

Odg. 1798 – ordinario del 25 ottobre 2023

## PARERI

1) – **Fasc. - 43/PA/2023** - Richiesta del Ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, di parere sul testo del disegno di legge AS n. 878 di conversione del Decreto Legge 15 settembre 2023, n. 123 recante: “Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale.”

La Commissione, all'unanimità, propone al *Plenum* di adottare la seguente delibera:

«Il Consiglio,

letta la richiesta di parere del Ministro della Giustizia, *ex art.* 10 l.n. 195/58, sul disegno di legge di conversione del decreto legge del 15 settembre 2023 n. 123, recante misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale;

osserva

### 1. Premessa

Il d.l. n. 123/23 è composto da quattro capi, dedicati rispettivamente agli “*Interventi infrastrutturali nel territorio del Comune di Caivano*” (**Capo I**), alle “*Disposizioni in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile*” (**Capo II**), alle “*Disposizioni in materia di offerta educativa*” (**Capo III**) e alle “*Disposizioni per la sicurezza dei minori in ambito digitale*” (**Capo IV**).

Nel presente parere sono state analizzate esclusivamente le disposizioni contenute nei **Capi II** (artt. da 3 a 9) e **III**: con specifico riferimento a quest'ultimo è stato preso in esame il solo art. 12, contenente “*Disposizioni per il rafforzamento del rispetto dell'obbligo scolastico*”, essendo le disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 dedicate, rispettivamente, agli “*Interventi a supporto delle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno – «Agenda Sud»*” e al “*Potenziamento del Piano asili nido fascia di età 0-2 anni*”, come tali prive di ricadute sull'attività giurisdizionale e sull'organizzazione degli Uffici giudiziari.

A fronte dell'eterogeneità degli interventi previsti nel Capo II, appare opportuno, ai fini di una più organica e ordinata illustrazione dell'articolato normativo, derogare all'ordine con cui le varie disposizioni si succedono e trattare unitariamente quelle riguardanti istituti identici o tra loro connessi.

Per tale motivo verranno presi in esame, dapprima, gli artt. 3 e 5, contenenti rispettivamente *“Disposizioni in materia di misure di prevenzione a tutela della sicurezza pubblica e della sicurezza delle città”* e *“Disposizioni in materia di prevenzione della violenza giovanile”*, e successivamente gli artt. 4 e 6, contenenti *“Disposizioni per il contrasto dei reati in materia di armi od oggetti atti ad offendere, nonché di sostanze stupefacenti”* e *“Disposizioni in materia di contrasto dei reati commessi dai minori”*.

Paragrafi separati saranno invece dedicati agli artt. 7 (*“Misure anticipate relative a minorenni coinvolti in reati di particolare allarme sociale”*), 8 (*“Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di custodia cautelare e percorso di rieducazione del minore”*) e 9 (*“Disposizioni in materia di sicurezza degli istituti penali per minorenni”*).

## **2. Le modifiche introdotte dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 123/23**

L'art. 3, comma 1, apporta una serie di modifiche agli artt. 10, 13 e 13-bis, d.l. n. 14/17 (conv., con mod., in l.n. 48/17), recante *“Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città”*.

Come noto, il provvedimento del 2017, nato *“dalla sempre più avvertita esigenza di una riflessione sul concetto di sicurezza che soprattutto oggi caratterizza la condizione di complessità propria dei grandi centri urbani”*, era destinato a disciplinare *“modalità e strumenti di coordinamento tra le funzioni dello Stato, delle regioni, delle province autonome e degli enti locali in materia di politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata”*: con esso il legislatore ha inteso introdurre *“strumenti atti a garantire condizioni per un'ordinata e civile convivenza nelle città, attraverso forme di controllo e di vigilanza del territorio volte ad assicurare la fruibilità di taluni luoghi pubblici, quotidianamente interessati da rilevanti flussi di persone, anche solo di connotazione turistica”* (cfr. *Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione*).

In particolare, l'art. 9, d.l. n. 14/17, rubricato *“Misure a tutela del decoro di particolari luoghi”*, ha previsto la possibilità per il Sindaco di disporre l'allontanamento dal luogo in cui è commesso il fatto di *“chiunque ponga in essere condotte che impediscono l'accessibilità e la fruizione”* delle *“aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili,*

*ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze*” e delle aree urbane *“su cui insistono presidi sanitari, scuole, plessi scolastici e siti universitari, musei, aree e parchi archeologici, complessi monumentali o altri istituti e luoghi della cultura o comunque interessati da consistenti flussi turistici, aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati, pubblici spettacoli, ovvero adibite a verde pubblico”*, individuate dai regolamenti di polizia urbana (art. 9, comma 3), nonché di coloro che, nelle aree suddette, commettano violazioni degli artt. 688 cod. pen. (stato di ubriachezza) e 726 cod. pen. (atti contrari alla pubblica decenza), dell’art. 29, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 (esercizio di commercio abusivo), dell’art. 7, comma 15-bis, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (attività di parcheggiatore abusivo) e dell’art. 1-sexies, decreto legge 24 febbraio 2003, n. 28 (vendita non autorizzata di titoli di accesso alle manifestazioni sportive).

Nei confronti di chi ponga in essere le condotte di cui al comma 1 è, altresì, prevista l’irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra i 100,00 e i 300,00 euro.

L’art. 10, d.l. n. 14/17 stabilisce che il predetto ordine di allontanamento:

- a) sia *“rivolto per iscritto”*;
- b) riporti *“le motivazioni sulla base delle quali è stato adottato”*;
- c) specifichi che *“ne cessa l’efficacia trascorse quarantotto ore dall’accertamento del fatto”* e *“che la sua violazione è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria applicata ai sensi dell’articolo 9, comma 1, aumentata del doppio”*;

d) che, infine, copia del provvedimento sia *“trasmessa con immediatezza al questore competente per territorio con contestuale segnalazione ai competenti servizi socio-sanitari, ove ne ricorrano le condizioni”*.

Il comma 2 dell’art. 10 stabilisce che nei casi di *“reiterazione”* delle condotte previste dall’art. 9, *“il questore, qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza, può disporre, con provvedimento motivato, per un periodo non superiore a dodici mesi, il divieto di accesso ad una o più delle aree di cui all’articolo 9, espressamente specificate nel provvedimento, individuando, altresì, modalità applicative del divieto compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell’atto”* e che il contravventore al divieto emanato dal questore è punito con l’arresto da sei mesi ad un anno.

Il comma 3 dell’art. 10 prevede una sorta di aggravante soggettiva, stabilendo che la durata del divieto di cui al comma 2 *“non può comunque essere inferiore a dodici mesi, né superiore a due anni, qualora le condotte di cui all’articolo 9, commi 1 e 2, risultino commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello,*

nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio” e che il contravventore è punito con l’arresto da uno a due anni.

Lo stesso comma 3 prevede altresì che “[q]ualora il responsabile sia soggetto minorenni, il questore ne dà notizia al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni”.

Il comma 4 dell’art. 10 prevede[va] che “[i]n relazione al provvedimento di cui al comma 3 si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all’articolo 6, commi 2-bis, 3 e 4, della legge 13 dicembre 1989, n. 401”.

Come noto, dette disposizioni, contenute nella legge recante “*Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive*”, disciplinano la procedura di notifica, convalida ed eventuale impugnazione dei provvedimenti questorili che dispongono il divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (c.d. “DASPO”).

Essa prevede, in particolare, che:

- “2-bis. La notifica di cui al comma 2 deve contenere l’avviso che l’interessato ha facoltà di presentare, personalmente o a mezzo di difensore, memorie o deduzioni al giudice competente per la convalida del provvedimento”;
- “3. La prescrizione di cui al comma 2 ha effetto a decorrere dalla prima manifestazione successiva alla notifica all’interessato ed è immediatamente comunicata al Procuratore della Repubblica presso il tribunale, o al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, se l’interessato è persona minore di età, competenti con riferimento al luogo in cui ha sede l’ufficio di questura. Il pubblico ministero, se ritiene che sussistano i presupposti di cui al comma 1, entro quarantotto ore dalla notifica del provvedimento ne chiede la convalida al giudice per le indagini preliminari. Le prescrizioni imposte cessano di avere efficacia se il pubblico ministero con decreto motivato non avanza la richiesta di convalida entro il termine predetto e se il giudice non dispone la convalida nelle quarantotto ore successive. Nel giudizio di convalida, il giudice per le indagini preliminari può modificare le prescrizioni di cui al comma 2”;
- “4. Contro l’ordinanza di convalida è proponibile il ricorso per Cassazione. Il ricorso non sospende l’esecuzione dell’ordinanza”.

Il comma 4 dell’art. 10, d.l. n. 14/17 estendeva, dunque, al (solo) provvedimento di allontanamento emanato dal Questore ai sensi del comma 3 dell’art. 9 (allontanamento da

specifiche aree urbane, per una durata compresa tra i dodici mesi e i ventiquattro mesi, disposto nei confronti di soggetti condannati, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio) l'applicazione della procedura di convalida prevista per il DASPO sportivo.

Ebbene, l'art. 3, comma 1, lett. a), d.l. n. 123/23 ha disposto l'integrale sostituzione del comma 4 dell'art. 10, d.l. n. 14/17: ai sensi del novellato comma 4 i *“divieti di cui ai commi 1, 2 e 3 possono essere disposti anche nei confronti di soggetti minori di diciotto anni che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età. Il provvedimento è notificato a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale e comunicato al Procuratore presso il Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie del luogo di residenza del minore”*.

L'intervento legislativo opera, dunque, in un duplice senso.

Da un lato, esso esplicita che tutti i provvedimenti di allontanamento *de quibus* possono essere adottati nei confronti di soggetti minorenni (purché ultraquattordicenni): l'intervento sembra avere portata essenzialmente chiarificatrice di quanto già ricavabile in via interpretativa dal comma 3 dell'art. 9, d.l. n. 14/17, a mente del quale – come visto – qualora il responsabile delle condotte reiterate di impedimento all'accessibilità e alla fruizione di determinate aree urbane o delle condotte di cui agli artt. 688 e 726 cod. pen., art. 29, d.lgs. n. 114/98, art. 7, comma 15-*bis*, d.lgs. n. 285/92 e art. 1-*sexies*, d.l. n. 28/03 sia soggetto minorenne, il Questore deve darne notizia al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni.

D'altro lato, l'intervento normativo sottrae (anche) l'adozione del provvedimento di allontanamento dotato di maggiore afflittività – in termini di durata – dall'ambito di controllo in sede giurisdizionale, attraverso l'eliminazione del rinvio alle disposizioni sulla convalida del DASPO sportivo.

A tale proposito deve segnalarsi come fosse stata proprio *“la più ampia efficacia temporale del provvedimento questorile”* a indurre il legislatore del 2017 a prevedere che l'ordine di allontanamento fosse sottoposto al giudizio di convalida da parte dell'Autorità giudiziaria ordinaria (cfr. *Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione*).

In termini generali, qualche criticità potrebbe, dunque, porsi in relazione alla scelta di svincolare l'applicazione di detta misura dall'immediato controllo giurisdizionale: se è vero, infatti, che essa, come segnalato nella relazione illustrativa, non risulta accompagnata da quelle *“ulteriori prescrizioni”* che possono essere previste dal Questore all'atto dell'adozione della diversa misura del divieto di accesso a determinati luoghi di cui al comma 3 dell'art. 13, d.l. n. 14/17 – prescrizioni che determinano l'applicazione a tale misura della procedura

DASPO, non prevista invece, in caso di assenza di prescrizioni (comma 4) –, è vero anche che il divieto di accesso alle aree indicate dall'art. 9 appare idoneo a determinare una non irrilevante limitazione della libertà di circolazione, tanto in termini temporali, quanto in termini spaziali, atteso che tale limitazione può riguardare, in ipotesi, zone urbane piuttosto estese.

In termini più specifici, tale considerazione potrebbe, poi, acquisire particolare rilievo ove la più afflittiva misura *de qua* venga applicata a soggetti minori di età: in questo caso, infatti, l'introduzione dell'obbligo di notifica a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale – che appare mutuato dalla disciplina prevista dal successivo art. 13, comma 5, d.l. n. 14/17 con riferimento alle diverse misure di contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici o aperti al pubblico e di pubblici esercizi adottate nei confronti dei minori di anni 18 che abbiano compiuto 14 anni – e dell'obbligo di comunicazione al Procuratore presso il Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie del luogo di residenza del minore appare destinata a soddisfare esigenze diverse da quelle perseguite attraverso il controllo giurisdizionale effettuato in sede di convalida.

L'art. 3, comma 1, lett. b), d.l. n. 123/23, ha, poi, modificato i commi 1, 3 e 6 del citato art. 13, d.l. n. 14/17, i quali, nella loro formulazione precedente, prevedevano, rispettivamente:

1) che nei *“confronti delle persone che abbiano riportato una o più denunce o siano state condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi tre anni per la vendita o la cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope, di cui all'articolo 73 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, ovvero in uno dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287, il Questore, valutati gli elementi derivanti dai provvedimenti dell'Autorità giudiziaria e sulla base degli accertamenti di polizia, può disporre, per ragioni di sicurezza, il divieto di accesso agli stessi locali o a esercizi analoghi, specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi”* (comma 1);

2) che nei casi di cui al comma 1, *“il Questore, nei confronti dei soggetti già condannati negli ultimi tre anni con sentenza definitiva, può altresì disporre, per la durata massima di due anni, una o più delle seguenti misure:*

*a) obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente;*

*obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata;*

*b) divieto di allontanarsi dal comune di residenza;*

*c) obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici” (comma 3);*

3) che la “*violazione dei divieti e delle prescrizioni di cui ai commi 1 e 3 è punita con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 8.000 a 20.000 euro*” (comma 6).

Per quanto concerne, in particolare, il comma 1, le modifiche introdotte dal d.l. n. 123/23 determinano un duplice ampliamento: da un lato, un ampliamento dell’ambito soggettivo dei potenziali destinatari del divieto di accesso; d’altro lato, un ampliamento della portata dell’emanando provvedimento interdittivo.

Sotto il primo aspetto, si prevede che la misura in parola possa essere adottata non (più) solo nei confronti delle persone che abbiano riportato una o più denunce o siano state condannate (anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi tre anni) “*per la vendita o cessione di sostanze stupefacenti o psicotrope*” commesse all’interno e nelle immediate vicinanze dei luoghi individuati dalla disposizione, ma anche (più genericamente) nei confronti di chi sia stato denunciato o condannato per una delle condotte di cui all’art. 73, d.P.R. n. 309/90 (coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinazione, distribuzione, commercializzazione, trasporto, detenzione a fini di spaccio).

Sotto il secondo aspetto si prevede espressamente che il divieto di accesso o stazionamento emanato dal Questore possa riguardare non (più) solo le immediate vicinanze di locali pubblici o aperti al pubblico o pubblici esercizi di ristorazione e somministrazione di cibi e bevande, ma anche le immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici e sedi universitarie.

Per quanto concerne la prima modifica, trattandosi di condotte che devono essere state poste in essere “*all’interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, ovvero dei pubblici esercizi di cui all’articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287*”, la disposizione non pone particolari problemi applicativi, dovendosi solo segnalare come l’impatto in concreto più significativo possa riguardare le ipotesi di soggetti denunciati o condannati per condotte di detenzione a fini di spaccio consumate all’interno o nelle vicinanze dei predetti luoghi, essendo improbabile, o quantomeno infrequente, che in tali luoghi vengano poste in essere condotte di coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione o raffinazione di sostanze stupefacenti.

Per quanto concerne la modifica relativa alla portata del divieto di accesso o stazionamento, con essa il legislatore opportunamente chiarisce trattarsi di provvedimento idoneo ad esplicitare i suoi effetti con riferimento a tutti i luoghi in cui si è verificata la condotta oggetto della precedente denuncia o condanna.

L'art. 3, comma 1, lett. b), n. 2, d.l. n. 123/23, dal canto suo, ha previsto che al comma 3 dell'art. 13, d.l. n. 14/17, le parole "*nei confronti dei soggetti già condannati negli ultimi tre anni con sentenza definitiva*", siano sostituite dalle parole "*quando ricorrano specifiche ragioni di pericolosità*": se appare innegabile che la modifica in questione si traduce in un ampliamento della discrezionalità del Questore nel disporre le prescrizioni accessorie al divieto di accesso e stazionamento – costituite dall'obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia di Stato o presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente o dall'obbligo di rientrare nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, entro una determinata ora e di non uscirne prima di altra ora prefissata; dal divieto di allontanarsi dal comune di residenza; dall'obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato, negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici – è vero anche che il mantenimento della fase di controllo giurisdizionale di cui all'immutato comma 4 – che estende, come detto, l'applicabilità della procedura di convalida prevista per il DASPO alle misure di contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici o aperti al pubblico e di pubblici esercizi – appare idoneo a garantire le esigenze di tutela del destinatario del provvedimento autoritativo, con la sola precisazione che il giudice investito della convalida non potrà (come prima) limitarsi a rilevare la ricorrenza dei presupposti di legge (condanna definitiva infratriennale), ma dovrà valutare la sussistenza delle "*specifiche ragioni di pericolosità*" di volta in volta segnalate dal Questore ai fini dell'adozione di prescrizioni idonee ad incidere significativamente sulla libertà di circolazione dell'individuo.

L'art. 3, comma 1, lett. b), n. 3, d.l. n. 123/23, ha infine modificato il comma 6 dell'art. 13, d.l. n. 14/17, prevedendo un inasprimento sanzionatorio per le ipotesi di violazione dei divieti e delle prescrizioni di cui ai commi 1 e 3: tali condotte, infatti, sono oggi punite con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 10.000 a 24.000 euro (anziché con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 8.000 a 20.000 euro).

L'art. 3, comma 1, lett. c), d.l. n. 123/23 ha apportato una serie di modifiche all'art. 13-bis, d.l. n. 14/17, il quale, sotto la rubrica "*Disposizioni per la prevenzione di disordini negli esercizi pubblici e nei locali di pubblico trattenimento*", disciplina il potere del Questore di disporre, nei confronti delle persone denunciate negli ultimi tre anni per determinati reati, il

divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento specificamente individuati in ragione dei luoghi in cui detti reati sono stati commessi.

In primo luogo, l'intervento legislativo d'urgenza ha ampliato il novero dei reati presupposto, includendo tra questi – oltre ai reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi, o per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio ovvero aggravati ai sensi dell'articolo 604-*ter* cod. pen. – i reati di cui all'art. 4, legge 18 aprile 1975, n. 110 e i reati di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen.

In secondo luogo, il d.l. n. 123/23 ha ampliato la possibilità di ricorso al più afflittivo divieto di accesso ai pubblici esercizi o ai locali di pubblico trattenimento presenti nel territorio dell'intera provincia, previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 13-*bis*, stabilendo che detto divieto possa essere disposto, oltre che nei confronti di quanti siano stati posti in stato di arresto o di fermo convalidato dall'Autorità giudiziaria, ovvero siano stati condannati, anche con sentenza non definitiva, per uno dei predetti reati, anche nei confronti delle persone che, per i medesimi reati, siano state sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari o della custodia cautelare in carcere.

Ulteriori modifiche riguardano:

- 1) l'innalzamento della durata minima e massima del divieto;
- 2) l'individuazione del termine massimo di durata delle prescrizioni accessorie;
- 3) l'inasprimento delle pene per i trasgressori.

Più in particolare:

- l'art. 3, comma 1, lett. c), n. 3, d.l. n. 123/23 ha previsto che il divieto di cui ai commi 1 e 1-*bis* non possa avere una durata inferiore a un anno né superiore a tre anni (anziché, rispettivamente, non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni);
- l'art. 3, comma 1, lett. c), n. 4, d.l. n. 123/23 ha previsto che la prescrizione, accessoria al divieto di accesso di cui ai commi 1 e 1-*bis*, di comparire personalmente una o più volte, negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato non possa avere durata superiore ai due anni;
- l'art. 3, comma 1, lett. c), n. 5, d.l. n. 123/23 ha previsto che la violazione dei divieti e delle prescrizioni in parola è punita con la reclusione da uno a tre anni e con la multa da 10.000 a 24.000 euro (in luogo, rispettivamente, della reclusione da sei mesi a due anni e della multa da 8.000 a 20.000 euro).

L'obiettivo di rafforzare l'efficacia delle misure di prevenzione atipiche previste dall'art. 13-*bis*, chiaramente perseguito attraverso le modifiche sinteticamente descritte, appare opportunamente accompagnato dalla volontà di operare specifici interventi di coordinamento con le disposizioni riguardanti le altre misure di prevenzione atipiche disciplinate dal d.l. n. 14/17, nonché di eliminare potenziali incongruenze intrinseche della disciplina vigente.

In questo senso deve ritenersi congrua tanto l'espressa introduzione di un termine massimo di durata delle prescrizioni accessorie al divieto di accesso di cui ai commi 1 e 1-*bis*, alla stregua di quanto già previsto per le analoghe prescrizioni eventualmente disposte dal Questore ai sensi dell'art. 13, comma 3, d.l. n. 14/17, quanto la previsione della possibilità di ricorrere al più afflittivo divieto di accesso ai pubblici esercizi o ai locali di pubblico trattenimento presenti nel territorio dell'intera provincia anche nei confronti delle persone che, per i reati tassativamente previsti dallo stesso art. 13-*bis*, siano state sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari o della custodia cautelare in carcere.

Come segnalato nella Relazione illustrativa appariva, infatti, irragionevole che la misura *de qua* potesse essere comminata nei confronti di quanti, per quei medesimi reati, fossero stati sottoposti a misure precautelari poi convalidate e non potesse, al contrario, riguardare coloro che per gli stessi reati fossero stati destinatari di misure custodiali non precedute dall'arresto o dal fermo.

