

Giacomo Pace Gravina

«A-t-on, dans un âge si tendre, une volonté certaine?»: “dubbi” e “certezze” sull'imputabilità minorile tra Otto e Novecento

### 1. *I cancelli oscuri delle età*

Il *Time* nel giugno 2004 dedicava la copertina ai «Secrets of the Teen Brain». Veniva presentato uno studio condotto su 1800 adolescenti tramite tecniche di risonanza magnetica, al fine di “scoprire” i “segreti” del cervello: era così possibile rintracciare le motivazioni dei comportamenti impulsivi dei più giovani nell'attività prevalente dell'amigdala, mentre riguardo agli adulti si confermava quella della corteccia prefrontale, area della riflessione e delle decisioni, che si sviluppa durante l'adolescenza. Il risultato della ricerca è consistito nella individuazione dell'età in cui si passa dall'instabilità adolescenziale alla maturità: tale età è stata “prodigiosamente” riconosciuta dall'esperimento nei 25 anni.

La sperimentazione ci introduce all'argomento di questo saggio, uno dei campi del diritto penale e processuale su cui l'albero del dubbio ha esteso la sua (benefica) ombra: quello della imputabilità minorile<sup>1</sup>. Giuristi, legislatori, magistrati, avvocati hanno da sempre dovuto affrontare nodi problematici complessi ed enigmatici, come l'identificazione dell'età in cui nel minore si può riconoscere una capacità delinquenziale, l'enucleazione dei parametri per poterne stabilire con sicurezza la presenza, la necessità di assicurare in tali casi un giusto processo. Duemila anni, dal tempo dei giuristi romani, ad oggi, sono trascorsi senza farci raggiungere certezze in questo campo spinoso. Il risultato della ricerca sullo sviluppo cerebrale non è affatto tranquillizzante: l'età individuata dagli scienziati americani coincide, sorprendentemente – ma

<sup>1</sup> A questo tema ho dedicato uno studio monografico: *Il discernimento dei fanciulli: ricerche sulla imputabilità dei minori nella cultura giuridica moderna*, Torino, Giappichelli, 2000. L'apparato di note del presente saggio è volutamente ridotto: per maggiori informazioni rinvio alle note e alla bibliografia contenute nel volume.

non troppo – con quei 25 anni che rappresentavano, per l'antica Roma, l'età in cui si attingeva la capacità di ricoprire magistrature, la cui risalente memoria sopravvive perfino nel nostro sistema elettorale (al riguardo della capacità attiva per esprimere il voto relativo al Senato della Repubblica). Sovvengono, a questo proposito, le ironiche parole del fisiologo Paolo Mantegazza, di fine Ottocento:

le età non esistono in natura e noi le abbiamo fabbricate per nostro uso e consumo [...] la legge purtroppo ha bisogno di cifre e queste sono brutali, e volta per volta il giudice, gli avvocati devono sforzare quelle cifre, perché non corrispondono al vero. Infatti vi sono ragazzi di 12 anni così precoci, così intelligenti da avere tutta intera la responsabilità di quel che fanno, e abbiamo uomini di 30 anni così stupidi, cresciuti in tante tenebre d'ignoranza da avere una responsabilità minore assai di quel fanciullo! [...] Gira e rigira, psicologi e criminalisti dovranno sempre ammettere, che fra un'assoluta irresponsabilità e una responsabilità intiera e indiscutibile, vi è un periodo di transizione, in cui l'automatismo infantile è già domato dai centri moderatori cerebrali educati alla distinzione del bene dal male, ma automatismo e pieno dominio di se stessi si alternano, confondendosi spesso insieme<sup>2</sup>.

