

PROCESSO PENALE E SCIENZE SOCIALI

DEVIANZA E TUTELA DELLE CATEGORIE DEBOLI

Direttore

Paolo DE ANGELIS

Procura della Repubblica – Tribunale di Cagliari

Comitato scientifico

Ivano IAI

Libera Università degli Studi “Maria SS. Assunta” (LUMSA) di Roma

Michele INCANI

Procura della Repubblica – Tribunale di Sassari

Comitato redazionale

Cristiano DEPALMAS

Questura di Sassari – Divisione Polizia Anticrimine

PROCESSO PENALE E SCIENZE SOCIALI

DEVIANZA E TUTELA DELLE CATEGORIE DEBOLI

Il processo penale è, per definizione, conoscenza. L'accertamento della verità si basa sul principio del libero convincimento del giudice e sulla regola costituzionale del "ragionevole dubbio", in presenza del quale non può esservi condanna. Lo scopo del processo è, quindi, l'accertamento dei fatti per consentire la decisione del giudice.

Questa necessità di conoscenza può essere soddisfatta, nella maggior parte dei casi, solo attraverso il ricorso alle regole scientifiche che descrivono i fenomeni e le leggi che li regolano.

Per questo, il processo penale ha bisogno delle conoscenze scientifiche.

Il tema del rapporto tra processo e scienza è pertanto argomento che, da tempo, è oggetto di attenzione sia degli studiosi che degli operatori pratici: come afferma una autorevole dottrina, il processo è il luogo nel quale il mondo del diritto (e delle sue regole) incontra il mondo dei fatti (le cui regole vengono esplicate dalle scienze che li studiano).

Il versante più esplorato di questo rapporto è quello nel quale le scienze spiegano i rapporti causali dei fenomeni: la medicina, la balistica, la chimica, la fisica, l'ingegneria delle strutture (solo per citarne alcune) offrono al giudice i criteri di accertamento dei fatti, sulla base delle relazioni tra fatti ed eventi, in termini di certezza o di probabilità.

È ancora da approfondire, invece, l'apporto che altre discipline scientifiche possono fornire al processo e alla decisione giudiziaria: la psicologia, la criminologia, le scienze del linguaggio (anche qui, per citarne solo alcune) elaborano criteri di approccio al comportamento umano e alle sue linee di sviluppo di fondamentale importanza per le conoscenze in base alle quali il giudice fonderà il suo giudizio.

Questa collana ha quindi la finalità di promuovere opere nelle quali gli Autori approfondiranno proprio questi temi, per offrire al giurista un patrimonio di conoscenze alle quali attingere e, nel contempo, per fornire agli specialisti delle diverse scienze (accuminate sotto la generale definizione di scienze sociali) i parametri giuridici per la valutazione giudiziaria delle regole da essi elaborate.

La collana si propone, in questo quadro, un altro, ambizioso obiettivo: quello di analizzare, alla luce della scienza, i fenomeni di devianza, sociale ed individuale, per andare alla radice delle cause ed alla ricerca dei possibili rimedi ed, insieme, di portare l'attenzione sulla tutela della categorie deboli, maggiormente esposte al rischio della devianza.

Una esigenza, di analisi e di protezione, sempre più sentita, in una società nella quale i valori della solidarietà e dell'uguaglianza restano, troppo spesso, mere affermazioni di principio e che, invece, richiedono attenzione e cura, all'interno del processo e grazie all'aiuto di queste scienze.

Un traguardo, dal valore giuridico, scientifico e culturale, verso il quale questa collana si proietta.

