

# DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

*Rivista Giuridica Trimestrale*



1/2 2023 • ANNO XI

**EDITORI**

Mario Covelli  
Mariangela Covelli

**DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE****DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

**DIRETTORE SCIENTIFICO:**

Sergio Moccia

**COMITATO SCIENTIFICO**

Claudio do Prado Amaral (San Paolo),  
Raul Cervini (Montevideo),  
Javier De Luca (Buenos Aires),  
Maria José Jimenez Diaz (Granada),  
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),  
Vincenzo Ruggiero (Londra),  
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

**COMITATO DI DIREZIONE**

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,  
Maria de Luzenberger, Fabiana Falato,  
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,  
Carlo Longobardo, Valentina Masarone, Vania Maffeo,  
Mariano Menna, Barbara Nacar, Egle Pilla,  
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,  
Gemma Tuccillo

**CAPO DI REDAZIONE**

Rossella Nicodemo

**COMITATO DI REDAZIONE**

Mario Afeltra,  
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,  
Fabiana Falato, Barbara Nacar,  
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,  
Gennaro Demetrio Paipais, Ilaria Piccolo,  
Alessandra Scalas, Michela Siracusa

**COMITATO DI REVISIONE**

Claudia Cesari, Glauco Giostra,  
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,  
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,  
Vania Patanè

**SEGRETERIA DI REDAZIONE**

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012  
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

## INDICE

### L'EDITORIALE

- C'è chi grida: abbassare l'età imputabile!**  
Domenico Ciruzzi .....6

### L'OPINIONE

- L'ologramma del dibattimento penale minorile**  
Oliviero Mazza .....8

### GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

- DIRITTO  
SOSTANZIALE
- Violenza domestica: analisi e ricostruzione in chiave personalistica dell'oggetto giuridico della tutela penale della famiglia**  
Ilaria Iovinella..... 18
- La tutela penale dell'ambiente tra garanzia ed effettività. La legge costituzionale n. 1 del 2022**  
Serena Ucci .....40
- DIRITTO  
PROCESSUALE  
PENALE
- La nuova dimensione dell'impugnazione per i soli interessi civili**  
Gianfederico Cecanese .....53
- Giusto processo e specialità ordinamentale in materia di responsabilità degli enti**  
Clelia Iasevoli .....62
- Legittimazione della persona offesa ad impugnare l'ordinanza di revoca o sostituzione della misura coercitiva**  
Chiara Naimoli.....74
- GIUSTIZIA  
MINORILE
- Lavoro di pubblica utilità e lavori socialmente utili nel solco dell'integrazione sociale della sanzione penale**  
Pasquale Troncone.....87

## NOTE A SENTENZA

### **Le dichiarazioni della vittima minorenni di reati sessuali: criteri e modalità di valutazione**

Riccardo Gaeta..... 102

## ESPERIENZE

### **Contrastare la devianza minorile intervenendo sul disagio**

Ada Palma..... 113

## L'EDITORIALE

## **C'è chi grida: abbassare l'età imputabile!**

DOMENICO CIRUZZI

Comminare pene ai dodicenni  
è come togliere l'acqua ai pesci,  
azzoppare tutte le gazzelle del creato,  
bruciare il raccolto,  
negare l'acqua agli assetati,  
selezionare la specie in razze di quartieri,  
abolire l'art. 3 comma 2 della Costituzione.  
Tradire l'uomo.

## L'OPINIONE

# L'ologramma del dibattimento penale minorile

OLIVIERO MAZZA

## ABSTRACT

*The residual nature of the hearing is a direct consequence of the nature and function of the juvenile criminal trial which, alongside the typical purposes of criminal jurisdiction, pursues the educational objective understood as the need to avoid the risk that the procedural event may hinder the development path of the personality. This educational objective is often distorted on the re-educational paradigm, with the effect of canceling the presumption of innocence and the cognitive function of the process itself.*

SOMMARIO: 1. La residualità del dibattimento nel processo penale minorile. – 2. L'attenuazione delle garanzie dibattimentali per finalità rieducative. – 3. L'autodifesa dimidiata. – 4. Altre forme di degradazione del diritto di difesa: la comparizione e l'allontanamento coattivi. – 5. Una prospettiva di riforma.

1. Nel processo penale a carico di imputati maggiorenni il dibattimento costituisce la fase centrale, nel senso che, pur non essendo un passaggio obbligato per giungere alla sentenza di merito, rimane comunque lo sbocco naturale dell'intera sequenza procedimentale sul quale si devono misurare anche le possibili alternative, in termini di opportunità e convenienza difensiva. Non è un caso, infatti, che i riti speciali ad esclusivo appannaggio del pubblico ministero (immediato e decreto penale di condanna) non possano privare l'imputato del dibattimento, mentre il diretto interessato può liberamente decidere di rinunciare al rito ordinario in favore delle alternative premiali e non (come l'immediato a richiesta dell'imputato).

Nel processo penale minorile, al contrario, vige il principio della residualità del dibattimento, non solo perché la celebrazione del processo nelle forme ordinarie è statisticamente una eventualità remota, ma soprattutto per una precisa scelta di politica legislativa volta a limitare il più possibile la celebrazione di un processo di cui non sfuggono i connotati afflittivi, il processo come pena, e l'incidenza negativa sui percorsi educativi di una personalità in via di sviluppo.

La residualità del dibattimento si ricollega direttamente alla natura e alla funzione del processo penale minorile che, a fianco delle finalità tipiche della giurisdizione penale, persegue parimenti l'obiettivo educativo inteso correttamente come esigenza di scongiurare il rischio che la vicenda processuale possa, di per sé, ostacolare il percorso di sviluppo della personalità. Va subito detto che tale obiettivo educativo è spesso distorto sul paradigma rieducativo, con il conseguente annullamento della presunzione d'innocenza e della stessa funzione conoscitiva del processo.

L'udienza dibattimentale minorile, infine, rappresenta un vero e proprio ologramma processuale. L'accesso alla fase cruciale del processo è filtrato da una udienza preliminare che il

legislatore ha disegnato a maglie larghe come luogo di definizione di tutti i processi riguardanti reati per i quali, in un modo o nell'altro, non sia prospettabile una condanna a pena detentiva. Il dibattimento finisce così per assumere le vesti di un rito straordinario ed eccezionale, predestinato all'irrogazione della sanzione carceraria, così innescando una palese eterogenesi dei fini del processo.

2. La residualità non è, tuttavia, l'unico elemento distintivo del dibattimento minorile. La stessa disciplina dell'udienza è pensata in funzione derogatoria rispetto ai principi fondamentali della pubblicità e del contraddittorio nella formazione della prova.

Il regime ordinario è quello della celebrazione del dibattimento a porte chiuse (art. 33 co. 1 d.p.r. n. 448 del 1988). Si ritiene, infatti, che la presenza del pubblico possa incidere negativamente sui percorsi educativi in atto a causa dell'inevitabile effetto etichettante che la divulgazione di notizie attinenti al procedimento finirebbe per determinare.

La pubblicità non è considerata dal legislatore né un interesse individuale né collettivo, ma degrada a componente diseducativa nel percorso evolutivo della personalità del minore. Si tratta di un approccio certamente opinabile, dato che il controllo sulle modalità dell'amministrazione della giustizia dovrebbe essere direttamente proporzionale alla delicatezza della questione trattata. Si dimentica, inoltre, che la pubblicità è storicamente una garanzia per lo stesso imputato, il cui sacrificio non può prescindere da una sua libera scelta in tale senso.

Nella scala di valori che ha ispirato l'opzione legislativa, l'interesse educativo del minore, tutelato dall'art. 31 co. 2 Cost., è quindi prevalente e non entra nemmeno in bilanciamento con l'interesse dell'individuo alla pubblicità del suo processo o con quello informativo dell'opinione pubblica.

La celebrazione a porte chiuse dell'udienza dibattimentale non è, comunque, una novità, essendo già prevista dall'art. 16 r.d.l. 1404/1934. Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte costituzionale (sent. n. 16 del 1981), dichiarando infondata la questione di costituzionalità degli artt. 684 c.p., 164 c.p.p. 1930 e 16 r.d.l. 1404/1934, nella parte in cui vietavano di dare notizia di procedimenti penali a carico di imputati minorenni. Il giudice delle leggi aveva allora precisato che «la deroga alla pubblicità dei fatti della causa può apportare conseguenze gravi sia allo sviluppo spirituale, sia alla vita materiale, conseguenze che hanno rilevanza costituzionale ai termini dell'art. 31 co. 2 Cost., che prevede la tutela dei minori, intesa in correlazione con il principio fondamentale dell'art. 2 Cost., per gli effetti che la diffusione di fatti emersi nel dibattimento può provocare sulla formazione sociale ove si svolge o potrà svolgersi la personalità del minore».

Come detto, la prevalenza della finalità educativa (*rectius*, non diseducativa) del processo sull'interesse generale alla pubblicità delle udienze deve ulteriormente entrare in bilanciamento con la garanzia del singolo imputato, essendo proprio la pubblicità del processo da sempre considerata il miglior antidoto contro scorrettezze e abusi nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ci si rende conto che la pubblicità, intesa in senso ampio come possibilità per il *quibus de populo* di assistere alle udienze, possa entrare in tensione con l'indubbia esigenza di tutelare la fragile personalità dell'imputato, ma anche con la concreta possibilità di recupero sociale del minore. Al tempo stesso, l'assoluta segretezza del rito non è mai foriera di uno svolgimento processuale ispirato

al rigoroso rispetto delle “regole del gioco”. Si potrebbe quindi pensare a soluzioni innovative, come la presenza di un pubblico qualificato di persone aventi uno specifico interesse, di “garanti della legalità processuale” o di “addetti ai lavori”, presenza ammessa quantomeno a richiesta dell’interessato.

L’attuale disciplina rimane invece ancorata al radicale ed arcaico ripudio della pubblicità. Solo all’imputato ultrasedicenne, evidentemente dotato di una maggiore maturità, è attribuita la facoltà di richiedere lo svolgimento del processo alla presenza del pubblico sulla base, però, di ragioni che il tribunale dovrà sempre apprezzare nell’esclusivo interesse dello stesso accusato. Dunque, nessun automatismo e nessun diritto, ma una semplice istanza che il giudice potrà apprezzare in funzione dell’unico parametro di riferimento, ossia l’esclusivo interesse dell’imputato minorenni. La richiesta non potrebbe comunque essere accolta qualora vi fossero coimputati minori di sedici anni, nel qual caso sarebbe più opportuno ritenere che la richiesta stessa non possa nemmeno essere formulata, stante il rigido sbarramento alla pubblicità.

Ad ogni modo, il temperamento dell’assolutezza del divieto di pubblicità ereditato dall’art. 16 r.d.l. 1404/1934 è solo apparente.

La celebrazione a porte chiuse dell’udienza dibattimentale viene infatti ascritta all’esigenza, di carattere presuntivo e generalizzato, di evitare il danno dell’etichettamento criminalizzante da cui potrebbe germinare l’effetto di spinta criminogena indotta dal protagonismo giudiziario. Così impostata la questione, appare evidente come anche per l’ultrasedicenne il rischio delle conseguenze negative della pubblicità non possa dirsi scongiurato.

Se, da un lato, non si può non condividere l’opinione che vuole attenuare l’impatto della risposta sociale al comportamento deviante, di modo che il processo possa costituire un’occasione di per sé non incompatibile con le esigenze educative in ossequio al principio di minima offensività, non si può nemmeno tacere la dubbia compatibilità costituzionale di un rigido divieto di pubblicità dell’udienza dibattimentale minorile, al quale si accompagna l’ulteriore divieto di divulgazione di notizie e immagini idonee a consentire l’identificazione del soggetto (secondo il disposto dell’art. 13 d.p.r. n. 448 del 1988 letto anche in relazione all’art. 147 norme att. c.p.p.).

Le perplessità sono poi accresciute dall’estensione della regola del procedimento a porte chiuse ai casi in cui l’imputato giunga a processo ormai maggiorenne. E’ infatti minoritaria l’opinione di chi ritiene che in questa eventualità dovrebbe riespandersi la regola della pubblicità dell’udienza dibattimentale, fissata dall’art. 471 co. 1 c.p.p., venendo meno la *ratio* di garanzia nei confronti dell’imputato divenuto nel frattempo adulto. In senso contrario, si è obiettato che il regime normativo del rito minorile non prevede, in via generale, differenziazioni in funzione dell’età raggiunta dall’imputato al momento della celebrazione del dibattimento, consentendosi la pubblicità solo a richiesta dell’ultrasedicenne, previa comunque valutazione del giudice circa l’effettivo interesse dell’imputato e senza pregiudizio per altri coimputati dissenzienti o infrasedicenni. Sembra, quindi, che il legislatore abbia ritenuto permanenti le ragioni di garanzia correlate alla mancanza di pubblicità anche nei confronti del giovane adulto la cui personalità non è ancora del tutto formata.

In definitiva, la pubblicità è sempre sacrificata, tanto nella sua dimensione di interesse collettivo quanto nella sua funzione di garanzia individuale, posto che anche la deroga ammessa dall’art. 33 co.

2 d.p.r. n. 448 del 1988 nell'interesse esclusivo dell'imputato non ha trovato concreta applicazione in un sistema che rimane saldamente legato all'idea che la pubblicità sia incompatibile con la tutela della personalità debole del minore.

Il tema della pubblicità, certamente delicato e divisivo, dimostra plasticamente come il rito minorile faccia fatica ad emancipare il concetto di interesse processuale difensivo dalle valutazioni di carattere paternalistico sbilanciate sul profilo della personalità dell'imputato.

Eppure, le regole del giusto processo imporrebbero, anche in questo particolare contesto, una valutazione degli interessi processuali prevalente sulle ragioni educative, nell'ottica di una piena affermazione del principio di responsabilità.

3. Subito dopo le richieste di prova, il presidente deve informare l'imputato, ai sensi dell'art. 494 c.p.p., che ha facoltà di rendere, in ogni stato del dibattimento, le dichiarazioni che ritiene opportune purché pertinenti all'imputazione e non d'intralcio all'istruzione dibattimentale. Questo passaggio, quasi sempre obliato nel processo ordinario, dovrebbe essere rigorosamente osservato e opportunamente valorizzato nel rito minorile, potendo costituire un incentivo alla piena responsabilità autodifensiva.

Anche lo strumento principe dell'autodifesa viene però trasfigurato e non si fa mistero della considerazione che le dichiarazioni spontanee rappresentino un utile strumento di conoscenza e di valutazione della personalità del minore. Come dire che il contenuto informativo alla ricostruzione del fatto è del tutto relativo, mentre l'interesse principale è rivolto all'indagine personologica.

A fianco delle dichiarazioni spontanee si colloca l'esame dell'imputato che, secondo quanto disposto dall'art. 33 co. 3 d.p.r. n. 448 del 1988, è condotto dal presidente, al quale il pubblico ministero e il difensore devono ricorrere per proporre domande o contestazioni da rivolgere all'imputato.

Il filtro presidenziale rispetto alla *cross examination* è stato previsto nella convinzione che il mero controllo sull'attività delle parti, ai sensi dell'art. 499 co. 4 e 6 c.p.p., fosse insufficiente per prevenire e scongiurare i turbamenti e le suggestioni connessi alla brutalità dell'esame incrociato. Di qui la soluzione di attribuire al presidente la conduzione diretta dell'esame dell'imputato minore, anche per quanto concerne le domande e le contestazioni specifiche degli altri giudici, del pubblico ministero e dei difensori che, perciò, debbono essere proposte al presidente.

Ancora una volta la natura di mezzo di prova cede il passo allo strumento di introspezione. Non solo il presidente è chiamato ad adeguare le domande alle caratteristiche del minore, per impedire conseguenze psicologicamente traumatiche, ma il dialogo esclusivo con il giudice viene concretamente vissuto come occasione di valutazione della personalità dell'imputato.

Del resto, il tenore letterale dell'art. 33 co. 3 d.p.r. n. 448 del 1988 sembrerebbe attribuire al presidente proprio il potere di condurre autonomamente l'esame del minore, salvo integrare le domande già poste con quelle eventualmente suggerite dalle parti. Questa interpretazione "letterale" troverebbe conferma nel raffronto con la ben diversa previsione dell'art. 498 co. 4 c.p.p. in tema di escussione del testimone minore, laddove si specifica che l'esame «è condotto dal presidente su

domande e contestazioni proposte dalle parti». La lettura volta ad attribuire un autonomo potere istruttorio al presidente del collegio finirebbe, tuttavia, per introdurre una deroga al principio costituzionale della formazione della prova nel contraddittorio fra le parti non riconducibile alle eccezioni ammesse dall'art. 111 co. 5 Cost.

Tra i valori che la stessa Costituzione pone in bilanciamento con il rispetto del principio del contraddittorio non vi è, infatti, la pur rilevante esigenza di tutelare la personalità del minore. Sul punto è, però, opportuna una precisazione. L'omessa considerazione del rispetto della personalità dell'interrogato come possibile causa di esclusione del contraddittorio non si fonda certo sulla convinzione che il valore in gioco, la persona umana, soprattutto se minore, non sia di rilievo addirittura superiore al metodo dialettico. Molto più semplicemente, nell'impianto costituzionale si ritiene possibile soddisfare questa primaria esigenza di garanzia senza dover per forza rinunciare al pieno esercizio delle prerogative difensive. In altri termini, la Carta fondamentale non giudica necessariamente confliggenti il contraddittorio e il rispetto della persona sottoposta ad esame, ben potendo il legislatore dettare apposite regole per temperare gli aspetti potenzialmente più "traumatizzanti" del metodo dialettico.

Non secondari problemi di compatibilità costituzionale deriverebbero, poi, dalla limitazione apportata alla difesa dello stesso imputato minore, confinata in una posizione subalterna rispetto all'iniziativa probatoria del presidente del collegio, nonché dalla inconciliabilità della doverosa imparzialità del giudice con un ruolo attivo e autonomo di assunzione delle prove. Senza dimenticare che, nell'attuale sistema processuale, fondato sulla separazione delle fasi, il presidente non avrebbe nemmeno una cognizione del processo sufficiente per condurre proficuamente l'esame dell'imputato.

Appare, dunque, indispensabile accedere a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 33 co. 3 d.p.r. n. 448 del 1988 che concili la tutela della personalità debole del minore con l'imprescindibile partecipazione delle parti al momento genetico della prova. Il modello a cui fare riferimento sembra proprio quello dettato dall'art. 498 co. 4 c.p.p. che, nelle intenzioni del legislatore, costituirebbe non una deroga al contraddittorio, ma alle sole modalità dell'esame. In questa prospettiva, il presidente non avrebbe un potere autonomo di assunzione della prova, dovendosi limitare a condurre l'esame sulla base delle domande e delle contestazioni proposte da accusa e difesa, salvo poter sempre esercitare d'ufficio gli ordinari poteri d'integrazione. In tal modo, si eviterebbe all'imputato il trauma della sottoposizione alla "brutale" *cross examination* condotta direttamente dalle parti, senza però rinunciare al contraddittorio per la prova.

Il mutamento delle modalità assuntive, l'abbandono delle domande dirette in favore di quelle filtrate dal presidente, determinerebbe un'attenuazione, ma non l'esclusione del contraddittorio, mentre le indubbie limitazioni che conseguono dall'intermediazione del giudicante risulterebbero bilanciate dal preminente interesse al rispetto della personalità debole.

Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 33 co. 3 d.p.r. n. 448 del 1988 introduce, però, un elemento di eccessiva rigidità. È infatti espressamente previsto che il presidente sia sempre tenuto a procedere personalmente all'esame dell'imputato, senza possibilità di valutare caso per caso la reale utilità della deroga alle forme ordinarie di assunzione della prova come, invece, consentito dall'art. 498 co. 4 c.p.p. nel caso in cui vengano escussi testimoni minorenni. Soprattutto nei processi che si svolgono a

carico di soggetti che al tempo del dibattimento hanno già raggiunto la maggiore età, sarebbe auspicabile rimettere alla valutazione del giudice la concreta possibilità di disporre l'esame ad opera delle parti senza pregiudizio per la personalità dell'imputato. Non va, infine, dimenticato che, anche quando si decidesse di procedere alla *cross examination*, il presidente avrebbe comunque il compito di garantire «che l'esame (...) sia condotto senza ledere il rispetto della persona», potendo «intervenire per assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte, la lealtà dell'esame e la correttezza delle contestazioni» (art. 499 co. 4 e 6 c.p.p.).

Per cercare di giustificare la portata generale della previsione che, nella prassi del processo minorile, attribuisce al presidente la conduzione autonoma dell'esame dell'imputato, si sostiene generalmente che il mezzo di prova è anche uno strumento di analisi della personalità e come tale non può che essere impiegato direttamente dal giudice. Questa impostazione appare seriamente contestabile sotto due profili.

Anzitutto, il "modello di responsabilità" postula che l'esame sia un mezzo di prova scevro da finalità diverse da quella di ottenere elementi conoscitivi utili alla ricostruzione del fatto. L'atteggiamento tenuto dall'imputato nel corso dell'esame non può essere oggetto di una valutazione personologica che preceda l'accertamento della responsabilità. La condotta susseguente al reato, compresa quella processuale, può venire in considerazione solo per la determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 co. 2 n. 3 c.p., una volta stabilita al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell'imputato.

In secondo luogo, anche a voler concedere che l'esame serva al giudice per formarsi un'opinione sulla personalità dell'imputato, questa ulteriore finalità non postulerebbe necessariamente la conduzione dell'atto probatorio da parte del solo presidente. L'intero collegio assisterebbe anche alla *cross examination* svolta secondo le forme ordinarie e potrebbe trarre altrettanto utili elementi di valutazione dalle risposte fornite alle domande delle parti. Non sembra, pertanto, vi siano particolari controindicazioni nel patrocinare una disciplina che mutui dall'esame testimoniale dei minorenni la possibilità di decidere caso per caso con quali forme procedere. A ciò si aggiunga un palese eccesso di delega nella scrittura dell'art. 33 co. 3 d.p.r. n. 448 del 1988: il legislatore delegato ha dettato una disciplina speciale dell'esame applicabile a ogni imputato che abbia commesso il reato da minorenni, indipendentemente dall'età raggiunta al momento dell'udienza dibattimentale, mentre la legge delega attribuiva al presidente soltanto l'esame dell'imputato minorenni ossia tale al momento del compimento dell'atto.

4. Il rinvio alle previsioni normative dell'udienza preliminare compatibili con il dibattimento contenuto nell'art. 32 co. 4 d.p.r. n. 448 del 1988 consente al giudice di disporre l'accompagnamento coattivo del minorenni non comparso (art. 31 co. 1 d.p.r. n. 448 del 1988), senza incontrare i limiti stabiliti dall'art. 490 c.p.p. L'accompagnamento coattivo è una misura incidente sulla libertà personale che, nel dibattimento ordinario, risulta finalizzata esclusivamente «all'assunzione di una prova diversa dall'esame» (art. 490 c.p.p.).

Nella prassi del processo minorile, invece, questi limiti cadono, sollevando non poche perplessità sotto il profilo della legittimità costituzionale. La disciplina speciale viene, infatti,

giustificata con la necessità di un contatto diretto tra giudice e giudicato nell'ottica di una valutazione personologica che mal si concilia con lo strumento processuale. Si ritiene, dunque, che l'accompagnamento coattivo sia finalizzato non tanto alle consuete esigenze istruttorie attinenti alla ricostruzione del fatto, quanto all'elaborazione di progetti educativi che finiscono per rappresentare il vero obiettivo processuale.

Il rischio di una degradazione del diritto di difesa è evidente. Il dialogo fra giudice e imputato, instaurato coattivamente, per di più al di fuori delle forme rigorose dell'esame, rischia di scivolare verso una esplicita ricerca della confessione e del "pentimento", ossia di quegli indizi sui cui la giurisprudenza ritiene possibile fondare una prognosi di esito positivo della messa alla prova. Nel rito minorile la valutazione della personalità dell'imputato sembra non poter prescindere dall'apprezzamento per la collaborazione, con la conseguenza che nella prassi non è infrequente registrare una sequenza che concatena accompagnamento coattivo, dialogo informale fra imputato e giudice, confessione, resipiscenza, valutazione positiva del contegno processuale nell'ottica del progetto rieducativo e concessione della messa alla prova. La conclusione, scontata, è che l'accompagnamento coattivo, finalizzato a una sorta di interrogatorio informale avente a sua volta l'obiettivo di ottenere la confessione, intesa come sicuro indice di resipiscenza e, quindi, condizione di accesso alla messa alla prova, appare palesemente in contrasto con il diritto di difesa e con la presunzione d'innocenza.

Non meno eccezionale sarebbe la finalizzazione dell'accompagnamento allo svolgimento di un vero e proprio esame dibattimentale, possibilità esclusa dalla dottrina prevalente, ma non con altrettanta certezza bandita dal tenore letterale dell'art. 31 co. 1 d.p.r. n. 448 del 1988 che, diversamente da quanto avviene nell'art. 490 c.p.p., non pone limiti espressi agli scopi perseguibili con la misura restrittiva. In questo caso soccorre però l'argomento sistematico a colmare il "vuoto dei fini" lasciato dal legislatore. L'accompagnamento coattivo non può mai essere disposto per finalità istruttorie che limitino il diritto di autodifesa costituito anche dalle facoltà dell'imputato di non partecipare al processo e di non essere sottoposto ad esame.

A prescindere dall'impiego dell'accompagnamento coattivo, l'art. 31 co. 5 d.p.r. n. 448 del 1988 prevede che quando il minore compare in udienza viene sentito dal giudice. L'audizione è un atto informale, diverso dai mezzi di prova, come testimonia l'uso del verbo "sentire" in luogo di "interrogare" o "esaminare".

Qualunque sia la soluzione interpretativa adottata, la sovrapposizione dei piani dell'intervento del giudice determina uno scivolamento della comparizione personale coattiva verso l'inchiesta sociale condotta in prima persona dal giudice stesso. Questo tipo di approfondimento dialogico dei precedenti personali e familiari può certamente essere utile nella fase successiva all'accertamento della responsabilità, quando il giudice è chiamato a commisurare la risposta punitiva dello Stato alle peculiari problematiche di una persona in età evolutiva, mentre prima che la colpevolezza sia stata dimostrata al di là di ogni ragionevole dubbio appare foriero di non trascurabili distorsioni applicative.

Il problema di fondo è sempre lo stesso: nel corso del dibattimento, così come dell'udienza preliminare, non possono essere impiegati istituti volti allo studio della personalità di un presunto

innocente che, se assolto, non dovrà sottoporsi ad alcun tipo di programma di recupero. La critica non riguarda, però, solo l'incoerenza logico-giuridica del predisporre la raccolta di dati utili per l'adozione di misure rieducative prima che sia stata accertata la devianza, ma anche la commistione fra un'audizione mirata allo studio della personalità e un dialogo con l'autorità procedente che, proprio perché informale, può facilmente essere distorto a fini istruttori.

Il diritto di autodifesa è, infine, esposto al rischio di una grave compromissione per effetto del potere attribuito al giudice di « disporre l'allontanamento del minorenne, nel suo esclusivo interesse, durante l'assunzione di dichiarazioni e la discussione in ordine a fatti e circostanze inerenti alla sua personalità » (art. 31 co. 2 d.p.r. n. 448 del 1988).

Lo scopo dell'allontanamento è chiaramente quello di evitare al minorenne il turbamento e il pregiudizio che potrebbero derivargli dall'assistere a certe fasi dell'udienza. Sarebbe, invece, abusiva la scelta di procedere in assenza dell'imputato per concedere maggiore libertà d'espressione ai soggetti che devono prendere la parola in udienza e che altrimenti potrebbero essere condizionati e in qualche modo frenati dalla presenza del minorenne. La norma prescrive, infatti, che l'allontanamento possa essere disposto nell'esclusivo interesse dell'imputato che non ha compiuto la maggiore età: ancora una volta, la scelta terminologica del legislatore sembra tralasciare gli imputati in un processo minorile che al tempo dell'udienza abbiano già compiuto la maggiore età.

La chiarezza delle intenzioni legislative non è, però, una garanzia sufficiente. In concreto, la determinazione di un corretto punto di equilibrio fra le esigenze di tutela della personalità debole e l'interesse autodifensivo alla partecipazione all'udienza è demandata alla valutazione discrezionale e insindacabile del giudice. Il potere attribuito all'organo giudicante appare eccessivo se solo si considera che l'allontanamento coattivo è in grado di pregiudicare in modo irreparabile le strategie difensive. L'imputato potrebbe essere costretto a sfruttare la *chance* offerta dall'esame senza avere la necessaria conoscenza delle dichiarazioni rese nel corso del dibattimento dai testimoni a suo carico. L'esame, magari richiesto prima che il giudice abbia deciso l'allontanamento, si svolgerebbe così "al buio", non essendo prevista dagli artt. 208 e 209 c.p.p. la previa contestazione degli elementi raccolti nel corso del dibattimento a sostegno dell'accusa.

L'allontanamento finirebbe per precludere anche le dichiarazioni spontanee che normalmente sono stimulate proprio dagli interventi dei testimoni o dei consulenti dell'accusa.

Senza dimenticare che la presenza in udienza dell'imputato è fondamentale pure per assicurare un costante contatto fra assistito e difensore, soprattutto nell'ottica del contributo critico che solo l'imputato può offrire rispetto alle prove assunte al suo cospetto. Quando l'interesse in gioco è l'esercizio del diritto inviolabile di difesa non sembra possibile imporre all'imputato scelte altrui, ancorché assunte da un organo terzo e imparziale qual è il giudice. Sarebbe meglio prevedere quantomeno il parere vincolante del difensore, in modo tale da garantire che la decisione dell'organo giurisdizionale sia sempre condivisa dalla difesa e, dunque, risulti realmente assunta nell'esclusivo interesse del minorenne.

Stando al tenore letterale dell'art. 31 co. 2 d.p.r. n. 448 del 1988, è da escludere che il potere presidenziale di allontanamento dell'imputato possa estendersi all'intero svolgimento dell'udienza o addirittura delle udienze dibattimentali. Si tratta di un'eccezione limitata testualmente al compimento

di singoli atti che implicino affermazioni sulla personalità dell'imputato. È ovvio che in qualche modo l'intero processo verte su questo aspetto, ma la previsione legislativa, in quanto derogatoria rispetto al diritto costituzionale di difesa, non può che essere circoscritta a specifiche attività caratterizzate da una diretta e peculiare considerazione dell'interno psichico del minore e per lui potenzialmente dannose. Analogamente, dovrebbe ispirarsi a criteri restrittivi l'uso del potere di allontanare dall'udienza l'esercente la responsabilità genitoriale, essendo preferibile che tale soggetto assista allo svolgimento processuale.

5. La residualità del dibattimento va di pari passo con la riduzione delle sue garanzie in una visione edulcorata e distorta del processo *adversary*. In modo forse provocatorio si potrebbe affermare che la disciplina speciale del rito minorile non si sia ispirata ai principi del processo accusatorio che hanno guidato la riforma complessiva del 1988. L'idea di un processo di parti, innervato dal carattere dialettico, è rimasta in ombra, offuscata dalla prevalente tensione rieducativa che individua già nella sede processuale un fondamentale strumento di recupero della devianza giovanile. Una tensione ideale che rappresenta non soltanto la palese negazione della finalità cognitiva imposta dalla presunzione d'innocenza, ma che finisce, in una singolare eterogenesi dei fini, per trasformarsi in intervento altamente diseducativo. Negare all'imputato minore i suoi diritti fondamentali, pensando che sia meglio per il suo percorso (ri)educativo operare scelte processuali remissive ispirate alla collaborazione, al pentimento, alla riparazione, significa accettare consapevolmente il rischio di un errore giudiziario che avrebbe conseguenze esiziali sulla vita di un giovane individuo. Qual è il messaggio che trasmette oggi la giustizia minorile all'imputato, soprattutto se innocente? Quello di un accertamento garantito della responsabilità personale o una forma di paternalistico intervento disposto a perdonare anche azioni non commesse? Infine, siamo sicuri che il simulacro di dibattimento che ci restituisce la scarna disciplina normativa e la prassi applicativa sia coerente con le garanzie minime del giusto processo costituzionale ed europeo? Si tratta di domande retoriche alle quali non si può che rispondere nel senso di un necessario ripensamento dell'attuale modello correzionalistico e di retribuzionismo temperato in favore di un sistema processuale ispirato al principio di responsabilità, al pieno riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ambito di una giurisdizione senza contaminazioni amministrativistico-assistenziali.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

# Violenza domestica: analisi e ricostruzione in chiave personalistica dell'oggetto giuridico della tutela penale della famiglia

ILARIA IOVINELLA

## ABSTRACT

*This paper proposes a reconstruction from a personalistic perspective of the harm in crimes of domestic violence, which are provided in a disorganized way in the Italian criminal law. The starting point of the analysis is the elaboration of a concept of "family" that takes into account the dynamism of social reality and the primacy recognized by the Constitution to the person, "both as an individual and in the social formations where his or her personality takes place." The identification of a common denominator of the affective relationships that make up the domestic dimension will make it possible to bring back to unity the offenses that give criminal relevance to these ties.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Casa e famiglia: nessuna definizione, tanti concetti. – 3. Il dibattito tra la Corte Costituzionale e la Cassazione intorno all'equiparazione della convivenza *more uxorio* al matrimonio. – 4. Il soggetto passivo dei delitti contro la famiglia. – 5. Dalla famiglia alla familiarità. – 6. Convivenza e altri elementi sintomatici dell'intensità della familiarità. – 7. La violenza economica come espressione di violenza domestica. – 8. Ricostruzione in chiave personalistica dell'oggetto giuridico della violenza domestica e osservazioni conclusive.

1. Sotto le luci del dibattito politico e giuridico degli ultimi anni, caratterizzato dalla centralità dell'emergenza della violenza di genere, ha trovato largo spazio d'interesse anche la violenza domestica. Nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (la c.d. Convenzione di Istanbul) i due fenomeni trovano le prime compiute definizioni, e non stupisce, alla lettura delle stesse, l'affermarsi della tendenza a privilegiare, tra tutte interpretazioni del fenomeno, la declinazione della violenza domestica come una delle forme di manifestazione della discriminazione di stampo misogino. Mentre la violenza di genere ricomprende, a norma dell'articolo 3 lett. *a* della sopracitata Convenzione, «tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica», in perfetta coerenza, la lett. *b* descrive la violenza domestica come comprensiva di «tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner (...)». Eppure, la degenerazione violenta dei rapporti familiari, come conseguenza dell'intervento di fattori di discriminazione attinenti al genere, è solo uno dei possibili angoli

d'osservazione di una dimensione ben più complessa, trascendente il singolo problema culturale, perché inerente ad una costante dell'esistenza umana: la famiglia.

Il sistema penale italiano non prevede una disciplina *ad hoc* della violenza domestica, prevedendo, però, naturalmente, una serie di norme penali a tutela della persona - dalle percosse, alle lesioni, alla violenza privata – ed alcune ipotesi di reato poste a presidio di valori inerenti alla famiglia (il matrimonio, la morale familiare, lo stato di famiglia e l'assistenza familiare). La rilevanza penale della dimensione domestica, inoltre, non si esaurisce nella disciplina codicistica dedicata alla tutela della famiglia, in quanto i rapporti familiari, e quelli ad esso assimilabili, trovano riconoscimento anche come elementi idonei ad incidere su altre fattispecie, nonché sull'*an* e sul *quantum* della pena.

2. I primi spunti d'indagine sul concetto di violenza domestica si rinvencono nella definizione di “domestico” che dà l'enciclopedia Treccani: dal latino *domesticus*, l'aggettivo ha il primario significato di «appartenente alla casa, intesa come sede della famiglia». Meno comune, invece, il secondo significato, emergente quando accostato alla persona, di “familiare, intimo”. Il codice penale italiano del 1930 dedica il Titolo IX del Libro II ai “delitti contro la famiglia”, collocandoli (ad avviso di chi scrive, non a caso) prima del Titolo dedicato ai delitti contro la persona e dopo le disposizioni a tutela di beni di diretta titolarità statale o comunque superindividuale (delitti contro la personalità dello stato, contro la pubblica amministrazione, contro l'ordine pubblico ecc.). La famiglia rappresenta, infatti, una di quelle comunità di persone, fraposte tra la macro-dimensione dello Stato e quella individuale. Alla luce dei principi sanciti dalla Carta Costituzionale, essa è indubbiamente una delle formazioni sociali “ove si svolge la personalità” dell'individuo, che trovano riconoscimento nell'art. 2 Cost.<sup>1</sup>.

La dimensione domestica ben si presta, per questo suo carattere aggregante, all'instaurazione di dinamiche relazionali che incidono intensamente sulla sfera personale dei suoi componenti. Ricollegando il tema della famiglia a quello della discriminazione di genere, non sono estranei a queste dinamiche rapporti di sopraffazione fondati proprio sul pregiudizio di inferiorità della donna rispetto all'uomo, derivanti da un'organizzazione patriarcale della famiglia, che rendono la casa teatro di soprusi e discriminazioni ai danni di mogli o compagne<sup>2</sup>.

La realtà familiare, però, com'è d'immediata percezione, si estende ben oltre il rapporto coniugale in sé considerato, il quale dal dettato costituzionale risulta, piuttosto, riconducibile al fondamento della famiglia stessa. L'unica definizione compiuta di famiglia che il nostro ordinamento conosce, infatti, è sita in Costituzione: recita il primo comma dell'articolo 29 che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». È, dunque dalla

---

<sup>1</sup> Per tutti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2016, 563 ss.

<sup>2</sup> Emerge anche a livello internazionale l'importanza di un radicale cambiamento culturale e sociale, al fine di rimuovere ogni discriminazione basata sul sesso, mediante la lotta agli stereotipi di genere, a partire dagli ambienti di prossimità dell'individuo, prima tra tutte la realtà familiare. Si legge, infatti, all'articolo 5 della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW, 1979): «Gli Stati parte devono prendere ogni misura adeguata per (...) far sì che nell'educazione familiare sia integrata una comprensione del ruolo sociale della maternità ed il riconoscimento della responsabilità comune di uomini e donne nell'educazione e nella crescita dei figli, restando inteso che l'interesse dei figli è in ogni caso la considerazione principale».

Costituzione che può partire il percorso di individuazione, nell'ambito del diritto penale, di un concetto di famiglia che accomuni tutte le ipotesi in cui i rapporti familiari vengono in rilievo.