Per secoli ci si è interrogati sulla possibilità di individuare il momento in cui si sviluppa l'intelligenza del fanciullo e la sua capacità di giudizio, con generosi sforzi di scienziati, medici, giuristi, che hanno cercato di negare l'evidenza della inafferrabilità di tale concetto, scegliendo più o meno arbitrariamente parametri "scientifici" per convincere anzitutto se stessi della bontà delle proprie scelte. Così ad esempio al riguardo della genesi della disciplina della imputabilità minorile nel vigente Codice Rocco: il guardasigilli, nella Relazione al Re, poteva con sicumera affermare, a proposito del termine di quattordici anni individuato come limite per l'assoluta inimputabilità, che tale età era stata indicata perché «coincide, nel maggior numero delle persone, con i fenomeni della pubertà, decisivi della formazione fisica e psichica dell'individuo». Riguardo alla maggiore età penale, fissata a diciotto anni, il guardasigilli sosteneva che «è indiscutibile poi che la maturità psichica è raggiunta nel 18° anno, così da apparire ingiustificata ogni riduzione d'imputabilità o di pena per i maggiori degli anni diciotto e minori degli anni ventuno». Età, quella dei 18 anni, in cui si poteva con certezza riconoscere la «sussistenza, nel soggetto, della capacità d'intendere e di volere, ossia della normalità psichica, che, secondo l'art. 88, è il presupposto necessario della imputabilità». Parole rassicuranti, certamente, per chi quotidianamente era angosciato dal dubbio sulla effettiva capacità delinquenziale di un minore, ma che nascondevano una realtà fatta solo del rispetto verso una antica tradizione, negata a parole ma sotterraneamente ancora viva, che aveva retto le sorti dei giudizi sui minori per secoli: l'età di quattordici anni corrispondeva già nel diritto romano alla

<sup>2</sup> Citato da U. Conti, *I minorenni delinquenti e il progetto Zanardelli*, «Il Filangieri, rivista giuridica italiana di scienza, legislazione e giurisprudenza», 13, 1888, parte II, pp. 534-535.

pubertà, ma nei fatti rappresentava la sopravvivenza del potere di un numero, il 7, e dei suoi multipli, legato proprio alle età dell'uomo e ai cicli settenari che sovrintendevano nell'antichità alla sua esistenza; l'età di diciotto anni, invece, era propria della tradizione giuridica meridionale italiana, giunta al Codice Rocco percorrendo una strada che risale, a ritroso, al Codice Zanardelli, a quello del Regno delle Due Sicilie del 1819, alla *Legge su i delitti e sulle pene* di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli del 1808. Nulla di effettivamente scientifico, quindi: le parole di Rocco proponevano, come verità incontestabile, una sistematica delle età che ancora ripercorreva gli antichi impervii sentieri tracciati nei secoli precedenti.

## 2. Il discernimento "morale"

Anche l'applicazione ai minori del parametro della capacità di intendere e di volere, che li ha attratti entro una unica categoria di imputabilità comune con gli adulti, rappresentava una forzatura rispetto ad un modello che aveva visto lentamente emergere una autonoma categoria per quella minorile: la presenza del discernimento<sup>3</sup>.

Questo traeva remota origine dal Diritto canonico medievale, più precisamente dal canone *Omnis utriusque sexus*<sup>4</sup> (Concilio Lateranense IV del 1215), che imponeva l'obbligo della confessione almeno annuale dei propri peccati per ciascun fedele di ogni sesso «postquam ad annos discretionis pervenerit». Uno dei più noti canonisti, Enrico da Susa, indicava come anni *discretionis* quelli in cui si aveva la *doli capacitas*, qualificando tale momento come quello in cui il fanciullo «scit discernere inter bonum et malum, unde et iam peccare potest»<sup>5</sup>. Il giurista introduceva quindi una ulteriore nozione rispetto alla *doli capacitas*: la possibilità che ha il minore di discernere il bene dal male. "Discernere" non solo nell'accezione comune di distinguere, differenziare, saper giudicare, ma in una nuova configurazione, quella di saper distinguere tra i due contrari che da sempre scandiscono la morale umana<sup>6</sup>. Tale nozione canonistica relativa alla capacità di peccare, come un lento fiume sotterraneo scaturito dalle *Decretales*, è sfociato oltre Manica nella attività della Corte

<sup>3</sup> Le tematiche di questo paragrafo sono sviluppate ampiamente in Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., capp. I-III.

<sup>4</sup> X. 5.38.12.

<sup>5</sup> Henricus de Segusio, *In quartum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, Iuntas, 1581, rist. anast. Torino, Bottega D'Erasmus, 1965, fol. 101v-102r.