In un quadro complessivamente coerente, un elemento di potenziale distonia potrebbe essere rappresentato dall'inclusione della contravvenzione di cui all'art. 4, l.n. 110/75, tra i reati-presupposto per l'applicazione del divieto di accesso a pubblici esercizi o locali di pubblico trattenimento. A tale proposito giova ricordare che, al momento della sua introduzione ad opera del d.l. n. 113/18, l'art. 13-*bis* prevedeva che il Questore potesse disporre il divieto di accesso in locali o esercizi pubblici specificamente indicati, ovvero di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi, nei confronti delle persone "*condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi ovvero in locali di pubblico trattenimento, per delitti non colposi contro la persona e il patrimonio, nonché per i delitti previsti dall'art. 73, D.P.R. 309/1990*".

Nel 2020, con il d.l. n. 130/20, il legislatore ha ampliato l'ambito di applicabilità della misura *de qua*, prevedendo che presupposto per la sua adozione fosse non più una condanna "*con sentenza definitiva o confermata in grado di appello*", bensì la mera "*denuncia*" per uno dei reati ivi previsti: rimaneva, tuttavia, fermo il nesso tra le condotte oggetto di denuncia e la

loro consumazione in determinati luoghi, o quantomeno il loro carattere delittuoso non colposo contro la persona o il patrimonio.

L'ulteriore passaggio compiuto, oggi, dal legislatore è quello di includere nel novero dei reati-presupposto – *rectius*, delle mere denunce per tali reati – non solo i delitti di violenza e minaccia a pubblico ufficiale e resistenza a pubblico ufficiale, ma anche un reato contravvenzionale non necessariamente consumatosi all'interno o nelle vicinanze di pubblici esercizi o di locali di pubblico trattenimento: l'inclusione di tale reato tra quelli per cui la mera denuncia può condurre a disporre la misura di prevenzione di cui all'art. 13-*bis* sembra quantomeno richiedere al Questore un particolare onere motivazionale in punto di sussistenza dell'ulteriore condizione per la sua adozione, vale a dire la circostanza che dalla condotta possa derivare un "pericolo per la sicurezza", e ciò soprattutto nelle ipotesi in cui esso risulti commesso in contesti diversi dai pubblici esercizi o dai locali di pubblico trattenimento.

### **2.1 Considerazioni conclusive relative alle modifiche apportate agli artt. 10, 13 e 13-*bis*, d.l. n. 14/17**

Le modifiche apportate alle disposizioni che disciplinano le misure di prevenzione atipiche di cui agli artt. 10, 13 e 13-*bis*, d.l. n. 14/17 non introducono sostanziali elementi di novità rispetto alla loro applicabilità ai soggetti minorenni, trattandosi di misure che *de jure condito* potevano già essere emesse nei confronti dei minori ultraquattordicenni.

Nel quadro di un intervento legislativo complessivamente volto ad un rafforzamento dell'efficacia di tali misure – perseguito anche attraverso un inasprimento delle pene previste per la violazione delle stesse – qualche perplessità suscita l'eliminazione del rinvio alle disposizioni sulla convalida del DASPO sportivo: tale divieto, infatti, pur non essendo accompagnato da ulteriori prescrizioni, può in certi casi determinare una non irrilevante limitazione della libertà di circolazione, tanto in ragione della sua durata temporale, quanto in ragione della sua estensione spaziale, atteso che il divieto di accesso può riguardare, in ipotesi, aree urbane piuttosto estese.

Su altro versante, con specifico riferimento alla misura di prevenzione di cui all'art. 13, d.l. n. 14/17, l'ampliamento della discrezionalità del Questore nel disporre, unitamente al divieto di accesso o di stazionamento all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie, locali pubblici o aperti al pubblico, ovvero dei pubblici esercizi di cui all'articolo 5 della legge 25 agosto 1991, n. 287, le ulteriori, incisive prescrizioni di cui al comma 3 dell'art. 13, richiederà che il giudice investito della convalida debba valutare accuratamente la sussistenza delle "*specifiche ragioni di pericolosità*" di volta in volta

segnalate dal Questore, non potendosi limitare a rilevare la sussistenza di una condanna definitiva infratriennale (non più richiesta quale presupposto per l'adozione della misura in parola).

Infine, l'inclusione dei reati di cui agli artt. 336 e 337 cod. pen. e 4, l.n. 110/75, nel novero di quelli per i quali la mera denuncia può condurre a disporre la misura di prevenzione di cui all'art. 13-*bis*, d.l. n. 14/17 (divieto di accesso ai pubblici esercizi o dai locali di pubblico trattenimento) sembra richiedere al Questore un particolare onere motivazionale in punto di sussistenza dell'ulteriore condizione per la sua adozione, vale a dire la circostanza che dalla condotta possa derivare un *"pericolo per la sicurezza"*; e ciò soprattutto nelle ipotesi in cui detti reati – e in particolare la contravvenzione del porto di strumenti atti a offendere – risultino commessi in contesti diversi dai pubblici esercizi o dai locali di pubblico trattenimento, anche in considerazione del fatto che detta misura, ove non accompagnata da ulteriori prescrizioni, è sottratta alla procedura di convalida giurisdizionale.

### **3. Gli artt. 3, comma 2, e 5, d.l. n. 123/23**

Gli articoli 3, comma 2, e 5 del decreto legge oggetto di conversione introducono modifiche significative nella disciplina di alcuni istituti tipici del diritto penale della prevenzione, al dichiarato fine di aumentare il livello di sicurezza pubblica e di incrementare l'efficacia preventiva di misure già presenti nel sistema normativo.

Evidenzia al riguardo la relazione introduttiva come ciò sia imposto dalla necessità di *"contrastare, sul piano della prevenzione "sociale", il fenomeno della violenza giovanile, anche con riferimento al crescente e allarmante fenomeno delle "bande giovanili" (cd. baby-gang), ossia dei gruppi di minorenni dediti o inclini alla commissione di svariate fattispecie incriminatrici, la maggior parte delle quali connotate dall'uso della violenza fisica e/o psicologica e incidenti, soprattutto su beni giuridici quali l'incolumità e la libertà individuale e il patrimonio altrui"*.

L'art. 3, comma 2, si fa carico di tali esigenze procedendo alla modifica dell'istituto del foglio di via obbligatorio, disciplinato dall'art. 2, d.lgs. n. 159/11, e la corrispondente fattispecie sanzionatoria contemplata nell'art. 76, comma 2, citato decreto legislativo, mentre, al medesimo fine, con il successivo art. 5, sono stati modificati alcuni aspetti della disciplina dell'avviso orale, previsto dall'art. 3, d.lgs. n. 159/11, ed è stata introdotta una specifica ipotesi di ammonimento.

#### **3.1 L'art. 3, comma 2, d.l. n. 123/23**

L'art. 3, comma 2, modifica la vigente disciplina della misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio operando una sostanziale riscrittura dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 159/11.

In base alla previgente disciplina tale misura poteva essere adottata dal Questore in presenza di determinate condizioni nei confronti delle *“persone indicate nell'articolo 1”* del medesimo decreto legislativo, ovvero sia nei confronti di coloro i quali dovessero ritenersi, sulla base di elementi di fatto, *“abituamente dediti a traffici delittuosi”*, delle persone che per la condotta ed il tenore di vita dovessero ritenersi, sulla base di elementi di fatto, vivere *“abituamente con i proventi di attività delittuose”* ovvero nei confronti di coloro i quali, per il loro comportamento, dovessero ritenersi – sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa – *“dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica”*.

Il Questore, allorquando tali individui risultassero pericolosi per la sicurezza pubblica e si trovassero fuori dal luogo di residenza, poteva rimandarveli (ordine di rimpatrio) con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio. Ai destinatari del provvedimento questorile veniva quindi inibito di rientrare, senza preventiva autorizzazione ovvero non prima del termine stabilito (comunque non superiore a tre anni), nel comune dal quale erano stati allontanati.

Secondo quanto evidenziato nella relazione introduttiva, la predetta disposizione aveva dato luogo, soprattutto con riferimento alla previsione dell'obbligo di rimpatriare il soggetto allontanato nel comune di residenza, ad alcune criticità applicative posto che, nella realtà, quasi sempre il destinatario si allontanava autonomamente prima dell'emissione o comunque della notifica del foglio di via, in tal modo rischiando di pregiudicare validità ed efficacia del provvedimento questorile, per mancanza di una delle due componenti essenziali (rimpatrio nel comune di residenza e divieto di ritorno nel comune d'allontanamento).

Tale aspetto risulta evidenziato dal consolidato orientamento di legittimità a mente del quale, come anche di recente ribadito, *“le prescrizioni di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel Comune oggetto dell'ordine di allontanamento costituiscono condizioni necessarie ed inscindibili per la legittima emissione del foglio di via obbligatorio”* e, conseguentemente, aveva chiarito come *“la mancanza di una delle due imposizioni, determinando l'illegittimità dell'atto amministrativo, sindacabile dal giudice penale, fa venir meno il presupposto logico e giuridico della fattispecie legale tipica del reato di cui all'art.*

76, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159” (così, da ultimo, Cass. pen, Sez. I, 17.2.22, n. 14023<sup>1</sup>).

Nella prassi operativa ciò dava luogo a difficoltà nei casi in cui, al momento della notifica della misura il soggetto destinatario avesse già lasciato il territorio del Comune per rientrare nel luogo di residenza, rendendo in tal modo l’*“ordine di rimpatrio”* un mero formalismo e mettendone in discussione la ragionevolezza.

La novella, secondo quanto chiarito dalla relazione introduttiva, opera una rimodulazione dell’istituto in oggetto nel senso di *“valorizzare la componente interdittiva del ritorno nel Comune da cui si viene allontanati, rispetto a quella del rimpatrio nel luogo di residenza, e di aggravare le conseguenze a carico di chi non ottempera all’ordine di allontanamento o rientra senza autorizzazione nel territorio inibito”* e ciò al dichiarato fine di ovviare alle *“criticità”* insite nella versione previgente, le quali rischiavano *“ormai di comprometterne la flessibilità d’impiego e l’efficacia rispetto alle attuali dinamiche sociali e alle manifestazioni e tendenze illegali”*.

La norma in commento riscrive dunque la disposizione, della quale – pur nella continuità dell’ambito soggettivo di riferimento, individuato attraverso il rinvio alle categorie di soggetti contemplate nell’art. 1, d.lgs. n. 159/11, da considerarsi *“pericolose per la sicurezza pubblica”* – modifica (almeno in parte) il contenuto, essendo ora inibito al destinatario della misura il rientro, senza preventiva autorizzazione, nel Comune dal quale sia stato allontanato per un termine non inferiore a sei mesi e non superiore a 4 anni (in luogo dei precedenti 3 anni), con irrilevanza dell’eventuale abbandono volontario del territorio comunale; viene inoltre introdotta la previsione del termine massimo (48 ore) entro il quale il destinatario della misura deve lasciare il territorio comunale (ove non già spontaneamente avvenuto).

Così il testo risultante dalla complessiva riformulazione: *“1. Qualora le persone indicate nell’articolo 1 siano pericolose per la sicurezza pubblica e si trovino in un comune diverso dai luoghi di residenza o di dimora abituale, il questore, con provvedimento motivato, può ordinare loro di lasciare il territorio del medesimo comune entro un termine non*

<sup>1</sup> *Contra*, tuttavia, Cass. pen., Sez. I, 12.12.13, n. 4702; Cass. pen., Sez. I, 7.6.12, n. 29694 e Cass. pen., Sez. I, 8.11.12, n. 46257, a tenore delle quali *“ai fini della sussistenza del reato previsto dalla L. n. 1423 del 1956, art. 2, è sufficiente, alternativamente, la violazione del divieto di allontanamento da un certo territorio oppure quella del divieto di farvi ritorno per un certo periodo, non richiedendo la norma, quale presupposto del reato, un provvedimento amministrativo complesso che prescriva contemporaneamente entrambe le proibizioni”*, essendo per l’appunto sufficiente *“ai fini della sua legittimità che contenga l’imposizione anche solo di uno dei due diversi tipi di ordine, funzionali a garantire l’ordine pubblico”*.

*superiore a quarantotto ore, inibendo di farvi ritorno, senza preventiva autorizzazione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a quattro anni. Il provvedimento è efficace nella sola parte in cui dispone il divieto di ritorno nel comune, nel caso in cui, al momento della notifica, l'interessato abbia già lasciato il territorio del comune dal quale il questore ha disposto l'allontanamento".*

La successiva lettera b) del medesimo comma 2 interviene, invece, sulla disposizione che sanziona le violazioni alla misura di prevenzione, ovvero l'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 159/11, che contempla oggi un illecito delittuoso (e non più contravvenzionale), punito con la pena della reclusione da sei a diciotto mesi e della multa fino a 10.000 euro (in luogo dell'arresto da uno a sei mesi), con un deciso inasprimento del trattamento sanzionatorio complessivo.

L'intervento così disposto risulta nel complesso apprezzabile, operando una riscrittura dell'istituto di prevenzione che ovvia alle problematiche applicative riscontrate nella prassi (in maggior aderenza alle esigenze di contrasto alla criminalità).

L'interpolazione imporrà tuttavia all'interprete un'attenta opera di raffronto tra la precedente versione e quella attualmente vigente allo scopo di verificare, alla luce dei principi in tema di successione delle legge penali nel tempo (art. 2 cod. pen.), non solo le conseguenze derivanti dal differente regime rispetto ad istituti tipici del diritto penale sostanziale, quale ad esempio la prescrizione, ma anche e soprattutto la eventuale continuità tra le due fattispecie di reato contemplate dall'art. 76, comma 2, rispettivamente nella versione previgente e in quella risultante dalla modifica.

### **3.2 L'art. 5, d.l. n. 123/23**

Mediante l'art. 5, decreto legge in conversione, il legislatore intende conseguire le finalità già evidenziate in premessa attraverso una serie di modifiche volte a modulare, rispetto al minorenni, alcuni istituti tipici del diritto penale della prevenzione.

L'intervento, in estrema sintesi, contempla:

- l'ampliamento dell'ambito soggettivo dell'avviso orale disciplinato dall'art. 3, d.lgs. n. 159/11, includendovi i minori che abbiano compiuto il quattordicesimo anno d'età (art. 5, comma 1, lett. a, n. 1);
- l'estensione, in ordine alla medesima misura di prevenzione, del divieto di possesso e utilizzo di una serie di oggetti potenzialmente strumentali alla commissione di atti di violenza ai minori che abbiano compiuto i quattordici

anni, laddove definitivamente condannati per delitti non colposi (art. 5, comma 1, lett. a, n. 2);

- la riformulazione del procedimento di applicazione degli ulteriori divieti concernenti i mezzi o gli strumenti che possano agevolare la commissione di ulteriori condotte illecite (tra i quali il divieto di possedere o utilizzare telefoni cellulari), con un rafforzamento delle guarentigie procedurali, l'attribuzione al Questore del potere di proposizione e la competenza dell'Autorità giudiziaria in ordine all'emissione della misura, (art. 5, comma 1, lett. a, n.3);
- l'estensione della fattispecie delittuosa contemplata all'art. 76, comma 2, d.lgs. n. 159/11, alle ipotesi di trasgressione delle prescrizioni di cui ai commi 4, 5 e 6-*bis* dell'art. 3 del medesimo decreto legislativo (art. 5, comma 1, lett. b);
- l'estensione dell'ammonimento previsto dall'art. 8, d.l. n. 11/09 (conv., con mod., in l.n. 38/09), in relazione alle condotte delittuose commesse da minorenni di età superiore a quattordici anni nei confronti di altro minorenne (art. 5, commi da 2 a 4) e, per minori di età compresa tra dodici e quattordici anni, in relazione alla commissione di delitti per i quali sia prevista la sanzione della reclusione superiore, nel massimo, a cinque anni (art. 5, commi da 5 a 9).

Ciò premesso, deve innanzi tutto esaminarsi la disposizione mediante la quale, attraverso la modifica dell'art. 3, d.lgs. n. 159/11, il decreto legge oggetto di conversione determina l'ampliamento soggettivo dell'istituto dell'avviso orale, ivi disciplinato.

Come noto il predetto avviso, rientrante (unitamente al foglio di via obbligatorio) tra le misure di prevenzione applicate dal Questore, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 159/11, può essere disposto nei confronti di coloro i quali: debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi (**lett. a**); debbano ritenersi, per la condotta ed il tenore di vita, sulla base di elementi di fatto, vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose (**lett. b**); per il loro comportamento, debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto (comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa), dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica (**lett. c**).

L'efficacia preventiva della misura in questione è ricondotta all'invito rivolto dal Questore a "*tenere una condotta conforme alla legge*", previa indicazione dei motivi che lo giustificano.

Il destinatario può in qualsiasi momento chiedere, al Questore, la revoca della misura e formulare, avverso il provvedimento di rigetto della revoca, ricorso al Prefetto<sup>2</sup>.

Il comma 3-*bis* dell'art. 3, d.lgs. n. 159/11, introdotto dalla disposizione in commento, estende soggettivamente la misura di prevenzione includendovi, tra i suoi destinatari, anche il minore di diciotto anni che abbia compiuto i quattordici anni di età; in tal caso la misura si connota per una particolare modalità applicativa, essendosi in tal caso prevista la necessità che il Questore convochi, unitamente al minore, almeno uno dei genitori ovvero altra persona esercente la responsabilità genitoriale.

Coerentemente con la temporaneità della condizione di minore età che caratterizza in tal caso il destinatario della misura di prevenzione, la norma in commento presuppone una durata della misura limitata nel tempo e perdurante fino al raggiungimento della maggiore età, momento questo in coincidenza del quale la misura, al ricorrere dei presupposti, potrà essere eventualmente sostituita con ulteriori e più rigorosi strumenti preventivi (quale, ad esempio, la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza) e penalistici.

Ai minorenni, giusta l'estensione disposta con l'art. 5, comma 1, lett. a), n. 2), possono essere applicate, qualora risultino condannati in via definitiva per delitti non colposi, anche le ulteriori prescrizioni, contemplate al comma 4 dell'art. 3, d.lgs. n. 159/11, e corrispondenti al divieto di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, *“qualsiasi apparato di comunicazione radiotrasmittente, radar e visori notturni, indumenti e accessori per la protezione balistica individuale, mezzi di trasporto blindati o modificati al fine di aumentarne la potenza o la capacità offensiva, ovvero comunque predisposti al fine di sottrarsi ai controlli di polizia, armi a modesta capacità offensiva, riproduzioni di armi di qualsiasi tipo, compresi i giocattoli riproducenti armi, altre armi o strumenti, in libera vendita, in grado di nebulizzare liquidi o miscele irritanti non idonei ad arrecare offesa alle persone, prodotti pirotecnici di qualsiasi tipo, nonché sostanze infiammabili e altri mezzi comunque idonei a provocare lo sprigionarsi delle fiamme, nonché programmi informatici ed altri strumenti di cifratura o crittazione di conversazioni e messaggi”*.

Occorre a questo punto rilevare, quanto all'ambito di operatività della predetta disposizione, come la giurisprudenza di legittimità abbia nel tempo evidenziato come il telefono cellulare rientri a pieno titolo nella nozione di apparato di comunicazione

---

<sup>2</sup> L'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 159/11 prevede che il destinatario dell'avviso orale possa, in qualsiasi momento, chiederne la revoca al Questore, che provvede nei sessanta giorni successivi (rispetto alla data di redazione, da parte del Questore, del processo verbale dell'avviso); decorso detto termine senza che il Questore abbia provveduto, la richiesta si intende accettata. Entro sessanta giorni dalla comunicazione del provvedimento questorile di rigetto, è ammesso ricorso gerarchico al Prefetto.

radiotrasmittente, valorizzando a tal riguardo non solo il dato testuale ma anche quello tecnico.

Ed è proprio sul presupposto di tale consolidato orientamento che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 2 del 2023, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 159/11, nella parte in cui consente al Questore di vietarne, in tutto o in parte, il possesso e l'utilizzo.

Appare utile richiamare sinteticamente i passaggi argomentativi posti dalla Corte a base della sua pronuncia di incostituzionalità.

La Corte ha al riguardo constatato come sia *“difficile pensare che il divieto di possesso e uso di un telefono mobile – considerata l'universale diffusione attuale di questo strumento, in ogni ambito della vita lavorativa, familiare e personale – non si traduca in un limite alla libertà di comunicare, «spazio vitale che circonda la persona» (sentenze n. 81 del 1993 e n. 366 del 1991), in quanto attinente alla sua dimensione sociale e relazionale”* avendo il telefono cellulare *“assunto un ruolo paragonabile a quello degli altri strumenti”* tanto che *“Rivelerebbe [...] un senso d'irrealtà l'obiezione per cui la libertà di comunicare, privata del telefono mobile, ben potrebbe ancora oggi essere soddisfatta attraverso mezzi diversi, come gli apparati di telefonia fissa”*.

La qualificazione, contenuta nell'art. 15 della Costituzione, circa l'inviolabilità della libertà di comunicazione implica, ad avviso della Corte, che *“il contenuto essenziale della libertà non può subire restrizioni, se non in ragione della necessità di soddisfare un interesse pubblico costituzionalmente rilevante, «sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria» (ancora sentenza n. 366 del 1991; nello stesso senso, sentenza n. 81 del 1993)”*.