Con l'avvento della democrazia, tra le inversioni di rotta rispetto al precedente regime fascista vi è l'elaborazione di una nuova idea di famiglia.

Il codice del 1930, figlio di un regime autoritario statocentrico<sup>3</sup>, è portatore di un concetto di famiglia ben preciso, che vede in essa «la prima milizia e il primo avviamento alla vita pubblica»<sup>4</sup>. Irriducibilmente fondata su rapporti di sangue, la famiglia è un elemento organico dello Stato, di cui lo Stato stesso si serve per «la perpetuazione della razza umana»<sup>5</sup>, una comunità caratterizzata da un assetto relazionale gerarchicamente ordinato sull'autorità del marito<sup>6</sup>. Ragion per cui, l'assetto normativo codicistico è orientato a tenere la famiglia al riparo da forze disgregatrici, interne ed esterne ad essa, che possano comprometterne la moralità e l'unità<sup>7</sup>.

La famiglia costituzionale, invece, è una “società naturale”, un ordinamento che preesiste a quello statale, che è da esso riconosciuto e tutelato e che, in forza della centralità riconosciuta alla persona, non è strumentale ai fini dello Stato, bensì allo sviluppo della personalità umana. Si è obiettato<sup>8</sup> che proprio il riferimento al matrimonio, istituto di diritto positivo, come suo fondamento, faccia venir meno il carattere naturale della famiglia. Un'interpretazione, questa, restrittiva ed eccessivamente ancorata al dato letterale. Mentre per i compilatori del codice l'unica famiglia che può godere di tutela penale è quella legittima, per i costituenti l'esplicito riferimento al matrimonio non esclude la rilevanza giuridica di altri rapporti, né che tali rapporti possano comunque definirsi “familiari”<sup>9</sup>. Il matrimonio, infatti, nell'immaginario tradizionale rappresenta la nascita della

<sup>3</sup> Per un'approfondita disamina del concetto di famiglia nel codice Rocco, F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia 1979, 101 ss.

<sup>4</sup> Espressione di G. MAGGIORE, *La politica*, Bologna 1941, 238, in F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 116.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> «La moglie e tutti gli altri membri della famiglia debbono quindi sottomissione al *pater familias* che nella compagine familiare è re, sacerdote e giudice», così F. COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 116. È particolarmente interessante, inoltre, notare la resistenza dell'assetto patriarcale della famiglia ai profondi mutamenti politici che hanno investito l'Italia dopo la seconda guerra mondiale. Secondo i verbali delle sedute della Costituente riportati in G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino 1953, 45 ss., si accese un intenso dibattito sull'opportunità di introdurre il principio della parità dei coniugi al secondo comma dell'art. 29 Cost. Tra i pareri contrari, si rinviene l'osservazione secondo cui l'unità familiare andasse presidiata facendo specifica menzione in Costituzione del marito come capo della famiglia, cristallizzando una gerarchia ritenuta necessaria per esigenze di organizzazione della comunità familiare. A detta del Calamandrei «questa disuguaglianza giuridica dei coniugi è un'esigenza dell'unità della famiglia che, in quanto società, per poter vivere ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona».

<sup>7</sup> Basti ricordare l'incriminazione dell'adulterio (art. 559 c.p.) e del concubinato (art. 560 c.p.), dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Corte Costituzionale soltanto con le sentenze 19 dicembre 1968, n. 126 e 3 dicembre 1969, n. 147.

<sup>8</sup> Così, C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella costituzione italiana*, in C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, Catania 1967, 102 ss.

<sup>9</sup> G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 81. Sottolinea l'A. che «il solenne e giusto riconoscimento della famiglia legittima, come forma perfetta di *unio moralis*, non impone affatto di estraniare dall'ambito del diritto familiare altri rapporti (tra i quali, essenzialmente, quello di filiazione illegittima): come appare confermato dalla stessa Costituzione, allorché dichiara, all'art. 30 che «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio», aggiungendo che «la legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima». Se ne desume – a parte ogni altra considerazione – che i figli illegittimi, se non appartengono (come è ovvio) alla famiglia legittima, non possono, per ciò solo, ritenersi al di fuori della *famiglia*; che, anzi, il parlare di famiglia legittima, con evidente implicita contrapposizione a quella illegittima, importa necessariamente che nel più largo e indifferenziato concetto di famiglia debba farsi rientrare anche quest'ultima». Analogamente, anche V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, 274 ss., in S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza*

famiglia, un momento del corso di vita della famiglia stessa: rappresenta, cioè, una delle sue modalità di realizzazione<sup>10</sup>. Per conferire valore giuridico a rapporti diversi da quelli fondati sul matrimonio, dunque, non occorre ricondurli alla famiglia legittima, che resta fondata sul matrimonio<sup>11</sup>, ma essi possono essere equiparati a quella sulla base della loro funzionalità allo svolgimento della personalità umana. Ciò trova conferma anche nell'articolo 30 Cost., che riconosce il dovere e il diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, «anche se nati fuori del matrimonio», ai quali, ai sensi del successivo comma 3, viene dalla legge assicurata «ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima». Di qui la superabilità della necessità del vincolo di coniugio ai fini della configurabilità della famiglia, concepita nella prospettiva personalistica propria della Costituzione.

3. Quelle intorno all'istituto posto a fondamento della famiglia sono considerazioni di non poco conto, soprattutto se si considera che non sempre la norma fa espresso riferimento a categorie giuridiche definite o definibili con riferimento a specifiche discipline, anche extrapenali, come, appunto, nel caso del matrimonio. Ci sono, infatti, dei casi in cui la disposizione penale ricorre ad espressioni indeterminate, si pensi, ad esempio, alla “persona della famiglia” maltrattata di cui all'articolo 572 c.p., oppure alla “relazione affettiva” che aggrava l'omicidio, la violenza sessuale, gli atti persecutori, art. 612-*bis* co. 2, e l'illecita diffusione di immagini o video sessualmente espliciti, art. 612-*ter* co. 3. Ulteriore ipotesi da considerare è quella del legislatore che, in sede di redazione della fattispecie, abbia fatto riferimento ad elementi normativi giuridici determinati, laddove però l'evoluzione dei costumi e della società abbia condotto all'emersione di nuove situazioni, parimenti meritevoli di tutela, oppure abbia conferito un diverso valore a situazioni preesistenti. Da ciò potrebbe scaturire una disciplina irragionevolmente differenziata, che il giudice potrebbe trovarsi ad affrontare con non poche difficoltà, determinate dall'invalicabile divieto di analogia in materia penale.

È il caso della differenza di trattamento a cui la l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà) ha dato luogo nella regolamentazione delle unioni civili e della convivenza di fatto<sup>12</sup>, non priva di conseguenze sotto il profilo penale. A tal proposito, viene in risalto la formulazione dell'art. 384, co. 1 c.p.<sup>13</sup>, che esclude la punibilità per gran parte dei delitti contro l'attività giudiziaria ove il fatto sia commesso per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé stesso o un “prossimo congiunto” da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore; laddove i prossimi congiunti sono

---

della Corte Costituzionale, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, secondo cui «ad una concezione strutturale e biologica della famiglia è subentrata nel nostro sistema positivo una concezione funzionale, che la famiglia considera in posizione sottordinata e servente rispetto all'individuo, e, quindi, come entità non avente “valore in sé”, bensì in quanto idonea a porsi quale strumento di promozione e crescita della persona. In siffatta prospettiva anche un rapporto di libera convivenza può risultare funzionale agli scopi enunciati e, come tale, meritevole di tutela».

<sup>10</sup> C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 103, evidenzia che «il costituente mostra di aver percepito che il matrimonio concreta un'esigenza ad esso preesistente, e che, in ultima analisi, lo determina».

<sup>11</sup> Incisiva l'espressione di C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 116: «Non avviene una somma dei rapporti naturali a quelli della famiglia legittima. La legge non aggiunge, equipara».

<sup>12</sup> Per un approfondimento, G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla «riforma Cirinnà»*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2/2019, 709 ss.

<sup>13</sup> In tema, E. MEZZA, *Unioni civili e convivenze di fatto nelle cause di non punibilità: l'ambito applicativo dell'articolo 384, comma 1 c.p.*, in *Cas. pen.*, 9/2018, 2738-2760; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 577 ss.

individuati (apparentemente in via tassativa, data la precisa elencazione fatta dal legislatore) all'art. 307, co. 4 c.p., tra i quali è stata inclusa, a seguito del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, ma non il convivente *more uxorio*. Chiamata ad esprimersi sulla legittimità di tale differenziazione, la Corte costituzionale, vigile sul rispetto della legalità, sottolinea come l'affermazione dell'irragionevolezza del differente trattamento apra «il problema dell'equiparazione in tutti gli altri numerosi casi di previsioni legislative, talora anche in *malam partem*, che danno rilievo, ai più diversi fini e nei più diversi campi del diritto, all'esistenza di rapporti di comunanza di vita di tipo familiare»<sup>14</sup>. La tendenza della Corte costituzionale, inoltre, è quella di difendere l'applicazione tassativa della legge penale, nonché il peculiare fondamento della famiglia legittima, il matrimonio, da un'indistinta espansione della tutela a favore di legami che nulla hanno a che fare con la formalità del vincolo di coniugio, sintomatica della stabilità dell'unione.

La Corte di Cassazione, dopo svariate pronunce in senso contrario<sup>15</sup>, ha però riconosciuto l'estendibilità della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. anche ai componenti della famiglia di fatto<sup>16</sup>, privilegiando un'interpretazione analogica della norma in *bonam partem*, che viene giustificata dalla Corte sulla base di esigenze sistematiche<sup>17</sup> coerenti con la Costituzione e la CEDU, che all'art. 8 riconosce il diritto al rispetto della vita familiare e all'art. 12 il «diritto di sposarsi e fondare una famiglia». Infatti, se da un lato si sottolinea la non indifferenza della Corte costituzionale a queste nuove forme di società affettive, «caratterizzate da una comunione materiale e spirituale paragonabile a quella prevista per il rapporto coniugale», dall'altro viene invocato l'adeguamento della normativa nazionale alla chiave di lettura offerta dalla Corte EDU, che «accoglie una nozione sostanziale, onnicomprensiva di matrimonio senz'altro ricomprendente anche i rapporti di fatto, privi di formalizzazione legale, ai quali si ritiene che l'art. 8 cit. assicuri incondizionata tutela»<sup>18</sup>. La giurisprudenza della Consulta, di contro, seppur più risalente nel tempo, difende le «ragioni costituzionali» che giustificano il differente trattamento normativo, «trovando il rapporto coniugale tutela diretta nell'art. 29 della Costituzione, mentre il rapporto di fatto fruisce della tutela apprestata

<sup>14</sup> Corte cost., sent. n. 8/1996, in *giurcost.org*.

<sup>15</sup> Si veda Cass. pen., sez. V, 22/10/2010, n.41139; Cass. pen. n. 20827/2009; Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2006 n. 35967, in linea con l'orientamento della Corte costituzionale.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. VI, 19/09/2018, n.11476, ha specificato che la pronuncia attiene alla "convivenza *more uxorio*", che in diritto penale va intesa come «una situazione "fattuale" omogenea a quella consacrata da vincolo matrimoniale, in quanto caratterizzata da una comunione materiale e spirituale paragonabile a quella prevista per il rapporto coniugale». Si tratta della cosiddetta convivenza di fatto in senso stretto, «in cui manca un atto formale per qualificarlo giuridicamente, la quale si configura come un'ipotesi di relazione di coppia (non matrimoniale), di costruzione dottrinale e giurisprudenziale», la quale si differenzia, proprio per questa mancata qualificazione formale, dalla forma di convivenza «disciplinata dalla nuova legge che ha, dunque, un riconoscimento ufficiale da parte dell'ordinamento», cioè l'unione civile. Viene così denunciata una differenza di trattamento in quanto «la legge distingue, sul piano qualitativo, i due legami, applicando solo alle parti di un'unione civile una serie di disposizioni analoghe a quelle previste nel codice civile per la disciplina del matrimonio».

<sup>17</sup> Sottolinea M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie*, cit., 580, che l'applicazione analogica dell'art. 384 c.p. sarebbe comunque giustificata, oltre che dall'identità di *ratio* fra la situazione prevista e quella non contemplata, anche da esigenze di coordinamento con la disciplina processuale prevista all'art. 199 c.p.p., che ha già provveduto ad ampliare il suo ambito di applicazione al di là del rapporto di coniugio, estendendo la facoltà di astenersi dal deporre anche «a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; al coniuge separato dell'imputato; alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato».

<sup>18</sup> Così Cass. pen., sez. VI, 19/09/2018, n.11476.

dall'art. 2 della Costituzione ai diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali»<sup>19</sup>. La Corte costituzionale, dunque, pur riconoscendo un diverso fondamento costituzionale delle diverse relazioni interpersonali normativamente disciplinate, non ha escluso la loro comparabilità alla stregua del principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* Ha puntualizzato, però, che spetta al legislatore operare il bilanciamento di interessi che viene in rilievo (in questo caso, tra la tutela dell'efficace funzionamento dell'attività giudiziaria e la tutela di aspetti della vita familiare).

La posizione della suprema Corte<sup>20</sup> non appare del tutto in contrasto con quella della Consulta: infatti, pur senza negare l'opportunità di una disciplina extrapenale differenziata, si auspica che «il binomio famiglia giuridica-famiglia di fatto va[da] ricondotto in via tendenziale ad unità sul piano penalistico»<sup>21</sup>, in forza di una valutazione di equivalenza della stabilità e dell'intensità del rapporto solidaristico sottostante ai rapporti in esame, che per la Consulta, però, non sussiste nel caso delle unioni di mero fatto<sup>22</sup>.

Il dibattito è stato riproposto in relazione alla legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.<sup>23</sup>, rispetto al quale si assiste, analogamente a quanto rilevato a proposito dell'art. 384 c.p., ad una limitazione dell'estensione degli effetti penalistici alle sole unioni civili, tralasciando qualsiasi riferimento alla convivenza *more uxorio*. La Consulta ha chiarito i termini del carattere di stabilità del rapporto di coniugio, in forza del quale è stata giustificata una tutela differenziata rispetto al legame che viene in rilievo in caso di convivenza: l'intervento penale, per la Consulta, risponde «non soltanto [a] esigenze di tutela delle relazioni affettive individuali, ma anche [a] quella della protezione dell'«istituzione familiare»<sup>24</sup>, basata sulla stabilità dei rapporti (sentenza n. 8 del 1996), di fronte alla quale soltanto si giustifica l'affievolimento della tutela del singolo componente». Dunque, la stabilità del rapporto matrimoniale rappresenta l'essenza del vincolo coniugale stesso: solo nella misura in cui questo carattere di stabilità possa dirsi insito nel rapporto, quest'ultimo risulterà rispondente ad

<sup>19</sup> In questi termini, Corte costituzionale, ord. n. 121/2004, in cui trovano conferma i principi già espressi nella sent. n.8/1996. Si legge nella parte di diritto: «Tenendo distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna, si rende possibile riconoscere a entrambe la loro propria specifica dignità; si evita di configurare la convivenza come forma minore del rapporto coniugale, riprovata o appena tollerata e non si innesca alcuna impropria "rincorsa" verso la disciplina del matrimonio da parte di coloro che abbiano scelto di liberamente convivere. Soprattutto si pongono le premesse per una considerazione giuridica dei rapporti personali e patrimoniali di coppia nelle due diverse situazioni, considerazione la quale - fermi in ogni caso i doveri e i diritti che ne derivano verso i figli e i terzi - tenga presente e quindi rispetti il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi; e viceversa dia, nel rapporto di coniugio, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale».

<sup>20</sup> S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, in Atti del 13° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli 2018, 76 ss., parla di «una sorta di insubordinazione latente» della giurisprudenza ordinaria nella lettura del concetto di famiglia come «comprensivo di ogni consorzio di vita fondato su intime relazioni e consuetudini di vita, tali da poter essere parificato, in una dimensione sostanziale, alla famiglia fondata sul matrimonio».

<sup>21</sup> Ancora Cass. pen., sez. VI, 19 settembre 2018, n.11476.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. 8/1996: «Questa Corte, al contrario, in diverse decisioni il cui orientamento non può che essere qui confermato (sentenze nn. 310 del 1989, 423 e 404 del 1988 e 45 del 1980), ha posto in luce la netta diversità della convivenza di fatto, «fondata sull'*affectio* quotidiana - liberamente e in ogni istante revocabile - di ciascuna delle parti» rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da «stabilità e certezza e dalla reciprocità e corrispettività di diritti e doveri (...) che nascono soltanto dal matrimonio».

<sup>23</sup> Valga anche in questo caso Cass. pen., sez. VI, 19 settembre 2018, n.11476.

<sup>24</sup> Corte cost., sent. n. 352/2000, in *giurcost.org*.

esigenze di tutela peculiari e, di conseguenza, idoneo a giustificare la disciplina di favore di cui all'art. 649 c.p.<sup>25</sup>.

Anche in questo caso, le posizioni delle Corti non sembrano inconciliabili. Ammettere che la discrasia tra il trattamento riservato alla mera convivenza rispetto a quello previsto per il legame coniugale trovi ragioni d'essere nel diverso fondamento costituzionale dei due oggetti di tutela (l'art. 2 Cost. il primo, l'art. 29 Cost. il secondo), non significa imporre una necessaria riconduzione della convivenza di fatto nell'alveo della sacralità del matrimonio per riconoscerle analoga tutela. Una via percorribile per raggiungere il medesimo risultato è rappresentata dall'individuazione di punti di contatto tra le fattispecie in esame, al fine di ipotizzare una loro *reductio ad unum*, sotto il profilo del bene giuridico che viene in rilievo per l'intervento penale. Ciò viene sostenuto anche e soprattutto in forza dei profondissimi cambiamenti che l'istituto del matrimonio ha subito negli anni a livello normativo, conseguenza delle evoluzioni registrate nella cultura sociale: si pensi alla sua indissolubilità sdoganata con la l. 1° dicembre 1970, n. 898 sullo scioglimento della «comunione spirituale e materiale tra i coniugi» (art.1), all'indebolimento dell'obbligo di coabitazione (*ex art. 143 c.c.*) con il riconoscimento giurisprudenziale della possibilità per marito e moglie di avere residenze diverse<sup>26</sup>. Ha ancora senso, allora, parlare di una presunzione di stabilità propria del legame coniugale?

Per correggere, dunque, obsolete differenze di trattamento, l'intervento del legislatore può essere ragionevolmente evocato al fine di adeguare le tutele del diritto penale alle nuove formazioni sociali in cui trova spazio la personalità individuale, alla luce di una ricostruzione unitaria del bene giuridico, declinata in chiave personalistica, che possa accomunare queste varie tipologie di relazione. La proposta non consiste in un assorbimento delle più varie ipotesi di legame interindividuale nella famiglia legittima, quanto in una parificazione di queste, ai fini di una tutela penale "della famiglia" coerente in sé.

Pregnante, a tal proposito, è il significato conferito da Roberto Bin al carattere naturale della famiglia: questa «non preesiste affatto allo Stato, perché si evolve (come di fatto si evolve) con la stessa rapidità dei costumi sociali e delle leggi che li governano»<sup>27</sup>. Un principio che si rinviene anche nella discussa sentenza della Corte cost. del 15 aprile 2010, n.138 sulla legittimità del matrimonio omosessuale. La Consulta esclude che il trattamento differenziato delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali possa trovare fondamento nel dettato dell'art. 29 Cost., affermando che «il significato costituzionale di famiglia, lungi dall'essere ancorato ad una conformazione tipica ed inalterabile, si è al contrario dimostrato permeabile ai mutamenti sociali, con le relative ripercussioni sul regime giuridico familiare. La norma (...) pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita "società naturale". Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e

<sup>25</sup> M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie*, cit., 581.