Emanuele Sylos Labini

**Nuove prospettive
nelle alternative al processo penale**

La messa alla prova e la particolare tenuità del fatto

Prefazione di
Giacchino Ghio



Copyright © MMXVII
Aracne editrice int.le S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Quarto Negroni, 15
00072 Ariccia (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0406-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2017

Ai miei genitori

La liberazione non è la libertà; si esce
dal carcere, ma non dalla condanna

VICTOR HUGO, *I miserabili*

Indice

- 15 *Prefazione*
Gioacchino Ghiro
- 21 *Capitolo I*
La sospensione del processo con messa alla prova
1.1. Il *probation* minorile: i profili generali, 21 – 1.2. I presupposti applicativi, 30 – 1.3. L'ordinanza di sospensione del processo, 42 – 1.4. Il progetto d'intervento e il ruolo dei servizi sociali, 46 – 1.5. Il procedimento, 56 – 1.6. L'esito della prova, 62 – 1.7. Le impugnazioni, 71.
- 73 *Capitolo II*
La messa alla prova per gli adulti
2.1. La L. 28 aprile 2014 n. 67, 73 – 2.2. La disciplina sostanziale, 81 – 2.3. I profili processuali, 96 – 2.4. La messa alla prova e il giudizio di appello, 111 – 2.5. La persona offesa e la giustizia riparativa, 113 – 2.6. I profili di criticità, 129.
- 141 *Capitolo III*
L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto
3.1. Il dlgs. 16 marzo 2015, n. 28, 141 – 3.2. I presupposti applicativi, 149 – 3.3. La disciplina processuale, 167 – 3.4. Gli istituti affini, 188 – 3.5. La tenuità del fatto e le cd. soglie di punibilità, 197 – 3.6. Questioni aperte di diritto intertemporale, 203.
- 207 *Ringraziamenti*
- 209 *Bibliografia*

Prefazione

Gioacchino Ghiro*

Finalmente la *diversion* per dirla con idioma anglosassone e, più precisamente, di derivazione statunitense. Il percorso, che ha preso le mosse da un'esigenza avvertita sin dagli anni '70 di indirizzare la reazione dello Stato al fatto illecito al di fuori del processo penale, pare, infine, giungere se non all'integrale compimento quantomeno a porre solide basi per una più mirata ed efficace risposta alla devianza, contrasto non più articolato soltanto attraverso i noti rimedi sanzionatorio–retributivi bensì mediante il recupero del reo alla società.

Detta esigenza, oggetto di approfonditi studi e dibattiti, era stata anche analizzata in modo autorevole e acuto dal Ferrajoli, il quale, nella sua opera *Diritto e Ragione, Teoria del garantismo penale*, considerava

sostituzionistiche quelle dottrine criminologiche [...] talvolta convergenti con il correzionalismo positivisticò, che sotto il programma "dell'abolizione della pena" propongono in realtà la sostituzione della forma penale della reazione punitiva con "trattamenti" pedagogici o terapeutici di tipo informale, ma pur sempre istituzionale e coercitivo e non meramente sociale.

Orbene, nell'accezione americana obiettivo della "diversione" è quello di collocare esternamente alla classica verifica processuale reati meno gravi, commessi da soggetti ritenuti poco o affatto pericolosi. Dunque la soluzione al caso avviene fuori dalla giustizia penale, mediante il ricorso a modalità infor-

* Avvocato presso lo studio legale Gioacchino Ghiro.

mali. Si tratta, in altri termini di vie alternative, non alla pena, bensì al processo.

Ed è stata forse la necessità impellente di trovare soluzioni diverse dal processo penale e dalla soluzione carceraria, sempre più intesi come *extrema-ratio* della risposta statuale all'illecito, unitamente all'evoluzione delle tecniche sostitutive, che hanno portato il Legislatore Italiano, valutate le peculiarità del reato commesso dal minore a ritenere opportuno, e forse necessario, introdurre all'interno del rito minorile varato con il d.P.R. 22 settembre 1988 n. 488, istituti procedurali — ma alternativi al processo — quali la messa alla prova e la irrilevanza del fatto.