Secondo la Corte, infatti, *“le esigenze di prevenzione e difesa sociale ben possono giustificare, si è detto, misure restrittive, e queste possono incidere anche su diritti fondamentali. Ma, proprio ove ciò accada, le garanzie costituzionali reclamano osservanza. Nel caso della disposizione censurata ciò non avviene: la misura limitativa non è disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria, bensì, direttamente, dall'autorità amministrativa, cui è attribuito perciò un potere autonomo e discrezionale, senza nemmeno la necessità di successiva comunicazione all'autorità giudiziaria (per un'analogo fattispecie, pure oggetto di pronuncia di illegittimità costituzionale, sentenza n. 100 del 1968)”*. Ad avviso della Corte il significato *“sostanziale, e non puramente formale, dell'intervento dell'autorità giudiziaria, in*

*presenza di misure di prevenzione che comportino restrizioni rispetto a diritti fondamentali assistiti da riserva di giurisdizione” e le correlate conseguenze relative alla garanzia del contraddittorio, alla possibile contestazione dei presupposti applicativi della misura, della sua eccessività e sproporzione e, in ultima analisi, al pieno dispiegarsi dello stesso diritto di difesa impongono la declaratoria di incostituzionalità, per inosservanza del principio di legalità e della garanzia giurisdizionale, trattandosi di “due requisiti ugualmente essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell’uno vanifica l’altro rendendolo meramente illusorio”.*

Né, infine, la Corte ha ritenuto a tale fine sufficiente la possibilità di suscitare (*ex post*) il controllo da parte dell’Autorità giudiziaria, attraverso la previsione, avverso la denegata richiesta di revoca, di un’opposizione dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, nella forma dell’incidente di esecuzione. Ad avviso della Corte, infatti, se ben può spettare al Questore la *“titolarità del potere di proporre che a un determinato soggetto sia imposto il divieto di possedere o utilizzare un telefono cellulare”* tuttavia a questi non compete *“di adottare il provvedimento, poiché l’art. 15 Cost. non lo consente: la decisione non può che essere dell’autorità giudiziaria, con le procedure, le modalità e i tempi che compete al legislatore prevedere, nel rispetto della riserva di legge prevista dalla Costituzione”*.

Espunto il divieto di utilizzare il telefono cellulare dalla disposizione di cui al comma 4, esso, tuttavia, ha fatto rientro nel novero delle prescrizioni associabili all’avviso orale, anche laddove emesso nei confronti del minorenni, in base al novellato comma 6-bis dell’art. 3 a tenore del quale, laddove il soggetto sia stato condannato *“anche con sentenza non definitiva”* per uno o più delitti contro la persona, il patrimonio ovvero inerenti alle armi o alle sostanze stupefacenti, il Questore può *“proporre”* al Tribunale in composizione monocratica l’applicazione del *“divieto di utilizzare, in tutto o in parte, piattaforme o servizi informatici e telematici specificamente indicati nonché il divieto di possedere o di utilizzare telefoni cellulari, altri dispositivi per le comunicazioni dati e voce o qualsiasi altro apparato di comunicazione radio trasmittente”*, allorquando il relativo utilizzo *“è servito per la realizzazione o la divulgazione delle condotte che hanno determinato l’avviso orale”*.

La novella attribuisce, alla persona *“avvisata oralmente”*, cui sia stata notificata la proposta, la possibilità di presentare *“personalmente o a mezzo di difensore”*, memorie o deduzioni al giudice competente per l’applicazione del divieto. Il giudice competente provvede, entro trenta giorni, con decreto ricorribile per cassazione, eventualmente applicando il divieto per una durata *“non superiore a due anni”* e con modalità *“compatibili con le esigenze di salute, famiglia, lavoro o studio”* del destinatario del provvedimento.

Così illustrate le modifiche apportate alla disciplina della misura di prevenzione dell'avviso orale, deve innanzi tutto osservarsi come, in relazione alla fase dinanzi all'Autorità giudiziaria, cui i commi 6-*bis*, 6-*ter* e 6-*quater* attribuiscono la competenza, su proposta del Questore, di disporre il divieto, tra gli altri, di utilizzare o possedere cellulari, la disposizione chiarisce che la proposta deve essere formulata dal Questore al “*tribunale di cui al comma 6*” ovvero, secondo quanto prevede il predetto comma (non toccato dalla novella), al “*tribunale in composizione monocratica*”.

Al riguardo, sembra doversi dare per scontata la volontà del legislatore, per l'ipotesi in cui l'avviso riguardi un minore, di individuare l'Autorità giudiziaria competente, indicata nella norma nel tribunale in composizione monocratica, nel Tribunale per i minorenni ovvero, a partire dal 2024, nel Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Tale soluzione appare preferibile al fine di salvaguardare la specializzazione della giurisdizione minorile la quale, viceversa, verrebbe meno laddove si intendesse l'espressione utilizzata dal legislatore come riferita al giudice monocratico del Tribunale ordinario, cui all'attualità compete la competenza con riferimento al maggiorenne destinatario della proposta. Appare tuttavia opportuno un intervento che, dissipando eventuali problematiche applicative, possa salvaguardare la specializzazione del giudice minorile.

Ad analoghe perplessità si espone la previsione, relativa alla fase di applicazione dei medesimi divieti nei confronti di un minore, della necessità di notificare la proposta del Questore nei confronti della sola persona avvisata oralmente e cioè, nel caso di proposizione a carico del minore, nei confronti di quest'ultimo e non – in linea con quanto previsto, per il caso dell'ammonizione, dai successivi commi dell'art. 5 in commento (laddove è prevista la necessaria convocazione dell'adulto di riferimento del minore) – al genitore ovvero ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale.

La presenza di questi ultimi appare, d'altro canto, certamente opportuna laddove si intenda salvaguardare il rispetto di un contraddittorio effettivo nell'ambito del procedimento applicativo della misura di prevenzione *de qua* e dunque la possibilità di rappresentare al decidente circostanze che possano effettivamente contribuire alla sua valutazione; tale presenza, d'altro canto, appare coerente con le modifiche nel complesso introdotte negli altri commi dell'art. 5 in commento, dalle quali traspare il convincimento della necessità di una progressiva responsabilizzazione dell'esercente la potestà genitoriale.

D'altro canto laddove si pensi alla difficoltà applicativa del divieto in questione, avendo lo stesso riguardo a dispositivi elettronici estremamente diffusi e di uso comune, sembra impossibile ipotizzare che il minore possa essere indotto ad un utilizzo rispettoso

delle prescrizioni impostegli dal Tribunale senza la collaborazione di chi, sul minore medesimo, eserciti la responsabilità genitoriale.

L'intento general preventivo cui si richiama, nella relazione introduttiva, il legislatore viene inoltre da questi perseguito attraverso l'estensione della fattispecie penale contemplata all'art. 76, d.lgs. n. 159/11, all'ipotesi in cui siano violate le prescrizioni concernenti l'utilizzo di tali dispositivi elettronici, anche da parte del minorenni. Attraverso l'estensione in oggetto, pertanto, la fattispecie penale *de qua* viene a essere configurata anche nei confronti del minore dei diciotto anni il quale, come si è visto, ben può risultare destinatario dell'avviso orale rafforzato di cui al comma 6-bis dell'art. 3, d.lgs. n. 159/11.

Gli ulteriori commi dell'art. 5, secondo quanto già evidenziato in precedenza, richiamano l'applicabilità al minorenni dell'ammonimento di cui all'art. 8, d.l. n. 11/09 (conv., con mod., in l.n. 8/09).

Si tratta dell'ammonimento emesso dal Questore sulla base della richiesta in tal senso formulata dalla vittima del reato di *stalking* (art. 612-bis cod. pen.).

In tal caso il Questore, assunte se necessario "*informazioni dagli organi investigativi*" e sentite "*le persone informate dei fatti*" ammonisce "*il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento*" invitandolo "*a tenere una condotta conforme alla legge*" e redigendo un processo verbale. Il Questore può anche adottare i provvedimenti in materia di "*armi e munizioni*".

Il predetto procedimento applicativo dell'ammonimento, richiamato attraverso l'espreso rinvio ai commi 1 e 2 del citato art. 8, si riferisce (al comma 2) all'ipotesi in cui il minore, che abbia già compiuto quattordici anni, commetta i delitti di percosse, lesioni, minaccia, violenza privata e danneggiamento nei confronti di altro minorenni.

A tal fine il successivo comma 3 detta una disciplina parzialmente derogatoria rispetto a quella contemplata nel sopra indicato art. 8 atteso che, proprio in ragione della minore età del destinatario della misura, dispone a tal fine la convocazione non solo del minore ma anche di "*almeno un genitore*" ovvero "*altra persona esercente la responsabilità genitoriale*" formulando l'ammonimento sopra richiamato. Gli effetti dell'ammonimento cessano inoltre al compimento della maggiore età del destinatario.

Ad analoga procedura si richiama il successivo comma 5 il quale, sempre previo rinvio alla disciplina di cui all'art. 8, commi 1 e 2, citato decreto legge del 2009, introduce una ulteriore ipotesi di ammonimento di cui, stavolta, risulta destinatario il minore compreso tra i dodici e i quattordici anni che abbia commesso un fatto previsto dalla legge quale "*delitto punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni*".

Per tali soggetti, che notoriamente non sono imputabili penalmente *ex art. 97 cod. pen.*, il legislatore, come chiarito nella relazione introduttiva, *“anche prendendo spunto dall’art. 224 dello stesso codice, che contempla ipotesi restrittive adottate dall’Autorità giudiziaria nei confronti di soggetti di età inferiore ai 14 anni che abbiano commesso delitti e siano pericolosi”* prevede che il Questore li convochi ai fini dell’ammonimento unitamente ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale.

Gli effetti dell’ammonimento in parola terminano in ogni caso al raggiungimento della maggiore età (art. 5, comma 7).

Il successivo comma 8 contempla la sanzione amministrativa pecuniaria da 200,00 a 1.000,00 euro, nei confronti del soggetto *“tenuto alla sorveglianza del minore o all’assolvimento degli obblighi educativi nei suoi confronti”*, salvo che non provi *“di non aver potuto impedire il fatto”*; la competenza per l’irrogazione di tale sanzione è in tal caso del Prefetto e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla l.n. 689/81.

L’illecito amministrativo contemplato dalla disposizione, costruita attraverso il riferimento alla prova (c.d. liberatoria) di non aver potuto impedire il fatto (sulla falsariga di quanto previsto dall’art. 2048, comma 3, cod. civ. in tema di responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d’arte in relazione al danno cagionato *“dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi”* ovvero del *“danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza”* ), ricollega la responsabilità dei soggetti ivi contemplati ad una *culpa in vigilando* destinata ad operare nell’ipotesi in cui il minorenni abbia commesso i fatti costituenti delitti, menzionati nei commi 2 e 5 quale presupposto per l’applicazione della misura dell’ammonimento.

Ciò premesso deve in primo luogo rilevarsi come il procedimento previsto non sembra presentare criticità, dovendosi anzi apprezzare l’accorgimento utilizzato dal legislatore della novella di voler coinvolgere il genitore ovvero l’esercente la responsabilità genitoriale, allo scopo di responsabilizzare anche l’ambiente familiare di riferimento del minorenni.

La disposizione, quanto ai presupposti applicativi della misura dell’ammonimento disciplinato al comma 5, si richiama alla commissione di un delitto la cui pena edittale sia punita con pena non inferiore a cinque anni, in ciò diversamente da quanto previsto in relazione all’ammonimento contemplato al comma 2, per il quale sono espressamente richiamate le ipotesi delittuose la cui commissione può fondare l’applicazione della misura di prevenzione. Nel silenzio della norma sembra doversi ritenere che ai fini della misura amministrativa *de qua* debba farsi riferimento ai limiti edittali previsti per il delitto senza

dunque aver riguardo alla diminuzione, prevista a norma dell'art. 98 cod. pen., per il reato commesso dal minore degli anni diciotto che sia imputabile. Né, d'altro canto, in senso contrario, sembra potersi fare utile richiamo alla previsione contenuta nell'art. 19, d.P.R. n. 448/88, il quale individua, anche attraverso il riferimento all'art. 278 codice di rito, per la determinazione della pena, criteri i quali tuttavia operano solo "*agli effetti della applicazione delle misure cautelari*" tra le quali, certamente, non rientra la misura di prevenzione in oggetto.

### **3.3 Considerazioni conclusive relative alle modifiche apportate agli artt. 2, 3 e 76, d.lgs. 159/11**

Le modifiche introdotte, ai sensi dell'art. 3, comma 2, sulla disciplina della misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio appaiono, nel complesso, prive di criticità atteso che, attraverso una riscrittura della misura di prevenzione, ne ridisegnano, almeno in parte, i contenuti attribuendo al Questore uno strumento volto ad ovviare alle problematiche applicative riscontrate nella pratica ed a venire incontro alle esigenze di contrasto alla criminalità sottese all'intervento; rispetto alla conseguente modifica della fattispecie delittuosa sanzionatoria, deve rilevarsi come sarà devoluta all'interprete un'opera di attenta analisi delle modifiche introdotte, alla luce dei principi in tema di successione delle leggi penali nel tempo.

Le modifiche introdotte dall'art. 5, comma 1, alla disciplina della misura di prevenzione dell'avviso orale e alla correlativa sanzione suscitano perplessità in ordine a due aspetti concernenti la sua applicazione: la disposizione non individua con chiarezza nel giudice minorile l'Autorità giudiziaria competente ad adottare i divieti previsti al nuovo comma 6-*bis* dell'art. 3, d.lgs. n. 159/11, nel caso in cui il proposto sia un minore, come invece sembrerebbe opportuno al fine di salvaguardare – proprio per divieti che si connotano per la loro estrema incisività sulla vita (anche sociale) – la specializzazione del predetto giudice; sarebbe dunque auspicabile un intervento che, dissipando eventuali problematiche applicative, possa garantire, anche relativamente a tale ambito, la specializzazione del giudice minorile; la fase dinanzi all'autorità giudiziaria, inoltre, non prevede il necessario coinvolgimento del genitore del minore proposto, diversamente da quanto previsto dalle altre disposizioni in commento, ispirate a un principio generale di progressiva responsabilizzazione proprio della figura genitoriale.

#### 4. Gli artt. 4, 6 e 8, comma 1, lett. a), d.l. n. 123/23

##### 4.1 L'art. 4, recante "*Disposizioni per il contrasto dei reati in materia di armi od oggetti atti ad offendere, nonché di sostanze stupefacenti*"

Con l'art. 4, d.l. n. 123/23, sono state apportate modifiche al trattamento sanzionatorio relativo ai reati di cui all'art. 4, l.n. 110/75, all'art. 699 cod. pen. e all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90.

##### 4.1.1 Le modifiche all'art. 4, l.n. 110/75

Il comma 1 dell'art. 4, d.l. n. 123/23, ha novellato i commi 3, 4 e 5 dell'art. 4, l.n. 110/75, che sanziona colui che, senza le autorizzazioni prescritte dal Testo Unico sulla Sicurezza n. 773/31 (comma 1) o senza giustificato motivo (comma 2), porti fuori della propria abitazione o delle relative pertinenze armi od oggetti atti ad offendere (specificamente indicati ai commi 1 e 2).

La **lett. a)**, intervenendo sul comma 3 (sul trattamento sanzionatorio che consegue alla violazione dei commi 1 e 2), ha aumentato la pena dell'arresto sia nel minimo edittale, che passa da sei mesi ad un anno, sia nel massimo edittale, elevato da due a tre anni.

La **lett. b)**, modificando il comma 4, recante il divieto di portare armi nelle riunioni pubbliche anche per i soggetti muniti di licenza, prevede che il trasgressore sia punito con l'arresto da due a quattro anni (laddove, in base al testo previgente, il fatto era sanzionato con l'arresto da uno a tre anni).

La **lett. c)** ha novellato il comma 5, che punisce colui che, fuori dai casi previsti nel comma quarto, porti in una riunione pubblica uno strumento ricompreso tra quelli indicati al primo o al secondo comma. Anche in questo caso sono stati aumentati il minimo e il massimo edittale della pena dell'arresto, elevati, rispettivamente, a un anno e a tre anni (in luogo dei sei e diciotto mesi in precedenza previsti).

##### 4.1.2 Le modifiche all'art. 699 cod. pen.

Con il comma 2 dell'art. 4, d.l. n. 123/23, è stato modificato il trattamento sanzionatorio relativo alla contravvenzione di cui all'art. 699, comma 2, cod. pen. (porto abusivo di armi per cui non è ammessa licenza), aumentando la pena edittale massima da 3 a 4 anni di arresto.

#### 4.1.3 Le modifiche all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90

Il comma 3 dell'art. 4, d.l. n. 123/23, ha elevato da quattro a cinque anni di reclusione la pena edittale massima prevista per il delitto di cui al comma 5 dell'art. 73, d.P.R. n. 309/90 (Testo Unico in materia di stupefacenti), integrato allorchè le condotte di reato previste in tale disposizione, per i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, siano "di lieve entità".

Le modifiche illustrate, implicando un inasprimento del regime sanzionatorio, hanno una portata applicativa generale.

Nondimeno, l'aumento a cinque anni di reclusione della pena edittale massima per il delitto di cui all'art. 73, comma 5, comporta che, in relazione ad esso, possano essere disposte misure anche nei confronti dei minorenni.

Innanzitutto, per effetto della contestuale modifica apportata all'art. 19, comma 5, d.P.R. n. 448/88, con la riduzione da cinque a quattro anni di reclusione del limite edittale di pena richiesto per l'applicazione delle misure di cui agli artt. 20 (prescrizioni), 21 (permanenza in comunità), 22 (collocamento in comunità), queste possono senz'altro applicarsi in relazione al reato di cui all'art. 73, comma 5.

Ove poi il generico richiamo all'art. 73, d.P.R. n. 309/90, contenuto nel novellato art. 23, d.P.R. n. 448/88 (di cui si dirà in seguito), si ritenesse comprensivo anche dell'autonoma fattispecie di reato di cui all'art. 73, comma 5<sup>3</sup>, in relazione a quest'ultimo è da ritenere consentita persino l'applicazione della misura custodiale.

Anche all'inasprimento del trattamento sanzionatorio relativo alle contravvenzioni di cui all'art. 4, l.n. 110/75, e all'art. 699 cod. pen., cui è sottesa una valutazione di maggiore offensività delle condotte, è collegata una modifica delle disposizioni di cui del d.P.R. 448 cit. e, in specie, dell'art. 18-*bis*, potendo ora l'accompagnamento del minore presso gli uffici della polizia giudiziaria disporsi anche quando lo stesso sia colto nella flagranza delle predette contravvenzioni.

#### 4.2 L'art. 6, d.l. n. 123/23, recante "*Disposizioni in materia di contrasto dei reati commessi da minori*"

L'art. 6, d.l. n. 123/23, ha novellato specifiche disposizioni del d.P.R. n. 448/88, riguardanti il regime delle misure precautelari e cautelari applicabili ai minorenni.

In particolare:

---

<sup>3</sup> Circa il carattere autonomo della fattispecie di reato di cui all'art. 73, comma 5, si veda, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. Un., sent. n. 51063/18.

- il comma 1, lett. a), ha modificato l'articolo 18-*bis*, che disciplina l'istituto dell'“*accompagnamento del minorenne a seguito di flagranza*”;
- il comma 1, lett. b), ha modificato l'art. 19, dedicato alle “*misure cautelari per i minorenni*”;
- il comma 1, lett. c), ha modificato l'art. 23, recante la disciplina della misura della “*custodia cautelare*”.

#### 4.2.1 L'art. 6, comma 1, lett. a) e c): le modifiche alle misure cd. precautelari (arresto, fermo, accompagnamento a seguito di flagranza)

Per la migliore comprensione delle novità introdotte, è opportuno in via preliminare delineare, in forma sintetica, i tratti peculiari del sistema delle misure precautelari tipiche del processo minorile.

Nel novero di tali misure sono riconducibili l'arresto in flagranza, il fermo e l'accompagnamento a seguito di flagranza, istituti soggetti alla specifica disciplina di cui al d.P.R. 448 cit., integrata, per quanto non espressamente previsto, dalle disposizioni del codice di procedura penale, da applicare “*in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne*” (art. 1).

L'**arresto del minore** (art. 16) non è mai obbligatorio ma sempre facoltativo e presuppone che lo stesso sia colto dalla polizia giudiziaria nell'atto di commettere uno dei delitti per i quali è consentita l'applicazione della custodia cautelare, ai sensi dell'art. 23, d.P.R. n. 488/88, ovvero che, subito dopo aver commesso tale delitto, sia inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone o, infine, che sia sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che abbia commesso il reato immediatamente prima (art. 382 cod. proc. pen.).

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, nel disporre l'arresto, dovranno tener conto della gravità del fatto, dell'età, della personalità del minore nonché della sua pericolosità, essendo l'arresto giustificato proprio da esigenze di difesa sociale.

Il **fermo** (art. 17) può, invece, essere disposto dal pubblico ministero o, prima che questi abbia assunto la direzione delle indagini, dalla polizia giudiziaria, quando il minore sia indiziato di uno dei delitti per i quali è consentita l'applicazione della custodia cautelare (ai sensi dell'art. 23) e che sia punito con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a due anni, sempre che ricorra il pericolo di fuga, non espressamente previsto dall'art. 17 cit., ma da ritenere necessario, non solo in virtù del rinvio generale rinvio operato dall'art. 1, d.P.R. n.

448/88 alle disposizioni del codice di procedura penale, ma per l'ulteriore ragione che, in caso diverso, il minore subirebbe un trattamento deteriore rispetto all'adulto.

In caso di **arresto** o di **fermo**, il pubblico ministero dispone che il minore sia condotto presso un centro di prima accoglienza o presso una comunità pubblica o autorizzata che provvede ad indicare, a meno che, avuto riguardo alle modalità del fatto, all'età e alla situazione familiare del minore, non ritenga opportuno disporre che quest'ultimo sia condotto presso l'abitazione familiare perché ivi rimanga a sua disposizione.

Il pubblico ministero deve ordinare l'immediata liberazione del minore, oltre che nei casi previsti dall'art. 389 codice di rito<sup>4</sup>, quando ritenga di non dover chiedere alcuna misura cautelare (art. 18, comma 3, d.P.R. n. 448/88).

