiano, che, ci auguriamo, laddove si dovesse allineare al nuovo orientamento della Corte EDU, dovrà anche inevitabilmente incidere sul disegno di legge in questione. A questo proposito va aggiunto che la risposta affidata all'Avvocatura Generale dello Stato non convince, perché distingue fra “partecipazione”

RO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ed una svolta radicale; in argomento, in generale, sia consentito il rinvio anche a A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa University Press, 2019, quivi 176 ss., cui si rinvia pure per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

13 European Court of Human Rights, First Section, Application n. 29614/16, Salvatore Cavallotti c. Italia e altre ulteriori applicazioni, comunicata il 10 luglio 2023 e pubblicata il 28 agosto 2023; in argomento, G.D. CAIAZZA, *Prevenzione e punizione*, in *Il Riformista*, 29 luglio 2023.

ed “appartenenza” o “affiliazione”, distinzione invero tautologica, per poi ribadire la natura “amministrativa” delle misure di prevenzione.

Purtroppo, da quanto emerge anche dagli organi di stampa, il legislatore non sembra affatto orientato nel senso pure da noi qui auspicato, giacché nella bozza di d.d.l. c.d. Caivano, di ben 14 articoli, approvato dal Consiglio dei ministri in data 7 settembre¹⁴, si continua ad utilizzare il sistema delle misure di prevenzione, questa volta introducendo la possibilità per il questore di ammonire i ragazzi già a partire dagli anni 12, allo scopo dichiarato di garantire le vittime di bullismo e violenze domestiche. Il sistema dovrebbe così funzionare: si convoca in questura il minore insieme ad almeno uno dei genitori, lo si avverte di astenersi da ulteriori atti di molestia o violenza e si potrà, infine, sanzionare la famiglia con una multa fino a 1000 euro. La bozza di decreto legge prevede, altresì, che, laddove un minore di più di 14 anni, già condannato, riceva un avviso orale - ad es. per un caso di *stalking* - il questore potrà chiedere al Tribunale di togliere al minore il telefonino, nonché di vietare allo stesso l'uso di piattaforme, servizi informatici e telematici. Sussiste anche la proposta di potere emettere il D.A.SPO. urbano, ovverosia il divieto temporaneo di frequentare determinate zone, come misura a tutela del decoro cittadino, anche nei confronti dei minori, dagli anni 14 in su. A tale misura si aggiunge la previsione di misure di certificazione dell'età per l'accesso ai siti *hot* ed un incoraggiamento alle famiglie circa l'uso del *parental control* sui dispositivi in uso ai minori.

Come può, quindi, chiaramente constatarsi, continua anche nella bozza di decreto legge l'utilizzazione delle misure di prevenzione, senza che il legislatore mostri in qualsivoglia modo di tener conto degli avvertimenti contenuti nel provvedimento giurisdizionale della Corte EDU.

Volendo ora, per coerenza sistematica, terminare l'esame della bozza di decreto legge, si rileva come venga anche abbassata da nove a sei anni la pena edittale minima, affinché un minore possa essere sottoposto a custodia cautelare in carcere; ciò significa che potrà essere utilizzata la misura cautelare non solo per l'omicidio, ma anche, ad esempio, per le rapine.

Ciò, tuttavia, viene, per fortuna, bilanciato con l'incentivazione della messa alla prova del minore, che può, infatti, evitare il processo per reati con pena massima sino a cinque anni di reclusione, a patto, però, che

14 Trattasi ora del d.l. 15 settembre 2023 n. 123, in G.U., n. 216, del 15 settembre 2023; in argomento, P. MOLINO, In G.U. il D.L. Caivano di contrasto alla criminalità giovanile, in Il Quotidiano giuridico WKI, 19 settembre 2023.

acceda ad un percorso di reinserimento sociale “con svolgimento di lavori socialmente utili per un periodo compreso da uno a sei mesi”.

Lascia, tuttavia, ancora più perplessi la proposta di inserire un nuovo articolo nel codice penale che prevederebbe una pena della reclusione fino a due anni in capo ai genitori «che non mandano i figli alla scuola dell’obbligo». La mancata, regolare frequenza scolastica costerà, poi, alla famiglia anche la perdita del diritto all’assegno di inclusione o, comunque, la sua sospensione.

Sotto questo ultimo profilo, lascia francamente perplessi l’utilizzazione del diritto penale, per rendere coercitivi gli obblighi di carattere educativo spettanti ai genitori, perché ciò significa una, invero anomala, intrusione del diritto penale in un ambito che non è ad esso proprio, perché si confonde la repressione con l’educazione, tanto è vero che ciò ha già suscitato notevoli critiche sia da parte dei giudici che si occupano di minori¹⁵, che da parte di operatori, anche di carattere ecclesiastico¹⁶.

Si prevedono, infine, nella bozza di decreto legge, anche pene più severe per la detenzione, il traffico e la produzione di sostanze stupefacenti che, laddove di lieve entità, si rischiava la pena da sei mesi a quattro anni, ma ora il d.l. eleva la stessa da uno a cinque anni. Ciò consente l’arresto facoltativo in flagranza per i minori dai 14 anni in su per spaccio, oltre che per violenza a pubblico ufficiale, reato in genere commesso nel momento in cui il giovane spacciatore viene arrestato. Sono aumentate le pene anche per il reato di porto abusivo di armi ed è, da ultimo, invece da salutare con favore l’istituzione di «osservatori territoriali», sulla devianza giovanile almeno per avere un controllo sul campo e non invece limitarsi soltanto all’utilizzazione di strumenti o preventivi o, addirittura, repressivi.

In conclusione, anche la bozza di decreto legge si muove su analoga falsariga del disegno di legge Roccella-Piantedosi-Nordio, nel senso, per dirla con il saggista e politico Isaia Sales, che trattasi, con riferimento alla iniziativa governativa in rapporto alla violenza giovanile, di una “risposta che non risolve”¹⁷.

15 Cfr. D. DEL PORTO, I giudici insorgono: «le grida manzoniane non fermeranno la violenza minorile», in *La Repubblica*, 7 settembre 2023, 3.

16 Cfr. I. CARRA, Intervista al cappellano don Burgio: «Educare, non punire. A furia di Daspoli facciamo diventare imputati per forza», in *La Repubblica*, etc. cit., 4; A. GEMMA, Intervista al maestro Cesare Moreno: «Uno spot pensato per sfogare la rabbia. Ma il vero problema sono gli adulti», in *ibid*, loc. ult. cit.