<sup>6</sup> Il verbo *discernere*, nel senso di *vedere distintamente, distinguere, differenziare*, e il corrispondente sostantivo *discernimento*, nell'accezione di *capacità di valutazione, di giudizio* (cfr. ad es. M. Cortelazzo, P. Zolli, voce *Discernere*, in *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli, 1980, vol. II [D-H], p. 345; ma cfr. anche *Septem linguarum Calepinus*, Patavii, Manfrè, 1731, p. 285), viene comunemente usato nel medioevo.

del Cancelliere, basata sull'*Equity*, che tanto ha contribuito a mitigare il formalismo dei tribunali di *Common Law*; per giungere infine nell'ambito delle norme che regolavano l'istituto della giuria e la decisione dei procedimenti contro bambini e ragazzi. William Blackstone, nei *Commentaries on the Laws of England*, trattando dell'età minore, affermava che, secondo il sistema penale anglosassone, il bambino «under the age of discretion» non era punibile né perseguibile penalmente. A riguardo dei *capital crimes* si distinguevano i differenti *degrees of age of discretion*: «under fourteen, though an infant shall be *prima facie* adjudged to be *doli incapax*; yet if it appear to the court and jury that he was *doli capax*, and could discern between good and evil, he may be convicted and suffer death»<sup>7</sup>. «To discern between good and evil»: quando gli illuministi iniziarono a guardare con favore al modello della giuria di *Common Law*, rivolsero la loro attenzione anche alla questione sul discernimento. L'aspirazione verso le istituzioni inglesi è veramente un anelito che percorre le menti dei giuristi europei più attenti ed aperti alle novità, e nel campo di questa ricerca non rimarrà a lungo senza risposta. Da questo modello illuminista il *droit revolutionnaire* trasse la sua ammirazione per l'istituto della giuria di *Common Law*, adattandola al diritto processuale penale francese<sup>8</sup>.

Entro breve tempo discernere il bene dal male divenne il requisito perché un minore potesse essere ritenuto responsabile di un reato, e sotto questa specie la categoria del discernimento fece il suo ingresso nel primo vero e proprio codice penale, quello rivoluzionario del 1791. Si tratta ancora di quello che ho indicato come discernimento «morale»: la mera possibilità di comprendere, per un bambino, la differenza tra ciò che è giusto e ciò che è sbagliato, senza ulteriori implicazioni. Questa configurazione diverrà la protagonista degli sviluppi del diritto penale minorile della prima metà dell'Ottocento, a partire dal *Code pénal* del 1810, in stretta connessione con la relativa questione di fatto, e non di diritto, presente ugualmente ai magistrati anche negli ordinamenti che avevano rigettato il modello della giuria. Le novità rivoluzionarie si ritrovano invece nella sistematica delle età: il *Code penal* del 1791 creò una unica età di 16 anni, abolendo la prima fascia di età, quella di assoluta inimputabilità. Tale regolazione venne recepita dal *Code* del 1810, e da quelli che lo imitarono, come il Codice penale albertino del 1839; a questa configurazione si contrapposero altri sistemi ispirati al modello romanistico che prevedeva l'età di assoluta inimputabilità, come il Codice penale austriaco e la gran parte

<sup>7</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, XVII ed., vol. IV, London, Th. Tegg, 1830, pp. 20-24.

<sup>8</sup> A. Padoa Schioppa, *I philosophes e la giuria penale*, «Nuova Rivista Storica», 70, I-II (1986), pp. 107 ss. Cfr. la p. 123: «Non è azzardato affermare che quanto negli anni seguenti, sino alla rivoluzione ed oltre, sarà conosciuto in Francia del sistema giuridico e giudiziario inglese, deriva in buona misura dalla lettura di Blackstone».

dei codici italiani preunitari<sup>9</sup>, a partire da quello del regno delle Due Sicilie del 1819, fino al migliore di essi, il codice penale del granducato di Toscana del 1853, largamente tributario del codice del granducato di Baden, ispirato, come vedremo tra poco, dal grande Karl Joseph Anton Mittermaier.