<sup>26</sup> Corte cost., sent. 13 ottobre 2022, n.209. Ai fini del riconoscimento dell'esenzione sulla "prima casa", non può essere evocato «l'obbligo di coabitazione stabilito per i coniugi dall'art. 143 del codice civile, dal momento che una determinazione consensuale o una giusta causa non impediscono loro, indiscussa l'*affectio coniugalis*, di stabilire residenze disgiunte. Né a tale possibilità si oppongono le norme sulla "residenza familiare" dei coniugi o "comune" degli uniti civilmente. Inoltre, il secondo comma dell'art. 45 c.c., contemplando l'ipotesi di residenze disgiunte, conferma la possibilità per i genitori di avere una propria residenza personale».

<sup>27</sup> R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 10, 1066 ss. e in *Lavoro e Diritto*, 2000.

di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi». La stessa Corte costituzionale precisa, inoltre, che «detta interpretazione non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»<sup>28</sup>. Dunque, non può affermarsi che i costituenti, nell'inserire il riferimento al matrimonio, si riferissero al matrimonio come ad una realtà diversa dal «vincolo formale, religioso o civile, quale è accolto nel nostro diritto positivo»<sup>29</sup>, ma ciò incide solo relativamente sull'individuazione dei contorni della dimensione familiare, per ciò che rileva nel diritto penale.

4. Negli anni, si sono susseguiti interventi legislativi<sup>30</sup> e giurisprudenziali<sup>31</sup>, soprattutto in materia extrapenale, che hanno provveduto a definire e caratterizzare le situazioni di diritto connesse alla famiglia, contribuendo a determinare l'ampiezza del concetto. Ai fini della definizione della famiglia come oggetto di tutela penale, però, a nulla vale trarre definizioni da altre branche del diritto<sup>32</sup>, seppur rilevanti nella misura in cui tali norme concorrono ad integrare le norme penali che

<sup>28</sup> Continua la Consulta: «Come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile».

<sup>29</sup> G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit. 79.

<sup>30</sup> Si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184 che ammette l'adozione del minore orfano di entrambi i genitori «da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo»; la l. 10 dicembre 2012, n. 219, che elimina dall'ordinamento le residue distinzioni tra figli legittimi e figli naturali; la l. 20 maggio 2016, n. 76 sulle unioni civili e la convivenza di fatto, che all'art. 20 prevede, «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso», che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e alla qualità di coniuge si applichino anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; diversamente, si prevede che i conviventi di fatto abbiano gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (art. 38), nonché il diritto reciproco di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali in caso di malattia o di ricovero (art. 39); e si stabilisce che ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante, in caso di malattia, per le decisioni in materia di salute, e di modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie in caso di morte (art. 40).

<sup>31</sup> Da ultimo, Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2023, n. 2684 ha stabilito che, mentre il contrarre nuove nozze è per sé causa della perdita del diritto all'assegno, in caso di nuova convivenza dell'ex coniuge economicamente più debole, sarà necessario un accertamento giudiziale, volto ad individuare se si sia costituito un rapporto di convivenza stabile e a fissarne nel tempo la decorrenza, in quanto solo a partire dal momento in cui l'ex coniuge ha avviato con un nuovo compagno un nuovo progetto di vita, l'onere potrà legittimamente pretendere una rimodulazione o che si accerti la cessazione del diritto all'assegno. Interessanti pronunce attengono, inoltre, al tema di risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale; ad esempio per Cass. civ., sez. III, 26 maggio 2020, n. 9696, «non essendo condivisibile limitare la società naturale, cui fa riferimento l'articolo 29 della Costituzione, all'ambito ristretto della sola cosiddetta famiglia nucleare», il rapporto di convivenza non assurge a connotato minimo di esistenza del legame familiare, ma può costituire elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità, anche ove l'azione sia proposta dal nipote per la perdita del nonno (analogamente, Cass. civ., sez. III, 08 aprile 2020, n. 7743); così come viene esclusa l'imprescindibilità del vincolo di sangue ai fini del riconoscimento del danno da perdita parentale, «dovendo esso essere riconosciuto in relazione a qualsiasi tipo di rapporto che abbia le caratteristiche di una stabile relazione affettiva, indipendentemente dalla circostanza che il rapporto sia intrattenuto con un parente di sangue o con un soggetto che non sia legato da un vincolo di consanguineità naturale, ma che ha con il danneggiato analoga relazione di affetto, di consuetudine di vita e di abitudini» (così Cass. civ., sez. III, 15 novembre 2023, n. 31867).

<sup>32</sup> Sull'inutilizzabilità in materia penale delle definizioni offerte dalla disciplina civilistica della famiglia: C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 4 ss.; G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 71 ss.; F. UCCELLA, *La tutela penale della famiglia (Orientamenti vecchi e nuovi)*, Padova 1984, 85 ss.

vi fanno espresso rinvio<sup>33</sup>; ciò che interessa in questa sede è la riconducibilità dei valori sottostanti alla dimensione della famiglia a posizioni giuridiche meritevoli di tutela. In altre parole, se l'intervento penale nella dimensione domestica è giustificato nella misura in cui vengono riconosciute come meritevoli di tutela delle significative<sup>34</sup> situazioni di diritto violate mediante la realizzazione di fatti tipici, quali sono questi interessi protetti e chi ne è titolare?

La Costituzione riconosce “i diritti della famiglia”, espressione che potrebbe indurre a ritenere che sia proprio l'ente-famiglia il soggetto di diritto in capo al quale sorgono le situazioni giuridiche violate. Nella concezione codicistica originaria, la famiglia viene considerata un soggetto di interessi giuridici, distinto dai suoi componenti. Nonostante non le si riconoscesse una soggettività giuridica propria, la famiglia era comunque considerata “portatrice” di una serie di beni riferibili ora alla “società coniugale”, ora alla “società parentale”, quali la morale familiare, gli stati di famiglia, l'assistenza familiare, l'onore familiare<sup>35</sup>. Non può essere condivisa, però, questa concezione comunitaria della famiglia<sup>36</sup> come soggetto passivo dei reati, si perdoni la ridondanza, contro la famiglia. L'essere titolare dei diritti lesi dalle condotte incriminate, infatti, implica come necessario presupposto che essa abbia la capacità giuridica di disporne<sup>37</sup>, che non ha perché non le è riconosciuta dalla legge. Immaginando, così, la famiglia come terra di mezzo tra lo Stato e l'individuo, e rifiutando la concezione dello Stato come perenne soggetto passivo del reato<sup>38</sup>, è possibile affermare, dunque, che è in capo ai membri della famiglia che sorgono le situazioni di diritto violate. Escludere che la famiglia possa considerarsi un soggetto di diritto e ricondurre l'interesse tutelato ad una dimensione individuale, però, non deve indurre a ritenere che tali beni si esauriscano e si confondano nel calderone dei diritti della persona genericamente considerata. Si tratta, infatti, di beni individuali qualificati<sup>39</sup>, perché appartengono a soggetti specifici, le persone, cioè, che ricoprono la posizione di membri della famiglia ed è in capo ad esse in quanto tali che i diritti in esame vengono riconosciuti.

<sup>33</sup> Si pensi ai delitti contro lo stato di famiglia (artt. 566-568 c.p.), integrati dalla disciplina civilistica in tema di dichiarazioni e attestazioni previste per la registrazione dello stato di figlio neonato.

<sup>34</sup> Sulla “significatività” del bene giuridico tutelato connessa alla sua rilevanza costituzionale, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino 1974, 16 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8<sup>a</sup> ed., Torino 2019, 11 ss.

<sup>35</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 111-112.

<sup>36</sup> Così è definita in L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *La famiglia tra pubblico e privato. Rassegna di un Convegno*, 1980, 135. L'A. la descrive come una «struttura tradizionale organica e autoritaria, ma che pur dopo la disgregazione (...) afferma l'esistenza di un interesse del gruppo come tale e il vincolo di subordinazione ad esso degli interessi individuali dei singoli membri», contrapponendo questa impostazione all'idea individualistica della famiglia e del matrimonio, intesi come strumenti di espressione delle personalità individuali, «come un'associazione nella quale l'essere-per l'altro di ciascuno dei partecipanti ha senso soltanto se e fino a quando ridondi in un essere-per sé».

<sup>37</sup> A. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli 1963, 43 ss.

<sup>38</sup> Per Art. ROCCO, come espresso in *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano 1913 (in A. COLACCI, *Maltrattamenti*, cit., 42 ss.; G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 207 ss.), lo Stato è sempre soggetto passivo del reato, in quanto titolare del diritto all'obbedienza dei consociati. L'A. parla, a tal proposito, di *oggetto formale del reato*, parallelamente definisce *oggetto sostanziale generico* il diritto dello Stato alla sua autoconservazione ed esistenza (mediante il rispetto delle leggi).

<sup>39</sup> Espressione di G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 98, che li denomina beni familiari. In GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Diritto di famiglia*, 2005, 2, 585 si legge «(...) l'espressione “società naturale” dev'essere intesa nel senso che la famiglia, nonostante la carenza di una propria personalità giuridica, si pone come centro autonomo di imputazione e di riferimento per alcuni diritti. I quali si denominano appunto come familiari per il fatto che vengono esercitati nel suo interesse dai suoi componenti *uti socii* e non già *uti individui* e che al tempo stesso si pongono come necessario, od anche soltanto opportuno, limite e

Occorre un'ulteriore precisazione: la qualità di componente della società familiare non appartiene esclusivamente al soggetto passivo del reato, bensì anche al soggetto agente. I delitti attinenti alla sfera domestica sono, infatti, reati propri<sup>40</sup>, in forza del legame condiviso tra reo e persona offesa. A ciò si aggiunga che la particolare posizione ricoperta "in famiglia" potrebbe essere fonte di obblighi giuridici nei confronti di un altro suo componente, si pensi ad esempio all'obbligo dei coniugi di «mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli», ex art. 147 c.c., la cui violazione, da un lato, può configurare un'ipotesi di violazione degli obblighi di assistenza familiare, ai sensi dell'art. 570 c.p., dall'altro sottintende un dovere di protezione dell'integrità fisica e morale nei confronti dei figli<sup>41</sup>, che dà luogo ad una posizione di garanzia rilevante anche ai fini della configurabilità di un reato omissivo<sup>42</sup>.

La dottrina tende ad affrontare il tema soprattutto nella prospettiva dell'obbligo di tutela dei genitori nei confronti del figlio minore<sup>43</sup>, data la sua ritenuta inadeguatezza a far fronte a situazioni di pericolo, che derivino da eventi naturali o da aggressioni da parte di terzi<sup>44</sup>. Oltre alle difficoltà inerenti all'individuazione del contenuto di tale obbligo di garanzia<sup>45</sup>, controversa è la configurabilità di un concorso omissivo del genitore nel reato commesso ai danni del figlio. La giurisprudenza prevalente risponde positivamente<sup>46</sup>, rimandando ai criteri volti all'accertamento della responsabilità omissiva di cui all'art. 40 cpv. c.p., quali la conoscenza o conoscibilità dell'evento (che andava impedito), la conoscenza o riconoscibilità dell'azione doverosa incombente sul "garante" e la

---

temperamento per quelli individuali e spesso individualistici, come per esempio le libertà personale, di domicilio, di corrispondenza, di circolazione, di soggiorno, di espatrio, di fede religiosa e di manifestazione del pensiero».

<sup>40</sup> Sulla qualifica del reato di maltrattamenti come reato proprio, F. COPPI, cit., 222 ss., A. COLACCI, cit., 65 ss., G.D. PISAPIA, cit., 227 ss., C. PATERNITI, cit., 95 ss.

<sup>41</sup> In tal senso, v. la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione: Sez. III, n. 2168, 19 ottobre 1987, Rv. 177664; Sez. III, n. 10556, 27 giugno 1995, Rv. 202699; Sez. III, n. 35118, 06 maggio 2004, Rv. 229556; Sez. III, n. 4331, 19 gennaio 2006, Rv. 233308; Sez. III, n. 4370, 14 dicembre 2007, Rv. 238698; Sez. III, n. 36824, 8 luglio 2009, Rv. 244931; Sez. III, n. 11243, 4 febbraio 2010, Rv. 246592; Sez. III, n. 26369, 9 giugno 2011, Rv. 250624; Sez. III, n. 1369, 11 ottobre 2011, Rv. 251624; Sez. III, n. 40663, 23 settembre 2015, dep. 2016, Rv. 267594.

<sup>42</sup> A. COLACCI, *Maltrattamenti*, cit., 71: «Il soggetto attivo del delitto di maltrattamenti può avere nei confronti di quelli passivi particolari doveri relativi alla loro protezione e che derivano dalla posizione nella famiglia o dall'affidamento. È indubbio che il concetto di affidamento, per la ragione da cui trae vita, porti con sé il dovere di protezione dei soggetti affidati».

<sup>43</sup> Si legga L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 139, per il quale «la prevalenza del valore dell'uguaglianza su quello dell'unità si attenua poi notevolmente quando si passa al rapporto tra genitori e figli, a causa dell'esigenza di tutela dei minori. In tal caso l'uguaglianza diventa un valore relativo, da adeguare all'interesse della prole».

<sup>44</sup> Così, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 655 ss.

<sup>45</sup> Cass. sez. III, 24 marzo 2010, n. 11243, ritiene che l'obbligo di impedire l'evento di violenza sessuale ai danni della figlia si concretizzi in un obbligo a carico della moglie di denunciare il marito; Cass. sez. III, 26 agosto 2004, n. 35118, Gerboni, *ivi*, 2006, 115, arriva ad affermare che il genitore esercente la potestà sui figli minori, in quanto investito di una posizione di garanzia in ordine al corretto comportamento sessuale dei figli minori, abbia l'obbligo di impedire che costoro compiano, nei confronti di altri, atti di violenza sessuale. Sulle difficoltà in esame, anche S. DE FLAMMINEIS, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 9/2008, 3230 ss.

<sup>46</sup> In tema di violenza sessuale, Cass. pen., sez. III, 28/2/2017, n.19603; in tema di maltrattamenti in famiglia, Cass. pen., sez. V, 8/11/2019, n.6209; per Cass. pen., sez. IV, 6/11/2019, n.19215, invece, non risponde di concorso nel reato di violenza sessuale, bensì di violenza sessuale di gruppo «il genitore che, pur non partecipando materialmente alla commissione del fatto, sia presente sul luogo del compimento di atti sessuali sul figlio e ne agevoli la commissione, sollecitando la vittima a lasciarsi andare e a non opporsi a tali atti, in tal modo abbattendone la capacità di difesa e di autodeterminazione».

possibilità oggettiva di impedire l'evento<sup>47</sup>. Rifacendosi a suddetti criteri, la giurisprudenza affronta anche il diverso caso in cui l'aggressore non sia estraneo alla famiglia: ci si chiede se sia configurabile in capo al genitore che non interviene in protezione la responsabilità a titolo di concorso. Parte della dottrina<sup>48</sup> non esclude che il coinvolgimento emotivo del genitore venga in rilievo nelle valutazioni inerenti all'intenzionalità della condotta omissiva; sotto il profilo dell'esigibilità di una condotta attiva volta ad impedire l'offesa al figlio, invece, appare arduo escludere la responsabilità del genitore che non ignori le violenze patite dal figlio.

Sono, dunque, i singoli rapporti tra familiari che vengono in rilievo<sup>49</sup>. Non ci si riferisce ad un unico rapporto di valore che faccia capo all'indistinta compagine familiare considerata nella sua unità, bensì ai rapporti interpersonali che, nel contesto in cui si realizzano, assumono rilevanza penale, in quanto modalità di lesione di beni che fanno capo ai soggetti parte di quei rapporti. Per riempire di contenuto, allora, il bene giuridico oggetto di tutela, occorrerà analizzare i rapporti familiari nelle varie ipotesi di reato che vi fanno riferimento.

5. La sfida, dunque, è individuare l'elemento che accomuna quei rapporti, così variamente declinati, e che qualifica le condotte di violenza domestica rispetto ad altre forme di offesa alla persona. Qual è il vincolo che determina l'appartenenza alla famiglia? Può dirsi ormai superata la convinzione che esso vada rinvenuto nella soggezione dei membri di una famiglia al *pater familias*, di origine romanistica<sup>50</sup>; è del pari insufficiente, soprattutto a seguito dall'equiparazione normativa degli adottati ai figli naturali<sup>51</sup>, il legame di sangue, che, se vale a caratterizzare le relazioni di parentela e affinità, non si presta a realizzare la funzione unificante di una serie di relazioni giuridicamente rilevanti (prima tra tutte quella tra i coniugi, il cui rapporto sessuale, nel caso in cui siano consanguinei, potrebbe integrare un'ipotesi di incesto *ex art. 564 c.p.*); allo stesso modo, come si è avuto modo di analizzare in precedenza, il fondamento del matrimonio appare necessario per la configurabilità di violazioni di doveri scaturenti dal vincolo di coniugio, ma non necessario per la ricostruzione in chiave personalistica dei rapporti familiari. Non a torto si afferma, allora, che «non si può più parlare di una famiglia tipo (...), ma di tipi di famiglia, sposata, di fatto, separata, divorziata, convivente, coabitante»<sup>52</sup>.

Risultano insufficienti anche le definizioni che, ai soli effetti della legge penale, offre il codice: viene in rilievo l'art. 574-*ter* c.p., nel quale si puntualizza che, in ambito penale, il termine matrimonio

<sup>47</sup> In tal senso, Cass. pen., sez. III, 28 febbraio 2017, n. 19603; Cass. pen., sez. III, 6 maggio 2004, n. 35118.

<sup>48</sup> Per G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., in assenza di un'adeguata tipizzazione dei presupposti di ammissibilità di una responsabilità penale per mancato impedimento di un reato commesso da altri (componenti della famiglia), va tenuta in considerazione anche «l'impossibilità di accertare se il genitore abbia tenuto un comportamento intenzionale o sia rimasta inerte per altre ragioni (paura, rassegnazione, compiacimento, ecc.)».

<sup>49</sup> Per C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 117, «si realizza una considerazione dei rapporti nel loro carattere interindividuale indifferentemente: sia che abbiano fondamento nella parentela legittima, sia in quella naturale».

<sup>50</sup> G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 5 ss.

<sup>51</sup> Per l'art. 540 co. 1 c.p., «agli effetti della legge penale, quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, la filiazione fuori del matrimonio è equiparata alla filiazione nel matrimonio».

<sup>52</sup> M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie*, cit., 574; F. COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 18, riporta le posizioni della dottrina che sostiene un concetto di famiglia come «stato di fatto, in senso lato e volgare, e non già nel senso strettamente giuridico, per il quale membri della stessa famiglia sono soltanto i coniugi, i consanguinei, gli affini, e l'adottante e l'adottato».

si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso e che, se la qualità di coniuge viene considerata come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato, essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; l'art. 307 c.p., invece, si limita ad elencare le ipotesi comprese nel concetto di "prossimi congiunti".