17 I. SALES, Il Governo e la violenza giovanile. La risposta che non risolve, in *La Repubblica*, 7 settembre 2023, 32.

Volendo ora concludere l'esame del d.d.l. Roccella-Piantedosi-Nordio, che molto probabilmente sarà preceduto dall'assai più rapido decreto legge che abbiamo testé descritto e che, quindi, avrà sicuramente la priorità, ricordiamo in sintesi gli ulteriori punti più salienti e cioè: a) la velocizzazione dei processi anche nella fase cautelare, ampliando le fattispecie per le quali è assicurata priorità, evidentemente anche in rapporto al c.d. Codice rosso ed alla sua implementazione¹⁸; b) le attribuzioni del Procuratore della Repubblica fra cui la previsione dell'obbligo di individuare uno o due Procuratori aggiunti per la cura degli affari in materia di violenza contro le donne e domestica; c) l'inserimento nel codice di procedura penale di un nuovo articolo, avente ad oggetto: «Misure urgenti di protezione della persona offesa», con cui si prevede che il p.m. abbia un massimo di trenta giorni dall'iscrizione della persona indagata nell'apposito registro per valutare se richiedere o no l'applicazione delle misure cautelari; d) si prevede, altresì, la pena della reclusione da sei mesi a tre anni, con l'arresto obbligatorio in flagranza, nel caso di violazioni dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, nonché della violazione degli ordini di protezione emessi dal giudice in sede civile: in altri termini, si tratta della utilizzazione del modello del reato di inottemperanza, che svolge la funzione rafforzativa del divieto; e) si stabilisce, altresì, anche se la relativa problematica suscita sovente e pure nel caso di specie non poche riserve, il c.d. arresto in flagranza «differita» per colui che sarà individuato in modo inequivocabile quale autore di una condotta, come la violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare o del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, i maltrattamenti in famiglia e gli atti persecutori, sulla base di documentazione video-fotografica, o che derivi da applicazioni informatiche o telematiche. Ciò deve avvenire, comunque, entro le 48 ore dal fatto; f) si prevede, inoltre, l'applicazione della misura cautelare in carcere anche nel caso di manomissione dei mezzi elettronici e degli strumenti di controllo disposti con la misura degli arresti domiciliari, che, sia detto per inciso, vanno invece, a nostro avviso, salutati con favore, soprattutto perché gli arresti domiciliari nel caso del delitto di atti persecutori, con l'utilizzazione, però, del braccialetto elettronico – già normativamente previsto, ma scarsamente utilizzato nella prassi, perché troppo costoso – potrebbe davvero contribuire efficacemente ad evitare

18 Cfr. in argomento, di recente, V. de GIOIA, Strumenti contro le violenze alla persona. Manuale pratico per la tutela delle vittime vulnerabili, Ad Maiora, 2023, spec. 273 ss.

che, come suol dirsi, «il reato sia portato a conseguenze ulteriori»¹⁹. A ciò si aggiungano quelle di allontanamento dalla casa familiare o di divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; g) si estende, poi, la previsione dell'immediata comunicazione alle vittime di violenza domestica o contro le donne di tutte le notizie inerenti alle misure cautelari disposte nei confronti dell'autore del reato; h) si prevedono, da ultimo, due interessanti disposizioni, di cui la prima attiene alla sospensione condizionale della pena, che in determinati casi risulta subordinata alla partecipazione a specifici «percorsi di recupero» ove è necessario, però, anche il superamento di tali percorsi con esito favorevole, accertato dal giudice. In tal modo il beneficio della sospensione condizionale della pena non risulta più come, purtroppo, ancora oggi avviene, prevalentemente una sorta di «grazia giudiziale», ma assume le sembianze del *probation*, nel senso che il beneficio viene acquisito solo laddove il soggetto se ne dimostri davvero meritevole; i) si introduce, infine, una provvisoria a titolo di ristoro «anticipato» in favore della vittima, ovverosia in caso di morte, dei suoi aventi diritto che, a seguito di gravi reati contro la persona, vengano a trovarsi in stato di bisogno. Si supera, in tal modo, l'attuale limite della necessità dell'acquisizione della sentenza di condanna.

Da ultimo, l'8 settembre 2023 è stato approvato definitivamente dalla Camera dei deputati il d.d.l. sulla violenza domestica o di genere, che, in modifica al c.d. «Codice rosso» contro la violenza sulle donne (l. n. 69/2019), introduce anche un'ulteriore ipotesi di avocazione delle indagini preliminari da parte del P.G. presso la Corte d'appello, laddove il P.M. non abbia la possibilità di sentire la vittima entro tre giorni dalla denuncia. Lo stesso Procuratore Generale potrà acquisire con cadenza trimestrale dalle Procure della Repubblica del distretto i dati sul rispetto del termine, appunto, di cui all'art. 362, comma 1-*ter*, c.p.p., e sarà, infine, suo onere inviare al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale²⁰.

In conclusione, dai plurimi interventi legislativi, dal d.d.l. Roccella-Piantadosi-Nordio, al d.l. approvato dal Consiglio dei ministri il 7 set-

19 In argomento, da un punto di vista, però, del diritto penale sostantivo, cfr. D. BRUNELLI, Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica, Giappichelli, 2000.

20 Camera dei deputati, Proposta di legge n. 1135, approvata dal Senato della Repubblica il 3 maggio 2023 e trasmessa in pari data alla Camera dei deputati, che l'ha approvata, definitivamente, appunto, l'8.9.2023: cfr. Diritto e Giustizia, 11.9.2023.

tembre, sino alla l. di modifica del Codice rosso, emerge un'utilizzazione del diritto penale in chiave simbolico-espressiva, nel senso che si è deciso di intervenire, soprattutto dopo gli episodi criminosi del Parco Verde di Cavaiano, con norme incriminatrici, che addirittura si inseriscono nell'ambito dell'educazione familiare, facendo diventare un'ipotesi delittuosa, punita questa volta con il carcere, il mancato invio dei figli alla scuola dell'obbligo. Se a ciò si aggiunge l'utilizzazione massiva di un diritto c.d. di polizia, solo formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale, perché, in particolare, afflittivo, secondo il terzo criterio Engel, cioè quello relativo alle misure di prevenzione, emerge, per l'appunto, un modello di diritto penale «totale», nel senso che quest'ultimo è invocato in ogni situazione come intervento salvifico e, soprattutto, quale preteso rimedio – politicamente e mediaticamente remunerativo – a vari mali sociali.

Ciò, come giustamente a suo tempo ha chiarito il compianto Filippo Sgubbi²¹, comporta il sacrificio dei principi fondamentali di garanzia, offuscata dal vigente clima di populismo e giustizialismo, che allontana sempre più il diritto penale dal modello liberal-garantista, dalla tutela dei beni giuridici e, infine, dalla salutare distinzione tra diritto e morale.