### 3. *Il discernimento “legale”*

Il riconoscimento del valore del parametro del discernimento “morale” muterà lungo l'Ottocento, quando la dottrina germanica, per l'impulso di Mittermaier, ne segnerà il declino, coniando una nuova versione che ho definito discernimento “legale”<sup>10</sup>. Questa configurazione richiedeva nel fanciullo la presenza di ulteriori capacità oltre la semplice distinzione tra il bene e il male, come la coscienza della anti-giuridicità del fatto compiuto, intesa a creare ulteriori garanzie a favore del minore rispetto alla precedente rappresentazione. Riguardo al problema dell'età di inimputabilità, il penalista di Heidelberg affermava in un acuto saggio del 1841 che effettivamente la barriera fosse da indicare nei quattordici anni, segnati dall'ingresso nelle scuole; dallo svolgimento del rito della Confermazione religiosa (la *Confirmation* dei Paesi Protestanti, importante rito di passaggio); dalla pubertà. Il giurista sosteneva tuttavia l'opportunità di fissare il termine a dodici anni, età in cui si aveva già la possibilità di distinguere il bene dal male, a causa della criminalità – diffusa tra i dodici e i quattordici anni – che altrimenti avrebbe rischiato di rimanere impunita. Dai dodici ai sedici anni bisognava valutare la presenza del discernimento, inteso come una maturità tale da potere considerare il minore responsabile delle azioni compiute. Maturità presente quando il soggetto fosse in grado di comprendere le conseguenze e la punibilità della propria azione, in collegamento con il tipo di reato compiuto<sup>11</sup>.

Pochi anni dopo la pubblicazione del saggio Mittermaier vestì i panni del legislatore: fu infatti componente della commissione che compilò il *Codice penale del Granducato di Baden*. Tra le novità del Codice, che introduceva

<sup>9</sup> Sull'imputabilità nei codici preunitari italiani è specifico B. Duru, *Die Strafbarkeit minderjähriger Personen in den Partikularrechten des Königreichs Italien*, Berlin, Lit, 2018.

<sup>10</sup> L'emersione di quello che ho individuato come discernimento “legale” è ampiamente documentata in Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., cap. IV. La configurazione da me proposta ha riscosso seguito dalla storiografia: cfr. ad es. R. Bianchi Riva, C. Storti, *L'imputabilità del minore: profili storici*, in D. Vigoni (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minore*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 25 ss., ove il § 8.1 viene espressamente intitolato: *L'età liberale: dal “discernimento morale” al “discernimento legale”*. Largamente tributario dei primi capitoli della mia monografia il volume di D. De Felice, *La costruzione istituzionale dell'interesse del minore. Processo penale, politiche e procedimenti*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>11</sup> C.J.A. Mittermaier, *Die Zurechnungsfähigkeit jugendlicher Uebertrater im Zusammenhange mit Zweckmäßigen Rettungs und Besserungsanstalten*, «Archiv des Criminalrechts», neue Folge, Halle, 1841, pp. 155-205.

una nozione di imputabilità (*Zurechnungsfähigkeit*) destinata ad una duratura fortuna, al titolo III il § 78 disponeva che ai minori di dodici anni non potevano essere imputate «le trasgressioni delle leggi penali rispetto alla pena legale». Secondo il § 79 le stesse disposizioni venivano applicate al minore tra i dodici e i sedici anni, «salvo che non risulti che egli abbia già tanto discernimento da distinguere la penalità (*Strafbarkeit*) dell'azione», nel qual caso la pena veniva sensibilmente diminuita: pena che comunque doveva essere espiata «o in stabilimenti particolari, destinati ai delinquenti giovani, o in parti separate degli stabilimenti ordinari». Il § 80 stabiliva infine la commutazione della pena di morte per i minori tra i sedici e i diciotto anni<sup>12</sup>.

La via segnata da Mittermaier trovò sbocco anche nel nuovo codice germanico del 1871: questo disegnava un «discernimento necessario a comprendere la punibilità dell'azione», ispirato alla definizione del codice prussiano, *Unterscheidungsvermögen*. Il testo normativo in questione aveva recepito un parere della *Deputazione scientifica medica* di Prussia, secondo cui il termine dell'infanzia si doveva stabilire a dodici anni, quello dell'adolescenza a sedici, o, perfino, a diciotto anni. Su queste basi il codice distingueva un primo periodo di irresponsabilità presunta, esteso fino ai dodici anni, da un periodo di responsabilità dubbia, fino ai diciotto. Da tali presupposti Theodor Schütze, analizzando il Progetto Vigliani di Codice penale italiano, ne attaccò la partizione dell'età minore in tre fasce, ritenendone appunto sufficienti due: riguardo al discernimento ne credeva troppo ambigua la formulazione, riconoscendovi una definizione «tecnica» e sostenendo che sarebbe stata più chiara la dizione «coscienza necessaria a conoscere la punibilità dell'azione», definizione «descrittiva»<sup>13</sup>. Ma il problema sotteso era diverso: si trattava infatti di comprendere se con tali espressioni si era intesa una nozione relativa alla piena imputabilità «che si attribuisce ad un uomo maturo, sano di mente e conscio di sé». Secondo Schütze la nozione del discernimento «morale» non era più ritenuta sufficiente dalla scienza giuridica: si richiedeva invece un *quid pluris*, collegato alla maturità del soggetto, cioè la «coscienza della punibilità del fatto»<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. S. Vinciguerra, *Fonti culturali ed eredità del codice penale toscano*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, Casi, fonti e studi per il diritto penale raccolti da S. Vinciguerra, Serie II, 5, Padova, Cedam, 1995, pp. CLXVII-CLXIX. Il testo del codice di Baden venne compreso negli *Scritti germanici di diritto criminale*, vol. IV, Livorno, Nanni, 1847, pp. 139 ss.