Al fine di adottare i provvedimenti di sua competenza, il pubblico ministero può disporre che il minore sia condotto dinanzi a sé.

Il fermo e l'arresto sono soggetti alla convalida da parte del giudice, secondo gli artt. 390 e 391 cod. proc. pen., richiamati al comma 5 dell'art. 18 cit.

L'**accompagnamento a seguito di flagranza del minore** (art. 18-*bis*) può essere disposto dalla polizia giudiziaria quando il minore sia colto nella flagranza di un delitto non colposo punito, in base alla previgente formulazione della disposizione, con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

Il minore è condotto dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria presso i loro uffici e ivi trattenuto per il tempo necessario alla sua consegna all'esercente la responsabilità genitoriale, all'affidatario ovvero a una persona da questi incaricata (comunque non superiore alle 12 ore).

Quando non sia possibile la consegna del minore a una delle persone sopra indicate (per il mancato recapito alle stesse dell'invito, per la mancata ottemperanza a quest'ultimo ovvero per la loro inidoneità ad adempiere agli obblighi di custodia e vigilanza), il pubblico ministero, tempestivamente informato dalla polizia giudiziaria, dispone che il minore venga condotto immediatamente presso un centro di prima accoglienza ovvero presso una comunità pubblica o autorizzata, che provvede ad indicare (art. 18 *bis*, comma 4).

Il pubblico ministero, avuto riguardo alle modalità del fatto, all'età e alla situazione familiare del minore, può disporre che questi sia condotto presso l'abitazione familiare perché

---

<sup>4</sup> L'art. 389 c.p.p. recita: "se risulta evidente che l'arresto o il fermo è stato eseguito per errore di persona o fuori dei casi previsti dalla legge o se la misura dell'arresto o del fermo è divenuta inefficace a norma degli articoli 386 comma 7 e 390 comma 3, il pubblico ministero dispone con decreto motivato che l'arrestato o il fermato sia posto immediatamente in libertà. 2. La liberazione è altresì disposta prima dell'intervento del pubblico ministero dallo stesso ufficiale di polizia giudiziaria, che ne informa subito il pubblico ministero del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito".

ivi rimanga a sua disposizione; al fine di adottare i provvedimenti di sua competenza, può altresì disporre che il minore sia condotto dinanzi a sé.

Analogamente a quanto previsto per l'arresto in flagranza, la polizia giudiziaria, nel valutare se disporre tale misura, deve aver riguardo alla gravità del fatto, all'età e alla personalità del minorenne (art. 18-*bis*, comma 5, che rinvia al comma 3 dell'art. 16); il pubblico ministero deve ordinare l'immediata liberazione del minore, oltre che nelle ipotesi di cui all'art. 389 cod. proc. pen., anche quando ritiene di non dover chiedere alcuna misura cautelare (art. 18, comma 3); l'accompagnamento del minore a seguito di flagranza è soggetto a convalida, ai sensi degli artt. 390 e 391 cod. proc. pen. (art. 18-*bis*, comma 5, che richiama il comma 5 dell'art. 16).

Tornando al d.l. n. 123/23, deve evidenziarsi come le novità introdotte dall'art. 6 consistano in un ampliamento dei presupposti oggettivi che legittimano il fermo, l'arresto o l'accompagnamento del minore a seguito di flagranza.

L'accompagnamento a seguito di flagranza di cui all'art. 18-*bis*, d.P.R. n. 448/88, come sopra evidenziato, in base alla previgente disciplina, era consentito quando il minore fosse stato colto nella flagranza di un delitto non colposo punito con la pena dell'ergastolo<sup>5</sup> o della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni.

L'art. 6, comma 1, lett. a), d.l. n. 123/23, da un canto ha ridotto da 5 a 3 anni di reclusione tale limite edittale, dall'altro ha inserito nell'art. 18-*bis* ulteriori reati, in specie i delitti previsti dall'art. 381, comma 2, lettere *f*), *g*), *h*) e *m*), cod. proc. pen. (lesione personale, furto, danneggiamento, alterazione di armi e fabbricazione di esplosivi) nonché le contravvenzioni di cui all'art. 699 cod. pen. (porto abusivo di armi) e all'art. 4, l.n. 110/75 (porto abusivo di armi o di oggetti atti ad offendere).

Nel resto la disposizione è rimasta immutata.

Tuttavia, a fronte dell'inclusione, tra gli illeciti per cui è consentito l'accompagnamento del minore a seguito di flagranza, di contravvenzioni e delitti puniti con pene edittali che non consentono l'applicazione di misure cautelari – le quali, ai sensi dei novellati artt. 19 e 23, possono disporsi solo per delitti sanzionati con pena della reclusione non inferiore a quattro anni ovvero sei anni, quando si tratti della custodia cautelare – è mancato un necessario coordinamento col comma 3 dell'art. 18 (richiamato al comma 5 dell'art. 18-*bis*), secondo cui, come anzidetto, il pubblico ministero deve disporre che il

<sup>5</sup> La Corte Costituzionale, con sentenza n. 168/94, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 17 e 22 cod. pen., "*nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile*". Dunque, il riferimento ai delitti puniti con l'ergastolo, contenuto nelle disposizioni relative alle misure precautelari e cauteri, è privo di rilevanza.

minore accompagnato presso gli uffici della polizia giudiziaria sia posto immediatamente in libertà ove ritenga di non dover chiedere l'applicazione di una misura cautelare.

Dunque, nei casi in cui l'accompagnamento avvenga in ragione della sorpresa del minore nella flagranza delle contravvenzioni o di delitti che non consentono l'applicazione delle misure, il pubblico ministero dovrà ordinare l'immediata liberazione dello stesso con conseguente vanificazione della misura disposta.

Sarebbe, pertanto, auspicabile un intervento volto a coordinare il novellato comma 1 dell'art. 18-*bis* e il comma 5 della medesima disposizione, potendo sulla base di una rigorosa interpretazione del comma 3 dell'art. 18, applicabile alla misura in esame, ritenersi persino precluso l'accompagnamento del minore a seguito di flagranza ove difettino, già in astratto, le condizioni per richiedere una misura cautelare.

L'ambito applicativo degli artt. 16 e 17, d.P.R. n. 448/88, risulta invece ampliato in virtù della modifica apportata all'art. 23, medesimo decreto, in essi richiamato per indicare i reati per i quali è consentito procedere, rispettivamente, all'**arresto** o al **fermo** del minore.

In base al previgente art. 23, l'adozione della custodia cautelare era consentita in relazione a delitti non colposi puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a **nove anni** (determinata ai sensi dell'art. 19, comma 5, d.P.R. n. 448/88<sup>6</sup>), nonché, anche fuori di tali casi, in relazione ai delitti, consumati o tentati, di cui all'art. 380, comma 2, lett. e) (furto su armi, munizioni ed esplosivi o aggravato ai sensi dell'art. 625, comma 1, n. 2, prima ipotesi, 3, 5 e 7-*bis*, salvo che ricorra, in quest'ultima ipotesi, la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen.), f) (rapina ed estorsione), g) (delitti in materia di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse) ed h) (delitti in materia di sostanze stupefacenti di cui all'art. 73, d.P.R. n. 309/90, escluso il comma 5) cod. proc. pen., e, in ogni caso, per il delitto di violenza carnale.

Il d.l. 123/23 (art. 6, lett. c, n. 1) ha novellato l'art. 23, d.P.R. n. 448/88, prevedendo che la custodia cautelare possa essere disposta per delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a **sei anni**, nonché, anche fuori dai casi predetti,

---

<sup>6</sup> Ovvero in applicazione degli stessi criteri valevoli per le misure cautelari e precisamente quelli indicati all'art. 278 cod. proc. pen. (richiamato all'art. 19, comma 5, d.P.R. n. 448/88), a mente del quale "si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale". In aggiunta, occorre tener conto della diminuzione della minore età (art. 98 cod. pen.), ad eccezione dei delitti di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/90.

per i delitti, consumati o tentati, di cui all'art. 380, comma 2, lett. e) (furto su armi munizioni ed esplosivi o aggravato ai sensi dell'art. 625, comma 1, n. 2, prima ipotesi, 3, 5, 7-bis, salvo che ricorra in quest'ultima ipotesi la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen.), g) (delitti in materia di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse) cod. proc. pen. – già in precedenza previsti – nonché per quelli ulteriori di cui alla lett. e-bis) dell'art. 380, comma 2 (furto in abitazione o con strappo, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen.) cod. proc. pen., ed ancora per uno dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 336 cod. pen. (violenza a pubblico ufficiale), 337 cod. pen. (resistenza a pubblico ufficiale) e 73, d.P.R. n. 309/90.

L'ampliamento del catalogo dei reati per cui è consentita l'applicazione della misura custodiale ai sensi dell'art. 23 ha, dunque, simmetricamente determinato l'inclusione di tali delitti nel novero di quelli per cui è consentito disporre l'arresto e il fermo del minorenne.

#### **4.2.2 Gli artt. 6, comma 1, lett. b) e c), n. 1 e 8, comma 1, lett. a): le modifiche alle misure cautelari**

Le lett. b) e c) dell'art. 6 recano modifiche agli artt. 19 e 23, d.P.R. n. 448/88, aventi ad oggetto la disciplina delle misure cautelari applicabili ai minorenni.

Al fine di rendere più chiara la portata delle novità introdotte, è opportuna una preliminare e sintetica illustrazione del sistema cautelare minorile limitatamente agli aspetti che rilevano ai fini delle modifiche intervenute.

Le misure cautelari applicabili ai minori sono di natura c.d. obbligatoria (prescrizioni, permanenza in casa, collocamento in comunità) e custodiale (custodia in carcere).

Gli aspetti maggiormente qualificanti del sistema cautelare minorile sono costituiti dalla previsione di misure esclusive (nel doppio significato che mancano misure corrispondenti per gli adulti e che le cautele previste per i minori non possono essere affiancate o sostituite con altre misure, in virtù del principio di tassatività/tipicità, codificato all'art. 19, comma 1, d.P.R. n. 448/88) e dalla "residualità" della custodia cautelare.

In coerenza con il carattere di *extrema ratio* che presenta la custodia cautelare, questa inizialmente è stata limitata a delitti puniti con pena edittale assai elevata<sup>7</sup>.

Con l.n. 12/91, in ragione del riscontrato intensificarsi del fenomeno delinquenziale minorile, per la prima volta, si è ritenuto di privilegiare, in uno al criterio quantitativo, correlato al limite edittale di pena (**nove anni di reclusione**), quello qualitativo, in forza del

<sup>7</sup> In origine la misura custodiale poteva applicarsi per i delitti non colposi puniti con la pena dell'ergastolo o con quella della reclusione non inferiore, nel massimo, a dodici anni.

quale si è attribuito rilievo a tipologie di reato che, pur attestandosi su massimi edittali inferiori ai nove anni, sono stati ritenute in concreto gravi.

Ai delitti non colposi puniti con la pena dell'ergastolo o con quella della reclusione non inferiore, nel massimo, a nove anni, sono state aggiunte, infatti, specifiche tipologie di delitti, segnatamente quelle di cui all'art. 380, comma 2, lett. e), f), g) e h), codice di rito.

Le misure diverse dalla custodia cautelare, fino all'adozione del d.l. n. 123/23, erano, invece, applicabili solo per delitti punibili con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a **cinque anni** (art. 19, d.P.R. n. 448/88).

I criteri di computo della pena ai fini dell'applicazione di tutte le misure sono indicati all'art. 19, comma 5 (già illustrato).

L'art. 19, comma 2, nell'indicare i presupposti applicativi delle misure, precisa che il giudice, nel disporle, deve tener conto degli elementi indicati all'art. 275 codice di rito (con la sola eccezione del terzo comma, secondo periodo, che prevede l'obbligatorietà della custodia in carcere per reati in tema di associazione a delinquere di stampo mafioso sovversivo o terroristico, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari), dunque, dovrà considerare *“la specifica idoneità della misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto”* (comma 1) e valutare che quella applicata sia *“proporzionata all'entità del fatto che si ritiene commesso dal minore e della sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata”* (comma 2)<sup>8</sup>.

L'art. 23, comma 2, per la misura custodiale, richiede poi che debbano sussistere gravi e inderogabili esigenze attinenti alle indagini, in relazione a situazioni di concreto pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova (lett. a), ovvero che, per le specifiche modalità e circostanze del fatto, e per la personalità dell'imputato, sussista il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quelli per cui si procede.

La lett. b) del comma 2 dell'art. 23, che contemplava la fuga o il concreto pericolo di fuga dell'imputato, è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 359/00 per eccesso di delega.

<sup>8</sup> L'art. 19, d.P.R. n. 448/88, non richiama né l'art. 273 cod. proc. pen. e neppure l'art. 274 cod. proc. pen. Da parte di alcuni commentatori si è evidenziato come l'omessa menzione, nell'art. 19, dell'art. 274 cod. proc. pen., e il suo esplicito richiamo nell'art. 23 non sia casuale, ma significativo del fatto che, per le misure diverse da quella custodiale, assumono preminenza le esigenze rieducative dei minori, idonee a giustificare l'applicazione anche in assenza di specifiche esigenze cautelari. In senso contrario, si osserva che nel sistema cautelare minorile vale la clausola generale di cui all'art. 1, d.P.R. n. 448/88, e che una deroga all'art. 274 cod. proc. pen. implicherebbe un regime cautelare per il minore irragionevolmente più severo di quello previsto per l'adulto.

In coerenza con la finalità di rieducazione e di recupero del minore enunciata all'art. 1, comma 1, d.P.R. n. 448/88, l'art. 19, comma 2, con previsione di portata generale, ha individuato un requisito ulteriore per l'applicazione delle misure, consistente nell'esigenza di non interrompere i processi educativi in atto, esigenza che dovrà costituire, unitamente agli altri indicati all'art. 275 cod. proc. pen., criterio di scelta della misura più adeguata al caso concreto<sup>9</sup>.

Disposta la misura cautelare, il giudice affida l'imputato ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, i quali svolgono attività di sostegno e controllo in collaborazione con i servizi di assistenza istituiti dagli enti locali (art. 19, comma 3).

Alla luce di quanto illustrato, può affermarsi che, in base alla disciplina vigente prima dell'entrata in vigore del decreto legge oggetto di conversione, si delineava un sistema graduale in virtù del quale:

- per i reati puniti con pena inferiore nel massimo a 5 anni di reclusione non era mai consentita l'adozione di misure cautelari;
- per i delitti puniti con l'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore nel massimo edittale a 5 anni di reclusione era consentita l'adozione di misure diverse dalla custodia cautelare (art. 19, comma 4);
- per i reati puniti con l'ergastolo o la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 9 anni era consentita l'adozione della misura custodiale.

Come già anticipato nell'illustrare le misure precautelari, su tale sistema è intervenuto l'art. 6, comma 1, lett. b) e c), nonché l'art. 8, comma 1, lett. a).

La lett. b) dell'art. 6 ha novellato l'articolo 19, comma 4, d.P.R. n. 448/88, ampliando il catalogo dei reati per i quali è consentita l'applicazione delle misure cautelari (prescrizioni, permanenza in casa e collocamento in comunità). Tali misure possono ora essere disposte se il delitto sia punibile con una pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a **quattro anni**.

L'art. 6, comma 1, lett. c) e l'art. 8, comma 1, lett. a) hanno modificato, rispettivamente, i commi 1 e 2 dell'art. 23, d.P.R. n. 448/88, recanti la disciplina dei presupposti applicativi della misura custodiale.

Per effetto della modifica dell'art. 23, comma 1, come anticipato, la misura della custodia cautelare può essere disposta per delitti non colposi per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione **non inferiore nel massimo a sei anni**, nonché, anche

<sup>9</sup> In tal senso, v. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 8703/19.

fuori dai casi predetti, per i delitti, consumati o tentati, di cui all'art. 380, comma 2, lett. e) (furto su armi munizioni ed esplosivi o aggravato ai sensi dell'art. 625, comma 1, n. 2, prima ipotesi, 3, 5, 7-*bis*, salvo che ricorra in quest'ultima ipotesi la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen.), g) (delitti in materia di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse) cod. proc. pen. – già in precedenza previsti – nonché per quelli ulteriori di cui alla lett. e-*bis*) dell'art. 380, comma 2 (furto in abitazione o con strappo, salvo che ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen.) cod. proc. pen., ed ancora per uno dei delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 336 cod. pen. (violenza a pubblico ufficiale), 337 cod. pen. (resistenza a pubblico ufficiale) e 73, d.P.R. n. 309/90,

L'inclusione dell'art. 73, d.P.R. n. 309/90, tra gli ulteriori reati per i quali è consentito disporre la misura custodiale sembra giustificata dalla circostanza che alcune fattispecie (così, ad esempio, quelle aventi ad oggetto le droghe leggere) sono punite con pena che – determinata ai sensi dell'art. 19, comma 5, d.P.R. n. 448/88 e, quindi, tenendo conto della diminuzione della minore età<sup>10</sup> (che continua ad essere esclusa dal computo della pena solo in relazione all'autonoma fattispecie di cui all'art. 73, comma 5) – risulta inferiore ad anni sei di reclusione.

Il riferimento poi all'art. 73, d.P.R. n. 309/90, sembra doversi ritenere riferito a tutte le fattispecie delittuose in questo comprese, inclusa quella dell'ipotesi lieve di cui all'art. 73, comma 5.

La lett. f) dell'art. 380, comma 2, cod. proc. pen., che contempla i delitti (consumati o tentati) di rapina ed estorsione, al pari del delitto di violenza carnale, sono stati espunti poiché, pur computata la diminuzione della minore età, essi comunque ricadono nella categoria generale dei reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo ad anni sei.

L'art. 8, comma 1, lett. a), ha interpolato l'art. 23, con l'inserimento, al comma 2, della lett. a)-*bis*, a mente della quale la misura custodiale può essere disposta anche quando l'imputato si è dato alla fuga o sussista il concreto ed attuale pericolo che si dia alla fuga.

È stata così reintrodotta la disposizione di cui alla lett. b), presente nel testo originario dell'art. 23, comma 2, come detto dichiarata illegittima per eccesso di delega.

<sup>10</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità, la diminuzione della minore età di cui all'art. 98 cod. pen. va computata operando la diminuzione minima di un giorno sul massimo edittale della pena.

#### 4.2.3 L'art. 6, lett. c), n. 2: durata massima della custodia cautelare, della permanenza in casa e del collocamento in comunità

Un'ultima modifica è stata apportata dalla lett. c) n. 2, dell'art. 6 al comma 3 dell'art. 23, riguardante i termini di durata massima della misura della custodia cautelare.

In base alla previgente disciplina, i termini di cui all'art. 303 cod. proc. pen. erano ridotti della metà per i reati commessi da minori degli anni diciotto e di due terzi per quelli commessi da minori degli anni sedici.

In base alla modifica ad opera del d.l. n. 123/23, i termini di cui all'art. 303 codice di rito sono oggi ridotti di un terzo per i reati commessi da minori degli anni diciotto e della metà per quelli commessi da minori degli anni sedici.

Tale modifica riverbera sia sull'art. 21, d.P.R. n. 448/88, essendo previsto, al comma 4, che, ai soli fini del computo della durata massima della misura, il minorenni al quale è imposta la permanenza in casa è considerato in stato di custodia cautelare, sia sull'art. 22 che, nel disciplinare il collocamento in comunità, richiama l'art. 21, comma 4.

Con riferimento all'illustrata modifica della durata massima delle misure cautelari, deve segnalarsi l'assenza di una disciplina transitoria, in mancanza della quale la questione della sua incidenza sui procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della novella deve essere risolta in via interpretativa.

In merito a tale questione, la giurisprudenza di legittimità ha tracciato una distinzione tra il caso in cui le nuove disposizioni implicanti il prolungamento dei termini di cui all'art. 303 cod. proc. pen. siano collegati ad una modifica legislativa *in peius* dei limiti edittali di pena previsti per singoli reati, e il caso in cui, invece, tale modifica incida direttamente sulla disciplina processuale.

Nella prima ipotesi, pacificamente si esclude che le modifiche possano aver incidenza sul computo dei termini di durata della custodia cautelare, trattandosi di un fenomeno successorio di leggi nel tempo che rimane regolato, anche nei suoi riflessi processuali, dal principio di non retroattività della disposizione sfavorevole di cui all'art. 25 Cost. e 2, comma 1, cod. pen.

Nella seconda ipotesi, si ritiene, invece, che il provvedimento legislativo modificativo *in peius* di norme precedentemente vigenti possa trovare applicazione nei procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore se, a tale data, lo stato di detenzione sia legittimante in atto, e cioè se i termini siano ancora pendenti; e tanto in virtù della regola del *tempus regit*

*actum*, che disciplina il fenomeno intertemporale avente ad oggetto la successione di norme processuali.<sup>11</sup>

Alla chiarezza, in punto di enunciazione, di tale ultimo principio, non è però corrispondente una declinazione di univoca e facile ricostruzione per la necessità di individuare, in concreto, le situazioni cautelari da ritenere definite sulla base della precedente, più favorevole, disciplina<sup>12</sup>.

Al fine di facilitare l'applicazione delle nuove disposizioni ed evitare dubbi interpretativi e possibili decisioni difformi, sarebbe, pertanto, opportuna l'introduzione di un espresso regime transitorio.

<sup>11</sup> In tal senso, da ultimo, v. Cass. pen., Sez. V, sent. n. 7053/20, che richiama la sentenza delle Sezioni Unite n. 20/91.