Il diritto penale totale è, in primo luogo, «senza legge», giacché all'opera di definizione dell'illecito partecipano fonti anche di natura sociale e perfino legate a formule algoritmiche; emergono, quindi, nuovi paradigmi punitivi, quali discriminazione, minoranza, vittime del passato e del futuro.

È, in secondo luogo, «senza verità», nel senso che la verità assoluta su cui si dovrebbe costituire una norma penale condivisa da tutti i consociati, viene sostituita da tante verità relative, che danno origine a sistemi penali differenziati, accentuando così le divisioni sociali ed i connessi conflitti.

Il diritto penale totale «prescinde, infine, dalla colpa individuale» nel senso che, come è, del resto, avvenuto anche nell'ambito qui analizzato, la sanzione, a ben considerare, è meritata non tanto per ciò che il soggetto ha compiuto colpevolmente, quanto piuttosto per ciò che il soggetto è, per origine e storia, per il suo ruolo nella società, per la sua pericolosità sociale.

In definitiva, l'illecito penale funziona quale base di legittimazione di scelte di opportunità politica, per cui si assiste al passaggio dalle norme penali che puniscono a quelle che conferiscono legittimazione a decidere:

21 F. SGUBBI, Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi, Il Mulino, 2019, passim; in senso pressoché conforme, da ultimo, L. MANCONI, La cura penale, in La Repubblica, 15 settembre 2023, 33.

in sintesi, si può assistere al passaggio, niente affatto indolore, dal "fatto" al "sospetto". Quando, infatti, il diritto penale si sostituisce alla morale, come nel caso che abbiamo già lumeggiato, si rischia di dar luogo, appunto, ad un diritto penale a forti tinte simbolico-espressive, che ricordano, almeno a nostro avviso, un altro tentativo, peraltro assai meno «invasivo», quale quello relativo alla l. Jervolino-Vassalli, n. 309/1990, ove sussisteva una norma penale, peraltro, non a caso, priva di sanzione, che stabiliva: «drogarsi è illecito», augurandosi così, il legislatore, o, soprattutto, sperando, di incidere anche in tal modo sulla coscienza collettiva. Il risultato fu, tuttavia, negativo perché un anno dopo la norma fu, non a caso, abrogata dal *referendum* proposto dal Partito radicale²². Ciò non toglie, però, che l'attuale Governo si è anche occupato della scuola, nel senso che, come ha riferito il ministro dell'Istruzione e del Merito, sen. Giuseppe Valditara, si sta elaborando un d.d.l. che conterrà la riforma dell'istruzione tecnico-professionale e del voto di condotta; «Agenda Sud» sarà, quindi, strategica per riunire l'Italia e così pure il docente *tutor* ed il docente orientatore, che dovrebbero aprire la sfida della personalizzazione dell'istruzione per una scuola «costituzionale» che, sempre secondo il Ministro, dovrebbe mettere al centro la persona²³.

Nonostante tali buoni propositi, da quanto sinora è emerso, nell'ambito della politica dell'attuale Governo di destra-centro, appare decisamente preponderante l'utilizzazione, sotto varie forme, del sistema penale nelle sue diverse configurazioni, rispetto ai profili più strettamente di carattere educativo, segno evidente che per il Governo in carica risulta assai più importante, anche in un'ottica di acquisizione di consenso elettorale, che sembra in quest'ultimo periodo manifestare qualche crepa, utilizzare la leva repressiva, piuttosto che quella educativa²⁴.

22 Sia consentito, in argomento, il rinvio a A. MANNA, Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa, in F. BRICOLA-G. INSOLERA (a cura di), La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti, Cedam, 1991; nonché in Pol. Dir., 1990, 217 ss.

23 Cfr. S. INTRAVALIA, Tutor anti abbandono e più peso alla condotta così cambia la scuola, in La Repubblica, 4 settembre 2023, 21.

24 Cfr. a questo proposito, in senso critico, con particolare riguardo al trattamento della criminalità minorile, L. MANCONI-F. RESTA, L'adolescenza cancellata, in La Repubblica, 12 settembre 2023, 25; nonché, in senso altrettanto critico, con riferimento al Decreto Caivano, si esprime lo S. STAIANO, Presidente dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Decreto Caivano, l'ultimo schiaffo del populismo alla Costituzione, in Il Dubbio, 12 settembre 2023, ove l'illustre Autore accomuna il decreto in oggetto, la catastrofe di Cutro, la questione del concorso esterno, il disordine dei *rave party* e l'ergastolo ostativo, come altrettante conferme che alcuni capisaldi di civiltà giuridica in campo penale, accolti dalla Costituzione, sono sospinti fuori orizzonte. Da ultimo, il collega Maiello,

4. IL NETTO CAMBIO DI PARADIGMA OFFERTO, A LIVELLO DI DIRITTO PENALE COMPARATO, DALLA LEY ORGANICA 10/2022 DEL 6 SETTEMBRE «DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL»: PREVALE, INFATTI, IL PROFILO DI CARATTERE LATO SENSU EDUCATIVO, RISPETTO A QUELLO DEL DIRITTO PENALE CHE SVOLGE, PERTANTO, DAVVERO IL RUOLO DI EXTREMA RATIO.

Lo scrivente è indubbiamente debitore del collega Giovanni Flora, in quanto gli ha prospettato l'esistenza di un'importante legge su tali argomenti in Spagna, giacché quest'ultimo si è dovuto recare in quel Paese per tenere una relazione di carattere comparatistico sul tema.

Trattasi della *Ley Orgánica* 10/2022 del 6 di settembre «*de garantía integral de la libertad sexual*»²⁵. Tale legge è il frutto di una sintesi, non senza contrasti, tra il Partito socialista di Pedro Sánchez Pérez-Castejón (Psoe) e Unidas Podemos, a sinistra dello stesso Partito socialista²⁶, che presenta una struttura del tutto diversa dal modello, quasi esclusivamente di carattere repressivo, che abbiamo sinora descritto, per quanto riguarda il nostro Paese.

La *Ley Orgánica*, infatti, dà preliminarmente spazio alla parte proprio di carattere educativo e culturale, rispetto a quella più strettamente penalistica, proprio perché si ritiene che le violenze sessuali non costituiscano una questione individuale, bensì di carattere sociale ed inoltre che non si tratta di una problematica congiunturale, ma strutturale, strettamente collegata, appunto, con una determinata cultura sessuale arretrata e discriminatoria che deve, quindi, essere trasformata. Ecco perché, quando si infligge un danno individuale attraverso una violenza sopra la persona aggredita, tale danno si ripercuote in forma collettiva sui congiunti della donna,

proprio in relazione alle tematiche che stiamo trattando, si esprime in modo assai icastico, ma indubbiamente efficace, nel senso che: “La politica considera il diritto penale come un supermercato”: cfr. E. ANTONUCCI, La “stesa” diventi reato: anche FI punta sul panpenalismo dopo gli spari a Caivano, in *Il Foglio*, 12 settembre 2023.