<sup>13</sup> Th.R. Schütze, *Le disposizioni sulla imputabilità nella moderna legislazione penale. Studi e confronti*, «Rivista penale», 3, 1875, pp. 333-341.

<sup>14</sup> Ivi, pp. 337-339.

Anche il professore berlinese Albert Friedrich Berner si soffermava sul fondamento dell'imputabilità, individuato nella coscienza del "dovere": non identificabile soltanto nella distinzione tra "giusto" e "ingiusto", ma nella percezione del «carattere criminoso» dell'azione, in altre parole nella percezione della anti-giuridicità del fatto compiuto<sup>15</sup>.

Altre voci si levavano dalla Francia e dal Belgio, dove il dibattito sul discernimento aveva radici più antiche e profonde. Il belga Jacques Joseph Haus dedicava alcune pagine alla nozione del discernimento, inteso come «facoltà di comprendere la illegalità» del fatto, contenenti una precisa ricostruzione del discernimento nella sua configurazione "legale", e non più meramente "morale" di distinzione tra il bene ed il male. La questione del discernimento proposta alla giuria non è per Haus un inutile doppione di quella sulla colpevolezza dell'agente. Con l'obbligo di una pronuncia espressa sulla presenza o meno del discernimento, «la legge chiama in modo speciale l'attenzione del giurì sulla quistione di colpeabilità in rapporto coll'età dell'accusato; essa l'invita a procedere ad un apprezzamento speciale dello sviluppo intellettuale del minore», affermando che «questa formalità è dunque una preziosa garanzia che la legge accorda alla giovinezza»<sup>16</sup>.

La configurazione del discernimento è ormai divenuta quella "legale", come è evidente anche negli scritti del giurista francese Achille-François Le Sellyer, secondo cui lo stesso art. 66 del *Code pénal* intendeva riferirsi non solo al discernimento relativo alla moralità dell'atto compiuto, ma anche alla legalità dell'atto, sostenendo inoltre l'impossibilità di porre regole generali da cui trarre la soluzione della questione del discernimento<sup>17</sup>.

Nessuna speranza quindi per la battaglia di retroguardia ingaggiata da Francesco Carrara per salvare la visione del discernimento "morale":

<sup>15</sup> A.F. Berner, *Trattato di diritto penale*, trad. E. Bertola, pref. L. Lucchini, II ed. ital., Milano, Vallardi, 1892, pp. 100-105: l'uomo «molto più tardi acquista la coscienza del dovere, quella maturità morale che è fondamento dell'imputabilità. Questa coscienza del dovere non consiste nella mera conoscenza che una cosa è proibita; questa maturità non è sola distinzione del giusto e dell'ingiusto [...] La maturità allora soltanto esiste, quando l'uomo concepisce il carattere criminoso della sua azione. E poiché questo carattere in alcuni reati è più facile a comprendere che in altri, così la maturità morale è un concetto relativo: può esistere per alcuni reati e non ancora per altri».

<sup>16</sup> J.J. Haus, *Principii generali di diritto penale*, trad. E. Feo, II ed., vol. I, Napoli, Marghieri, 1877, pp. 591 ss., particolarmente p. 594: «il giovane che non aveva raggiunta la età dell'adolescenza al momento in cui commise il fatto delittuoso, non è penalmente responsabile, se non quando aveva la facoltà di conoscere la illegalità, di comprendere la natura e la importanza della sua azione».