L'esperienza quasi trentennale della predetta diversione minorile, con risultati certamente positivi in tema di fuoriuscita del minore dalla devianza (come statisticamente dimostrato dall'accurato studio di ricerca *Devianza minorile e recidiva* a firma di M. Colamussi), ha posto l'accento sull'efficacia e sull'importanza della cosiddetta *restorative justice*, in altri termini della giustizia riparativa, in modo che, per dirla con le parole di R. Miklau, « *l'intervento penale in generale retroceda un poco dal suo principio repressivo e tendenzialmente "distruttivo", del "colpo e contraccolpo", a favore di una ricostruzione positiva della pace sociale* ».

Il *focus*, dunque, è la ricostruzione della pace sociale, valore di evidente rilievo costituzionale, da perseguire mediante la partecipazione del reo a programmi di riparazione del danno e a percorsi di mediazione tesi a ricostruire il rapporto con la vittima da reato.

L'obiettivo della giustizia riparativa, quindi, non è più, o non è soltanto, semplicisticamente quello del superamento del diuturno quanto anacronistico convincimento che prescrive, quale unica soluzione al fatto illecito, sempre il ricorso alla sentenza di condanna, magari a pena sospesa, decisione caratterizzata da sterili se non nefaste conseguenze sul piano rieducativo, o l'espiazione della detenzione carceraria o domiciliare, bensì quello di mirare al recupero e alla risocializzazione dei soggetti coinvolti attraverso procedure concrete e individualizzanti.

Sarà stato forse per un crescente senso di umanizzazione della giustizia unitamente alla necessità di deflazionare il carico processuale, (quest'ultimo forse il vero motivo?) che hanno spinto ancora una volta il Legislatore, con la legge 28 aprile 2014 n. 67 a estendere ai maggiorenni l'istituto della messa alla prova con l'introduzione, nel codice penale, degli artt. 168 *bis*, 168-*ter*, e 168 *quater*, e, nel codice di rito, del nuovo Titolo V-*bis*, con gli artt. da 464-*bis* a 464-*novies*.

A seguire, come osservato dal Procuratore Generale della suprema Corte di Cassazione dr. P. Ciccolo, nella sua relazione di intervento all'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015,

con un meccanismo dalle scadenze analoghe (vale a dire: un istituto di diritto sostanziale innestato nel processo a fini di deflazione), [...] il legislatore ha concepito — attraverso l'art. 131 bis c.p. introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 — una causa soggettiva di non punibilità legata alla “particolare tenuità del fatto”.

Invero, corre l'obbligo di ricordare che, prima delle citate novelle ma dopo il varo della messa alla prova minorile, il Legislatore italiano ha manifestato nuovamente la volontà di innovare il sistema penale attraverso il ricorso a *tecniche sostitutive* che, però, dati i numeri statistici, si è rivelato un timido tentativo.

Infatti, sono state introdotte forme diversificate di soluzione alla fenomenologia del reato bagatellare. Negli artt. 34 e 35 del d.Lvo 28 agosto 2000, n. 274, fonte normativa che regola il rito innanzi al Giudice di Pace, come detto, si è tracciata la strada per addivenire, per un verso, alla esclusione della procedibilità per i casi di particolare tenuità del fatto, art. 34 e, per altro verso, all'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, art. 35. Purtroppo gli obiettivi fissati, in questo caso — per la verità — più che alla giustizia riparativa si mirava alla deflazione dei processi, non sono stati confortanti, stante lo scarso ricorso a dette soluzioni alternative.

Infine, non è revocabile in dubbio che, al di là della tempestiva e degli ostacoli posti sul cammino di un più ampio ed effettivo recepimento sul piano pratico — attuativo dei principi insiti nella diversione, sia stato, infine, tracciato il solco per una diversa politica criminologica e, pertanto, appare più che doveroso mantenerne vivo l'interesse, approfondendone i temi connessi e collaterali con l'auspicio, superato l'inevitabile scetticismo iniziale, di vedere sempre più amplificato il ricorso alle politiche alternative.