25 In *Boletín oficial del Estado*, 7 de septiembre de 2022, Núm. 215, Sec. I, p. 124199-124269.

26 Cfr. E. SINISCALCHI, Violenza sessuale. Riforma e controriforma in Spagna, in *ytali.*, 29/8/2023; per quanto riguarda ulteriori profili di diritto comparato, cfr. A. DE LIA, Violenza sessuale: la dignità umana come bene giuridico tutelato, in *C.P.*, 2022, 1069 ss. (nota a Cass. Pen., Sez. III, 13 maggio 2021, dep. 25 giugno 2021, n. 24872, in *ibid*, 1066 ss.). L'Autore passa in rassegna la Spagna, seppure in un periodo antecedente alla *Ley* del 2022, la Francia, la Germania, nonché gli Stati Uniti d'America, cui pertanto rinviamo anche per tale efficace, seppur non del tutto aggiornato, quadro comparatistico di sintesi.

marito, figlie e figli, perché ciò costituisce una riaffermazione dell'ordine patriarcale ed è questa la ragione per cui diventa una «questione di Stato». Ecco, dunque, la ragione per cui si prevedono, in primo luogo, misure integrali ed interdisciplinari di attuazione istituzionale e professionale specializzata e coordinata, in ossequio alla Convenzione di Istanbul, a quella di Varsavia e alla protezione dei minori contro la violenza e l'abuso sessuale, di cui alla Convenzione di Lanzarote.

Più in particolare, il diritto alla riparazione è inteso come uno degli elementi centrali della responsabilità istituzionale per cercare di ottenere il completo recupero delle vittime, nonché la garanzia di non ripetizione della violenza.

Trattasi di una legge assai ampia che consta di un Titolo preliminare, di otto Titoli, di cinque disposizioni addizionali, di una disposizione transitoria e di ben 25 disposizioni finali.

- Il Titolo I stabilisce misure per migliorare l'investigazione e la produzione dei dati circa tutte le forme di violenza sessuale.
- Il Titolo II dispone misure di prevenzione e sensibilizzazione contro le violenze sessuali in ambito educativo, sanitario e socio-sanitario, digitale e della comunicazione, pubblicitario, lavorativo e dell'amministrazione pubblica.
- Il Titolo III stabilisce le misure di formazione necessarie per garantire la specializzazione delle professioni con responsabilità diretta nella prevenzione della violenza sessuale, per cui contiene misure di formazione nell'ambito docente ed educativo, nonché nell'ambito forense e, da ultimo, anche penitenziario.
- Il Titolo IV riguarda, poi, l'assistenza integrale specializzata ed accessibile, che si divide in due capitoli, di cui il primo attiene all'informazione e all'orientamento delle vittime, all'attenzione medica e psicologica, nonché alla creazione dei c.d. «centri di crisi». Il capitolo secondo prevede misure per garantire l'autonomia economica delle vittime al fine di facilitare il loro recupero integrale attraverso gli aiuti e le misure in ambito lavorativo e di impiego pubblico.
- Il Titolo V disciplina l'organizzazione delle forze e dei corpi di sicurezza.
- Il Titolo VI riguarda l'accesso e l'ottenimento di giustizia, che consta di due capitoli. Il primo prevede la specializzazione in

violenza sessuale delle unità di ausilio forense che assistono i giudici nel giudicare la violenza nei confronti delle donne. Allo stesso tempo, si stabilisce l'obbligo di specializzazione del personale medico-legale che deve effettuare gli esami correlativi. Il capitolo secondo prevede misure giudiziali di protezione ed accompagnamento delle vittime, così come misure per la protezione dei dati e la limitazione della pubblicità.

- Il Titolo VII configura il diritto alla riparazione come un diritto fondamentale nell'ambito delle obbligazioni attinenti ai diritti umani. Tale diritto comprende l'indennizzo per i danni ed i pregiudizi materiali e morali, da corrispondere alle vittime di violenza sessuale d'accordo con le norme penali sulla responsabilità civile derivante da delitto, sono comprese anche azioni di riparazione «simbolica», così facendo avvicinare la legislazione spagnola alla c.d. giustizia riparativa.
- Il Titolo VIII prevede misure fondamentali per garantire l'applicazione effettiva della legge, attraverso una strategia statale per valutare la sua efficacia e l'impatto e, quindi, il relativo riconoscimento dei dati. In particolare, il Ministero dell'uguaglianza svilupperà la creazione di politiche pubbliche dirette ad offrire tutela alle vittime della violenza contemplate nella presente legge organica.

Come può, dunque, arguirsi, la parte relativa alle strutture culturali, di educazione e di supporto, anche economico, alle vittime di violenza sessuale, costituisce la parte principale e, quindi, preponderante della legge organica, per cui davvero il diritto penale assume il suo ruolo più consono, cioè a dire quello di *extrema ratio*, in modo, quindi, del tutto opposto alla più recente legislazione italiana.

Per quanto riguarda il diritto penale in materia, anche in Spagna, come del resto era avvenuto in Italia già con la l. del 1996, si elimina la distinzione tra aggressione e abuso sessuale, che sembra in un certo senso ricordare la differenza tra violenza carnale e atti di libidine violenta.

Nell'attuale diritto penale spagnolo si considerano, infatti, aggressioni sessuali tutte quelle condotte che violano la libertà sessuale senza il consenso dell'altra persona.

Tale nuova ed unica fattispecie criminosa si differenzia, però, da quella nostrana per due ordini di ragioni. In primo luogo, il bene giuridico

protetto in Spagna risulta più chiaramente la libertà di autodeterminazione a livello sessuale, mentre da noi i delitti di violenza sessuale rientrano, per fortuna non più, come nel Codice Rocco, tra i delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, bensì fra i delitti contro la persona, anche se, a nostro avviso, sarebbe stato preferibile inserire un apposito capo dopo i delitti contro la libertà morale, avente ad oggetto, appunto, i delitti contro la libertà di autodeterminazione a livello sessuale²⁷.

5. DA QUEST'ULTIMO PUNTO DI VISTA, APPARE CONVINCENTE L'UTILIZZAZIONE DEL REQUISITO DI FATTISPECIE DEL «DISSENSO», NELL'AMBITO DELLA LEGGE SPAGNOLA, CHE ANCHE QUI UTILIZZA UN'UNICA FATTISPECIE CRIMINOSA, COME NELLA L. ITALIANA DEL 1996, OVE, PERÒ, ANCORA SI PREVEDONO I REQUISITI DELLA VIOLENZA O DELLA MINACCIA, RITENUTI EVIDENTEMENTE PIÙ AGEVOLI DA DIMOSTRARE IN CHIAVE PRASSEOLOGICA.