Passando in rassegna i reati commessi con violenza alla persona che rimandano a contesti di tipo familiare, si noterà l'eterogeneità di legami interpersonali che vengono in rilievo, oltre che la disorganicità della disciplina della violenza domestica<sup>53</sup>, che va ricostruita proprio a partire dai riferimenti a relazioni interpersonali disseminati nel codice.

L'art. 572 c.p. fa riferimento a «una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte»; l'omicidio ai sensi dell'art. 577 co. 1 n. 1 è punito con l'ergastolo se commesso contro «l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenni o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva»; è prevista un'aggravante all'art. 602-ter c.p. nel caso in cui i delitti di cui agli artt. 600, 601 co. 1 e 2 e 602 c.p. siano commessi «da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro»; l'art. 605 c.p. al co. 2 stabilisce l'aumento di pena solo se il sequestro di persona è commesso in danno di un ascendente, di un discendente o del coniuge; l'art. 609-ter co. 1 n. 1 prevede l'aumento di pena se il reato è commesso nei confronti di persona della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore, e al comma 5-*quater* prevede un aumento di pena per il reato di violenza sessuale ove sia realizzato nei confronti di «persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza»; ancora, un'aggravante è prevista agli artt. 612-*bis* e 612-ter c.p. se il reato è «commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

Davanti a questo elenco (riportato senza pretesa di esaustività) di rapporti che spaziano dal coniugio alla mera relazione affettiva, il minimo comun denominatore sembra essere l'esistenza di un legame psicologico-emotivo tra agente e soggetto passivo. Questa dimensione affettiva è caratterizzata da un senso di affidamento della persona nei confronti delle altre parti della relazione: si tratta di «rapporti psicologici di varia natura: di protezione, di cura, di devozione, di affetto ecc.»<sup>54</sup>, che autorevole dottrina ha definito, non rapporti di famiglia, bensì di "famigliarità"<sup>55</sup>. Si tratta, dunque, di legami che non sono imprescindibilmente caratterizzati da vincoli di sangue, né necessariamente instaurati attraverso forme rituali, né fondati su dinamiche di autorità e dipendenza. Infatti, non bisogna cadere nell'equivoco di scambiare l'oggetto della tutela con la sua degenerazione.

<sup>53</sup> G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 105 ss., sottolinea che la tutela penale della famiglia non si esaurisce nella disciplina del Titolo XI del codice penale, in quanto i rapporti familiari entrano nel diritto penale non solo come elemento essenziale di ipotesi di reato, ma anche come cause di non punibilità, circostanze aggravanti o attenuanti.

<sup>54</sup> C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 141.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

Non è un rapporto di soggezione del soggetto passivo nei confronti dell'agente violento ciò che definisce questi legami: potenzialmente tutti i membri della famiglia, infatti, possono essere autori di violenza<sup>56</sup> entro le mura domestiche, ad esempio tanto il “padre padrone” nei confronti della figlia, quanto il figlio nei confronti di un genitore anziano. Degna di nota è, infatti, la formula utilizzata dal legislatore nell'aggravante comune di cui all'art. 61 co. 1 n. 11 c.p., corrispondente all'aver commesso il fatto «con abuso di autorità o di relazioni domestiche», dove il concetto di abuso si riferisce, in via alternativa, all'autorità e alle relazioni domestiche, che vengono, dunque, in rilievo nella forma della degenerazione patologica del legame domestico-affettivo.

Anche la giurisprudenza si è espressa sulla rilevanza del rapporto di “sudditanza psicologica”, instaurato a seguito di condotte violente tra familiari, seppur sul piano degli elementi costitutivi di specifiche fattispecie di reato. Sono stati distinti, a tal proposito, i requisiti richiesti dalla legge per la configurabilità dei maltrattamenti *ex art. 572 c.p.*, da quelli necessari alla realizzazione degli atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.* Solo quest'ultima ipotesi di reato, infatti, richiede un'indagine sulla dimensione interiore del soggetto passivo del reato<sup>57</sup>, richiedendosi che le condotte reiterate dell'agente siano tali «da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità (...) ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita»; di contro, per quanto l'abitudine dei maltrattamenti debba essere idonea a determinare uno stato di sofferenza e di umiliazione nella vittima<sup>58</sup>, è la condotta oggettivamente maltrattante che viene in rilievo ai fini della sussunzione della condotta alla fattispecie<sup>59</sup>.

È, in conclusione, un'inversione di questi legami a configurare il carattere offensivo delle violenze domestiche, nella misura in cui la sopraffazione di un soggetto su un altro rappresenta la degenerazione patologica del rapporto solidaristico che l'ordinamento intende tutelare<sup>60</sup>. Di conseguenza, è l'esposizione a quelle sopraffazioni che consente di individuare chi siano le “persone della famiglia”. Peraltro, l'intento di sopraffazione contribuisce, nelle recenti tendenze giurisprudenziali, a definire il dolo dell'agente “proprio”. Ad esempio, il dolo del delitto di maltrattamenti è stato ricostruito proprio intorno alla volontà di sopraffazione, tale da dare luogo a una pluralità di atti, collegati da un nesso di abitudine e «avvinti nel loro svolgimento dall'unica intenzione criminosa di ledere l'integrità fisica o il patrimonio morale del soggetto passivo, cioè, in sintesi, di infliggere abitualmente tali sofferenze»<sup>61</sup>. Si ritiene, piuttosto, che vada escluso il dolo specifico, in favore del riconoscimento del dolo generico, che copra solo l'atto di maltrattare

<sup>56</sup> F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 229.

<sup>57</sup> Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 2022, n. 809.

<sup>58</sup> Il reato di cui all'art. 572 c.p. richiede, quale elemento costitutivo, una condotta oggettivamente idonea a ledere la persona nella sua integrità psicofisica, consistente nella sottoposizione dei familiari ad una serie di atti di vessazione continui e tali da cagionare sofferenze, privazioni, umiliazioni, le quali costituiscono fonte di un disagio continuo ed incompatibile con normali condizioni di vita (così, Cass. pen., sez. VI, 4 dicembre 2003, n. 7192, dep. 2004. Rv. 228461)

<sup>59</sup> In tema del rapporto tra il reato di maltrattamenti e quello di violenza privata, integra la ricostruzione della giurisprudenza la precisazione di Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 30973, secondo cui «laddove l'effetto della serie di condotte maltrattanti sia rappresentato da una condizione di umiliazione o di generica sofferenza psicologica del destinatario, è ben possibile che ad essa non si accompagni anche una significativa compressione della libertà morale della vittima per cui, qualora a quelle condotte si aggiungano uno o più specifici comportamenti costrittivi, potranno configurarsi altrettanti delitti di violenza privata».

<sup>60</sup> In tal senso F. COPPI, *Maltrattamenti*, cit., 70 ss.; C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 119 ss.

<sup>61</sup> Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n. 15680.

(coerentemente con il profilo oggettivo del reato, attinente all'esclusiva rilevanza del maltrattamento abituale) e l'identità della vittima, legata all'agente dai rapporti individuati, senza richiedere, dunque, l'individuazione di una particolare volontà di sopraffazione, espressiva di una posizione di autorità<sup>62</sup>.

6. A riprova della validità di tale ricostruzione, si noti come lo stesso elemento della convivenza, intesa come materiale svolgimento della vita entro la stessa *domus*, abbia oggi perso il suo carattere imprescindibile per la determinazione dei legami familiari. Occorre rifarsi, infatti, ad un concetto di convivenza riconducibile al senso di comunanza e condivisione di esistenze, tale da costituire veicolo od occasione per la formazione del legame di familiarità<sup>63</sup>. I primi indicatori della rinunciabilità del concetto di convivenza possono essere colti nella definizione di violenza domestica che dà la Convenzione di Istanbul (art. 3 lett. *b*): la convivenza non viene, infatti, indicata come requisito essenziale degli «atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner», che vengono ricompresi nell'ambito della violenza domestica in forza del legame esistente o preesistente tra l'agente e l'offeso, «indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

Sotto tale profilo, è interessante il riferimento alla convivenza che si rinviene nella causa di non punibilità<sup>64</sup> di cui all'art. 649 c.p., che al primo comma esclude la punibilità per reati contro il patrimonio se commessi ai danni del coniuge non legalmente separato, della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato e, infine, ai danni di un fratello o di una sorella solo se con l'agente conviventi. Si ritiene di concordare con la dottrina che vi riconosce un limite istituzionale alla punibilità<sup>65</sup>, rappresentando la rinuncia dello Stato all'esercizio del potere punitivo per valutazioni di politica criminale, che, in questo caso, si collegano all'appartenenza del soggetto agente e del soggetto passivo all'ambito familiare<sup>66</sup>, il cui equilibrio interno non s'intende turbare con l'intervento penale. Se l'appartenenza alla dimensione familiare viene in rilievo in forza del peculiare legame che unisce i suoi componenti<sup>67</sup>, c'è da chiedersi perché specificare il requisito della convivenza solo per i fratelli e le sorelle. Tale precisazione pare giustificata solo ove si legga il requisito della convivenza come elemento sintomatico di quella comunanza di vita, che viene invece presunta nei rapporti

<sup>62</sup> Per il dolo generico nei maltrattamenti, A. COLACCI, cit., 111 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna 2020, 474; C. PATERNITI, cit., 273 ss.; G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 750 ss.

<sup>63</sup> Specifica A. COLACCI, *Maltrattamenti*, cit., 40 ss., che questo è ciò che distingue la convivenza dalla coabitazione. Quest'ultima, a sua volta, si concretizza nel "mero fatto" della «vita in uno stesso, ristretto luogo per un tempo più o meno rilevante (...), mentre per la convivenza è richiesto un dato ulteriore: in quanto la vita nello stesso ambito comporti la formazione di un nucleo legato da rapporti di tipo familiare».

<sup>64</sup> Per una disamina dei rapporti di famiglia come causa speciale di non punibilità, G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 321 ss.

<sup>65</sup> C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 335 ss., 395.

<sup>66</sup> G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 342 ss.

<sup>67</sup> Per C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 127 ss., il legame familiare incide anche sulla formazione della volontà criminosa: per l'A., il reo, agendo nei confronti di familiari, non intende provocare il nocumento patrimoniale che i delitti del titolo XIII sanzionano, ma «valuterà se la sua azione sia tale da recare obiettivamente nocumento, tenuto conto delle condizioni del soggetto su cui incide. E, con ogni probabilità, non opererà se l'azione dovesse essere sentita come dannosa da chi la subisce».

coniugali, in quelli ad essi assimilabili, nonché in quelli di ascendenza, discendenza e affinità<sup>68</sup>. Inoltre, proprio perché anche in questa sede i rapporti parentali vengono in rilievo per il legame psicologico che esprimono, se l'offesa al patrimonio viene realizzata mediante violenza alla persona, non si esclude la non punibilità (comma 3), poiché le valutazioni di opportunità che inducono alla non ingerenza nelle dinamiche familiari cedono il passo alla tutela penale da condotte violente<sup>69</sup>. Coerentemente con le considerazioni appena svolte, il secondo comma dell'art. 649 c.p. non esclude la punibilità *a priori*, ma la subordina all'impulso di parte, mediante proposizione della querela, nei casi in cui il fatto sia realizzato ai danni del coniuge legalmente separato o della parte dell'unione civile, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e tale scioglimento non sia intervenuto, ovvero nei casi del fratello o della sorella che non convivano con l'autore, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi: tutte ipotesi, cioè, in cui il legame psicologico, di cui la convivenza è una forma di espressione, risulta affievolito<sup>70</sup>.

Alla luce di quanto analizzato finora, in tema di convivenza ed altri elementi sintomatici dell'intensità del rapporto familiare, si noti la differenza di trattamento operata dall'art. 577 c.p. Il co. 1 prevede la pena dell'ergastolo per l'omicidio commesso, oltre che contro l'ascendente o il discendente - anche per effetto di adozione di minorenni - o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile e anche contro «la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva». Questa è la formulazione risultante dall'intervento della l. 19 luglio 2019, n. 69, che ha riformato la precedente previsione facente riferimento alla «persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente», equiparando il requisito del legame affettivo a quello della stabile convivenza e rendendo alternative tali ipotesi, prima considerate come cumulative. L'indagine sulla convivenza assume, quindi, una connotazione oggettiva nella misura in cui va valutata la sussistenza di un particolare elemento che unisce più persone<sup>71</sup>, mentre da un punto di vista soggettivo questa materiale vita in comune diventa specchio del legame psicologico, che ne giustifica il richiamo normativo<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 126 ss.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> Lo conferma anche Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2020, n.13273, in *Diritto & Giustizia* 2020, 30 aprile (con nota di A. UBALDI), per cui la *ratio* dell'aggravante di cui all'art. 577 c.p. «riposava e riposa nell'evidente necessità di apportare una tutela "rafforzata" alle persone che vivono o hanno vissuto un rapporto di tipo familiare e ciò non solo per la ripugnanza che l'azione contraria a un siffatto legame suscita ma anche per la insidiosità delle relazioni che su di esso possono innescarsi, che evidentemente non necessariamente svaniscono con la cessazione della convivenza (la quale anzi non di rado - come dimostrano le cronache giudiziarie - acuisce le conflittualità, rendendo, oggi, ancor più necessario il rispetto di quei doveri che permangono anche dopo la separazione e che contribuiscono a dar conto delle ragioni del rafforzamento della tutela penale)».

<sup>72</sup> In C. PATERNITI, *La famiglia nel diritto penale*, cit., 123, emerge la distinzione tra un carattere oggettivo e uno soggettivo della convivenza. Riprendendo P. NUVOLONE, *Coabitazione, convivenza e relazioni domestiche* e V. MANZINI, *Trattato*, vol. IX, Torino 1963, la convivenza, in senso soggettivo, «significa vita in comune di più persone (...) mentre in senso oggettivo significherebbe un legame che unisce più persone. A noi pare che tutti i fenomeni, e principalmente quelli rilevanti per il diritto, vanno visti nel loro materializzarsi: ciò che ne permette, in sostanza, una sicura e non equivoca percezione. Per questo la convivenza se vuole essere definita va vista nelle relazioni di vita in comune tra più persone. Al contrario, l'indagine sul sostrato psichico della convivenza è legittima allo scopo di chiarire in qual senso il legislatore vi fa riferimento; ma con ciò non può entrare nella definizione di essa».

Diverso è, invece, il trattamento riservato ai legami individuati al secondo comma, che prevede la reclusione da ventiquattro a trenta anni ove sia intervenuto un divorzio o sia cessata l'unione civile, la stabile convivenza o la relazione affettiva, nonché ove il fatto sia commesso contro il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi o il figlio adottivo o contro un affine in linea retta.

Ci si muove, dunque, in un contesto in cui i legami familiari variamente declinati incidono sulla sanzione penale, che si rivela sensibile ad elementi sintomatici dell'intensità del legame stesso, quali lo scioglimento del matrimonio<sup>73</sup>, la cessazione della convivenza<sup>74</sup> e la fine della relazione sentimentale. Se ne può dedurre, allora, che maggiore è l'intensità del legame, maggiore è la carica offensiva del fatto<sup>75</sup>. Una prospettiva, questa, che non si ritiene di poter condividere. Pur partendo dalla premessa secondo cui la *ratio* degli aumenti di pena sia un rapporto affettivo rilevante nello sviluppo della personalità del soggetto, tale sviluppo interpretativo espone a valutazioni aprioristiche del legislatore, non superabili da una prova contraria. È, piuttosto, preferibile assumere l'equivalenza dei rapporti familiari (salvo, chiaramente, la necessaria e contestuale valutazione di situazioni giuridiche concernenti specifiche relazioni, quali ad esempio gli obblighi reciproci dei coniugi o i doveri dei genitori nei confronti dei figli): agli effetti penali, non rileva l'intensità del legame psicologico sottostante a quei rapporti, bensì il valore che essi acquistano in quanto funzionali allo sviluppo della personalità umana<sup>76</sup>.

Il dinamismo della realtà sociale ha portato ad una rivalutazione dei rapporti affettivi privi di etichette, a discapito delle forme "convenzionali" di famiglia. Non stupisce che le riforme legislative della materia, che si sono susseguite negli ultimi anni, siano tese all'espansione della dimensione familiare, al fine di assicurare tutela ai diritti umani ben oltre la famiglia nucleare tradizionalmente intesa. Ciò ha determinato la perdita di rilevanza dei dibattiti intorno a quelle situazioni controverse

<sup>73</sup> Ciò trova conferma anche nella consolidata giurisprudenza della Suprema Corte che ritiene irrilevante «ai fini della configurabilità dell'aggravante del rapporto di "coniugio", prevista dall'art. 577, co. 2, c.p., [...] l'intervenuta separazione legale tra i coniugi in quanto detto *status* non determina lo scioglimento del matrimonio». (Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2016, n.24820, in senso conforme: Cass. pen., sez.V, 15 gennaio 2020 n. 13273; Cass. pen., sez. I, 19 dicembre 2006, n. 42462; Cass. pen., sez. I, 1 febbraio 2011, n. 7198). Suggestioni giurisprudenziali, queste, che verranno raccolte dal legislatore con la l. 11 gennaio 2018, n. 4, che aggiungerà ai soggetti di cui al comma 1 il coniuge anche legalmente separato, la parte dell'unione civile, il convivente legato al colpevole da relazione affettiva; e ai soggetti di cui al comma 2 il coniuge divorziato e la parte di un'unione civile cessata. Per Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2020, n.13273, «tale modifica ha una portata meramente chiarificatrice, avendo in buona sostanza essa recepito quanto già avvertito nella coscienza sociale e già da tempo affermato dalla giurisprudenza (...) in conformità ai principi ordinamentali», in quanto «il regime di separazione legale tra i coniugi attenua il complesso degli obblighi nascenti dal matrimonio eliminando segnatamente quello della coabitazione ma non toglie lo *status* di coniuge con i corrispondenti obblighi personali e permanenti che lo costituiscono, *status* che si perde solo con lo scioglimento del matrimonio».

<sup>74</sup> Si rimanda a Cass. pen., sez. V, 15 gennaio 2020, n.13273, cit.

<sup>75</sup> Questo criterio di valutazione viene adottato anche per spiegare la scelta di «differenziare la pena in relazione alla tipologia di adozione (adozione di minorenni o maggiorenne)» che «parrebbe fondarsi sul presupposto della maggiore offensività della commissione del reato in oggetto nei confronti di minorenni», secondo la *Relazione dell'Ufficio del Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione*, 62/2019, relativa alla l. 19 luglio 2019, n. 69, 20.

<sup>76</sup> S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 87, a proposito delle convivenze di fatto, sottolinea che «sussiste comunque la necessità di differenziare questi legami dai rapporti caratterizzati dalla temporaneità e dall'assenza di volontà di condividere un consorzio di vita. Ed è questa una chiave di lettura riproponibile anche ai fini del diritto penale. Non qualsiasi forma di condivisione dell'esistente implica, di per sé, il carico di conseguenze, favorevoli o sfavorevoli, previste nel settore penale, bensì soltanto relazioni caratterizzate dalla stabilità e volontà di reciproca assistenza».

che, mentre un tempo non trovavano spazio negli schemi dei legami di sangue o del rapporto di coniugio, oggi trovano pieno riconoscimento nel carattere psicologico dei legami che vengono in rilievo tra gli attori della violenza domestica<sup>77</sup>. L'interesse della famiglia, dunque, non è più un interesse sovraordinato rispetto agli interessi individuali, ma si riduce ad esprimere «la relazione di solidarietà che lega questi interessi in ragione della dipendenza della loro realizzazione da una condizione comune costituita dall'appartenenza a una formazione sociale e quindi garantita dall'unità e dalla stabilità del gruppo»<sup>78</sup>.