<sup>12</sup> La giurisprudenza di legittimità, anche nella sua massima espressione nomofilattica, ha affrontato a più riprese la questione dell'incidenza delle modifiche *in peius* di disposizioni concernenti la custodia cautelare sui procedimenti in corso. Con la risalente pronuncia n. 20/1991, le Sezioni Unite, proprio con riferimento ad un caso analogo a quello che interessa, e cioè dell'introduzione, con d.l. n. 292/91, di più gravosi termini di durata delle misure custodiali, pur ritenendo governata tale successione di leggi dal principio del *tempus regit actum*, ha affermato che l'operatività di quest'ultimo trova un limite nel rispetto degli atti e dei fatti esauriti sotto l'imperio di leggi anteriori. Con la sent. n. 8/1992, le Sezioni Unite, con riferimento alla modifica dell'art. 275, comma 3 cod. proc. pen. (sempre ad opera dall'art. 1, d.l. n. 292/91), con la quale è stato previsto che l'applicazione della custodia in carcere è obbligatoria per taluni più gravi delitti sulla base degli indizi di colpevolezza e "*salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari*", ha affermato che la nuova disposizione fosse applicabile al caso esaminato, così motivando "*Si concorda, in tesi generale, che gli atti processuali, compiuti sotto l'impero della norma abrogata, conservano appieno la loro validità e producono tutti gli effetti che ne scaturivano e che si siano esauriti in base all'ordinamento precedente. Se però dagli atti sono derivati effetti giuridici o situazioni processuali ancora pendenti all'entrata in vigore della nuova norma, si ritiene, dai più, che sia questa a dover essere applicata. Per altra opinione, invece, occorrerebbe rifarsi, di volta in volta ed in concreto, alla nuova norma per ricavare da essa, anche in via interpretativa, la volontà di regolare tali effetti e situazioni in corso. La specie è caratterizzata, come detto, dall'attualità di una misura custodiale, originata da una prima ordinanza impositiva di custodia cautelare e mantenuta da altra ordinanza sostitutiva degli arresti domiciliari. Queste Sezioni Unite ritengono che tale situazione debba essere considerata pendente ai fini del diritto intertemporale: che sussistano, in altri termini, effetti delle predette ordinanze, da considerare come non esauriti nei sensi di cui sopra e secondo le norme processuali vigenti al momento in cui si sono verificati*". In continuità con tale indirizzo si pone Cass. pen., Sez. I, sent. n. 550/93, nella quale è stato affermato che la protrazione della durata massima della custodia cautelare per effetto di una norma successivamente intervenuta deve interessare esclusivamente gli stati di detenzione ancora legittimamente in atto al momento dell'entrata in vigore della disposizione modificatrice di quella precedente, mentre deve escludersi che l'innovazione possa condurre al mantenimento o al ripristino dello stato di carcerazione preventiva nei confronti di chi abbia già maturato il diritto alla scarcerazione. In tema, v. anche Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 27919/11 e Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 44895/14. In particolare, in quest'ultima pronuncia, dopo aver dato conto che la ricostruzione del sistema di calcolo dei termini di fase di durata della misura cautelare è caratterizzato dall'operatività del principio della "segmentazione dei termini", cioè della previsione di termini autonomi, che contribuiscono a determinare poi la durata massima della custodia cautelare, è stato rilevato come "*debba ritenersi che non esistano principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale. La soluzione del problema in esame resta perciò affidata alla ricostruzione del sistema processuale nell'ottica dell'applicazione del principio *tempus regit actum*, pur dovendosi accuratamente definire di volta in volta se le norme di cui si discute appartengano o meno alla sfera del diritto penale materiale, o meglio subiscano una diretta incidenza nella loro conformazione dall'attrazione nella sfera sostanziale*".

### 4.3 Considerazioni conclusive relative alle modifiche in tema di misure precautelari e cautelari nei confronti dei minori

Riepilogando, le principali novità introdotte dal d.l. n. 123/23 consistono in un ampliamento delle condizioni per disporre misure precautelari e cautelari nei confronti dei minori (oltre che in un allungamento dei termini di durata massima della custodia cautelare, della permanenza in casa e del collocamento in comunità), nell'ottica di una più immediata ed incisiva azione giurisdizionale di contrasto al fenomeno della criminalità minorile.

Tale intento è stato esplicitato nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione, nella quale, dopo aver dato atto che i minori sempre più frequentemente si rendono autori di reati gravi per le modalità di aggressione dei beni giuridici offesi, con specifico riferimento alle modifiche riguardanti l'art. 23, è stato evidenziato come, sulla base dell'esperienza investigativa e giudiziaria, sia risultato che, in virtù della previgente formulazione di tale disposizione, sfuggissero *“all'arresto facoltativo in flagranza di reato e alle potenziali misure cautelari una serie di delitti, perpetrati di frequente da soggetti minorenni, come i maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), la violenza, minaccia o resistenza a un pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.), lo spaccio di stupefacenti di lieve entità (art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309/1990)”*.

Quanto, invece, alle modifiche relative al comma 3 dello stesso art. 23, concernente i termini di durata massima della custodia cautelare, della permanenza in casa e del collocamento in comunità, nella relazione illustrativa, è stato evidenziato che *“la durata massima dei citati termini di custodia cautelare, in ossequio al principio del favor minoris, viene mantenuta “attenuata” rispetto ai maggiorenni, ma la riduzione diviene di un terzo per i reati commessi da minori degli anni diciotto e della metà per quelli commessi da minori degli anni sedici”* e tanto *“nell'ottica di valorizzare i profili di responsabilità di soggetti legalmente minorenni ma sostanzialmente e tendenzialmente sempre più precoci e sviluppati sul piano psico-fisico e comportamentale-relazionale”*.

Le ragioni dell'intervento normativo indicate nella relazione illustrativa, come pure le specifiche modifiche apportate al sistema penale minorile dal d.l. n. 123/23, sono in linea con le valutazioni effettuate dal Consiglio e con le modifiche al sistema normativo minorile auspiccate con la risoluzione in materia di *“Attività degli uffici giudiziari nel settore della criminalità minorile nel distretto di Napoli”*, adottata con delibera plenaria dell'11.9.18.

Come riportato in quest'ultima, tale intervento consiliare fu determinato proprio dal crescente allarme provocato da gravissimi e reiterati episodi criminali con il coinvolgimento di minori che, già in quel frangente temporale, avevano interessato il territorio partenopeo<sup>13</sup>.

Il Consiglio, all'esito dell'ampia istruttoria volta ad acquisire più specifici elementi di conoscenza circa le dimensioni del fenomeno della criminalità minorile nel distretto di Napoli, la sua eziologia, le cause della non incisività della risposta giurisdizionale, gli interventi utili a migliorarla, nel rimarcare la necessità di un'azione sinergica tra varie istituzioni nell'ottica prioritaria di prevenire e di rimuovere le condizioni predisponenti i minori a scelte di devianza o addirittura all'ingresso in contesti criminali, ha nondimeno condiviso l'esigenza, da più voci segnalata, di un ripensamento del sistema normativo minorile onde realizzare un giusto bilanciamento tra le esigenze di tutela e recupero del minore e quelle, altrettanto importanti, di salvaguardia della collettività.

Il Consiglio ha, in particolare, osservato come, a fronte della crescente pericolosità delle forme di devianza giovanile, una troppo blanda risposta giudiziaria non avrebbe sortito effetti deterrenti, né avrebbe esplicato alcuna funzione rieducativa, contribuendo, anzi, a rafforzare nel minore autore di reato il convincimento di una sostanziale impunità.

Quale principale fattore del formarsi nel minore dell'affidamento circa la propria impunità veniva indicata proprio l'*"impossibilità, per la polizia giudiziaria, di operare con misure precautelari"*, tanto che da più parti era stata stigmatizzata *"la previsione di limiti edittali di pena troppo elevati, tali da precludere l'adozione delle anzidette misure precautelari con riferimento a un ventaglio di reati, anche di non lieve gravità, di per sé sintomatici di un'allarmante proclività a delinquere"*.

Sul punto è stato testualmente rilevato come *"la soglia sanzionatoria di nove anni, computata tenendo conto della diminuzione per la minore età"* fosse da ritenere *"tanto più irragionevole in considerazione del carattere sempre facoltativo dell'arresto nel processo minorile e dell'inadeguatezza, in punto di deterrenza, dell'alternativo l'istituto dell'accompagnamento del minore sorpreso in flagranza di reato"*.

Anche con riferimento all'art. 18-bis, d.P.R. n. 448/88, è stato osservato come la previsione di pene edittali troppo elevate implicasse l'esclusione dal novero dei reati per cui era consentito il ricorso a tale istituto di un ampio catalogo di fattispecie delittuose, soprattutto contro la persona, indicative dell'indole violenta e trasgressiva dell'autore.

<sup>13</sup> Nella risoluzione si è dato atto che, negli anni 2016/2017, erano state segnalate 52 'stese', per tali intendendosi le scorribande poste in essere da minorenni a bordo di *scooter*, con armi in pugno, per sparare in aria o contro finestre e saracinesche degli avversari, e comunque, volte ad affermare la supremazia sul territorio e ad incutere terrore.

Per altro verso, è stato rilevato che le *defaillances* complessive del sistema, a ridosso della consumazione del reato, oltre a generare nel minore autore di reato il convincimento di una sostanziale impunità per le azioni, pur gravi, commesse, avevano l'ulteriore effetto di indurre gli adulti a ricercare la complicità dei primi nella perpetrazione dei reati.

Sempre sul piano dei presidi cautelari, sono state evidenziate ulteriori criticità, concernenti gli elevati limiti edittali di pena valevoli anche per l'applicazione delle misure cautelari e lo speciale regime dei termini massimi di durata delle misure della custodia cautelare, del collocamento in comunità e della permanenza in casa, evidenziando come la loro riduzione rispetto a quelli di cui all'art. 303 cod. proc. pen. ne contraesse eccessivamente la durata, vanificandone la funzione, in special modo quella preventiva e di acquisizione o conservazione della prova.

Conclusivamente il Consiglio, nel ribadire che l'intervento giurisdizionale in ambito minorile deve essere ispirato ai principi della "minima offensività del processo", della sua finalizzazione rieducativa e attitudine responsabilizzante, ha però ritenuto compatibile con il correlato principio di residualità della custodia cautelare, una possibile conformazione dei presupposti applicativi della stessa in grado *"di conferire rilevanza a fattispecie di reato che, seppur sanzionate con pene inferiori al limite edittale previsto in via generale, presentino connotazioni di allarmante gravità in concreto e risultino, in un determinato contesto storico, endemiche nell'ambito della devianza minorile (si pensi in proposito alle ipotesi delittuose della detenzione e del porto in luogo pubblico di una singola arma comune da sparo, dell'incendio, del riciclaggio e delle lesioni gravi e gravissime), con conseguente necessità di arginarle e di apprestare più incisive forme di tutela alla collettiva"*.

È stato ancora rilevato come le auspiccate modifiche all'art. 23 avrebbero sortito l'ulteriore effetto di consentire l'adozione delle misure precautelari dell'arresto e del fermo per le medesime tipologie di reato, in tal modo ampliando la portata applicativa dell'art. 18 e così restituendo alla previsione normativa in esso contenuta una più pregnante efficacia dissuasiva, tenuto conto della maggior forza d'impatto che tal genere di presidi, per la loro immediatezza, hanno d'ordinario su autori di reato minorenni, anche per tal via indotti, da subito, a un utile ripensamento sulle conseguenze del proprio agire.

Sempre nell'ottica di rendere maggiormente incisivo l'intervento giurisdizionale è stata evidenziata l'opportunità di apportare modifiche analoghe anche all'art. 18-*bis* (accompagnamento del minore in stato di flagranza) e all'art. 19 (misure cautelari), ritenendo che il limite di pena in essi stabilito fosse troppo elevato e perciò inidoneo a ricomprendere tipologie di reato (ad es. lesioni con armi da taglio o improprie e resistenza a pubblico

ufficiale) sintomatiche di personalità del minore altamente trasgressive o comunque denotanti il suo inserimento in contesti di devianza.

Le valutazioni poste dal Consiglio a fondamento delle modifiche normative sollecitate con la risoluzione del 2018 risultano oggi ancor più attuali di allora, in considerazione del carattere sempre più allarmante che va assumendo il fenomeno della criminalità giovanile.

È, pertanto, reale la necessità di un miglior bilanciamento tra la finalità di rieducazione, recupero e risocializzazione del minore cui deve essere informato l'intervento penale e l'esigenza, di pari importanza, di apprestare un'effettiva tutela alla sicurezza collettiva, prevedendo strumenti in grado di assicurare una risposta giurisdizionale immediata ed efficace laddove il minore sia portatore di una spiccata pericolosità.

Le modifiche introdotte muovono in questa direzione per il maggior rilievo attribuito alle esigenze di tutela della collettività, connotando in senso maggiormente preventivo il sistema precautelare e cautelare minorile.

A fronte di questo, è stato rilevato da alcuni commentatori come le novità introdotte determinino un sensibile avvicinamento del regime cautelare proprio dei minorenni a quello ordinario, in possibile contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., che, come a più riprese affermato dalla Corte costituzionale, fa obbligo allo Stato di proteggere la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, e con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali<sup>14</sup>, da ultimo dalla Direttiva europea n. 2016/800/UE *“sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali”* (ad oggi non ancora attuata in Italia, benché sia da tempo scaduto il termine per il suo recepimento).

In merito a tali rilievi, occorre dar conto che, a proposito dell'inasprimento del regime cautelare applicabile ai minorenni, la Corte costituzionale si è già espressa con la risalente sentenza n. 44/93, nella quale, pur essendo chiamata a valutare la legittimità costituzionale delle modifiche apportate all'art. 23, d.P.R. n. 448/88, con il già citato d.lgs. n. 12/91, sotto il profilo del rispetto del principio di delega di cui all'art. 7, l.n. 81/87, su un piano più generale, ha rilevato come, con la formula in esso utilizzata (*“limitare il potere del giudice di disporre la custodia in carcere “solo per i delitti di maggiore gravità”*), fosse compatibile l'inclusione tra questi ultimi anche di reati punibili con la pena della reclusione fino a tre anni<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Si vedano, in specie, la Raccomandazione – REC (2003) 20 del Comitato dei Ministri agli Stati membri concernente le nuove modalità di trattamento della delinquenza giovanile ed il ruolo della giustizia minorile, l'art. 37 della Convenzione di New York del 20.11.89 sui “Diritti del fanciullo” e il § 13 delle c.d. Regole di Pechino (*“Regole Minime sull'Amministrazione della Giustizia dei Minori”*, adottate dall'ONU il 29.11.85).

<sup>15</sup> Nella pronuncia si afferma *“nel limitare il potere del giudice di disporre la custodia in carcere “solo per delitti di maggiore gravità”, la legge-delega evoca, quindi, un concetto di “gravità relativa” i cui termini, inferiore e superiore, non possono certo circoscriversi all'interno di un rigido paradigma quantitativo fondato*

A tal fine la Corte ha evidenziato come la gravità del reato dovesse saldarsi, oltre che a parametri di tipo quantitativo, anche a parametri di tipo qualitativo, facenti leva sulla specificità delle singole condotte criminose e sul correlativo disvalore, nonché sull'incidenza che tali condotte presentano in un determinato contesto storico e sociale.

Dalla suindicata pronuncia sembra, dunque, trarsi la più generale indicazione secondo cui, tra i criteri alla stregua dei quali deve essere apprezzata la ragionevolezza della valutazione in termini di gravità dei reati ai fini della loro inclusione nel novero di quelli che possono giustificare limitazioni alla libertà personale di un minore, possa assumere rilievo anche il carattere "endemico" che essi presentino in un determinato frangente storico.

Alla luce di tali coordinate, con riferimento alle modifiche in commento, deve rilevarsi come il legislatore, se nell'individuare le tipologie di reato che consentono il ricorso agli istituti precautelari e cautelari ha tenuto conto della natura dei beni giuridici più frequentemente offesi dalle condotte devianti dei minori, nondimeno ha incluso tra le ipotesi che legittimano l'applicazione della misura custodiale di cui all'art. 23 anche delitti nella forma tentata, in relazione ai quali, nei confronti degli adulti, non sarebbe consentita l'applicazione di analoga misura.

L'asimmetria, con riferimento a tale aspetto, tra i due sistemi cautelari – quello minorile e ordinario – potrebbe integrare un profilo di irragionevolezza della previsione di cui all'art. 23, d.P.R. n. 448/88.

In relazione all'aspetto della compatibilità delle modifiche introdotte dal d.l. n. 123/23 con le indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, e in specie, con l'art. 10 della citata Direttiva europea n. 2016/800/UE dell'11.5.16, intitolato "*Limitazione della privazione della libertà personale*"<sup>16</sup>, deve rilevarsi che le stesse, nella misura in cui ampliano i presupposti

---

*sulla pena editualmente prevista. D'altra parte, è la stessa delega ad avere altrove svincolato la valutazione della gravità del reato da un editto punitivo di rilevante entità: così, nella direttiva 32, riferendosi ai casi di arresto facoltativo in flagranza, il legislatore delegante ne ha testualmente consentito la previsione "per alcuni reati di particolare gravità", anche se punibili con la pena della reclusione fino a tre anni. Dovendosi quindi saldare la gravità del reato anche a parametri di tipo qualitativo che facciano leva sulla specificità delle singole condotte criminose e sul correlativo disvalore, nonché sulla incidenza che tali condotte presentano in un determinato contesto storico e sociale e sulle peculiarità che indubbiamente caratterizzano la devianza minorile ed il connesso regime processuale, ciascuna delle fattispecie che la norma impugnata ha provveduto a richiamare integra, per espressa e coerente scelta normativa, quella "maggiore gravità" alla quale la legge-delega ha inteso condizionare la possibilità di disporre la "custodia in carcere" nei confronti degli imputati minorenni. Anche il tentativo di furto, quindi, sempre che ricorra taluna delle circostanze aggravanti indicate nell'art. 380, secondo comma, lett. e), c.p.p., risponde alle specifiche connotazioni "qualitative" delle quali si è dianzi fatto cenno e che soddisfano il postulato voluto dalla delega, che anche per gli adulti annovera tra i requisiti per l'arresto facoltativo in flagranza quello della "gravità del fatto" (numero 32, lett. b, 2 parte)".*

<sup>16</sup> In esso è testualmente previsto che: "1. Gli Stati membri provvedono affinché in qualsiasi fase del procedimento la privazione della libertà personale del minore sia limitata al più breve periodo possibile. Sono tenute in debita considerazione l'età e la situazione personale del minore nonché le circostanze particolari del caso. 2. Gli Stati membri provvedono affinché la privazione della libertà personale, in particolare la detenzione,

per l'applicazione delle misure cautelari, e in particolar modo della misura custodiale, e prevedono un allungamento dei termini massimi di durata di quest'ultima, della permanenza in casa e del collocamento in comunità, considerate in astratto, potrebbero prestare il fianco a rilievi da parte della Commissione Europea.

Nondimeno, occorre evidenziare come il sistema cautelare minorile contempra ampi margini per una concreta applicazione delle novità introdotte coerente con i principi (enunciati nella direttiva, a più riprese affermati dalla Corte costituzionale<sup>17</sup> e già parte del diritto vivente), secondo cui la privazione della libertà personale del minore deve costituire l'*extrema ratio*, il giudice, nel disporla, deve tener conto dell'età, della situazione personale del minore e delle circostanze particolari del caso e limitarla al più breve periodo possibile.

Come sopra anticipato, il sistema minorile è congegnato in modo da escludere ogni forma di automatismo.

L'arresto in flagranza del minore, quale che sia la gravità del reato dallo stesso commesso, è sempre facoltativo e, nel disporlo, la polizia giudiziaria deve tener conto, oltre che della gravità del fatto, dell'età e della personalità del minorenne.

Proprio in ragione della delicatezza dell'apprezzamento rimesso alla polizia giudiziaria, all'art. 6 del d.lgs. n. 272/89, recante norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. n. 448/88, è previsto che, ai fini dell'assegnazione alle sezioni specializzate di polizia giudiziaria di cui all'art. 5 del d.P.R. n. 448/88, si tiene conto dell'attitudine, dei titoli di studio, dei titoli di in materia minorile e di eventuali esperienze specifiche del candidato.

Analogamente, l'applicazione delle misure cautelari impone una valutazione in concreto del pericolo di recidiva, desunta della gravità del fatto, della personalità del minore, del suo grado di maturità, dell'eventuale processo educativo in atto, da non interrompere.

---

*sia disposta nei confronti di minori solo come misura di ultima istanza. Gli Stati membri garantiscono che la detenzione sia basata su una decisione motivata soggetta a controllo giurisdizionale da parte di un giudice o tribunale. Detta decisione è altresì soggetta, a intervalli di tempo ragionevoli, a un controllo periodico da parte di un giudice o tribunale, o d'ufficio o su richiesta del minore, del suo difensore o di un'autorità giudiziaria diversa da un giudice o tribunale. Fatta salva l'indipendenza della magistratura, gli Stati membri provvedono affinché le decisioni a norma del presente paragrafo siano prese senza indebito ritardo".*

<sup>17</sup> È costante nella giurisprudenza costituzionale l'affermazione dell'esigenza che il sistema di giustizia minorile sia caratterizzato fra l'altro dalla «necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante» (sentenze n. 143 del 1996, n. 182 del 1991, n. 128 del 1987, n. 222 del 1983 e n. 46 del 1978), anzi su «prognosi particolarmente individualizzate» (sentenza n. 78 del 1989), questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.» (sentenze n. 128 del 1987 e n. 222 del 1983): vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutivezza della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono» (sentenza n. 125 del 1992). V., in tal senso, da ultimo Corte Cost., sent. n. 90/17.

Nel quadro di tali principi, consolidati nell'esperienza giudiziaria di settore, la magistratura minorile, altamente specializzata e da sempre attenta alle esigenze dei minori, saprà sicuramente dare applicazione alle nuove disposizioni in modo coerente con le peculiarità del sistema precautelare e cautelare minorile, valorizzando a tal fine, nel massimo grado, gli speciali criteri che presiedono all'accertamento relativo alla ricorrenza dei presupposti richiesti per disporre misure cautelari nei confronti dei minorenni e i generali principi che informano l'intervento penale nel settore minorile.