Il secondo ordine di ragioni riguarda le modalità della condotta criminosa: in argomento bisogna riconoscere che la legislazione spagnola risulta molto più avanzata, soprattutto culturalmente, rispetto alla legislazione nostrana. Nel codice penale italiano, infatti, il delitto di violenza sessuale è costruito secondo le modalità di condotta tradizionali del Codice Rocco, ovverosia la violenza e la minaccia, mentre nella *Ley Organica* il requisito di fattispecie è costituito, più correttamente, soltanto dal dissenso della vittima. Ciò lo si può intendere, secondo un brocardo utilizzato nei Lavori preparatori della *Ley Orgánica*, nel senso che, come suol dirsi, «se sì è sì, se no è no».

L'utilizzazione del requisito del dissenso, anziché di quelli arcaici della violenza o della minaccia, sicuramente risulta di maggiore tutela della libertà di autodeterminazione a livello sessuale, tanto ciò è vero che anche buona parte della dottrina italiana si era espressa nel senso che fosse sufficiente il mero dissenso, giacché, come è stato giustamente rilevato, attual-

27 Analogamente, ad es., M. BERTOLINO, La violenza sessuale tra presente e futuro, in A. CADOPPI (a cura di), Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia, Cedam, 2002, 383; nella manualistica, nello stesso senso, G. FIANDACA-E. MUSCO, Diritto penale, Parte speciale, vol. II, Tomo I, I delitti contro la persona, 5°, Zanichelli, 2020, 311.

mente nella legislazione nostrana la persona esposta all'iniziativa sessuale altrui non può invece contare sulla tutela del proprio dissenso, ma deve, in primo luogo, preoccuparsi di risultare «costretta»²⁸.

In questa prospettiva risulta, a nostro avviso, evidente come sul punto la riforma del 1996, con la particolare «enfasi» derivante dall'utilizzazione della violenza o della minaccia, si risolve, in realtà, in una utilizzazione in chiave simbolico-esspressiva dello stesso precetto penale²⁹.

Tanto ciò è vero, che anche la giurisprudenza di legittimità è incline a riconoscere l'esistenza della violenza sessuale nei casi di costrizione ambientale al compimento di atti sessuali, qualora sia sussistente una sottrazione oggettiva frutto di sopraffazione o soggezione tale da rendere inutile la resistenza, come nei casi paradigmatici del medico che chiude a chiave la porta dell'ambulatorio, o del coniuge che instaura nella famiglia un clima di violenza.

Tale “dematerializzazione” del concetto di violenza appare, quindi, il frutto di una concezione della violenza sessuale che finisce con l'essere imperniata esclusivamente sul dissenso, espresso o tacito, della vittima, così giungendo ad una sorta di “abrogazione tacita” degli arcaici requisiti della violenza o della minaccia³⁰.

In conclusione, la legislazione penale italiana in materia di violenza sessuale, con particolare riguardo ai requisiti della violenza o della minaccia, si differenzia ancora dalla più moderna legge organica spagnola, ma solo a livello di *littera legis*, perché, come abbiamo potuto constatare, non soltanto buona parte della dottrina, ma anche, e soprattutto, la *law in action*, tendono ad avvicinare le due soluzioni normative che solo apparentemente, a questo punto, appaiono così distanti.

28 Così, giustamente, T. PADOVANI, Commento all'art. 1 della legge contro la violenza sessuale, in A. CADOPPI (a cura di), op. cit., 14 ss. e, quivi, 22; analogamente ritiene decisamente preferibile utilizzare il requisito del dissenso, M. BERTOLINO, La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali, in L. FIORAVANTI (a cura di), La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri, Giuffrè, 2001, 168 ss.

29 A. MANNA, La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio, in I.P., 2004, 856 ss. e, quivi, 876.

30 Cfr. C. 11 luglio 2006, in RIDPP, 2007, 1492, con nota di F. MACRI', Costrizione “ambientale” agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco; C., 7 marzo 2006, in C.E.D. C., n. 234171; C., 25 settembre 1999, in RIDPP, 1999, 967. Ovviamente il discorso è analogo anche per quanto riguarda il requisito di fattispecie della minaccia.

6. IN TAL MODO, PERÒ, IL LEGISLATORE ITALIANO CONTINUA A FAR DIPENDERE IL DIRITTO PENALE E, QUINDI, LA COSTRUZIONE DELLA FATTISPECIE CRIMINOSA DALLE ESIGENZE PROBATORIE, CONFONDENDO COSÌ I PIANI E NON VALORIZZANDO APPIENO IL BENE GIURIDICO DELLA LIBERTÀ DI AUTODETERMINAZIONE SESSUALE.

Sussistono, invece, autorevoli esponenti della dottrina come, in particolare, Fiandaca ed anche Balbi, favorevoli a mantenere tali requisiti anche nella nuova configurazione del delitto di violenza sessuale³¹. La ragione di tale convincimento non è in effetti di poco momento, giacché si osserva come in determinati casi può non essere agevole individuare un effettivo dissenso, per cui si ritengono preferibili, da un punto di vista probatorio, i tradizionali requisiti, più marcati e, pertanto, più facilmente individuabili, della violenza o della minaccia.

In tal modo, però, l'obiezione che si può muovere a tale, peraltro, non del tutto infondata, argomentazione, è quella, ben nota, di far dipendere la norma penale dalle esigenze probatorie e quindi il diritto penale servente al processo e non, come invece dovrebbe essere più corretto, l'esatto contrario, cioè a dire che non può che essere il processo penale a risultare servente al diritto penale, proprio perché applica nella prassi le norme penali incriminatrici. Sussiste, tuttavia, un'ulteriore ragione di dissenso da questa, pur autorevole, "impostazione" e cioè che, come dimostra, da ultimo, anche la legge organica spagnola, il requisito del dissenso nella violenza sessuale è quello che tutela maggiormente la libertà di autodeterminazione della vittima, che infatti non deve andare a dimostrare di essere stata "costretta", mediante violenza o minaccia, ma basta che risulti, a livello processuale, che la stessa aveva negato il proprio assenso agli approcci sessuali della controparte.