7. La disciplina della violenza domestica nel nostro sistema penale è costituita, principalmente, da un'ipotesi di reato indeterminata caratterizzata unicamente dall'ambientazione domestica, ossia i maltrattamenti contro familiari o conviventi *ex art. 572 c.p.*, la cui descrizione normativa si risolve in una tautologia: realizza la fattispecie di maltrattamenti “chiunque (...) maltratta una persona della famiglia o comunque convivente...”; accanto a tale disposizione, vi sono reati comuni, che, circostanziati sulla base di eterogenei rapporti di familiarità nel senso suddetto, acquistano carattere “domestico”.

Stando alla definizione di cui all'art. 3 lett. *b* della Convenzione di Istanbul, gli atti violenti possono assumere anche forme che il nostro ordinamento nazionale sembra non contemplare: ci si riferisce alla violenza psicologica ed economica. L'Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (Eige) definisce la violenza economica come «atti di controllo e monitoraggio del comportamento di una persona in termini di utilizzo e distribuzione di denaro, nonché la minaccia costante di negarle risorse economiche», ove «i meccanismi di controllo possono comprendere anche il controllo sull'accesso da parte della vittima a servizi di assistenza sanitaria, all'occupazione, ecc.»<sup>79</sup>. Escludendo dall'indagine tutte le condotte assimilabili alla violazione di obblighi di assistenza familiare *ex artt. 570 o 570-bis c.p.* (si pensi, ad esempio, al mancato versamento dell'assegno di mantenimento al coniuge), anche l'utilizzo di risorse economiche come forma di violenza andrebbe declinato in chiave personalistica, valorizzando la concezione del patrimonio come bene funzionale allo sviluppo della persona umana<sup>80</sup>. Alla stregua di tale orientamento, il danno patrimoniale viene

<sup>77</sup> Si pensi alla discussa fattispecie dei maltrattamenti avverso la concubina, figura arcaica che potremmo attualizzare in un'amante abituale o più generalmente, rifacendoci alla definizione che dà l'enciclopedia Treccani, una «donna che convive in unione libera con un uomo». In assenza di riferimenti alla situazione di convivenza (introdotta soltanto con la modifica dell'art. 572 c.p. ad opera della l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale) e alla luce di una diffusa concezione di famiglia come nucleo di soggetti legati da vincoli di parentela o di matrimonio, difficilmente la concubina poteva essere ricompresa tra le “persone della famiglia”. In forza del rapporto di familiarità che la lega al partner, invece, può essere individuata come soggetto passivo del reato di maltrattamenti (così C. PATERNITI, cit., 136 ss.). Ciò fa leva su un'idea di famiglia come dimensione fondata «non esclusivamente sull'attrazione sessuale e sullo stimolo alla conservazione della specie, ma anche su una molteplicità di interessi e di motivazioni tanto affettive e sentimentali quanto economiche e pratiche, che possono esercitare una forza di coesione pari a quella espressa dai vincoli di parentela», F. COPPI, cit., 75-76.

<sup>78</sup> Così, L. MENGONI, *La famiglia tra pubblico e privato negli ordinamenti giuridici europei*, cit. da M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 573-574.

<sup>79</sup> Così si legge all'interno dell'*EIGE's Gender Equality Glossary & Thesaurus*, [www.eige.europa.eu](http://www.eige.europa.eu).

<sup>80</sup> Per tutti, cfr. S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, 66: l'A. valorizza il bene giuridico del patrimonio calandolo in un ordinamento, proprio dello Stato sociale di diritto, in modo tale che risponda primariamente ad esigenze e prospettive personalistiche: «È proprio il rapporto d'interesse tra una persona e un oggetto,

inteso quale diminuzione della potenzialità economica del soggetto, rispetto al perseguimento di obiettivi personali, e la tutela del patrimonio diventa garanzia della disponibilità dei beni nella loro “conformazione individualizzata”, utilizzabili per lo sviluppo della persona nell’esercizio del suo potere economico<sup>81</sup>. Pur volendo ammettere che si tratti di limitazioni patrimoniali squisitamente attinenti agli obblighi familiari di sostegno reciproco (anche economico, ove un membro della famiglia non sia autonomo e indipendente sotto questo profilo), l’applicabilità dell’art. 570 c.p. è condizionata alla clausola di sussidiarietà finale in favore di ipotesi di reato più gravi. Si determinerà, quindi, l’assorbimento nel delitto di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.* qualora si realizzino condotte di limitazione all’accesso delle risorse patrimoniali oppure altre restrizioni della libertà personale, che sia di movimento o di partecipazione a situazioni di socialità.

Qualora tale ricostruzione non convinca, si potrebbe ricondurre la violenza economica ad una modalità di attuazione della violenza psicologica (seppure discostandosi dal dato letterale della norma convenzionale, che parla di violenza psicologica “e” violenza economica). È possibile, però, che tale forma di violenza rimanga penalmente irrilevante, trattandosi di una di quelle ipotesi di reato inquadrabili esclusivamente in rapporti psichici interiori, come quelli di dipendenza affettiva, difficilmente dimostrabili. Emblematiche sono, a tal proposito, le valutazioni fatte dalla Consulta nella celebre sentenza di incostituzionalità dell’art. 603 c.p., nella quale si legge che il concetto di “deprivazione psichica”, che s’identifica con il senso di avere bisogno di qualcuno, è essenzialmente quantitativo, instaurandosi in qualsiasi rapporto affettivo una sorta di “transfert” o anche di rapporto psicologico reciproco. Ma per valutare se l’interruzione del rapporto con altri faccia arguire la preesistenza di uno stato di “totale soggezione”, è necessario conoscere l’intensità dolorosa dell’interruzione. Quesito a cui può darsi solo una risposta soggettiva e quindi di per sé convalidante l’arbitrarietà di una simile soluzione concettuale<sup>82</sup>. A nulla valgono, nel giudizio della Corte costituzionale, le considerazioni inerenti alla possibilità di valutare elementi esteriori ai fini della sussistenza dello stato di soggezione psichica<sup>83</sup>, in quanto se esso non è «sorretto dall’elemento interiore o se sorretto da un elemento interiore non determinato, quale la deprivazione di cui si è detto, perde ogni connotazione significativa ai fini di una tipizzazione del delitto»<sup>84</sup>.

Dunque, può concludersi che la rilevanza della violenza economica derivi da un’elaborazione del concetto di patrimonio come “arma” per annichilire la persona, quasi sempre congiuntamente ad altre forme di violenza che annientino l’autodeterminazione della vittima. Il fatto che non sia prevista una fattispecie *ad hoc* nel nostro ordinamento va, da un lato, accolto con favore, vista la possibilità di sussumere tale forma di violenza in altre ipotesi di reato già esistenti e, dall’altro, si spiega con le stesse ragioni poste a fondamento della previsione di cui all’art. 649 c.p.: la gestione delle risorse

---

nella sua proiezione interindividuale, a dar vita al bene giuridico; questo rapporto integra, cioè, quella situazione di valore alla cui tutela si pongono le norme penali».

<sup>81</sup> S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., 62 ss.

<sup>82</sup> Corte cost., sent., 9 aprile 1981, n. 96.

<sup>83</sup> Nel caso del plagio, la Consulta ha analizzato, come esempio di “elemento esteriore” sintomatico della sudditanza psichica, l’allontanamento dai terzi del plagiato ad opera del plagiante; analogamente potremmo ipotizzarlo nel caso della violenza economica realizzata, ad esempio, dal marito nei confronti della moglie o della figlia, privandole delle risorse economiche necessarie a svolgere attività conviviali con terzi.

<sup>84</sup> Ancora, Corte cost., sent. n.96/1981.

patrimoniali in ambito familiare, o para-familiare, è un tema che attiene all'organizzazione interna del gruppo, non al diritto penale.

8. La 'terra degli affetti' è un ambito esposto a rischi di astrattezza e indeterminatezza, ed è indiscutibile che ciò incida, non solo sull'individuazione dell'effettivo bene giuridico di tutela, ma anche sull'opportunità di affermare un'autonomia dei rapporti di valore sottostanti alla dimensione domestica, che si concretano in un concetto di familiarità dai confini labili. C'è da chiedersi, dunque, se la lesione di quel rapporto di fiducia e affidamento che lega i membri della compagine familiare sia idoneo a giustificare un trattamento differenziato.

Non ci si oppone alla considerazione secondo cui ad essere lesi dagli atti di violenza domestica siano comunque, e in primo luogo, l'integrità fisica o sessuale o il benessere psicologico del soggetto. Il dubbio concerne l'idoneità del legame di familiarità, che accomuna queste condotte, a rappresentare il *quid pluris*<sup>85</sup>, giustificante una tutela differenziata e ulteriore. Il rapporto familiare, nei suoi confini individuati nella presente analisi, attiene a quelle formazioni sociali che trovano riconoscimento nei principi fondamentali della Costituzione (art. 2 Cost.<sup>86</sup>). Si ricorda che proprio alla luce di quel legame è stato possibile ricostruire la disciplina della violenza domestica, che trova ospitalità nel codice penale in eterogenee ipotesi di reato, rispetto alle quali i rapporti familiari sono ora elemento caratterizzante la fattispecie, ora circostanze aggravanti. Le condotte individuate offendono primariamente i beni dell'integrità psichica o fisica del soggetto, attraverso una patologica inversione dei rapporti di familiarità, che dovrebbero essere fondati su valori di solidarietà e affidamento. I rapporti tra autore e vittima valgono, dunque, a qualificare l'ipotesi di reato, implicando una modalità di offesa del bene giuridico peculiare rispetto a quella propria della condotta non qualificata dal rapporto di familiarità<sup>87</sup>. Ponendoci nella prospettiva costituzionale, è possibile riconoscere la tutela, non del diritto di famiglia nei termini sopra esposti, ma di un diritto alla famiglia, come dimensione retta da rapporti di reciproca solidarietà, in cui la personalità individuale trova uno spazio nuovo per esprimersi e svilupparsi. Attraverso il turbamento della comunità familiare, mediante lo sfruttamento dei legami solidaristici su cui si fonda, si realizza un'offesa qualificata alla persona, che consente di

<sup>85</sup> Per F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 217, «l'oggettività giuridica del delitto di maltrattamenti non può essere identificata nei beni che "di passaggio" sono offesi dalla condotta di maltrattamenti».

<sup>86</sup> In questo senso anche Cass. civ. sez. I, 18 maggio 2005, n. 9801 secondo cui «la famiglia viene a configurarsi – in linea con l'evoluzione sociale – non già come luogo di compressione e mortificazione dei diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quale i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi o conviventi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost., che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa».

<sup>87</sup> Per S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 78 ss., è preferibile non declinare in termini di oggettività giuridica «la famiglia, il rapporto familiare o un bene intermedio comunque denominato», venendo in rilievo come bene giuridico di riferimento «pur sempre la persona, la pubblica fede, il patrimonio, la personalità, a seconda della fattispecie che viene in rilievo. (...) Ciò non significa, tuttavia, un'indifferenza penalistica verso il tema familiare. Proprio perchè, invece, la famiglia rappresenta un luogo privilegiato in cui possono risultare offesi i beni appena menzionati, è sicuramente da accogliere con favore una rideterminazione delle fattispecie principali (omicidio, lesioni, abbandono di persone incapaci, rapina, furto, falso materiale, per citarne alcune) attraverso la creazione di sottofattispecie *ah hoc* laddove siano interessati luoghi e soggetti familiari».

ricondurre definitivamente i beni familiari nell'alveo della tutela dei diritti personali<sup>88</sup>, anzi individuali: in quanto «i diritti sono tutti e solo individuali»<sup>89</sup>.

Appare, dunque, sicuramente giustificato un trattamento differenziato delle ipotesi di violenza domestica rispetto alle corrispondenti ipotesi di violenza “comune”, sotto il profilo di misure diverse da quelle penali, che ancor più efficacemente incidono sulle delicate situazioni che vengono in luce: ad esempio le misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, ex artt. 282-*bis* e -*ter* c.p.p., e in ambito civilistico gli ordini di protezione contro gli abusi familiari, ex artt. 473-*bis*.69 e 473-*bis*, 70 c.p.c.<sup>90</sup> o la decadenza dalla responsabilità genitoriale.

La prospettiva individualistica è particolarmente marcata nella tutela della famiglia predisposta a livello internazionale dalla CEDU, che all'art. 8 sancisce il diritto al rispetto della vita familiare e all'art. 12 il «diritto di sposarsi e fondare una famiglia», riferendoli direttamente all'individuo, riconosciuto quale soggetto di diritto, anziché al nucleo familiare in sé considerato<sup>91</sup>. Si compie, così, il passaggio definitivo verso il riconoscimento di questi legami familiari, primariamente, come elementi caratterizzanti la modalità di offesa a diritti individuali<sup>92</sup>, in quanto la loro degenerazione rappresenta quell'elemento morboso affliggente l'unità e il solidarismo familiare. Trova, così, adeguata giustificazione anche la duttilità del concetto di famiglia alla luce del dettato costituzionale: «Se ad essa si indirizza un bisogno "naturale" della persona, la ‘famiglia’ allora può assumere tante forme organizzative quanti sono i modi in cui ognuno realizza la propria personalità»<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> A. SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *DFP*, 2002, 2-3, 701: «La famiglia, nella visione costituzionale, è un nucleo di persone che condividono un reciproco impegno di cure e di affetto, di attenzione e di solidarietà, determinato dal costume e dal modo di vivere proprio della società, che acquista rilievo diverso e autonomo rispetto a tutte le altre forme associative presenti nella società, e a cui l'ordine giuridico affida compiti educativi, oltre che di mantenimento, dei propri membri, nonché una funzione socializzante che consenta la realizzazione e la promozione della persona umana».

<sup>89</sup> R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Studi in onore di Luigi Costato. I multiformi profili del pensiero giuridico*, vol. III, Napoli 2014, 79-80. «I diritti sono tutti e solo individuali. Benché sia diffusa una lettura capziosa dell'art. 2 Cost., in cui si vorrebbero riconosciuti i diritti delle formazioni sociali, non va dimenticato che lì sono riconosciuti soltanto i diritti inviolabili “dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”. Le formazioni sociali sono uno strumento per la realizzazione della personalità dell'individuo, ma costituiscono anche l'ambiente in cui – e l'istituzione contro la quale – l'individuo afferma i propri diritti inviolabili».

<sup>90</sup> Sul punto, G. FOTI, *Gli ordini di protezione tra sostanza e processo. La violenza familiare nella riforma Cartabia: il disvelamento della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 3/2022, 585 ss.

<sup>91</sup> L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Quest. giust.*, 2/2019. L'A. indica, inoltre, le principali sentenze interpretative della Corte EDU che hanno concorso a delineare l'ampio ambito di significato della vita familiare: «I giudici di Strasburgo hanno interpretato evolutivamente la nozione di “vita familiare” di cui all'art. 8 Cedu, includendovi, oltre al rapporto di coniugio (28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Regno Unito*, ricc. nn. 9214/80 e altri; 26 marzo 1992, *Beldjoudi c. Francia*, ric. n. 12083/86), la relazione di fatto tra partner di sesso diverso (Sentenze *Marckx c. Belgio*, cit.; Corte Edu, 27 ottobre 1994, *Kroon e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 18535/91; 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ric. n. 16969/90), la relazione tra due persone unite in matrimonio religioso (2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turchia* [GC], ric. n. 3976/05), e, in tempi più recenti, la relazione tra partner dello stesso sesso, sia di fatto (24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04; 7 novembre 2013, *Vallianatos c. Grecia* [GC], ricc. nn. 29381/09 e altri), sia sotto forma di unione civile (14 dicembre 2017, *Orlandi e altri c. Italia*, ricc. nn. 26431/12 e altri)».

<sup>92</sup> Efficace l'espressione di S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 79: «Ciò che interessa al diritto penale non è il dato formale del rapporto parentale o del matrimonio, bensì la protezione della persona e dei beni ad essa riferibili in uno dei contesti in cui è più vulnerabile».

<sup>93</sup> R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit.

Le esigenze di tutela di cui si è individuato il fondamento, però, non autorizzano il legislatore né a comminare pene eccessive per i delitti di violenza domestica, né ad introdurre nuove incriminazioni. Si sottolinea, infatti, l'opportunità di ricostruire molte ipotesi di delitti "contro l'assistenza familiare" come figure qualificate di fattispecie generali, ad esempio, di percosse, lesioni, violenza privata ecc<sup>94</sup>. In giurisprudenza, d'altronde, non mancano precisazioni volte ad assicurare il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale: si pensi, ad esempio, alla sovrapposibilità della fattispecie di maltrattamenti con quella di violenza privata<sup>95</sup> o ai rapporti tra maltrattamenti e violenza sessuale<sup>96</sup> o atti persecutori<sup>97</sup>. Riecheggiano le parole di Franco Bricola: non basta che sia oggetto di tutela penale un bene costituzionalmente rilevante o, meglio, che il legislatore predisponga una serie di fattispecie di reato a tutela di un bene significativo, ma è necessario che «il bene non perda la propria fisionomia costituzionale» in fase di tipizzazione<sup>98</sup>.

In tale ordine di idee, andrebbe considerata anche l'ipotesi di una depenalizzazione dei reati consistenti in mere violazioni di obblighi regolamentati in altre branche dell'ordinamento. Si pensi alla bigamia o alla contrazione del matrimonio fondata su una volontà viziata (558 e 588-bis): l'ordinamento può provvedere semplicemente ad invalidare l'unione illegittimamente formata ai sensi della legge civile, salvo prevedere l'intervento penale ove le modalità di realizzazione del fatto integrino offese alla persona e alla sua libertà individuale. Lo stesso potrebbe valere per gli obblighi di assistenza, normativamente previsti in costanza di determinati rapporti: non potendosi riconoscere come bene giuridico tutelato il mantenimento in vita della famiglia, un intervento penale appare incongruo<sup>99</sup>.

Se si opta, in conclusione, per la conservazione della rilevanza penale dei legami di familiarità, sembra degna di menzione la soluzione realizzata mediante la previsione dell'aggravante comune di

<sup>94</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 219 ss. L'A. sottolinea l'opportunità di un «arretramento semplificativo della tutela penale 'familiare', con la riconduzione di fatti connotati da rilevante disvalore sociale ad ipotesi generali poste, rispettivamente, a tutela della persona, della fede pubblica e del patrimonio».

<sup>95</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 30973, secondo cui «nell'ipotesi in cui la conseguenza dei maltrattamenti sulla vittima sia uno stato di afflizione, di prostrazione oppure di terrore o, comunque, di consistente timore per la propria incolumità e ne rimanga compressa anche la libertà morale della stessa, che, nella sua duplice dimensione di libertà di autodeterminazione e di azione, costituisce il bene giuridico protetto dall'art. 610 c.p., ad onta del dato formale della collocazione delle due norme incriminatrici in titoli differenti del codice penale, coincidono la condotta, l'evento dei due reati e l'offesa: sicché la violenza privata deve ritenersi assorbita nei maltrattamenti, realizzandosi, altrimenti, un inammissibile *bis in idem* sostanziale».