Le novità introdotte richiedono nondimeno una più incisiva azione di supporto in favore degli uffici giudiziari minorili.

Ed infatti, la più ampia tipologia dei reati inclusi nel novero di quelli per cui è consentito disporre misure cautelari renderà prevedibilmente più complesse le valutazioni volte a calibrare l'intervento penale sulla personalità del minore e a bilanciare al meglio le esigenze cautelari con quelle rieducative, anche in ragione del fatto che, come detto, la magistratura minorile, per quanto non previsto del d.P.R. n. 448/88, è chiamata ad applicare le disposizioni processuali ordinarie, adattandole alla personalità del minore e alle sue esigenze educative, sulla base di un'attività interpretativa non scevra da problematicità<sup>18</sup>.

L'ampliamento delle condizioni per l'applicazione di misure cautelari e il prevedibile aumento dei minori che a esse saranno soggetti determinerà poi un maggiore impegno della magistratura minorile anche in relazione al diverso profilo della necessità, in costanza delle misure cautelari, di assicurare al minore un percorso di rieducazione e di responsabilizzazione.

Il presumibile incremento degli affari da cui saranno gravati gli Uffici minorili e il maggior grado di complessità degli stessi rende, pertanto, necessario un attento monitoraggio sull'andamento dei flussi al fine di valutare l'adeguatezza delle dotazioni organiche del personale magistratuale e amministrativo, attesa la necessità di una trattazione tempestiva degli affari relativi ai minori, ancor più se sottoposti a misure cautelari.

---

<sup>18</sup> Tra le altre questioni affrontate dalla giurisprudenza di legittimità, si segnala quella relativa ai presupposti per l'aggravamento delle misure. Più di recente, Cass. pen., Sez. II, 12.9.19, n. 37813, ha escluso l'applicabilità al procedimento minorile, in caso di aggravamento delle esigenze cautelari, determinato dall'allontanamento ingiustificato del minore dalla comunità o da gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte, dei criteri indicati negli artt. 276 e 299 cod. proc. pen., ritenendo norma speciale l'art. 22, comma 4, d.P.R. n. 448/88 che consente l'applicazione della custodia cautelare solo in presenza dei presupposti ed entro i limiti temporali in esso indicati. È poi controverso se trovi applicazione anche alle misure della permanenza in casa e del collocamento in comunità l'art. 275, comma 2-bis, cod. proc. pen., secondo cui non può essere disposta la custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza penale possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. In senso affermativo, v. Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 34900/17 e Cass. pen., Sez. I, sent. n. 42449/21. In senso contrario, v. Cass. pen., Sez. II, sent. n. 43899/21. Ancora, dibattuto è il tema della applicabilità dell'art. 304 cod. proc. pen., in tema di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare. In senso affermativo, v. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 6938/17.

Il Consiglio, inoltre, unitamente alla Scuola Superiore della Magistratura, dovrà assicurare una costante formazione ai magistrati destinati o addetti al settore minorile.

Sotto altro profilo, deve rilevarsi la necessità che alle novità normative, oggettivamente ispirate da una logica di maggior rigore nei confronti dei minorenni, si accompagnino interventi più generali volti a implementare la presenza sul territorio dei servizi sociali, sanitari ed educativi, sia per appropriati interventi di prevenzione della devianza minorile, sia per la fondamentale esigenza che tali strutture supportino il percorso rieducativo e di responsabilizzazione del minore in costanza dell'esecuzione delle misure cautelari (art. 19, comma 3, d.P.R. n. 448/88, 7 e 8, d.lgs. n. 272/89).

Del pari, occorre rimediare alla denunciata insufficienza sul territorio nazionale sia delle comunità educative e terapeutiche in cui collocare i minori coinvolti in vicende penali o privi di una idonea assistenza familiare, sia di adeguate strutture detentive minorili (IPM) per evitare situazioni di sovraffollamento o il trasferimento dei detenuti in istituti lontani dalla loro abituale residenza, con conseguente sradicamento degli stessi dal proprio territorio, dalla propria famiglia e dai propri affetti.

Con riferimento alle previsioni del d.l. n. 123/23, in relazione alle quali sarebbe auspicabile un intervento emendativo, conclusivamente si segnalano:

- quella riguardante l'art. 18-*bis*, d.P.R. n. 448/88, nella parte in cui consente l'accompagnamento del minore ove sia colto nella flagranza di un delitto punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni ovvero delle contravvenzioni di cui all'art. 4, l.n. 110/75, e all'art. 699 cod. pen. Tale novità normativa non risulta, infatti, coordinata con il comma 3 dell'art. 18 (richiamato dall'art. 18-*bis*, comma 5), in base al quale il pubblico ministero deve ordinare l'immediata liberazione del minore quando non ritenga di poter chiedere misure cautelari. In base alle nuove disposizioni, le misure cautelari possono essere applicate per delitti puniti almeno con la pena della reclusione non inferiore a quattro anni e in nessun caso per le contravvenzioni, con conseguente vanificazione, qualora non sia possibile richiedere misure cautelari, della finalità per le quali l'accompagnamento è stato disposto e, ancor più a monte, con adozione dello stesso di dubbia legittimità;
- quella relativa all'art. 23, d.P.R. n. 448/88, nella parte in cui consente l'applicazione ai minori della misura della custodia in carcere con riferimento a delitti tentati in relazione ai quali, secondo le norme processuali ordinarie, non è consentito disporre analoga misura nei confronti degli adulti, potendo tale

diversità di regime integrare un profilo di irragionevolezza della nuova previsione;

- quella derivante dall'assenza di una disciplina transitoria che regoli il regime dei termini di durata massima delle misure della custodia cautelare, della permanenza a casa e del collocamento in comunità applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del d.l. n. 123/23.

#### 5. L'art. 7, d.l. n. 123/23

L'art. 7 dispone che, quando durante le indagini relative ai reati di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. (associazione di tipo mafioso) e 74, d.P.R. n. 309/90 (associazione finalizzata al traffico di stupefacenti), emerge una situazione di pregiudizio che interessa un minore, il pubblico ministero ne informa il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie per le eventuali iniziative di competenza, ai sensi dell'art. 336 cod. civ.

La disposizione normativa in commento incide sulla fase prodromica all'apertura del procedimento finalizzato all'adozione dei provvedimenti giurisdizionali aventi a oggetto la responsabilità genitoriale.

L'ambito di applicazione della misura introdotta è, in particolare, quello dei provvedimenti previsti dagli artt. 330 e 333 cod. civ., cioè a dire la pronuncia della decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli e i provvedimenti ritenuti convenienti nell'ipotesi in cui la condotta di uno o di entrambi i genitori, pur non essendo tale da dare luogo alla predetta decadenza, appaia comunque pregiudizievole al figlio (provvedimenti fra i quali vi è l'allontanamento di quest'ultimo dalla residenza familiare o l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore).

L'art. 7, d.l. n. 123/23, amplia la sfera conoscitiva del pubblico ministero, che, insieme all'altro genitore, ai parenti e al curatore speciale, se già nominato, è – ai sensi dell'art. 336 cod. civ. – tra i soggetti legittimati a ricorrere ai fini dell'adozione dei predetti provvedimenti *de potestate*. La norma, come sopra detto, prevede infatti, nella fase delle indagini relative ai reati di cui agli artt. 416-*bis* cod. pen. e 74, d.P.R. n. 309/90, un dovere di informazione – in capo al pubblico ministero procedente – del Procuratore presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, al precipuo fine del predetto ricorso ai sensi dell'art. 336 cod. civ.

La disposizione introduce pertanto un circuito comunicativo tra gli Uffici di Procura ordinaria e presso il Tribunale per i minorenni, come già auspicato dal Consiglio Superiore

nella risoluzione in materia di tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata adottata con delibera del 31.10.17. In tale sede veniva, in proposito, osservato che *“l'assenza di disposizione di raccordo obbligatorio tra i diversi Uffici giudiziari nei casi in cui ci sia un concreto pregiudizio legato al contesto malavitoso familiare o locale rischia di limitare grandemente la tempestività dell'intervento e la sua stessa efficacia. Un simile scambio di informazioni potrebbe risultare doveroso e utile al fine di salvaguardare sia il minore che l'integrità delle indagini e delle prove acquisite, permettendo di segnalare tutte le situazioni di pregiudizio familiare per il minore e di attivare tutte le procedure civili e penali a tutela dei minori, in parallelo o al termine di procedimenti attivati per reati di criminalità organizzata”*.

Nella predetta risoluzione veniva evidenziato che *“le famiglie mafiose che negano l'adolescenza ai propri figli inserendoli sin dalla tenera età nelle dinamiche criminose dell'associazione mafiosa, devono essere considerate a tutti gli effetti famiglie maltrattanti”* e che *“pertanto la grave violazione dei doveri educativi connessi alla responsabilità genitoriale, con conseguente pregiudizio all'integrità psico-fisica del minore, dovrebbe essere punita ex art. 572 c.p. a tutela di tutti quei ragazzi che dietro all'orgoglio dell'appartenenza ad una determinata famiglia, nascondono un profondo dolore e un forte senso di angoscia dovuti ad una innocenza negata e strappata troppo presto”*.

Tanto premesso, si osserva, sul piano applicativo, che un primo aspetto della disposizione di particolare interesse attiene al presupposto fattuale in presenza del quale sorge il dovere di informazione in capo al pubblico ministero procedente, ossia la *“situazione di pregiudizio”* che interessa il minore.

Come altresì chiarito dalla relazione illustrativa, escluse le ipotesi in cui vi sia una condotta delittuosa del minore (dalla quale scaturirebbe necessariamente il coinvolgimento della Procura minorile), deve rilevarsi come – essendo l'informazione finalizzata all'esercizio, da parte del pubblico ministero, dei poteri di attivazione di un procedimento per l'adozione dei provvedimenti *de potestate* – l'esposizione al pregiudizio sia quella derivante dalla condotta genitoriale.

A tale proposito deve richiamarsi tuttavia quanto evidenziato nella risoluzione del Consiglio in data 31.10.17, cioè a dire che *“sarà utile che l'attenzione dell'organo giudicante si indirizzi non solo sul rapporto genitori-figli ma anche sul più ampio contesto territoriale e sociale in cui l'intera famiglia è inserita, valutando se effettivamente quell'ambiente da cui la famiglia stessa trae un certo sistema valoriale fortemente connotato in senso criminale, possa dirsi assolutamente inadeguato alle delicate esigenze emotive e di crescita del minore”*.

Con tutta chiarezza, stante la sopra chiarita finalità dell'informazione, si tratterà di ipotesi nelle quali si ravvisi una condotta – attiva od omissiva – facente capo alla figura genitoriale, responsabile dell'inserimento del minore nell'ambiente pregiudizievole in quanto costituente un orizzonte sociale e relazionale patogeno. Oltre alle ipotesi di indottrinamento ed istigazione a pratiche delittuose rileverà senz'altro quella di mancato accudimento educativo da parte di genitori costantemente dediti ad attività illecite.

Sotto altro aspetto deve evidenziarsi l'incidenza della previsione normativa sui principi che regolano le indagini preliminari, con particolare riguardo alla segretezza di queste ultime. Già nella sopra menzionata risoluzione del C.S.M. del 31.10.17 è stata infatti osservata la necessità del bilanciamento tra il segreto di indagine penale e l'esigenza di tutela tempestiva dei minori in situazioni di pregiudizio.

Con riguardo al profilo contenutistico, ossia al perimetro del dovere di informazione, la relazione illustrativa mostra consapevolezza del predetto necessario bilanciamento, operando riferimento ad una *“trasmissione selezionata degli atti di indagine”* e precisando che la disposizione *“andrà letta sistematicamente in modo da salvaguardare il segreto d'indagine”*.

Da un punto di vista concreto si porrà la necessità dell'individuazione di strumenti adeguati a tutelare entrambe le istanze, ossia da un lato l'interesse del minore ad essere allontanato da contesti familiari che ne impediscano o pregiudichino lo sviluppo culturale, sociale e relazionale, dall'altro il segreto investigativo.

Premesso anzitutto che si tratta in ogni caso di informazioni circolanti tra due Uffici di Procura, si osserva che allo stato sarà rimesso all'attività applicativa elaborare soluzioni pratiche volte a garantire la tutela del predetto segreto.

La problematica, dal punto di vista operativo, consiste principalmente nel fatto che la proposizione di ricorsi al competente Tribunale per i minorenni determinerebbe il versamento nel fascicolo civile degli atti ricevuti dalla Procura ordinaria, con conseguente *discovery* di questi in una fase in cui risultano ancora coperti da segreto investigativo nel correlato procedimento in carico alla Procura ordinaria.

Nella difficoltà di individuare in via normativa i criteri da seguire in sede d'informazione, al fine di conciliare quest'ultima attività con il segreto d'indagine, il Consiglio potrà valutare l'opportunità dell'elaborazione di linee guida che assicurino tale bilanciamento, al fine di assicurare un'omogeneità nell'applicazione della disposizione nei diversi uffici di Procura sul territorio.

### 5.1 Considerazioni conclusive relative all'art. 7, d.l. n. 123/23

In conclusione si osserva che l'intervento normativo in commento, nella misura in cui consente una circolarità delle informazioni tra Uffici di Procura nell'obiettivo di un tempestivo intervento sulla realtà socio-culturale e relazionale del minore, va valutato positivamente.

### 6. L'art. 8, comma 1, lett. b), d.l. n. 123/23

Con riferimento al tema del percorso di rieducazione del minore, l'art. 8, comma 1, lett. b), d.l. n. 123/23, introduce, dopo l'art. 27, d.P.R. n. 448/88, un nuovo art. 27-bis.

La norma prevede, al comma 1, che il pubblico ministero, nel caso in cui si proceda per reati per i quali è prevista la pena detentiva *“non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena”*, notifichi al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale *“l'istanza di definizione anticipata del procedimento subordinata alla condizione che il minore acceda a un percorso di reinserimento e rieducazione civica e sociale sulla base di un programma rieducativo che preveda, sentiti i servizi minorili di cui all'articolo 6 e compatibilmente con la legislazione sul lavoro minorile, lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti no profit o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da uno a sei mesi”* (comma 1).

Il deposito del programma rieducativo deve avvenire entro trenta giorni dalla notifica dell'istanza del pubblico ministero; ricevuto il programma, il pubblico ministero, entro i dieci giorni successivi, lo trasmette al giudice al fine di fissare l'udienza per deliberare il provvedimento di ammissione del minore al percorso di reinserimento e rieducazione (comma 2).

Il giudice ha, poi, l'obbligo di sentire il minore e l'esercente la responsabilità genitoriale, provvedendo con l'ordinanza di ammissione di cui al comma 2 a stabilire la durata del percorso di reinserimento e rieducazione presentato e sospendendo il procedimento per un periodo massimo di sei mesi, entro i quali deve essere eseguito il percorso concordato e fissata l'udienza di verifica (comma 3).

Se il minore non intenda accedere o interrompa ingiustificatamente il percorso di reinserimento e rieducazione, è esclusa l'applicazione degli art. 28 (sospensione del processo e messa alla prova) e 29 (dichiarazione di estinzione del reato). Così il comma 4.

Al termine del percorso di reinserimento e rieducazione, il giudice, valutato l'esito positivo del programma rieducativo, sentite se del caso le parti, pronuncia sentenza di non

luogo a procedere dichiarando l'estinzione del reato. Nel caso di valutazione con esito negativo riguardo all'attività svolta dal minore durante il programma rieducativo, il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero per la prosecuzione del procedimento penale con esclusione dell'applicazione dei citati artt. 28 e 29 (comma 5).

La relazione introduttiva al decreto legge chiarisce che la novella introduce *“un ulteriore istituto di diversione che, nel caso di reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, consente il minor pregiudizio per lo sviluppo del minore a fronte di fatti di non particolare gravità”*.

La norma in commento presenta diversi aspetti di criticità, connessi sia al suo contenuto testuale, sia, più in generale, al non agevole inquadramento dell'istituto di nuova introduzione.

L'art. 27-bis è infatti rubricato *“Percorso di rieducazione del minore”* ed è inserito subito prima della messa alla prova, configurando, tuttavia, un istituto del tutto peculiare che non sembra presentare tratti in comune con quello delineato dall'art. 28, d.P.R. n. 448/88.

Tale ultima norma, come è noto, ha introdotto nell'ordinamento una ipotesi di sospensione del processo nelle more dell'espletamento da parte del minore di una “prova”, consistente in un periodo nel quale il giudice lo affida ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, di attività di osservazione, trattamento e sostegno, unitamente all'osservanza di eventuali specifiche prescrizioni dirette a riparare alle conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato. La misura è adottata dal giudice che *può* disporla quando le modalità del fatto e la personalità del soggetto inducano a ritenere preferibile questa scelta, nell'ottica di facilitare la tempestiva fuoriuscita del soggetto dal circuito penale (*Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2 (art. 28, comma 1).*

La sospensione è, poi, disposta 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. Durante la sospensione è inoltre sospeso il corso della prescrizione ed essa è comunque revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte (comma 5), mentre, in caso di esito positivo della prova, verificato dal giudice, questi fissa una nuova udienza nella quale dichiara, con sentenza, estinto il reato (art. 29).

Alla luce di quanto sopra riportato in estrema sintesi, si evince innanzitutto che la messa alla prova del minore interviene in una fase in cui il procedimento penale è evoluto in processo ed è quindi già emerso un quadro delle responsabilità del minore nella commissione di una fattispecie di reato, quantomeno nella prospettiva accusatoria. D'altra parte la Consulta, con sentenza n. 139 del 2020, ha escluso che la messa alla prova del minore possa avvenire in fase di indagini preliminari, sottolineando la profonda differenza esistente tra l'istituto in parola applicato al minore e all'adulto: la prima ha finalità rieducativa ed è un istituto ad applicazione officiosa e illimitata, non essendo condizionata dalla richiesta dell'imputato, né dal consenso del pubblico ministero; l'altra è viceversa connotata da tratti sanzionatori (sent. cost. n. 75 del 2020 e n. 68 del 2019) e dal perseguimento di obiettivi di deflazione processuale ed ha carattere "negoziale", per la necessità che intervenga un accordo tra l'indagato e il pubblico ministero.

Quanto detto spiega anche il coinvolgimento dell'interessato nella procedura di messa alla prova minorile prima dell'assunzione della decisione da parte del giudice e la preliminare necessaria valutazione da parte di quest'ultimo del fatto commesso e della personalità del soggetto, allo scopo di verificare l'opportunità di prevedere l'accesso all'istituto in questione e di calibrare specificamente le eventuali prescrizioni da imporre.

Le differenze dell'istituto di nuova introduzione rispetto a quello delineato dall'art. 28 dello stesso d.P.R. sono, pertanto, evidenti: l'accesso al percorso rieducativo è riservato dall'art. 27-bis ai casi in cui si proceda per reati per i quali è prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione o la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena; ciò che viene sospeso è il procedimento penale e non anche il processo in cui sia coinvolto un minore; la sospensione del procedimento ha una durata inferiore rispetto a quella disposta con la messa alla prova, da uno a sei mesi; l'iniziativa per l'attivazione della misura di nuova introduzione sembra spettare al solo Pubblico Ministero e non al giudice e non sembra attribuita al primo alcuna discrezionalità valutativa nella decisione dell'accesso allo strumento in parola; non è prevista la sospensione della prescrizione.

Esaminando più nel dettaglio la norma in commento a partire dall'inizio del primo comma, deve subito evidenziarsi, quale primo aspetto di problematicità, che il legislatore non ha indicato gli elementi che il Pubblico Ministero deve considerare al fine di assumere le proprie determinazioni in ordine alla ricorribilità al rimedio di nuova introduzione.

L'art. 27-bis, comma 1, si limita, infatti, a prevedere che: "***Il pubblico ministero, nel caso di reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, notifica al***

*minore e all'esercente la responsabilità genitoriale l'istanza di definizione anticipata del procedimento*”, con ciò inducendo a ritenere che sia stato configurato un automatismo che impone, in presenza di fattispecie del tipo di quelle contemplate dalla norma, la notifica dell'istanza di definizione anticipata del procedimento.

Una tale soluzione interpretativa, pur suffragata dall'evidente tenore letterale della disposizione, appare in netto contrasto con gli obblighi gravanti sul pubblico ministero ai sensi dell'art. 358 cod. proc. pen., che gli impongono di svolgere le indagini necessarie per assumere le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale: di fronte ad una *notitia criminis* il pubblico ministero minorile deve poter valutare l'eventuale assenza dei presupposti della fattispecie di reato iscritta ed orientarsi conseguentemente verso l'archiviazione del procedimento, ovvero considerare la necessità di un approfondimento investigativo relativamente alle informazioni emergenti dalla notizia di reato o l'opportunità di avanzare, ad esempio, richiesta di applicazione di una misura cautelare.

A ciò si aggiunga che una lettura della norma conforme al suo contenuto letterale risulterebbe in contrasto anche con l'art. 9 dello stesso d.P.R. n. 448/88, laddove prevede che tanto il giudice, quanto il pubblico ministero debbano acquisire elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore *“al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili”* e più in generale con la *ratio* degli istituti minorili, funzionali a consentire l'individuazione della soluzione più adatta alle peculiarità del caso concreto e alla condizione personale del minore coinvolto, puntando anche sulla sua diretta responsabilizzazione.