Il legislatore italiano, quindi, invece di creare una normativa di stampo esclusivamente preventivo e repressivo, avrebbe quanto meno potuto,

31 G. FIANDACA, voce Violenza sessuale, in E.D., XLVI, Milano, 1993, 953 ss. e, quivi, 955; anche se lo stesso successivamente ha alquanto attenuato la sua posizione: cfr., G. FIANDACA-E. MUSCO, op. cit., spec. 319, che infatti rilevano come "presupposto della costrizione fisica, sebbene non indicato espressamente dal legislatore, è dunque il dissenso del soggetto passivo al rapporto sessuale"; G. BALBI, voce Violenza sessuale, in EGT, XXXVII, Roma, 1998, 8.

proprio a tutela della vittima, almeno modificare la norma incriminatrice sulla violenza sessuale, sostituendo agli arcaici requisiti della violenza o della minaccia, il più moderno elemento costitutivo del dissenso, sicuramente più in linea con un diritto penale di stampo liberal-garantista ed inoltre più consono alla funzione di prevenzione generale positiva, nel senso che la norma penale serve anche come «orientamento culturale» per i cittadini.

Certo, se il legislatore avesse voluto modificare anche la normativa penale in materia, si sarebbe dovuto forse anche porre il problema della endemica indeterminatezza del sintagma “atti sessuali”, giacché notoriamente foriero di diverse interpretazioni, quale quella, forse eccessivamente restrittiva, che richiede il contatto fra zone erogene³², ed altra, invece forse troppo legata al caso concreto e, quindi, in possibile frizione con l’esigenza di tassatività in materia penale, ovverosia quella che richiede «in una valutazione complessiva del fatto oggetto di giudizio, anche la potenziale suscettibilità erotica del soggetto attivo, assieme all’oggettiva natura sessuale dell’atto in sé considerato»³³.

A nostro avviso, la soluzione preferibile sarebbe stata quella di introdurre una fattispecie criminosa meno grave, avente ad oggetto le “molestie sessuali”, ma ci rendiamo conto che molto probabilmente non solo l’operazione legislativa sarebbe stata troppo complessa, rispetto all’urgenza di intervenire di fronte a fatti di cronaca nera troppo gravi e frequenti, ma anche perché abbiamo dimostrato sinora che il legislatore si è orientato in una direzione politico-criminale nettamente diversa.

**7. QUANTO, PIÙ PROPRIAMENTE, AI FEMMINICIDI SI
SEGNALA LA MANCATA APPLICAZIONE INTEGRALE
DEL C.D. CODICE ROSSO E LA NECESSITÀ DI UNA SUA
IMPLEMENTAZIONE A LIVELLO PRASSEOLOGICO E DI
CULTURA ED ORGANIZZAZIONE MAGISTRATUALE, BEN
OLTRE IL RECENTE INTERVENTO LEGISLATIVO, E, INOLTRE,
L’OPPORTUNITÀ DI PREVEDERE ESPRESSAMENTE
L’UTILIZZO DEI BRACCIALETTI ELETTRONICI NEL CASO DI
ARRESTI DOMICILIARI PER STALKING, MALTRATTAMENTI,**

32 Così A. CADOPPI, Commento all’art. 3, in ID (a cura di), Commentario, etc. cit., 35 ss.

33 Così G. FIANDACA, La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura, in F.I., 1998, II, 505.

AUT SIMILIA, PER EVITARE CHE «IL REATO SIA PORTATO A CONSEGUENZE ULTERIORI» E SOVENTE, PURTROPPO, IRREVERSIBILI.

Trattiamo ora, in conclusione, quelli che noi riteniamo i rimedi, soprattutto di carattere processuale, onde tentare di evitare la piaga dei femminicidi. In primo luogo, abbiamo già rilevato la mancata applicazione integrale del c.d. Codice rosso, che, se è pur vero che è stato modificato, sia pure soltanto con una disposizione normativa, che abbiamo già descritto, meriterebbe, però, almeno a nostro giudizio, soprattutto una implementazione prasseologica, con, eventualmente, l'organizzazione di relativi *stages* per i magistrati, in particolare della Procura, incaricati di occuparsi dei reati in oggetto, affinché, appunto, il Codice rosso possa essere applicato nel modo più efficace e, soprattutto, rapido possibile.

Da altro punto di vista, abbiamo già sinteticamente ricordato come esista un nesso di causa ed effetto tra i reati come i maltrattamenti in famiglia, gli atti persecutori³⁴, la violenza privata, la minaccia e così via e, appunto, oltre alle violenze sessuali, anche gli omicidi ed i femminicidi. A questo proposito, siamo dell'avviso come fra tali reati esistano, da un punto di vista del diritto penale sostantivo, due tipi di nessi e cioè quelli espressi da due aggravanti comuni, cioè a dire l'aggravante teleologica, di cui all'art. 61, n. 2, c.p. e l'aver anche aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso, di cui all'art. 61, n. 7, c.p.. Orbene, mentre la seconda aggravante può spiegare solo in parte il nesso di causa ed effetto fra i reati in questione, giacché non è detto che l'aggravamento o, addirittura, il tentato aggravamento derivi proprio dalla commissione di un altro reato³⁵, sicuramente invece l'aggravante teleologica esprime quello che viene definito in dottrina il «rapporto di mezzo a fine», nel diritto penale³⁶.

Orbene, ovviamente in questa sede non rileva se l'aggravante teleologica sia stata, o no, abrogata tacitamente dalla riforma del 1974 e, in particolare, dall'estensione del reato continuato anche al concorso eterogeneo di

34 Sia consentito, in argomento, il rinvio a A. MANNA, Il nuovo delitto di “atti persecutori” e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale, in S. VINCIGUERRA e F. DASSANO (a cura di), Scritti in memoria di Giuliano Marini, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, 469 ss. ed ivi gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

35 In argomento rinviando alla già menzionata, ampia monografia di D. BRUNELLI, Il reato portato a conseguenze ulteriori, etc., loc. ult. cit..

36 In argomento, v. infatti F. DEAN, Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale, Giuffrè, 1967.

reati, seppur, ben inteso, uniti anch'essi dal medesimo disegno criminoso³⁷, perché ciò che qui rileva è proprio il fenomeno giuridico del rapporto di mezzo a fine, in quanto appare proprio applicabile a quei fenomeni criminali in cui si passi, come abbiamo in precedenza descritto, da reati meno gravi contro la persona a reati assai più gravi e spesso, purtroppo, irreversibili.

Qui ciò che rileva è, ben inteso, il risvolto processuale di tale rapporto, nel senso che, evidentemente, bisogna trovare degli istituti giuridici che impediscano proprio che, come suol dirsi, il reato venga portato a conseguenze ulteriori. In tale prospettiva, ovviamente acquistano una dimensione fondamentale le misure cautelari personali, fra cui, in primo luogo, la custodia cautelare in carcere, che è l'unica ad impedire il fenomeno criminoso in oggetto, a meno che, ovviamente, il soggetto evada.