<sup>96</sup> Cass. pen., sez. III, 23/9/2020, n.35700: «Il delitto di maltrattamenti è assorbito da quello di violenza sessuale soltanto quando vi è piena coincidenza tra le condotte, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa, mentre vi è concorso tra i due reati in caso di autonomia anche parziale delle condotte, comprendenti anche atti ripetuti di percosse gratuite e ingiurie non circoscritte alla violenza o alla minaccia strumentale necessaria alla realizzazione della violenza».

<sup>97</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 2022, n. 45400; sez. VI, 31 novembre 2020, n. 37077; sez. VI, 25 giugno 2019, n. 37628.

<sup>98</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 17.

<sup>99</sup> Per S. MOCCIA, *Qualche riflessione sulla tutela penale della famiglia*, cit., 82-83, «In prospettiva di riforma, sarebbe maggiormente conforme ai principi costituzionali del diritto penale una selezione puntuale e precisa degli obblighi penalmente sanzionati. In quest'ottica si potrebbe, anche in linea con quanto proposto nel progetto "Pagliaro", valorizzare l'aspetto materiale della solidarietà familiare (in senso lato), sanzionando le violazioni degli obblighi di assistenza economica, di assistenza fisica ai soggetti in stato di bisogno, le violazioni degli obblighi verso la prole, come ad esempio quello di assicurarne l'istruzione. Soltanto attraverso un vaglio delle condotte penalmente rilevanti, con riflessi materiali sui singoli individui, sarebbe possibile recuperare una maggiore selettività della fattispecie».

cui all'art. 61 co. 1 n. 11 c.p., che attualmente viene assorbita dalle specifiche ipotesi di violenza domestica, ma *de iure condendo* si auspica possa rappresentare l'unica fonte codicistica di rilevanza delle offese ai beni familiari. Tuttavia, anche questa ricostruzione si espone a critiche inerenti all'indeterminatezza dei concetti a cui si rimanda. Se da un lato, infatti, si propone di rinunciare all'elencazione espressa di istituti giuridici individuati (il matrimonio, le unioni civili, la convivenza di fatto) perché insufficiente a contenere la molteplicità delle relazioni affettive che vengono in rilievo, dall'altro si richiede al legislatore di specificare in termini il più possibile chiari e precisi in cosa consistano le relazioni domestiche abusate e quali siano i criteri di individuazione del legame affettivo strumentale allo sviluppo della personalità.

Nella ricerca di un punto di equilibrio tra le esigenze emergenti, si auspica, in conclusione, che il dibattito sul tema prosegua ponendo al centro la persona umana, e non si areni, invece, in un sommario aumento delle pene, che a null'altro serve se non a rappresentare una mera parvenza di impegno delle istituzioni nella lotta a fenomeni di violenza domestica.

# La tutela penale dell'ambiente tra garanzia ed effettività. La legge costituzionale n. 1 del 2022

SERENA UCCI

## ABSTRACT

*The paper offers a quick overview of the current criminal legislation on environmental protection after constitutional law no. 1 of 2022 with which the environment was included among the fundamental principles of the Constitution. Does this reform represent a greater guarantee for the individual in view of an efficient system or does it risk translating into criminalization obligations? Probably more effective protection of the environment could be pursued through subsidiary instruments and criminal law should be used only in cases of serious offenses against the environment.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'eterogenesi dei fini: la costante ricerca di una nozione di ambiente quale oggetto di tutela penale. – 3. L'interpretazione evolutiva del concetto di ambiente in ambito sovranazionale. – 4. Il riconoscimento espresso della tutela dell'ambiente nella Costituzione: la legge n. 1 del 2022 di modifica degli artt. 9 e 41 Cost. – 5. L'*enforcement* di derivazione europea. – 6. Lo stato attuale della legislazione nazionale in materia ambientale. – 7. Il fallimento della politica penale a tutela dell'ambiente. – 8. Verso la prospettiva di una tutela *extra* penale.

1. Il tema dell'ambiente e della sua tutela ha acquisito, nel corso degli anni, un peso specifico sempre più crescente nel dibattito politico e giuridico globale<sup>1</sup> ove l'ambiente si è, man mano, imposto come un bene la cui protezione risulta necessaria non solo in quanto appartenente all'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si manifesta la propria personalità<sup>2</sup>, ma anche come bene fondamentale il cui equilibrio è condizione indispensabile per le presenti e per le future generazioni<sup>3</sup>. Segno anche di un radicale cambiamento dell'approccio culturale nel modo di intendere

<sup>1</sup> Cfr. B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna 1990, 43 ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova 1996, 2 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097 ss.; R. ROTA, *L'ambiente come nuova categoria giuridica* in *La tutela penale dell'ambiente* a cura di P. AMELIO E F. FORTUNA, Torino 2000; L. RAMACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Giur. merito*, Milano, 4/2003, 820 ss.; E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo evolutivo*, Milano 2004; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007; di recente, G.M. PALMIERI, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice Rocco*, Napoli 2019.

<sup>2</sup> In merito alla relazione di interesse del soggetto con gli oggetti sui quali esercita la sua signoria, cfr. S. MOCCIA, *La tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Napoli 1988, 66; W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, 92.

<sup>3</sup> Per un'interessante ricostruzione della tutela dell'ambiente in vista delle generazioni future si vedano A. EPINEY, *Artikel 20a GG*, in H. MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz: GG*, München 2010, 194 ss.; R. SCHOLZ, *Artikel 20a GG*, in T. MAUNZ T.-G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München 2010, 35 ss.; H.

l'ambiente nella moderna società del rischio<sup>4</sup> in cui lo sviluppo industriale, economico e tecnologico fondano la paura di disastri ecologici<sup>5</sup>.

Ma alla presa di coscienza dell'importanza rivestita dalla protezione dell'ambiente come presupposto per la tutela della vita, della salute e dell'incolumità pubblica, non si è accompagnata un altrettanto soddisfacente regolamentazione da un punto di vista normativo<sup>6</sup>.

Come è noto, la legislazione penale in materia si caratterizza per una stratificazione normativa complessa ed a tratti discontinua nonché da una sovrabbondanza di disposizioni incriminatrici, per lo più strutturate su schemi ricorrenti di pericolo astratto e presunto, improntati ad un'eccessiva anticipazione della tutela penale, che denotano una scarsa ortodossia ai dogmi tradizionali<sup>7</sup>. Ciò ha avuto quale risultato la creazione di fattispecie incriminatrici indeterminate e dal contenuto offensivo evanescente<sup>8</sup>.

Invero è proprio la relazione tra ambiente e diritto penale ad essere contrassegnata da profili particolarmente complessi sia sul piano della politica criminale che sul versante teorico<sup>9</sup>, alla costante ricerca di adeguate risposte alle molteplici complessità che reca con sé la "questione ambientale"<sup>10</sup>. Se sul piano politico criminale le radicate istanze sociali di prevenzione e repressione dei disastri ecologici si scontra con la necessità di tutela di ulteriori interessi costituzionalmente garantiti, dal punto di vista teorico la tutela penale dell'ambiente ha impegnato la dottrina penalistica in riflessioni su fondamentali tematiche quali l'esatta identificazione del bene giuridico, l'individuazione dei caratteri offensivi delle condotte punibili – soglia del rischio penalmente rilevante-, la responsabilità penale delle persone giuridiche, la funzione della pena, i rapporti tra diritto penale ed amministrativo<sup>11</sup>.

---

SCHULZE-FIELTIZ, *La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale tedesco*, in D. AMIRANTE (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano 2000, 69 ss.

<sup>4</sup> Sul rapporto tra diritto penale e moderna società del rischio, sia veda, fra tutti U. BECK, *Risikogesellschaft- Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt 1986, *passim*. Si rinvia, inoltre, ai lavori di F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano 2004, 357 ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 55 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 425 ss.; C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1474 ss.

<sup>5</sup> Cfr. L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 2 ss.

<sup>6</sup> Per approfondimenti in merito a linee di politica criminale in materia ambientale si rinvia a P. PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1196, 1147 ss.; già V. HASSEMER, *Umweltschutz durch Strafrecht*, cit. 49.

<sup>7</sup> Aspetti segnalati, tra gli altri, da L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 17; A. MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1997, 673; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «Sanzionatoria»*, Padova 1996, 41 ss.; ID., *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. Quadr. dir. amb.*, n. 2/2015, 34.

<sup>8</sup> L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 19.

<sup>9</sup> In questi termini, L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, in *Legis. pen.*, 06 giugno 2023, 1.

<sup>10</sup> La questione ambientale è emersa soprattutto a seguito del processo di industrializzazione che ha fatto emergere le problematiche dell'inquinamento ambientale, della gestione dei rifiuti. Cfr. sul punto, M. ROTOLO, *Riconoscibilità del precepto ambientale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Torino 2018, 34 ss.

<sup>11</sup> Riflessioni recentemente espresse da L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 1. Invero, la predisposizione di un adeguato sistema di tutela penale capace di sanzionare in maniera severa e proporzionata i più gravi delitti in materia ambientale costituisce

2. Le descritte problematicità sono derivate, in primo luogo, dalla mancanza di un concetto unitario di ambiente quale oggetto meritevole di tutela penale<sup>12</sup>.

Sul piano meramente assiologico per lungo tempo la tutela dell'ambiente è oscillata tra teorie *antropocentriche* e concezioni *ecocentriche*<sup>13</sup>; le prime, volte a qualificare l'ambiente come bene strumentale a protezione di beni finali quali la vita, la salute, la tutela del paesaggio, del patrimonio storico e artistico del paese, che rischiavano, tuttavia, di far perdere all'ambiente la sua connotazione di bene giuridico in senso classico, preesistente alla tutela penale, elevando ad oggetto della tutela mere funzioni amministrative di governo<sup>14</sup>; le concezioni *ecocentriche*, invece, attribuendo un valore intrinseco alla biosfera, hanno da sempre considerato l'ambiente oggetto diretto di tutela penale, però a prescindere dalle conseguenze "riflesse" che i fenomeni di aggressione al bene ambientale potessero provocare sulla persona umana. In altri termini, mentre le *concezioni antropocentriche*, ponendo la persona umana in posizione centrale, finiscono per garantire in via mediata l'ambiente<sup>15</sup>, diversamente le *concezioni ecocentriche* presuppongono che l'ambiente in sé costituisca oggetto della tutela penale, in via diretta<sup>16</sup>.

Vero è che l'alternativa, dal punto di vista assiologico, tra le diverse accezioni di ambiente non è irrilevante rispetto a quello strettamente normativo<sup>17</sup>; l'adesione all'una o all'altra delle descritte

---

uno dei principali e più complessi problemi della modernità con cui, negli ultimi decenni, si è dovuta confrontare la scienza penalistica. A titolo esemplificativo, Cfr. W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modern Strafrecht*, Heidelberg 1996; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2002; G. AMARELLI, *La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento a lungo atteso*, in E. AMATI-N. MAZZACUVA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano 2016.

<sup>12</sup> L'appartenenza a pieno titolo del bene ambiente nel catalogo degli interessi meritevoli di tutela penale è stata da tempo invocata in dottrina. Cfr., tra gli altri, A. FIORELLA, *Ambiente e diritto penale*, in A. ZANGHI, (a cura di), *Protection of environment and penal law*, Bari 1993, 231; E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo evolutivo*, Milano 2004, 461; A. MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, cit., 677; V. PLANTAMURA, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, Bari 2007, 225; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano 2007, 551; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova 1996, 255; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino 2011, 64.

<sup>13</sup> Per un quadro su questa disputa cfr. J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania*, in *Pol. dir.*, 1989, 675, ss.; K. BOSSELMANN, *Die Natur im Umweltrecht. Plädoyer für ein ökologisches Umweltrecht*, in *Natur und Recht* 1987, 1 ss. Si veda anche G. DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Milano 2012, 21 ss.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 36 ss., secondo cui la concezione antropocentrica, riducendo l'ambiente a "poco più di un interesse collettivo ed uno strumento nelle mani, proteggibile soltanto in funzione di ulteriori interessi", non può che comportare l'adozione di un "modello di tutela mediato, avente ad oggetto solo le funzioni amministrative di governo e basato esclusivamente su fattispecie contravvenzionali" di pericolo astratto, sulla cui conformità al principio di offensività ancora si dibatte. Diversamente C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa 2008, 15 ss., il quale sostiene, invece, che l'approccio antropocentrico alla questione della tutela ambientale non debba necessariamente presupporre l'impossibilità di qualificare l'ambiente come bene giuridico dotato di propria individualità.

<sup>15</sup> Sostanzialmente potendosi affermare che poiché l'uomo ha diritto a vivere in un ambiente salubre, l'ambiente deve essere salvaguardato in quanto spazio fisico in cui la persona umana opera.

<sup>16</sup> Tuttavia, parte della dottrina (M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «Sanzionatoria»*, Padova 1996, 41 ss.), ha evidenziato come una prospettiva eccessivamente ecocentrica rischia di sfociare in una sorta di "fondamentalismo ecologista" che reputi punibile qualsiasi alterazione anche minima dello stato dell'ambiente, confondendo tutela dell'ambiente e tutela della natura. Diversamente, L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 36 ss., ha proposto un modello di ecocentrismo "moderato", secondo cui è possibile conciliare la protezione dell'ambiente con lo svolgimento delle attività umane, purché queste ultime tengano conto dell'impatto ambientale nella prospettiva a lungo termine.

<sup>17</sup> Così, D.M. UHLMANN, *Environmental Law, Public Health, and the Values Conundrum*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2014, 237.

impostazioni hanno condizionato, nel tempo, le scelte di politica legislativa di settore sempre più improntate alla tutela di un bene contrassegnato da un'intrinseca complessità strutturale e dal carattere multidimensionale<sup>18</sup>, con tutte le connesse implicazioni in punto di strutturazione delle fattispecie penali.

Ciò è dipeso anche dall'assenza di una espressa definizione di ambiente<sup>19</sup>, la cui rilevanza costituzionale era stata sinora riconosciuta solo in via interpretativa<sup>20</sup>.

Difatti, fino a tempi molto recenti, l'ambiente non era menzionato tra i principi fondamentali della nostra Costituzione, e veniva considerato un valore di rilevanza costituzionale meramente implicita<sup>21</sup> attraverso il richiamo alla tutela del paesaggio, di cui all'art. 9, co. 2, Cost., letto in combinato disposto con l'art. 32 Cost., che tutela la salute, strutturalmente dipendenti con l'art. 2 Cost., nonché con l'art. 117, co. 2, lett. s) Cost., che, in tema di riparto delle competenze, riserva la tutela dell'ambiente alla legislazione esclusiva dello Stato<sup>22</sup>.

Seppur, come è stato osservato, l'attribuzione della tutela dell'ambiente tra le materie di competenza esclusiva dello Stato lasciava trasparire un cauto allontanamento del legislatore costituzionale da una concezione *antropocentrica* a vantaggio di un'apertura verso una visione *ecocentrica*<sup>23</sup>, comunque l'assenza di un'espressa costituzionalizzazione del bene ambiente finiva con il relegare l'interesse ecologico sullo sfondo della tutela di altri beni costituzionali.

Parte della dottrina, invero, attraverso una lettura integrata dei citati richiami costituzionali, aveva identificato la nozione di ambiente nella «*protezione degli insediamenti umani e della qualità della vita e la tutela di esso coinciderebbe con il governo del territorio e con la difesa della salute individuale e collettiva*»<sup>24</sup>; tuttavia essa restava una nozione poliedrica<sup>25</sup> e polisenso<sup>26</sup>, non idonea a superare i problemi teorici o di legittimazione dell'intervento penale

<sup>18</sup> L'ambiente è bene collettivo a titolarità diffusa. L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 23 ss.

<sup>19</sup> G.M. PALMIERI, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice Rocco*, Napoli 2019, 118.

<sup>20</sup> Cfr., fra le altre, Corte cost., sentenza 16 marzo 1990, n. 127; Corte cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 85; Corte cost., sentenza 23 marzo 2018, n. 58.

<sup>21</sup> Sull'implicita rilevanza costituzionale dell'ambiente cfr., tra gli altri, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 167; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 9; di recente, G.M. PALMIERI, *La tutela penale dell'ambiente tra legislazione speciale e riforma del codice Rocco*, cit., 124-130.

<sup>22</sup> Così, A. COLAVECCHIO, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE- A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari 2005, 11.

<sup>23</sup> L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 4.

<sup>24</sup> Cfr. L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 9. Anche i giudici della Corte Cost., con la sentenza del 28 maggio 1987, n. 210, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 1577 ss., con riferimento alle norme di cui agli artt. 2, 9, co. 2, 32 Cost., hanno affermato che «*l'ambiente va salvaguardato come diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività; esso è un bene giuridico*».

<sup>25</sup> Osservano come la nozione di ambiente abbia carattere poliedrico, tra gli altri, L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 13; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente, contributo all'analisi delle norme penali a struttura contravvenzionale*, cit., 9 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1100 ss.

<sup>26</sup> F. GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (diritto penale) (voce)*, in *Enc. dir.*, II, 2008, 1151; ID., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., 110 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 9.

3. Stesso discorso anche in ambito sovranazionale ove l'ambiente non è oggetto immediato di tutela, ma viene in considerazione, indirettamente, quale mezzo per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo, attraverso un'interpretazione evolutiva, da parte dei giudici di Strasburgo, dell'art. 2 CEDU, in tema di tutela del diritto alla vita, nonché dell'art. 8 CEDU in tema di tutela della vita privata e familiare<sup>27</sup>, storico addentellato normativo del diritto (individuale) all'ambiente salubre<sup>28</sup>.

Come osservato<sup>29</sup>, in diverse pronunce la Corte EDU ha inteso l'ambiente quale valore "soggettivamente caratterizzabile" in quanto parte integrante ed inscindibile della sfera individuale e della libertà della persona funzionale al pieno sviluppo dei diritti tutelati dalla CEDU<sup>30</sup> il cui effettivo godimento dipende dalla qualità dell'ambiente in cui l'individuo vive. In tal modo la Corte ha elevato a diritti umani situazioni soggettive connesse a materie non testualmente incluse nella Convenzione, tra cui, per l'appunto, l'ambiente<sup>31</sup>, nell'ambito di quel processo interpretativo che in letteratura prende il nome di *greening* dei diritti umani<sup>32</sup>.

Oltre all'orientamento evolutivo dei giudici di Strasburgo<sup>33</sup>, e di alcune Corti internazionali<sup>34</sup>, e nonostante la grande attenzione alla tematica dell'ambiente in armonia con il quadro che emerge

<sup>27</sup> Cfr. N. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, in *NordJIntLaw*, 2012, 81, 60 ss.; A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea diritti uomo. Tra diritto rispetto della vita privata e diritto alla vita*, in *DirUmDirInt*, 2011, 5.

<sup>28</sup> E MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 25 giugno 2019, 11.

<sup>29</sup> Si rinvia sul punto all'analisi di E. VANNATA, *Il rapporto tra ambiente e salute nel diritto internazionale ed europeo: il caso Ilva e il greening dei diritti umani*, in *Iura and Legal Systems*, n. 2/2020, 76 e 77, ed alla bibliografia ivi citata tra cui M. CASTELLANETA, *L'individuo e la protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 4, 2000, 913-964; A.M. DEL VECCHIO, *Considerazioni sulla tutela dell'ambiente in dimensione internazionale ed in correlazione con la salute umana*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2, 2001, 339-364; S. NEGRI, *Environmental Protection, Sustainable Development and Global Health: Positioning Health in the Post-2015 Development Agenda*, in M. FITZMAURICE, S. MALJEAN-DUBOIS, S. NEGRI (a cura di), *Environmental Protection and Sustainable Development from Rio to Rio+20*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 264-285.