<sup>17</sup> A.F. Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité soit pénale, soit civile, en matière de contraventions, de délits et de crimes*, vol. I, Paris, Retaux, 1867, pp. 198-220, specie le pp. 202-203: secondo il giurista l'articolo non trattava «du discernement quant à la moralité de l'acte, c'est-à-dire, du discernement consistant à savoir qu'on fait le mal moral, mais du discernement quant à la légalité de l'acte, c'est-à-dire, quant à la gravité de l'acte aux yeux de la loi et en ce qui concerne les poursuites dont il peut devenir l'objet».

Mittermaier criticò questa formula come troppo vaga ed indefinita, e molti fra noi vennero ripetendo come cosa loro tale censura. Io comprendo che forse la parola *discernimento* possa presentarsi come ambigua ed oscura ad un Alemanno, atteso la diversità del linguaggio; ma non mi sembra che sia tale per noi italiani<sup>18</sup>.

Il grande penalista toscano non riuscì a frenare la diffusione del nuovo parametro di imputabilità minorile, e anche la penalistica italiana seguì le sirene del modello inaugurato dall'“alemanno” Mittermaier, certo più moderno e garantista nei confronti dei minori. Ma altre novità erano alle porte: i dubbi non erano affatto risolti. L'inizio del Novecento, con la drammatica emergenza della delinquenza minorile, pose all'ordine del giorno nuove e più stringenti richieste di sicurezza, cui la scienza giuridica liberale stentò a offrire risposte adeguate: la scena adesso viene occupata dai positivisti, portatori, sulla scia delle idee lombrosiane, di una nuova concezione del minore, di sicuro meno benevola. Si fanno strada istanze volte a richiedere maggiore durezza nei confronti dei minorenni delinquenti, abbandonando le problematiche ma più garantiste strade del dubbio per individuare rimedi sociali nella coscienza di una generalizzata, e perciò inutile da ricercare – e impossibile da negare –, presenza del discernimento<sup>19</sup>.

#### 4. La “resurrezione” del discernimento

La reazione della penalistica tecnico-giuridica riportò su un alveo più ragionevole queste istanze, ma la contemporanea emersione del fascismo e della sua politica di sicurezza richiese una maggiore fermezza anche nei confronti dei minori. E così che i lavori preparatori del codice Rocco registrano discussioni interminabili sul precoce sviluppo delle nuove generazioni italiane, sulla loro scolarizzazione, sulla capacità di studiare problemi complessi, così da superare il dubbio sul discernimento a favore di nuove certezze: in tal modo viene enucleata una categoria generale dell'imputabilità tale da superarne la

<sup>18</sup> F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte generale, vol. I, VIII ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1897, p. 211 nt. 1: «Discernimento in genere esprime la potenza di discernere il bene dal male; avere agito con discernimento esprime avere profittato di quella potenza nell'atto speciale a cui si diede la vita. Certamente il Codice toscano, che sostituì la formula avere avuto coscienza dei propri atti, usò espressioni metafisicamente e italianamente migliori. Ma chi volesse sofisticare anche sull'art. 34 di questo Codice potrebbe desiderare che si dicesse invece coscienza della pravità dei suoi atti, perché può aversi coscienza dei suoi atti quando se ne conosce la obiettività materiale senza valutarne o comprenderne la obiettività morale e giuridica; ma anche il Codice toscano non ebbe scrupolo ad accettare all'art. 37 la formula discernimento, e nessuno fra noi immaginò mai il desiderio che la legge insegnasse ai giudici il significato di quella parola, che ad ognuno anche non giurista palesa il concetto di avere agito discernendo il bene dal male e conoscendo tutte le conseguenze dei propri atti».

<sup>19</sup> Cfr. G. Pace Gravina, *La violenza dei minori*, in S. Consoli, M. Aliotta (a cura di), *Cultura della vita e cultura della morte nella Sicilia del '900*, Firenze, Giunti, 2002, pp. 143-147.