Ed infatti, la giurisprudenza, pronunciandosi in merito alla messa alla prova minorile, ha evidenziato le condizioni in presenza delle quali appare proficuo il ricorso a tale istituto, sottolineando la necessità che il minore dia inizio ad una rimeditazione critica sul passato ed esprima la sua disponibilità ad un costruttivo reinserimento sociale e che sia quindi formulabile un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione ed evoluzione della sua personalità verso modelli socialmente adeguati (Cass. n. 23719 del 2006).

Essendo lo strumento delineato dall'art. 27-bis, pur con le diversità prima evidenziate rispetto alla messa alla prova, finalizzato, almeno stando alla rubrica della norma e alla relazione introduttiva, nonchè tenendo conto della sua collocazione sistematica, alla rieducazione del minore e al suo reinserimento nella società, appare anomala una sua applicazione che prescindendo del tutto se non dall'accertamento della sua responsabilità nella commissione del fatto di reato – incompatibile con uno strumento destinato ad operare nella

fase delle indagini preliminari – comunque da una seria e preliminare verifica della ricorrenza di indizi di colpevolezza a suo carico e della volontà del minore di ravvedersi e di partecipare attivamente al progetto rieducativo.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto deve anche evidenziarsi che nel caso di specie il progetto rieducativo non potrà rappresentare il punto di arrivo di un percorso avviato nel tempo dall'autorità giudiziaria congiuntamente ai servizi minorili e sociali e allo stesso minore e al suo contesto socio – familiare. Ed invero, lo stesso sarà invece il frutto di una decisione assunta in un arco temporale assai ristretto e, se del caso, in assenza di alcuna pregressa conoscenza del minore destinatario di esso.

Ed infatti, il comma 1 dell'art. 27-*bis* prevede che il progetto educativo debba essere depositato entro trenta giorni dalla notifica al minore e all'esercente la potestà genitoriale da parte del Pubblico Ministero della istanza di definizione anticipata del procedimento. Il progetto sarà individuato sentiti i servizi minorili e dovrà contemplare lo svolgimento di lavori socialmente utili o la collaborazione a titolo gratuito con enti *no profit* o lo svolgimento di altre attività a beneficio della comunità di appartenenza, per un periodo compreso da uno a sei mesi.

Tenuto conto della complessità di molte realtà territoriali e del carico gravante sui servizi minorili e sociali, appare difficile immaginare che, nel ristretto termine individuato per il deposito del progetto dal legislatore (trenta giorni), venga effettuato un compiuto accertamento delle reali necessità del minore e della sua specifica condizione personale e sociale al fine di redigere un programma rieducativo realmente efficace. Il programma rieducativo, proprio perchè predisposto, in ipotesi, senza una pregressa conoscenza dell'interessato da parte dei servizi minorili e sociali, senza che il Pubblico Ministero abbia provveduto ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. a compiere la valutazione di cui si è detto e senza la necessità che il minore abbia preventivamente avviato quel percorso di revisione critica del proprio operato, necessario, come si è visto, per l'accesso alla messa alla prova, potrebbe risultare privo di quella concretezza ed efficacia che caratterizza i progetti involgenti la rieducazione del minore imputato.

Se dunque è dubbio, per quanto appena esposto, che l'istituto possa avere una reale efficacia rieducativa, esso non sembra però nemmeno rispondere ad un intento deflattivo: la notifica da parte del pubblico ministero dell'istanza di definizione anticipata del procedimento, pur in assenza di specifiche condizioni che attestino una piena rimediazione critica del minore sul suo passato e dunque una sua reale volontà di partecipare consapevolmente al percorso rieducativo, rende possibile l'attivazione dell'articolato

procedimento descritto dall'art. 27-*bis* senza alcuna garanzia di successo, potendo comunque il minore, in sede di udienza davanti al giudice, proprio perchè non motivato efficacemente anche in relazione alla possibile assenza di atti d'indagine che evidenzino una sua evidente responsabilità nella commissione del fatto, comunicare la sua indisponibilità a partecipare al progetto, con correlativo dispendio di risorse economiche e di tempo. Si consideri, inoltre, che il procedimento delineato prevede la celebrazione di un numero di udienze corrispondente a quelle usualmente necessarie per la definizione della messa alla prova 'ordinaria' (la prima volta a sentire il minore e ad ammetterlo al percorso e la seconda volta a verificarne l'esito), sicchè, anche sotto tale profilo, l'istituto di nuova introduzione non pare idoneo a sgravare gli uffici giudiziari in modo efficace.

Quanto all'individuazione del momento in cui l'istanza di definizione anticipata del procedimento dovrà essere notificata da parte del pubblico ministero, si è sopra già evidenziato come l'art. 28 dello stesso d.P.R. n. 448/88, nel disciplinare la messa alla prova "ordinaria" faccia espresso riferimento alla sospensione del processo e alla qualità di "imputato" del minore, con ciò sottintendendo l'intervenuta conclusione delle indagini preliminari, con evoluzione del procedimento penale in "processo" e dunque l'identificazione di una fase temporale coincidente o con l'udienza preliminare o con l'avvio del dibattimento, con formulazione di una formale imputazione a carico del minore da parte della Procura. Nel caso dell'art. 27-*bis*, vertendosi in tema di definizione anticipata del procedimento penale, deve ritenersi che il pubblico ministero possa procedere alla notifica della relativa istanza, in ipotesi, subito dopo l'iscrizione del minore, sempre che ritenga che la notizia di reato sia già corredata degli elementi necessari ad evidenziare la responsabilità dell'indagato, dovendosi escludere, per quanto già evidenziato, l'operatività di qualsivoglia automatismo che precluda al pubblico ministero ogni valutazione circa la mancata ricorrenza dei presupposti del reato o della responsabilità del soggetto.

Il terzo comma dell'articolo in commento è dedicato all'udienza nella quale sarà discussa l'ammissione del minore al programma rieducativo. L'udienza in parola costituisce anche la prima occasione nella quale il minore indagato deve essere sentito, essendo possibile, per quanto prima ricostruito, che il pubblico ministero si determini ad avanzare l'istanza di definizione anticipata del procedimento senza avere prima proceduto a interrogare l'indagato e senza avere compiuto atti investigativi, laddove ritenga che la notizia di reato contenga già le informazioni necessarie ad assumere la decisione di definizione anticipata del procedimento.

La norma non specifica, inoltre, se durante il periodo di sospensione del procedimento

siano sospesi anche i termini di prescrizione del reato per il quale si procede, come previsto invece dall'art. 28 per la messa alla prova, e quelli relativi alla durata delle indagini preliminari. Sarebbe dunque opportuno sul punto un intervento chiarificatore del legislatore, anche in ragione del fatto che, laddove il minore non intenda aderire al progetto o ne interrompa l'esecuzione o questo non dia esito positivo, il giudice, ai sensi del comma 5, restituirà gli atti al pubblico ministero perchè proceda, dovendo quindi garantirsi la possibilità che residuino i termini necessari allo svolgimento delle indagini preliminari.

Perplessità suscita, infine, il contenuto del quarto comma dell'articolo in esame. Esso, infatti, come si è visto, prevede che, nel caso in cui il minore non intenda accedere al programma rieducativo o lo interrompa ingiustificatamente, "*è esclusa l'applicazione degli articoli 28 e 29*" e dunque l'accesso all'istituto della messa alla prova, con relativa possibilità di declaratoria di estinzione del reato.

Le conseguenze riconosciute automaticamente dal legislatore alla mancata adesione o alla interruzione del progetto da parte del minore appaiono in contrasto con la finalità del processo minorile che consente al giudice di rivalutare la condizione del minore e la sua ammissibilità al percorso della messa alla prova, anche in appello. Ciò sulla base della ovvia considerazione che i minori d'età sono, di regola, soggetti ad un percorso di progressiva maturazione che potrebbe comportare una loro successiva convinta adesione ad occasioni di fuoriuscita dal circuito penale alternativi alla detenzione. In quest'ottica, la preclusione individuata dal comma 4 per i minori d'età, appare del tutto inedita, non essendo prevista una analoga misura per la messa alla prova di cui all'art. 28 e delineando una soluzione più simile a quella che caratterizza l'applicabilità della messa alla prova degli adulti.

Nel caso di interesse, inoltre, la previsione del predetto automatismo appare ancor più pregiudizievole laddove si consideri che il pubblico ministero, come già ricordato, potrebbe avanzare l'istanza di definizione anticipata del procedimento sulla base della sola notizia di reato, sicchè la mancata adesione del minore al progetto rieducativo potrebbe essere pienamente legittima, perchè motivata dalla sua intenzione di voler essere sottoposto ad interrogatorio o di richiedere un approfondimento investigativo o anche solo di esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa.

Per le stesse ragioni appena esposte, appare criticabile il disposto dell'ultimo comma della norma in esame, laddove prevede, per il caso di esito negativo della valutazione dell'attività svolta dal minore durante il programma rieducativo, che il giudice restituisca gli atti al pubblico ministero per la prosecuzione del procedimento penale "*con esclusione dell'applicazione degli articoli 28 e 29*". Non è dato, infatti, cogliere dal complesso delle

disposizioni dell'art. 27-*bis*, nè dalla relazione introduttiva al decreto, alcun elemento idoneo a giustificare il trattamento differenziato previsto dal legislatore per il caso di fallimento del progetto rieducativo di cui si tratta, rispetto alla ipotesi in cui la prova cui il minore è sottoposto nel procedimento *ex art.* 28 dello stesso d.P.R. n. 448/88 abbia esito negativo. Ed invero, in quest'ultimo caso il minore potrà avere accesso futuro all'istituto della messa alla prova, laddove, nell'ipotesi di cui all'art. 27-*bis*, gli sarà precluso. Nè una giustificazione alla minore tutela attribuita al minore nel caso di specie potrebbe essere ragionevolmente rinvenuta nella minore gravità dei reati per cui si procede e nella necessità di definirli, proprio in ragione della loro natura, con maggiore speditezza.

Sarebbe dunque auspicabile un intervento modificativo della norma teso a sopprimere l'automatismo nell'esclusione del minore dall'accesso alla messa alla prova, attribuendo al giudice il compito di verificare in concreto le ragioni poste a fondamento della mancata adesione al percorso rieducativo da parte dell'interessato, quelle sottostanti all'eventuale interruzione della sua partecipazione ad esso, ovvero ancora i motivi connessi all'esito negativo del progetto.

#### **6.1 Considerazioni conclusive relative al nuovo art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/88 (“Percorso di rieducazione del minore”)**

Dall'analisi delle singole disposizioni dell'art. 27-*bis* e da una loro valutazione complessiva, risulta incerta l'effettiva natura dell'istituto di nuova introduzione e dubbia la sua stessa efficacia.

Per un verso, non appare infatti agevole inquadrare il “percorso di rieducazione del minore” fra gli strumenti, alternativi alla detenzione, volti al recupero del minore e alla sua risocializzazione. Ciò in ragione del fatto che l'istanza di definizione anticipata del procedimento non pare garantire pienamente, a differenza della messa alla prova di cui all'art. 28, d.P.R. n. 448/88, i diritti dell'interessato, non essendo quest'ultimo coinvolto nell'assunzione della decisione di accedere al percorso rieducativo, che rimane prerogativa esclusiva del pubblico ministero, e non essendo nemmeno richiesta una rivisitazione critica del proprio operato, presupposto del successo di strumenti analoghi del diritto minorile.

Appare, inoltre, distonica rispetto ai principi governanti il procedimento e il processo minorile, la mancata individuazione di presupposti in presenza dei quali il sostituto procuratore debba fare ricorso all'istituto in questione. La norma, se interpretata letteralmente, imponendo al sostituto che procede di avanzare l'istanza di definizione anticipata del procedimento, sembrerebbe prevedere un automatismo contrastante tanto con gli obblighi di

accertamento del fatto gravanti sullo stesso nella fase delle indagini preliminari, quanto con i principi previsti dall'art. 9, d.P.R. n. 448/88, secondo il quale anche il pubblico ministero deve acquisire informazioni sulle condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di accertarne prima di tutto l'imputabilità e il grado di responsabilità.

L'assenza di elementi predeterminati da considerare ai fini dell'assunzione della decisione circa l'attivazione del procedimento *ex art. 27-bis*, rischia, poi, di determinare difformità applicative dell'istituto, potendo i pubblici ministeri decidere di avanzare l'istanza di definizione anticipata del procedimento in presenza di evidenze relative al coinvolgimento del minore nella commissione del fatto, di diversa intensità probatoria.

In contrasto con il carattere tipico degli istituti minorili, appare, inoltre, anche la preclusione all'accesso agli strumenti di cui agli artt. 28 e 29, d.P.R. n. 448/88, per il caso in cui il minore non acceda al progetto rieducativo o interrompa ingiustificatamente la partecipazione ad esso o questo abbia esito negativo, prevista dai commi 4 e 5 dell'articolo in commento. Ciò tanto più se si considera la reiterabilità della messa alla prova prevista per fattispecie di reato più gravi di quelle contemplate dall'art. 27-*bis* e il fatto che il pubblico ministero potrebbe avanzare l'istanza di definizione anticipata del procedimento, come si è visto, sulla scorta di una notizia di reato che ritenga già comprovante la responsabilità del minore, senza avere tuttavia proceduto ad interrogarlo o ad effettuare ulteriori attività investigative.

Per altro verso, l'istituto in parola, così come delineato, non pare idoneo a svolgere una funzione deflattiva. Ciò in ragione del fatto che il pubblico ministero avvia l'articolato procedimento descritto dall'art. 27-*bis*, senza avere alcuna preventiva garanzia di successo del percorso scelto: il minore, infatti, potrà comunque nel corso dell'udienza volta all'approvazione del progetto educativo, proprio perchè non coinvolto a monte nella decisione di seguire la strada della definizione anticipata del procedimento e/o perchè non sufficientemente motivato (anche in relazione alla possibile assenza di atti d'indagine che attestino la sua evidente responsabilità nella commissione del fatto), comunicare la sua indisponibilità ad aderire al progetto, con correlativo infruttuoso dispendio di risorse economiche e di tempo. Il procedimento delineato prevede, infine, la celebrazione di un numero di udienze corrispondente a quelle usualmente necessarie per la definizione della messa alla prova "ordinaria", sicchè, anche sotto tale profilo, l'istituto di nuova introduzione non pare idoneo a sgravare gli Uffici giudiziari in modo efficace.

Non pare, conclusivamente, per le ragioni sopra esposte, che la duplice natura di

strumento volto alla rieducazione del minore e deflattivo convivano efficacemente nell'istituto introdotto dall'art. 27-*bis*, d.P.R. n. 448/88. È dunque auspicabile un complessivo ripensamento da parte del legislatore della nuova disciplina che tenga conto delle problematiche prima evidenziate con specifico riferimento:

- alla mancata individuazione dei presupposti applicativi dell'istituto (comma 1);
- ai tempi e alle modalità di redazione del programma rieducativo e alla opportunità di un maggiore e tempestivo coinvolgimento del minore nell'assunzione della decisione di avanzare l'istanza di definizione anticipata del procedimento e nella redazione del programma (commi 2 e 3);
- alla operatività della preclusione all'accesso agli istituti di cui agli artt. 28 e 29 dello stesso d.P.R., per il caso di mancata adesione da parte del minore al percorso rieducativo, di interruzione della sua partecipazione ad esso e di esito negativo (commi 4 e 5).

#### 7. L'art. 9, d.l. n. 123/23

L'art. 9, d.l. n. 123/23, intitolato "*Disposizioni in materia di sicurezza degli istituti penali per minorenni*", ha modificato l'articolo 10, comma 3, d.lgs. n. 121/18, inserendo il seguente periodo:

*«3-bis. 1. Il direttore dell'istituto penitenziario richiede al magistrato di sorveglianza per i minorenni il nulla osta al trasferimento presso un idoneo istituto per adulti, individuato dal Dipartimento della amministrazione penitenziaria, del detenuto che ha compiuto ventuno anni, in espiazione di pena per reati commessi durante la minore età, il quale, alternativamente:*

*a) con i suoi comportamenti compromette la sicurezza ovvero turba l'ordine negli istituti;*

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

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

*2. La medesima disciplina di cui al comma 1 si applica al detenuto che ha compiuto diciotto anni, in espiazione di pena per reati commessi durante la minore età, il quale realizza cumulativamente le condotte ivi indicate alle lettere a), b) e c).*

*3. Il magistrato di sorveglianza, quando sussistono le condizioni di cui al comma n. 1, può negare il nulla osta al trasferimento presso l'istituto individuato, solo per ragioni di sicurezza, anche del detenuto medesimo».*

Nella relazione illustrativa del disegno di legge di conversione è stato precisato che la *ratio* di tale disposizione riposa sulla necessità di *“limitare l’esposizione dei detenuti ancora minorenni a condotte di sopraffazione o comunque gravemente lesive per la sicurezza dei ristretti e dell’istituto, oppure influenti negativamente sul percorso rieducativo, realizzate da condannati che, per una età più matura, possono instaurare nell’Istituto dinamiche violente e coagulare spinte antisociali collettive”*.

Come noto, la pena comminata per i reati commessi da minorenne deve essere eseguita presso un istituto minorile anche se il condannato sia divenuto maggiorenne, purché non abbia superato il venticinquesimo anno di età<sup>19</sup>.

Da ciò la possibile compresenza nello stesso istituto di detenuti maggiorenni e minorenni.

L’intenzione del legislatore, ricavabile dalla stessa relazione illustrativa, sembra essere quella di introdurre una disciplina generale per le ipotesi in cui il detenuto maggiorenne abbia posto in essere condotte che arrechino un turbamento alla sicurezza e all’ordine negli istituti ovvero abbia, con violenza o minaccia, impedito le attività degli altri detenuti o, infine, si avvalga dello stato di soggezione da lui indotto.

L’inserimento della nuova previsione all’interno dell’art. 10, d.lgs. n. 121/18, potrebbe, tuttavia, ingenerare qualche incertezza interpretativa in ragione del fatto che la disposizione in parola contiene una disciplina che sembra riferibile alle ipotesi in cui un condannato per reati commessi da minorenne risulti in seguito condannato o sottoposto a misura cautelare per reati commessi da maggiorenne.

Sotto altro profilo va rilevato che, pur avendo il legislatore individuato, ai fini della deroga al regime detentivo specifico applicabile ai minori, ipotesi connotate da oggettiva gravità, rimane ineludibile la considerazione che il trasferimento presso un istituto di pena ordinario di condannati appena maggiorenni finisce col privarli del trattamento mirato alla rieducazione e alla responsabilizzazione cui è improntata l’esecuzione della pena presso gli istituti minorili.

---

<sup>19</sup> Il vigente art. 24, d.lgs. 272/1989, rubricato *“Esecuzione di provvedimenti limitativi della libertà personale”*, prevede: *“1. Le misure cautelari, le misure penali di comunità, le altre misure alternative, le pene sostitutive, le pene detentive e le misure di sicurezza si eseguono secondo le norme e con le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di coloro che nel corso dell’esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età, sempre che, non ricorrano particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente, tenuto conto altresì delle finalità rieducative ovvero quando le predette finalità non risultano in alcun modo perseguibili a causa della mancata adesione al trattamento in atto. L’esecuzione rimane affidata al personale dei servizi minorili.*

*2. Le disposizioni del comma 1 si applicano anche quando l’esecuzione ha inizio dopo il compimento del diciottesimo anno di età”*.

In quest'ottica, non può non rilevarsi l'importanza di un'attenta valutazione da parte del magistrato di sorveglianza investito della decisione in ordine alla richiesta di trasferimento: nondimeno la disposizione in commento focalizza il suo potere valutativo unicamente sulla verifica della eventuale ricorrenza di ragioni di sicurezza che appaiono agevolmente individuabili solo ove riferite alla persona del detenuto.

Un'ultima notazione si impone con riferimento alla formulazione della disposizione di cui al numero 2 del comma 3-*bis* di nuova introduzione.

In esso, infatti, per l'individuazione delle ipotesi in cui è consentito il trasferimento del maggiorenne infraventunenne, è previsto che debbano ricorrere cumulativamente le condizioni indicate alle lett. a), b) e c) e che si applica la disciplina dettata dal comma 1.

Il tenore complessivo della disposizione rende inequivoco che il legislatore abbia inteso richiamare la disciplina posta al numero (e non comma) 1 del comma 3-*bis* introdotto con la modifica; tuttavia, per evitare ogni dubbio interpretativo sarebbe opportuno emendare la disposizione di cui al n. 2, sostituendo la parola "comma" con la parola "numero".

#### **8. L'art. 12, d.l. n. 123/23 recante *"Disposizioni per il rafforzamento del rispetto dell'obbligo scolastico"***

L'art. 12, d.l. n. 123/23 è composto da 4 commi: i primi tre contengono disposizioni di natura penale, sostanziale e procedurale, dedicate alla disciplina del nuovo reato di *"Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori"* (art. 570-*ter* cod. pen.), mentre il comma 4 interviene sull'istituto dell'assegno di inclusione di cui al d.l. n. 48/23 (conv. in l.n. 85/23), creando una correlazione tra il diritto al beneficio assistenziale e l'osservanza dell'obbligo scolastico.

##### **8.1 Il nuovo reato di *"Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori"* (art. 570-*ter* cod. pen.)**

L'art. 12, comma 1, d.l. n. 123/23, ha inserito, nel Libro II, titolo XI, del codice penale, dedicato ai delitti contro la famiglia, una nuova fattispecie incriminatrice.