Discorso più complesso riguarda, invece, gli arresti domiciliari e, ancor di più, il divieto di avere contatti con la persona offesa, oppure di mantenersi comunque ad una distanza spazio-temporale tale da non consentire contatti con quest'ultima.

Orbene, anche la legislazione *in fieri*, oppure già varata, dell'attuale Governo in materia sembra orientata nel senso che segue e che, a nostro avviso, resta fondamentale, proprio per evitare che dette misure cautelari vengano facilmente aggirate.

Riteniamo, infatti, che l'unico sistema efficace per evitare, appunto, l'aggiramento di tali misure e, quindi, che si assista ad un fenomeno criminoso di gravità sempre crescente, sino, addirittura, all'omicidio, sia quello di obbligare il soggetto ad indossare il braccialetto elettronico, prescindendo anche dal suo consenso, perché non ha senso richiederlo, se poi l'individuo, rifiutando l'apposizione del braccialetto stesso, commetta poi reati, per cui appare decisamente preferibile ed assai più efficace agire in prevenzione e non già successivamente, magari con aggravamenti della pena da scontare per i reati commessi. Siamo ben consapevoli non solo che il soggetto può rompere o disattivare il braccialetto elettronico, pur se così vengono immediatamente avvisate, altrettanto elettronicamente, le forze di Polizia, ma anche che la dotazione degli stessi purtroppo è scarsa, perché risultano assai costosi.

Riteniamo, però, che sia necessario uno sforzo economico da parte dello Stato, proprio per evitare che, come suol dirsi e come purtroppo

37 Così, in particolare, G. VASSALLI, La riforma penale del 1974, I, Precedenti e contesto, Valardi, 1975.

molto spesso è capitato, la vittima si rechi all' «ultimo incontro» con il suo “carnefice”, senza che quest'ultima se ne possa rendere conto.

8. IL RUOLO CHE POTREBBE SVOLGERE IN MATERIA LA GIUSTIZIA RIPARATIVA.

Sarebbe, tuttavia, riduttivo affrontare in chiave esclusivamente preventivo-repressivo le misure tendenti ad evitare l'*escalation* della violenza. Riteniamo, infatti, seppure come alternativa, che possa giocare un ruolo anche la c.d. giustizia riparativa, introdotta con la c.d. riforma Cartabia³⁸.

Il potenziale autore e la potenziale vittima dei reati in discorso, proprio al fine che il reato non venga portato a conseguenze ulteriori e, talvolta, estreme ed irrimediabili, potrebbero, nell'ottica della c.d. intesa autore-vittima, decidere, di comune accordo, di rivolgersi ad un mediatore, per intavolare, insieme, un percorso di giustizia riparativa, alternativo, ma parallelo, al processo penale.

L'art. 162-ter c.p., pone, tuttavia, un primo, rilevante limite, in quanto le condotte riparatorie conducono all'estinzione del reato solo nel caso di reati perseguibili a querela di parte, non irrevocabile, come nel caso proprio della violenza sessuale³⁹.

Ciò non toglie, tuttavia, come residui l'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p., ove, al classico risarcimento, è aggiunto «l'aver parte-

38 Cfr. AA.VV., Speciale – La giustizia riparativa nella prospettiva comparata, in RIDPP, 2015, 1901 ss. Tali studi si inseriscono nel *Progetto Per una proposta legislativa, in tema di giustizia riparativa e mediazione in ambito penale e penitenziario*, cofinanziato dalla Caritas Italiana e dal centro Studi “Federico Stella” dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, con il coordinamento scientifico di Claudia Mazzucato e Gianluca Varraso. Nonché, v. anche, in argomento, da ultimo, “I nuovi percorsi del sistema sanzionatorio tra ricerca di efficienza e garanzie”. Atti del X Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 23/24 settembre 2022), in RIDPP, 2023, 491 ss. e, spec., F. PALAZZO, Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio, in *ibid*, 497 ss.; G.A. DE FRANCESCO, Giustizia riparativa: uno sguardo dal ponte, in *ibid*, 643 ss.; G. MANNOZZI, La giustizia riparativa: brevi note su consenso, disciplina ed effetti trasformativi, in *ibid*, 649 ss.; L. CASTELLANO, La giustizia riparativa, in *ibid*, 659 ss.; G. FIANDACA, La riforma Cartabia; quale significato nel cantiere interrotto delle riforme di sistema, in *ibid*, 671 ss.; R. BARTOLI, Non più carcere-centrico l'attuale volto della pena, in DPP, 2023, 745 ss. e, *quivi*, 749; G. SPANGHER, Piccole novità tra i “binari” della giurisdizione, in *ibid*, 1001 ss. e, *quivi*, 1002.

39 Così T. PADOVANI, Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti, in A. NATALINI (a cura di), Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale, commento sistematico al decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 150, in I Libri di G.D., Il Sole 24 Ore, 2023, 14 ss.

cipato ad un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato concluso con un esito riparativo. Qualora l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati».

Anche l'istituto della remissione di querela, *ex art. 152 c.p.*, è stato modificato, nel senso che si è collegata la remissione tacita all'esito positivo del percorso di giustizia riparativa e così pure la sospensione condizionale della pena, laddove quest'ultima non sia superiore ad un anno.

Sarebbe, pertanto, riduttivo riferire la *restorative justice* solo ai reati perseguibili a querela di parte, giacché, ad es., anche la sospensione del processo commessa alla prova, trasmigrata dall'esecuzione, più correttamente, al giudice di cognizione, viene collegata pure agli esiti positivi della giustizia riparativa, *ex art. 168-bis c.p.*

Quanto al codice di rito, la modifica più rilevante è quella relativa all'art. 129-*bis* c.p.p., vera norma-cardine dell'intero sistema processuale, giacché facoltizza l'autorità giudiziaria «in ogni stato e grado del procedimento», a disporre, anche *ex officio*, l'invio dell'imputato e della vittima del reato ad un Centro per la giustizia riparativa.

Da ultimo, pure l'ordinamento penitenziario è stato collegato alla giustizia riparativa, attraverso la modifica già dell'art. 13, relativo alla «Individualizzazione del trattamento», con l'aggiunta di un terzo comma, con cui si concede al condannato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle relative motivazioni e conseguenze, in particolare per la vittima, nonché sulle «possibili azione riparatorie».

La disposizione, tuttavia, che ci interessa qui direttamente, è il successivo art. 13-*bis*, avente, per l'appunto ad oggetto il «Trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori».