frammentazione tra adulti, minori e sordomuti. Questa la genesi del parametro della capacità di intendere e di volere nel campo del giudizio minorile, che però ben presto ha rivelato la sua inadeguatezza concreta nei confronti di una tematica così complessa e delicata. È toccato alla giurisprudenza del secondo dopoguerra affrontare concretamente le problematiche relative alla riconoscibilità dell'esistenza della imputabilità del minore. Così sono stati proposti nuovi elementi, come la "maturità" (attinta anch'essa dal lessico della scienza penalistica germanica, già presente nell'antesignano saggio di Mittermaier dedicato a questo tema), fino a quel filone giurisprudenziale che ho altrove indicato come di "resurrezione del discernimento": la Cassazione, negli anni Ottanta del Novecento, alla ricerca di soluzioni più realistiche e più aderenti alle concrete problematiche del giudizio sui minori, ha recuperato l'antico parametro nella sua configurazione "legale", attualizzandolo con la individuazione di nuovi indicatori tali da rivelarne l'esistenza. Maturità e discernimento sono quindi rimasti in campo, per specificare meglio il parametro in crisi: quella rassicurante capacità di intendere e di volere, così elegante nella sua formulazione simmetrica, così inadeguata nella sua concreta vita e applicazione, specie nei confronti dei minori<sup>20</sup>.

La fine del Novecento ha visto ancora efferati delitti che hanno scosso l'opinione pubblica e riportato alla ribalta l'eterno dubbio: come stabilire se un minore è imputabile? Quale la proposta dell'ordinamento, nell'altalena tra risposta punitiva e *favor* nei confronti del minore? Diradate per fortuna le nebbie di alcune proposte volte ad abbassare la soglia di inimputabilità e di riforma delle competenze del Tribunale dei minori, effettuate a caldo sull'onda emozionale scaturita proprio da tali crimini – un ministro guardasigilli si era spinto ad affermare: «la riduzione della pena non sarà più di un terzo ma di un quarto. È una stretta per l'aumento della criminalità minorile. Ci sono ragazzi di 16, 17 anni, che commettono reati paragonabili in tutto e per tutto a quelli commessi dagli adulti» – si è ritornati al punto di partenza. Ad osservare le vicende italiane ci si rende conto che in effetti l'attenzione verso le problematiche minorili segue da troppo tempo un andamento discontinuo, legato solo alla periodica attenzione dei media sollevata da casi che hanno attinto una notevole risonanza.

Dinanzi ai problemi della imputabilità del minore non possiamo non renderci conto del fallimento delle disposizioni legislative e dell'affannosa corsa che giurisprudenza e dottrina affrontano continuamente per formulare nuove teorie sullo sviluppo psichico del giovane, nell'attesa di una risposta rassicurante (che però probabilmente non verrà mai) in grado di illuminarci sul

<sup>20</sup> Per chi volesse approfondire queste tematiche, mi sia consentito rinviare a Pace, *Il discernimento dei fanciulli*, cit., cap. VI.

momento in cui in un bambino si sviluppa la ragione – così come viene concepita dagli adulti – e la facoltà di rendersi conto dei propri comportamenti<sup>21</sup>. I parametri proposti e le soluzioni avanzate rivelano la quanto mai sfuggente essenza stessa dell'imputabilità dei minori: e non è certo un caso che l'antico discernimento – che per la sua elasticità aveva il vantaggio di essere una «scatola» che sapeva adattarsi ad un contenuto via via diverso, a seconda di come le esigenze della società e della giustizia lo volessero conformare – sia stato recuperato nuovamente per offrire ai giudici la concreta possibilità di operare. Anche nel campo del diritto civile, peraltro, la nozione di «capacità di discernimento» è stata prospettata e teorizzata con riferimento alle problematiche della minore età<sup>22</sup>.

Naturalmente tale prospettiva richiederebbe un giudice specializzato, provvisto di cognizioni specifiche, la cui preparazione sia «mirata» alla comprensione dei minori: un magistrato con esperienza diretta in tale campo, capace di interagire direttamente con il minore autore di un reato, senza demandare totalmente ad altri attori processuali questo delicatissimo compito.

<sup>21</sup> Sempre attuali su questo versante le ricerche di L. de Cataldo Neuburger, *Giudicando un minore. Miti e realtà della giustizia minorile*, Milano, Giuffrè, 1984; della stessa Autrice cfr. *Analisi storico-giuridica del sistema e del processo penale minorile*, in Ead. (a cura di), *Nel segno del minore. Psicologia e diritto nel nuovo processo minorile*, Padova, Cedam, 1990, pp. 5 ss.

<sup>22</sup> P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, Jovene, 1975, specie pp. 260 ss.; Id., voce *Capacità. Diritto privato*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, V, Roma, 1988.