L'art. 570-*ter* cod. pen., rubricato *"Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori"*, prevede, infatti, quanto segue:

*"Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, comma 4, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri*

*impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a due anni.*

*Il responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico che, ammonito ai sensi dell'articolo 114, comma 5, secondo periodo, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 per assenze ingiustificate del minore durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo scolastico, non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore o non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola, o non ve lo presenta entro una settimana dall'ammonizione, è punito con la reclusione fino a un anno”.*

L'introduzione della nuova fattispecie delittuosa è accompagnata, da un lato, dalla previsione, in capo al pubblico ministero che esercita l'azione penale per i reati indicati al solo comma 1, di un dovere di segnalazione, al procuratore della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, per le eventuali iniziative di competenza ai sensi dell'art. 336 cod. civ., e, d'altro lato, dall'abrogazione della contravvenzione di cui all'art. 731 cod. pen., a mente del quale *“chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, omette, senza giusto motivo, d'impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare è punito con l'ammenda fino a euro 30”.*

A tale proposito deve, innanzitutto, osservarsi come questo Consiglio avesse segnalato, nell'ambito della richiamata Risoluzione in materia di attività degli Uffici giudiziari nel settore della criminalità minorile nel distretto di Napoli dell'11.9.18, che per *“un serio contrasto dei fenomeni dell'evasione e della dispersione scolastica è, inoltre, necessaria un'effettiva responsabilizzazione dei genitori, cui di certo non può contribuire la mite sanzione prevista per la contravvenzione di cui all'art. 731 c.p., integrata dall'inottemperanza al dovere di impartire, o fare impartire, ai figli un'adeguata istruzione, limitata peraltro alla scuola primaria”.*

Tale considerazione si inseriva nel contesto di una riflessione di più ampio respiro, in cui, da un lato, si formulava l'*“auspicio che in futuro siano adottate politiche di adeguamento dei programmi educativi valevoli a renderli includenti e attrattivi per i minori e che la scuola possa divenire realmente competitiva rispetto alle più facili e allettanti sollecitazioni provenienti dall'ambiente criminale esterno”*, e, d'altro lato, si rimarcava la necessità che, *“in ragione dell'importanza che la conoscenza dei dati relativi alla dispersione scolastica presenta ai fini del monitoraggio e della prevenzione del fenomeno della devianza minorile, [...] le istituzioni scolastiche assolvano con tempestività agli obblighi di segnalazione”.* In

questa prospettiva, si evidenziava, in particolare, “*la necessità di poter disporre, oltre che dei dati complessivi, di segnalazioni tempestive e personalizzate in relazione a ogni singolo studente che frequenti con difficoltà il circuito scolastico, e tanto al fine di poter operare con interventi specifici in ordine al contesto familiare di riferimento*”, nonché “*la necessità di un’offerta formativa a misura di studente, anche con programmi di formazione professionale che abilitino alla scoperta della manualità e all’inserimento del mondo del lavoro*”.

A tale proposito deve, allora, segnalarsi come l’introduzione della nuova fattispecie criminosa di natura delittuosa (in “sostituzione” della risalente fattispecie contravvenzionale) sia opportunamente accompagnata dalla previsione di specifici interventi a supporto delle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno (art. 10, d.l. n. 123/23), circostanza che, al netto delle future valutazioni in ordine all’efficacia delle misure prefigurate dal decreto legge – valutazioni all’evidenza estranee alla competenze consiliari –, appare sintomatica della consapevolezza del legislatore dell’impossibilità di affrontare il fenomeno della dispersione scolastica attraverso il mero ricorso allo strumento penale.

Nel caso di specie, la scelta incriminatrice ha operato, essenzialmente, in una triplice direzione: in primo luogo, quella dell’ampliamento dell’area del penalmente rilevante, attraverso l’eliminazione del riferimento alla sola “istruzione elementare”; in secondo luogo, quella della tipizzazione delle condotte suscettibili di acquisire rilevanza penale; in terzo luogo, quella dell’inasprimento sanzionatorio, realizzato anche attraverso la sussunzione delle condotte tipizzate nel novero dei delitti, anziché delle contravvenzioni (con conseguente attribuzione della competenza al giudice ordinario anziché al giudice di pace).

La disposizione abrogata (e “sostituita” con il nuovo art. 570-ter cod. pen.) delineava, come noto, un reato proprio di natura omissiva e permanente e a carattere plurioffensivo, in quanto volto, come affermato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità, a tutelare non soltanto l’interesse pubblico dello Stato all’ottemperanza all’obbligo scolastico, ma anche il diritto soggettivo del minore a ricevere un’adeguata istruzione, diritto costituzionalmente garantito dall’art. 30, comma 1, Cost. (cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. III, 11.5.21, n. 18144): esso puniva la violazione dell’obbligo di istruzione commessa dai genitori nei confronti dei figli minori con esclusivo riferimento alla *scuola elementare*, essendo la disciplina in tema di obbligo di istruzione contenuta in norma extrapenali soggette, nel tempo, a diverse modifiche, che hanno dapprima innalzato la durata dell’obbligo di istruzione fino a dodici anni (cfr. art. 2, lett. c), legge delega n. 53 del 2003 e art. 1, comma 3, d.lgs. n. 76 del 2005) e successivamente ridotto detta durata a dieci anni (cfr. art. 1, comma 622, legge 296 del 2006, a mente del quale l’*“istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è*

*finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età*”).

Come chiarito dalla stessa Corte di Cassazione, infatti, l'inosservanza, da parte dell'esercente la potestà genitoriale, dell'obbligo di far frequentare al minore la *scuola media inferiore* non integra[va] alcuna ipotesi di reato, in ragione dell'abrogazione, ad opera del d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212, all. I, parte 52, dell'art. 8, legge n. 1859 del 1962, che aveva esteso l'applicazione delle sanzioni previste per l'inadempimento dell'obbligo di istruzione elementare di cui all'art. 731 c.p. alle violazioni dell'obbligo scolastico della scuola media (cfr. ancora Cass. pen., Sez. III, 31.1.17, n. 4520).

Da questo punto di vista deve, allora, in primo luogo evidenziarsi come il generico riferimento contenuto nel nuovo art. 570-ter cod. pen. al “*responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico*” determini una (ri-)espansione dell'area della rilevanza penale delle condotte omissive oltre il perimetro dell'istruzione elementare, sino a coprire l'intero decennio di istruzione obbligatoria.

D'altro canto, la qualificazione del fatto tipico in termini delittuosi, anziché contravvenzionali, fa sì che, ai fini dell'integrazione del reato, risulti necessario che la condotta sia sostenuta dal dolo: ciò potrebbe comportare l'esclusione della rilevanza penale di condotte precedentemente sussumibili entro il perimetro dell'art. 731 cod pen., punito indifferentemente a titolo di dolo e di colpa, circostanza che aveva condotto la giurisprudenza di legittimità ad affermare che, ai fini dell'integrazione del reato di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori, la mancata conoscenza, da parte dei genitori, della omessa frequentazione scolastica dei propri figli non escludeva l'elemento soggettivo, incombando comunque su di essi uno specifico dovere, morale e giuridico, di vigilanza (Cass. pen., Sez. III, 27.4.11, n. 16438).

Quanto alla tipizzazione delle condotte penalmente rilevanti, la fattispecie incriminatrice di nuovo conio, come segnalato dalla stessa Relazione illustrativa del disegno di legge di conversione del decreto legge, “*è costruita facendo riferimento, anche mediante incorporazione, all'art. 114*” d.lgs. n. 297/94, recante “*Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*”, a mente del quale:

1) il “*sindaco ha l'obbligo di trasmettere ogni anno, prima della riapertura delle scuole, ai direttori didattici l'elenco dei fanciulli che per ragioni di età sono soggetti*

*all'obbligo scolastico, con l'indicazione del nome dei genitori o di chi ne fa le veci*" (comma 1);

2) “[i]niziato l'anno scolastico, l'elenco degli obbligati è confrontato con i registri dei fanciulli iscritti nelle scuole al fine di accertare chi siano gli inadempienti” (comma 2);

3) l’*“elenco degli inadempienti viene, su richiesta dell'autorità scolastica, affisso nell'albo pretorio per la durata di un mese”* (comma 3);

4) “[t]rascorso il mese dell'affissione di cui al comma 3, il sindaco ammonisce la persona responsabile dell'adempimento invitandola ad ottemperare alla legge” (comma 4);

5) “[o]ve essa non provi di procurare altrimenti l'istruzione degli obbligati o non giustifichi con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza dei fanciulli dalla scuola pubblica, o non ve li presenti entro una settimana dall'ammonizione, il sindaco procede ai sensi dell'articolo 331 del codice di procedura penale” (comma 5, primo periodo);

6) “[a]naloga procedura è adottata in caso di assenze ingiustificate durante il corso dell'anno scolastico tali da costituire elusione dell'obbligo scolastico” (comma 5, secondo periodo).

Se, dunque, il presupposto per l'insorgere della responsabilità penale è la mancata frequenza scolastica, il responsabile dell'obbligo scolastico risponde del delitto di inosservanza dell'obbligo di istruzione dei minori qualora, dopo essere stato ammonito ai sensi del comma 4 dell'art. 114, d.lgs. n. 297/94, alternativamente:

1) non prova di procurare altrimenti l'istruzione del minore;

2) non giustifica con motivi di salute, o con altri impedimenti gravi, l'assenza del minore dalla scuola;

3) non presenta il minore a scuola entro una settimana dall'ammonizione.

La scelta di riprendere alla lettera il contenuto dell'art. 114, d.lgs. n. 297/94 – come segnalato nella stessa relazione illustrativa, di “incorporare” quella disposizione nel precetto penale – appare legata alla volontà del legislatore di “*giungere alla sanzione penale solo laddove non abbia funzionato il meccanismo amministrativo dell'ammonimento di cui all'art. 114, comma 4, ed entro una settimana dallo stesso, volto a garantire l'adempimento dell'obbligo scolastico, dunque con gradualità*”.

In altre parole, l'obiettivo della gradualità del ricorso alla sanzione penale sembra perseguito attraverso una previsione incriminatrice che attribuisce rilevanza penale non alla mera assenza prolungata da scuola, ma ad una assenza non sorretta dalle giustificazioni indicate dalla stessa disposizione e non “sanata” dal rientro a scuola nel termine di sette giorni dall'ammonizione sindacale.

A ben vedere, tale previsione sembra finire, in larga parte, per ricalcare, sia pure con diversa tecnica normativa, quella dell'abrogato art. 731 cod. pen., nella misura in cui l'omissione ivi sanzionata poteva essere esclusa dalla (prova della) sussistenza di "giustificati motivi".

A tale proposito giova ricordare che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, non solo potevano integrare "giusti motivi" di esclusione della punibilità tutte quelle circostanze che rendessero oggettivamente inattuabile l'adempimento dell'obbligo di istruzione – quali la mancanza assoluta di scuole o di insegnanti, lo stato di salute dell'alunno, la disagiata distanza tra scuola ed abitazione, se mancano mezzi di trasporto e le condizioni economiche dell'obbligato non consentono l'utilizzo di mezzi privati e il rifiuto volontario, categorico ed assoluto del minore, non superabile con l'intervento dei genitori e dei servizi sociali (cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. III, 11.10.07, n. 37400) –, ma anche che ricadeva sull'imputato l'onere di dimostrare la riconducibilità della violazione a giusti motivi (Cass. pen., Sez. III, 27.4.11, n. 16438).

Se le ipotesi di ricorrenza di "giusti motivi" individuati in via esemplificativa dalla Suprema Corte sembrano poter rientrare nei "motivi di salute" o negli "altri impedimenti gravi" di cui al nuovo art. 570-ter cod. pen., più problematica appare l'ipotesi della condotta omissiva costituita dalla mancata prova di "*procurare altrimenti l'istruzione del minore*": a prescindere dalla peculiarità della scelta di elevare a condotta tipica del reato un comportamento omissivo di natura strettamente probatoria (nel senso che, alla luce dell'attuale formulazione, il responsabile dell'obbligo scolastico non è punito per il fatto di non procurare altrimenti l'istruzione del minore, ma per il fatto di non provare di farlo), criticità applicative potrebbero derivare dalla mancata previsione di un termine per l'adempimento dell'obbligo di prova e dalla mancata individuazione del soggetto istituzionale competente a valutare l'adempimento di detto obbligo.

## 8.2 L'art. 12, comma 4, d.l. n. 123/23

La disposizione in commento interviene sulla disciplina dell'assegno di inclusione sociale, misura introdotta con d.l. n. 48/23, conv. con mod. in l.n. 85/23.

L'art. 12, comma 4, lett. a), b) e c), ha introdotto, in particolare, le seguenti modifiche.

Innanzitutto involgenti l'art. 2, d.l. n. 48/23 (rubricato "*Beneficiari*"). La modifica concerne *in primis* i requisiti che i nuclei familiari devono possedere, al momento della presentazione della richiesta e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio.

La norma, come modificata, prevede ora quale requisito negativo – fra gli altri – per il beneficiario dell’assegno di inclusione, la mancata sottoposizione a misura cautelare personale o a misura di prevenzione, nonché la mancanza di sentenze definitive di condanna o adottate ai sensi degli articoli 444 e seguenti del codice di procedura penale intervenute nei dieci anni precedenti la richiesta, come indicate nell’art. 8, commi 3 e 3-*bis*, ossia per i reati previsti dal comma 3 (v. *infra*) e per il reato di cui all’art. 570-*ter* cod. pen., introdotto dal decreto legge in commento e avente ad oggetto l’inosservanza dell’obbligo dell’istruzione dei minori.

S’è poi previsto che non abbia diritto all’assegno di inclusione il nucleo familiare per i cui componenti minorenni non sia documentata la regolare frequenza della scuola dell’obbligo.

È stato, infine, modificato l’art. 8, d.l. n. 48/23 (rubricato “*Sanzioni e responsabilità penale, contabile e disciplinare*”).

È stato introdotto, dopo il comma 3 (che prevede l’immediata decadenza dal beneficio nell’ipotesi di delitti non colposi che comportino la reclusione non inferiore a un anno, nonché di reati consistenti in comportamenti fraudolenti previsti dai commi 1 e 2 del medesimo art. 8), un ulteriore comma 3-*bis*. Quest’ultimo dispone che alla condanna definitiva del beneficiario per il reato di inosservanza dell’obbligo di istruzione dei minori di cui all’art. 570-*ter* cod. pen., introdotto dal decreto legge in commento – nonché alla sentenza definitiva adottata ai sensi degli articoli 444 e seguenti del codice di procedura penale, in deroga alle previsioni dell’articolo 445, comma 1-*bis*, del medesimo codice – consegua la sospensione del beneficio; ciò fino alla ripresa della regolare frequenza scolastica del minore documentata con certificazione rilasciata dal dirigente scolastico, ovvero, in mancanza di tale certificazione, per un periodo di due anni.

È stata inoltre introdotta (al comma 4 dell’art. 8) una modifica, conseguente alla precedente, sulle comunicazioni della cancelleria del giudice all’INPS, da effettuarsi oltre che nelle ipotesi di decadenza ai sensi del comma 2, anche nelle ipotesi di sentenza di condanna passata in giudicato ai sensi del nuovo articolo 570-*ter* cod. pen., nel caso di fruizione del beneficio da parte del destinatario del provvedimento giudiziale, risultante dagli atti o dalla dichiarazione del condannato ai sensi del comma 16 dell’art. 8 (che dispone che nel primo atto del procedimento cui è presente l’indagato o l’imputato l’Autorità giudiziaria lo invita a dichiarare se gode del beneficio).

È stata infine introdotta una ulteriore previsione di raccordo, al comma 5 dell'art. 8 (relativo alla revoca dal beneficio da parte dell'amministrazione) in ragione della introduzione della sospensione del beneficio per condanna ai sensi dell'art. 570-ter cod. pen.

Tanto premesso, deve rilevarsi una aporia tra la previsione di cui all'art. 2, comma 2, lett. d), d.l. n. 48/23 (come modificato) e l'art. 8, comma 3-bis, medesimo decreto legge (come introdotto).

Nella prima disposizione viene previsto, come sopra esposto, il requisito negativo per la percezione dell'assegno e per il perdurare dell'erogazione, consistente, per il beneficiario, nella mancanza di sentenze definitive di condanna per il reato di cui all'articolo 570-ter cod. pen. (o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444 e ss. del codice di procedura penale) nell'ultimo decennio dalla richiesta.

Deve tuttavia rilevarsi che l'art. 8, comma 3-bis, prevede, laddove intervenga sentenza di condanna definitiva del beneficiario dell'assegno ai sensi dell'articolo 570-ter cod. pen. – durante l'erogazione – la sospensione del beneficio, fino alla ripresa della regolare frequenza scolastica documentata con certificazione rilasciata dal dirigente scolastico ovvero, in mancanza di tale certificazione, per un periodo di due anni.

Da un lato viene quindi prevista la misura della sospensione del beneficio fino alla ripresa della frequenza scolastica (e non della decadenza con preclusione della richiesta per i dieci anni successivi, come viceversa disposto dal comma 3 dell'art. 8 per gli altri reati), laddove la sentenza di condanna definitiva ai sensi dell'articolo 570-ter cod. pen. intervenga in costanza di erogazione; dall'altro viene introdotta, quale requisito da possedere all'atto della richiesta dell'assegno di inclusione (che deve peraltro permanere per la durata dell'erogazione), la mancanza di sentenze definitive di condanna *ex art. 570-ter cod. pen.* negli ultimi dieci anni.

Al fine di armonizzare le due disposizioni sarebbe necessaria una modifica che incidesse sul predetto requisito negativo oppure sostituisse la sospensione con la decadenza dal beneficio (soluzione questa che risulterebbe però meno efficace rispetto alla *ratio* di tutela propria dell'istituto e alle finalità dell'intervento).

Si osserva, inoltre, che se la sospensione del beneficio fino alla documentata ripresa della frequenza scolastica appare coerente con l'obiettivo di contrastare la dispersione scolastica, promuovendo la prima, meno incisiva rispetto a tale finalità appare la previsione della cessazione della sospensione dopo il periodo di due anni, ancorché in assenza di certificazione della frequenza scolastica.

### 8.3 Considerazioni conclusive relative all'art. 12, d.l. n. 123/23

La gravità e complessità del fenomeno della dispersione scolastica richiede interventi articolati e organici, non potendo essere affrontato e risolto attraverso il mero ricorso allo strumento penale.

Nel caso di specie, l'introduzione della nuova fattispecie criminosa di natura delittuosa (in "sostituzione" della risalente fattispecie contravvenzionale) appare opportunamente accompagnata dalla previsione di specifici interventi a supporto delle istituzioni scolastiche del Mezzogiorno (art. 10, d.l. n. 123/23), la cui efficacia concreta potrà e dovrà essere valutata dalle competenti istituzioni.

Rispetto alla disposizione incriminatrice di nuovo conio deve osservarsi che

- la qualificazione del fatto tipico in termini delittuosi, anziché contravvenzionali, fa sì che, ai fini dell'integrazione del reato, risulti necessario che la condotta sia sostenuta dal dolo, con conseguente potenziale esclusione della rilevanza penale di condotte precedentemente sussumibili entro il perimetro dell'art. 731 cod. pen., punito indifferentemente a titolo di dolo e di colpa;
- il generico riferimento al "*responsabile dell'adempimento dell'obbligo scolastico*" sembra determinare una (ri-)espansione dell'area della rilevanza penale delle condotte omissive oltre il perimetro dell'istruzione elementare, sino a coprire l'intero decennio di istruzione obbligatoria;
- la formulazione della disposizione, a prescindere dalla peculiarità della scelta di elevare a condotta tipica del reato anche un comportamento omissivo di natura strettamente probatoria (la mancata prova da parte del responsabile dell'obbligo scolastico di non procurare altrimenti l'istruzione del minore), potrebbe comportare qualche criticità applicativa in ragione della mancata previsione di un termine per l'adempimento dell'obbligo di prova in questione e della mancata individuazione del soggetto istituzionale competente a valutare l'adempimento in concreto di detto obbligo.

D'altro canto, l'intervento normativo, nella misura in cui prevede l'incidenza della frequenza della scuola dell'obbligo sulla percezione dell'assegno di inclusione, va valutato positivamente, favorendo l'inserimento del minore nel contesto socio-culturale favorevole allo sviluppo dello stesso.

Si ravvisano tuttavia le seguenti criticità.

In merito alle conseguenze della condanna definitiva del beneficiario ai sensi dell'articolo 570-ter cod. pen. (o della sentenza *ex art. 444* codice di rito) si rileva un'aporia tra la previsione di cui all'articolo 2, comma 2, lett. d), d.l. n. 123/23 (come modificato) il comma 3-bis dell'art. 8 del medesimo decreto legge (come inserito), nella misura in cui: da un lato viene introdotta, quale requisito da possedere all'atto della richiesta dell'assegno di inclusione (che deve peraltro permanere per la durata dell'erogazione), la mancanza di sentenze definitive di condanna *ex art. 570-ter* cod. pen. negli ultimi dieci anni e dall'altro, laddove la sentenza di condanna definitiva ai sensi dell'articolo 570-ter cod. pen. intervenga in costanza di erogazione, viene prevista la misura della sospensione del beneficio fino alla documentata ripresa della frequenza scolastica o in mancanza per il periodo di due anni (piuttosto che quella della decadenza con preclusione della richiesta per i dieci anni successivi, come viceversa disposto dal comma 3 dell'art. 8 per gli altri reati).

L'aporia potrebbe essere superata incidendo sul requisito negativo, con eliminazione della rilevanza ostativa della condanna *ex art. 570-ter* cod. pen. nell'ipotesi di documentata ripresa della frequenza scolastica, in coerenza con la previsione del comma 3-bis dell'art. 8, nell'ottica promozionale del rispetto dell'obbligo scolastico.

Per l'ipotesi in cui intervenga condanna definitiva ai sensi dell'art. 570-ter cod. pen. in costanza di percezione dell'assegno, si segnala la scarsa incisività, rispetto all'obiettivo di contrasto della dispersione scolastica, della limitazione nel tempo della sospensione del beneficio, che cessa decorso il periodo di due anni nonostante la mancanza di certificazione della frequenza scolastica.

Tutto ciò premesso, il Consiglio

delibera

di approvare il presente parere e di trasmetterlo al Ministro della Giustizia.»