Il trattamento è valutato successivamente sia ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, che alla concessione dei permessi-premio e delle misure alternative alla detenzione nonché, infine, per la liberazione condizionale.

Sembrerebbe, dunque, un sistema opposto al modello finora analizzato, ove qui appare preponderante il valore espresso dall'art. 27, 3° comma, Cost., solo che i troppo facili entusiasmi vengono subito frenati da quanto osserveremo di qui appresso.

L'entrata in vigore, infatti, della riforma Cartabia è stata, dall'attuale Governo, rinviata da settembre a dicembre 2022 e, per quel che qui

rileva, la giustizia riparativa è stata posticipata a giugno 2023 e, più in particolare, al varo dei decreti attuativi avvenuto il successivo 9 luglio 2023⁴⁰. In tali decreti attuativi si sono, infatti, annidati gli ostacoli più rilevanti avverso l'entrata in vigore e, soprattutto, l'implementazione pratica della giustizia riparativa. Il primo ostacolo è rappresentato dall'art. 10, che ha ad oggetto la formazione del mediatore penale esperto. Tale formazione consta di ben 600 ore e della certificazione di 200 ore di tirocinio, con partecipazione ad almeno 10 programmi di giustizia riparativa, esclusivamente nella forma della mediazione penale pura, ovverosia due mediatori e due mediati, escludendo, pertanto, qualsiasi altro istituto – tipo *family group*, *conference*, *circle*, etc. – normalmente utilizzato, rendendo però così estremamente difficile iscriversi all'albo dei mediatori penali. A ciò si aggiunga che tale formazione risulta essere estremamente più specifica ed onerosa nel monte ore, rispetto a quanto previsto nell'ambito delle linee-guida del Tavolo 13 del Ministero della Giustizia e decretato all'interno della riforma Cartabia.

La questione si complica ulteriormente circa le cause di incompatibilità, ex art. 19, ove va, in primo luogo, rilevata l'incompatibilità netta tra l'esercizio della professione forense ed il ruolo di mediatore penale esperto all'interno del medesimo Distretto di Corte d'Appello. Ciò che, tuttavia, più preoccupa è che il medesimo art. 19 individua persino gli eventuali legami di sangue come elemento ostativo, con riguardo, infatti, al coniuge ed al convivente, ai parenti sino al secondo grado e persino agli affini, seppure entro il primo grado. Di tale così drastica incompatibilità non viene, tuttavia, offerta alcuna giustificazione razionale, né a livello fattuale, né, tanto meno, a livello giuridico.

Va, infine, rilevata l'incompatibilità assoluta tra l'esercizio della professione di mediatore familiare, civile e commerciale, e quella penale, nonché con la carica di magistrato onorario, senza che nemmeno per tali ipotesi venga esplicitata la *ratio legis*.

Ciò che, tuttavia, più preme rilevare è che le due ipotesi di incompatibilità sinora descritte, non trovano alcun riscontro a livello europeo, in quanto la Raccomandazione n. 19 del 1999, che disciplina la giustizia riparativa e la formazione del mediatore penale, non pone alcun limite rispetto all'esercizio di altre professioni, da parte del mediatore stesso.

40 Cfr. Mediatori esperti in programmi di giustizia riparativa: in G.U., due decreti attuativi della riforma Cartabia, in Sistema penale, 12 luglio 2023.

In conclusione, va rilevato come, da una stima effettuata attraverso l'esame dei decreti attuativi in esame, si prevede che i primi mediatori penali esperti potranno iscriversi nelle liste tenute presso il Ministero della Giustizia, nella più rosea delle previsioni, non prima di tre o quattro anni, con conseguente *vulnus* al diritto di difesa, giacché si potrà solo in teoria richiedere la mediazione penale per fruire dei programmi di giustizia riparativa, ma tale richiesta, allo stato, non avrà alcuna efficacia giacché non funzionano ancora concretamente i mediatori penali. Ciò spiega, pertanto, la ragione per cui il COA di Roma ha giustamente deciso di impugnare dinanzi al TAR Lazio il D.M. in questione⁴¹ e, più in genera, ciò è avvenuto, a nostro avviso, anche perché la giustizia riparativa e, ancor di più, la sua concreta implementazione, contrasta con la strategia di politica criminale dell'attuale Governo, incentrata tutta, invece, su «*law and order*».

9. CONCLUSIONI

Dalla complessa analisi dei provvedimenti già varati o in cantiere, da parte dell'attuale Governo di destra-centro, emerge un deciso prevalere dell'ottica preventiva e repressiva, in cui, quindi, il diritto penale non svolge più la corretta funzione di *extrema ratio* in rapporto ai casi che abbiamo sin qui analizzato, bensì di prima, se non unica, *ratio* di tutela, ove, quindi, la parte relativa al miglioramento delle condizioni educative delle famiglie, delle scuole e delle università, purtroppo si colloca in secondo piano, in perfetta antitesi, ad es., con la legge organica spagnola, ove, invece, avviene esattamente l'opposto.

41 Cfr. Newsletter Ordine Avvocati Roma, n. 29/2023, punto 2. L'avv. prof. Antonino Galletti, che ha assunto al TAR la difesa del COA di Roma, ha riferito come abbia rinunciato alla sospensiva ed il processo sia stato rinviato per il merito all'udienza del prossimo 20 dicembre 2023. Cfr. A. GALLETTI, Relazione al Consegno su: «Protocollo sulle pene sostitutive del Tribunale di Roma e giustizia riparativa», COA, Commissione Diritto Penale, 20 settembre 2023. Cfr. però, da ultimo, Giustizia riparativa: lo schema operativo e i modelli diffusi dagli uffici giudiziari milanesi, in Sistema penale, 8 settembre 2023. È, infine, notizia recente che dimostra quanto sia difficile che i principi della giustizia riparativa siano introiettati dalla cultura sociale, quanto segue: S. DE RICCARDIS, Autorizzato per la prima volta il percorso introdotto dalla riforma Cartabia. Il killer di Carol Maltesi ammesso al programma di giustizia riparativa. Il padre della vittima: sono schifato, in La Repubblica, 23 settembre 2023, 23. In ogni caso, il ricorso dell'avv. prof. Antonino Galletti è stato, poi, accolto nel merito, per cui il D.M. in questione è stato nettamente semplificato, non solo con riguardo al monte ore di preparazione, ma soprattutto con riguardo alle situazioni di incompatibilità.

Il nostro legislatore farebbe, quindi, meglio, prima di varare una legislazione di stampo esclusivamente preventivo-repressivo, di allargare il proprio orizzonte a livello comparatistico, nonché di adeguare la legislazione in cantiere ai principi costituzionali ed a quelli della CEDU, nonché alle rispettive giurisprudenze.