Ebbene, tutte le suesposte tematiche, qui riassunte succintamente, sono state affrontate dall'autore che ha posto più volte l'accento sulle peculiarità della via italiana alla diversione, illustrando partitamente e in modo approfondito gli istituti, alternativi al processo, così come modellati dal legislatore italiano.

Proprio partendo dall'analisi della messa alla prova nel processo minorile e dai risultati negli anni conseguiti, l'autore ha via via tracciato un percorso lungo il quale ha affrontato e analizzato tutti i profili inerenti l'inquadramento, nel sistema codicistico penale, dei nuovi istituti della messa alla prova dei maggiorenni e della tenuità del fatto, focalizzando l'interesse sulla pratica attuazione degli stessi senza omettere di indicarne i profili di criticità e di difficoltà applicative.

L'opera, scevra dalla pretesa di ritenere esaurita l'analisi dei complessi temi in verifica, data la difficoltà insita nello scandagliare in profondità istituti di nuovo conio, ha offerto un quadro organico e completo delle novelle legislative e delle varie tesi dipanate dalla dottrina in *subiecta materia*. L'autore ha accennato alle esperienze, in punto di diversione, di altri paesi focalizzando l'interesse sulle problematiche di carattere esecutivo, sorte nel sistema penale italiano, mostrandone i profili d'incertezza già emersi, e che senza dubbio emergeranno, nelle aule di giustizia, tutti aspetti che incominciano ad essere patrimonio conoscitivo comune a Giudici, Pubblica Accusa e Classe Forense come hanno già avuto modo di verificare sul campo.

L'elaborato, dunque, rappresenta un valido supporto per chi, nelle aule di Giustizia, quotidianamente dovrà e vorrà perseguire strade alternative al processo, agevolandone vieppiù il ricorso. Tra le pagine si coglie l'auspicio di vedere sempre più ampliati gli orizzonti della diversione che, richiamando ancora una volta le parole del Procuratore Generale dr. Ciccolo, risulta «essere una scommessa culturale del legislatore», in quanto estranea alla tradizione giuridica e al sistema penale italiano. Ciò con ogni conseguenza anche per le possibili scelte ermeneutiche da parte dei giudici.

Ed è proprio per dare un senso compiuto e fermo alla “scommessa culturale del legislatore” che per tutti gli operatori del diritto è giunto il momento di dare una decisa sterzata e credere e seguire in un radicale cambiamento che veda nella tradizionale sanzione penale e nella conseguente opzione carceraria non più la prima e unica risposta al reato, bensì quella più remota, *rectius*: subordinata.

E che questa sia, allo stato, la via maestra per il raggiungimento dell'agognata pacificazione sociale o la flebile luce in fondo al tunnel della devianza lo ha proclamato, in modo autorevole quanto efficace, pur nella sua essenzialità, Papa Francesco il quale, nell'omelia tenuta nel corso del Giubileo dei Carcerati, ispirandosi a principi morali, giuridici, religiosi, rivolgendosi ai numerosi detenuti ha mirabilmente affermato: «Ogni volta che entro in un istituto penitenziario mi domando: perché loro e non io? Tutti abbiamo la possibilità di sbagliare». Il Papa ha proposto pene alternative alla detenzione che tocca nell'intimo e ha chiesto il «miglioramento delle condizioni di vita nelle carceri, affinché sia rispettata dignità umana». E ancora

c'è una certa ipocrisia che spinge a vedere in voi solo delle persone che hanno sbagliato, per le quali l'unica via è quella del carcere. Non si pensa alla possibilità di cambiare vita, c'è poca fiducia nella riabilitazione. Per questo chiedo un atto di clemenza verso quei carcerati ritenuti idonei.

Quindi, se si vuole che la diversione non rimanga un'astratta e imperscrutabile parola, piattaforma solo di buone intenzioni, sembra doveroso porsi, prima di qualsivoglia valutazione del fatto illecito, il quesito: perché loro e non io?