<sup>30</sup> Così in Corte edu, sent., 9 dicembre 1994, *López Ostra v. Spain*, ric. n. 16798/90; Corte edu, sentenza 30 novembre 2004, *Öneryildiz v. Turkey*, ric. n. 48939/99; Corte edu, sent., 9 giugno 2006, *Fadeyeva v. Russia*, ric. n. 55723/00; Corte edu, sentenza 7 Aprile 2009, *Branduse v. Romania*, ric. n. 6586/03.

<sup>31</sup> E MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, cit., 3

<sup>32</sup> A. BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in *Fordham Environmental Law Review*, 18/3, 2006, 471-511; N. SADELEER, *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, in *Nordic Journal of International Law*, 81, 2012, 39-74.

<sup>33</sup> Una approfondita panoramica su tale evoluzione è offerta dallo stesso Consiglio d'Europa in Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Strasburgo 2012, 11 ss. In letteratura si veda N. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, in *NordJIntLaw* 2012, 81, 60 ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli 2011, part. pp. 63ss; A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, a cura di G. CATALDI - A. CALOGIURI - N. NAPOLETANO, Padova 2010, 493. È d'uopo segnalare che in una recente risoluzione, la n. 48/13 dell'8 ottobre 2021 l'Assemblea generale dell'Onu ha riconosciuto per la prima volta, l'ambiente tra i diritti umani quale valore interconnesso con altri diritti fondamentali quali il cibo, l'acqua e la vita stessa. Si tratta di una presa di posizione molto forte in un documento, appunto la risoluzione, di portata storica che si spera abbia dei riflessi positivi sulle politiche ambientali in generale, e non solo dal punto di vista della tutela penale dell'ambiente.

<sup>34</sup> Così, F. COOMANS, *The Ogoni Case before the African Commission on Human and People's Rights*, in *ICLQ*, 2003, 749 ss.; K. APPYAGIEI-ATUA, *Self-Determination vs. State Sovereignty: a Critique of the African Commission's Decision in the Ogoni Case*, in J. CASTELLINO, N. WALSH, *International Law and Indigenous Peoples*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, 303 ss.

dalla politica dell'Unione<sup>35</sup>, in verità non sono molti i Paesi in ambito europeo che contemplano nel proprio scenario costituzionale il diritto all'ambiente. Tra questi sicuramente capofila sono il Portogallo e la Spagna nelle cui Carte Costituzionali – rispettivamente all'art. 45 della Costituzione spagnola<sup>36</sup> e all'art. 66 di quella portoghese<sup>37</sup> – l'ambiente è esplicitamente inserito tra i diritti fondamentali dell'uomo. La Francia, diversamente, seppur non abbia ancora provveduto ad inserire espressamente l'ambiente tra i diritti costituzionali, ha introdotto, nel preambolo del testo costituzionale -in cui il popolo francese proclama solennemente la sua fedeltà ai diritti dell'uomo-, un riferimento alla *Chart de l'environnement* del 2004, che annovera l'ambiente tra i diritti fondamentali dell'individuo.

4. Solo di recente la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, è entrata a far parte dei principi fondamentali di rilevanza costituzionale. Dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare è stata approvata, con la maggioranza dei due terzi dei componenti<sup>38</sup>, la legge costituzionale dell'11 febbraio 2022 n. 1 (pubblicata in Gazzetta ufficiale n. 44 del 22 febbraio 2022), recante “*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*”, vigente dal 9 marzo 2022.

La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente era da più parti, e da tempo, reclamata. Con la citata legge è stato inserito un nuovo terzo comma all'art. 9 Cost. il quale ad oggi prevede che la Repubblica, accanto al paesaggio e al patrimonio storico e artistico della nazione, «*tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*», stabilendo, inoltre, che «*la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali*». Inoltre, è stato modificato l'art. 41 Cost. in materia di esercizio dell'iniziativa economica. Il legislatore costituzionale è intervenuto sul primo comma dell'articolo prevedendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in modo da recare *danno alla salute e all'ambiente*, oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; nel terzo comma, invece, sono stati inclusi i «*fini ambientali*» accanto ai fini sociali verso cui può essere indirizzata e coordinata l'attività economica, pubblica e privata.

Dunque, per la prima volta con la legge cost. n. 1/2022 viene modificata la parte della Costituzione riguardante i principi fondamentali, nonché revisionato uno degli articoli del Titolo III

<sup>35</sup> Cfr. A. DI STASI-A. MARTONE, *La sentenza della Corte di giustizia che condanna l'Italia per la gestione dei rifiuti in Campania nel quadro delle fonti di diritto europeo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, nn. 2-3, 2016, 243-270.

<sup>36</sup> Ai sensi dell'art. 45 della Costituzione spagnola: «*1. Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo. 2. I poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva. 3. Per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato*».

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 66, co. 1, della Costituzione portoghese: «*1. Tutti hanno il diritto ad un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato e hanno il dovere di difenderlo (...)*».

<sup>38</sup> La Camera dei deputati aveva approvato il testo, in prima deliberazione, il 12 ottobre 2021, nel medesimo testo del Senato, che lo ha approvato in seconda deliberazione il 3 novembre 2021, con la maggioranza dei due terzi dei componenti. Infine, la Camera ha approvato definitivamente la proposta di legge, anch'essa con la maggioranza dei due terzi, l'8 febbraio 2022.

dedicato ai rapporti economici, ma viene, altresì, colmata una importante lacuna relativa alla presenza del termine “ambiente” tra i principi cardine della intelaiatura costituzionale.

Seppur non siano state poche le incertezze interpretative sulla recente riforma costituzionale<sup>39</sup>, sia in merito al significato da attribuire all’espressione *future generazioni* rispetto all’attiguo concetto di “sviluppo sostenibile” -non inserito nel testo costituzionale-<sup>40</sup>, sia riguardo al riparto di competenze tra Stato e Regioni sulla tutela della biodiversità, non v’è dubbio che la collocazione costituzionale dell’ambiente tra i principi fondamentali rappresenti un’importante novità e potrebbe rappresentare la base per assegnare una rinnovata centralità all’ambiente -oramai bene giuridico di rilevanza costituzionale espressa- ed oggetto di una più marcata rappresentazione per il futuro legislatore nell’ambito del bilanciamento con altri interessi contrapposti.

Ciò posto ci si è chiesti quale sia il valore della riforma dal punto di vista penalistico sia riguardo la configurabilità del bene ambiente come legittimo oggetto di tutela penale, sia dal punto di vista della previsione di specifici obblighi di incriminazione che potrebbe evocare l’inserimento dell’ambiente in Costituzione.

In merito al primo aspetto parte della dottrina ha sottolineato come le modalità di realizzazione della modifica dell’art. 9 non risultino utili, al contrario confermano, la difficoltà di definire un afferrabile concetto di bene giuridico ambiente, e, di conseguenza, la relativa offesa oggetto di incriminazione<sup>41</sup>. A riguardo il legislatore costituzionale, al fine di proporre una tutela rafforzata, si è limitato ad inserire tra i principi costituzionali il termine ambiente senza darne una puntuale definizione, consegnando all’interprete un concetto di ambiente così ampio -coinvolgente l’intera degli elementi che compongono ogni parte dell’*habitat* degli uomini<sup>42</sup>-, da non risultare utile sul piano della tutela penale<sup>43</sup>. Dall’altro lato, sembra innegabile che la nuova struttura dell’art. 9 Cost. irrobustisca la base costituzionale della dimensione *ecocentrica* di ambiente atteso che la norma di nuovo conio correla l’interesse ambientale con la protezione della biodiversità e degli ecosistemi

<sup>39</sup> Per alcuni rilievi di ordine critico sulla recente riforma costituzionale si vedano, tra i costituzionalisti, i contributi di G. SEVERINI-P. CARPENTIERI, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’art. 9 della Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 22 settembre 2021; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/201, 480; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell’ambiente nella modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022, 209 ss.; C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *costituzionalismi.it*, 149 ss. Critici su una effettiva utilità della riforma riguardo la tutela penale dell’ambiente C. RUGA RIVA, *L’ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, in *Sistema penale*, 16 febbraio 2023, *passim*; G.M. PALMIERI, *La riforma dell’art. 9 Cost.: nessuna novità per la tutela penale dell’ambiente*, in *Diritto pubblico europeo*, 2/2023, 248 ss.

<sup>40</sup> Si rinvia per un approfondimento a L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 7-12; si veda anche D. PORENA, “*Anche nell’interesse delle generazioni future*”. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022, 125 ss.

<sup>41</sup> In questi termini G.M. PALMIERI, *La riforma dell’art. 9 Cost.: nessuna novità per la tutela penale dell’ambiente*, cit., 251.

<sup>42</sup> M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell’ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021, 30 ss.

<sup>43</sup> C. RUGA RIVA, *L’ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, cit., 1 ss.; prima della riforma del 2022, F. BRICOLA, *Carattere ‘sussidiario’ del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano 1984, 115.

prendendo in considerazione l'ambiente nella sua complessità strutturale<sup>44</sup>. Meno rilevanti appaiono, invece, le ricadute penalistiche del nuovo art. 41 Cost. che rappresenta il riconoscimento dell'orientamento interpretativo già ampiamente consolidato nella giurisprudenza costituzionale<sup>45</sup>.

Riguardo alla previsione di specifici obblighi di incriminazione, seppur la questione è stata da tempo risolta in negativo rimanendo nella discrezionalità del legislatore la scelta del se e come punire<sup>46</sup>, vi è chi ha, tuttavia, intravisto nel nuovo art. 9 Cost. una scelta valoriale da parte della Costituzione sul diritto all'ambiente che sembra fugare ogni dubbio circa la carenza di legittimazione del ricorso al diritto penale nel settore della tutela ambientale<sup>47</sup>, sulla scia dei vincoli di penalizzazione derivanti proprio dall'Unione Europea.

5. In ambito europeo, infatti, la tutela dell'ambiente ha, nel tempo, raggiunto un riconoscimento assertivo grazie all'art. 3, par. 3 TUE, da cui si evince che l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile, basato su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente; principio ribadito dall'art. 11 TFUE, ai sensi del quale «*le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile*», e dall'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE a norma del quale «*un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*»<sup>48</sup>. E, difatti, i principali obblighi di criminalizzazione discendono dalla direttiva 2008/99/CE<sup>49</sup> - preceduta dalla decisione quadro della

<sup>44</sup> Ovvero come insieme di ecosistemi connotati da condizioni di equilibrio dinamico tra gli elementi biotici e abiotici che li compongono. In questi termini L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 6-7. L'Autrice ripropone in merito la chiave di lettura di G. AMENDOLA, *L'ambiente in Costituzione. Primi appunti*, in [www.osservatorioagromafie.it](http://www.osservatorioagromafie.it) e M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 306.

<sup>45</sup> Sull'impatto della modifica dell'art. 41 Cost. si rinvia alle riflessioni di L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 12 ss., nonché di C. RUGA RIVA, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, cit., § 3, in cui l'Autore ripercorre, seppur brevemente, l'iter argomentativo di due storiche sentenze della Corte Costituzionale - già citate in nota n. 20- (Corte. cost., sentenza 16 marzo 1990, n. 127 e Corte cost., sentenza 9 maggio 2013, n. 85) in cui era già stato riconosciuta la rilevanza costituzionale del bene ambiente in rapporto all'iniziativa economica ed alla salute.

<sup>46</sup> D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss. Più di recente sul tema si veda C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009.

<sup>47</sup> L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 6.

<sup>48</sup> E. MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 25 giugno 2019, 12.

<sup>49</sup> Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19.11.2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in GUUE del 12 dicembre 2008. Nella vastissima letteratura se veda M. FAURE, *The Implementation of the Environmental Crime Directives in Europe*, in *9th International Conference on Environmental Compliance and Enforcement*, in J. GERARDU - D. GRABIEL - M.R. KOPAROVA - K. MARKOWITZ - D. ZAELKE, Washington, 2011, 360; ID., *The revolution in Environmental Criminal Law in Europe*, in *VirginiaEnvLawJ*, 2017 35, 321; J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, in *NewJEurCrimLaw*, 2011, 402; G.M. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano*, in *Dir. comm. inter.*, 2010, 3, 449.

UE, n. 80/2003 GAI<sup>50</sup> - che ha rimarcato il ruolo centrale del diritto penale nel settore ambientale, considerato lo strumento di elezione privilegiato per la lotta contro forme di criminalità ambientali<sup>51</sup>.

Con tale provvedimento, divenuto «*parametro di riferimento per i futuri interventi dell'unione in ambito penale*»<sup>52</sup>, si sono posti espliciti obblighi di incriminazione in capo ai singoli Stati membri, volti ad ottenere l'introduzione di specifiche ipotesi incriminatrici, anche per le persone giuridiche (artt. 6-7), per condotte dolose «*o quantomeno negligenzi*» (art. 3) pericolose o lesive per gli individui e per l'ambiente nonché la necessità che le sanzioni siano «*efficaci, proporzionate e dissuasive*» (art. 5)<sup>53</sup>.

L'obiettivo perseguito dal legislatore europeo è stato indirizzato ad ottenere una tutela più efficace dell'ambiente<sup>54</sup>, riponendo un particolare affidamento alla capacità dissuasiva della sanzione penale, «*indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori di diritto civile*»<sup>55</sup>.

Tuttavia, l'*enforcement* apprestato dal diritto di derivazione unionale alla tutela in ambito ambientale si è tradotto in un fattore di *overcriminalisation* che ha finito con l'attribuire rilievo primario, se non quasi esclusivo, al diritto penale considerato il maggiore strumento di prevenzione delle offese all'ambiente, in spregio alle istanze sottese dall'*extrema ratio*.

6. Nel nostro ordinamento la disciplina penale a tutela dell'ambiente è stata a lungo caratterizzata da un sistema di incriminazioni di natura contravvenzionale finalizzate a reprimere comportamenti criminosi in assenza di autorizzazione, inosservanza di prescrizioni o superamento di valori soglia<sup>56</sup>, contenute, inizialmente, in una mole farraginoso di normative di settore<sup>57</sup> poi confluite

<sup>50</sup> Decisione quadro della UE, n. 80/2003 GAI, in G.U. dell'Unione Europea del 5 febbraio 2003, sulla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale. Per un approfondimento si rinvia, fra tanti, a V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 911 ss.; ID., *Diritto penale e tutela dell'ambiente: tra responsabilità individuali e degli enti*, Bari 2007.

<sup>51</sup> Tra le varie prese di posizioni dottrinali in ordine alla Direttiva, cfr. E. LO MONTE, *Commento alla Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Codice dell'ambiente*, R. GRECO (a cura di), Roma 2009, 1293 ss.; A. MERLIN, *La tutela penale dell'ambiente nella direttiva 2008/99/CE*, in *Ambiente & sicurezza*, in *Ambiente e sicurezza*, 2009, 86 ss.; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 918 ss.; G. M. VIGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, 458 ss.; M. BENOZZO, *La direttiva sulla tutela penale dell'ambiente tra internazionalità, grave negligenza e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Dir. e giur. agr. alim. amb.*, 2009, n. 5, 301; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa 2009, 232 ss.; A. L. VERGINE, *Nuovi orizzonti del diritto penale ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, 1, 10; ID., *Precetti e sanzioni penali: dalla Direttiva n. 2008/98/CE alla Direttiva 2008/99/CE sui rifiuti. Quali modifiche al codice dell'ambiente?*, (a cura di) F. GIAMPIETRO, Milano 2009, 276 ss.

<sup>52</sup> Così L. SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. pec.*, 2008, 864.

<sup>53</sup> Si rinvia per un approfondimento a E. MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, cit., 2.

<sup>54</sup> A. SATTA, *Disastro ambientale e rifiuti radioattivi. Prevenzione e sanzione. Unione Europea, Italia, Spagna*, 2008, 27 ss.; ID., *Gli obblighi comunitari di tutela penale ambientale alla luce della direttiva 2008/99/CE e del Trattato di Lisbona*, in *Riv. pen.*, 2010, 12, 1222 ss.

<sup>55</sup> Cfr. considerando n. 3 direttiva 2008/99/CE, cit.

<sup>56</sup> Sul tema delle autorizzazioni ambientali nell'ambito della gestione integrata del ciclo dei rifiuti, da ultimo, cfr. A. TORTORA, *Le autorizzazioni ambientali per la gestione dei rifiuti*, Napoli 2014.

<sup>57</sup> Un primo intervento in materia ambientale, con specifico riferimento alla protezione delle acque, si ebbe con la legge del 10 maggio 1976, n. 316, c.d. Legge Merli e con la legge 24 dicembre 1979, n. 650, c.d. Legge Merli bis, a cui sono

nel Testo Unico dell'Ambiente di cui al d.lgs. 6 aprile 2006, n. 152<sup>58</sup>. Tuttavia, nonostante lo sforzo del legislatore dell'epoca di riunire in un unico testo normativo le disposizioni vigenti, la normativa penale a tutela dell'ambiente era inadeguata a fronteggiare i fatti più gravi a danno dell'ecosistema<sup>59</sup>.

Lo stesso può dirsi anche in merito allo stato attuale della legislazione nazionale in materia ambientale a seguito del recepimento della direttiva 2008/99/CE, formalmente avvenuto con il d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121<sup>60</sup> -con cui sono state introdotte due fattispecie contravvenzionali a tutela della flora e della fauna selvatica (art. 727 *bis* c.p.) e degli *habitat* protetti (art. 733 *bis* c.p.)<sup>61</sup>- ma sostanzialmente, poi, completato con la legge n. 68 del 2015<sup>62</sup> che, nonostante non contenga espliciti richiami alle fonti euro unitarie, si collega a quanto richiesto dal diritto unionale. Con tale legge sono stati introdotti, al Titolo VI<sup>bis</sup> del codice penale, una serie di reati a tutela dell'ambiente tra cui l'inquinamento ambientale (art. 452 *bis* c.p.), il disastro ambientale (art. 452 *quater* c.p.), i delitti colposi contro l'ambiente (art. 452 *quinqüies* c.p.), per citarne alcune, nonché di disposizioni relative a circostanze aggravanti, misure in senso lato sanzionatorie e accessorie -tra cui la confisca anche per equivalente, di valori ingiustificati, misure di ripristino dello stato dei luoghi, pene accessorie *ex art.* 32 *quater* c.p. È stata, poi, prevista l'applicabilità della disciplina in materia di responsabilità da reato degli enti che ha comportato la conseguente modifica dell'art. 25 *undecies* del D.lgs. n. 231 del 2001<sup>63</sup>.

Se da un lato con il citato assetto normativo il legislatore sembra aver superato il tradizionale ricorso a fattispecie di natura contravvenzionale di pericolo astratto a favore della configurazione delittuosa (di pericolo concreto e di danno) delle nuove incriminazioni, privilegiando già la prospettiva *ecocentrica* di tutela dell'ambiente e degli ecosistemi<sup>64</sup>, dall'altro, la descritta spinta

---

seguite una serie di interventi in tema di smaltimento di rifiuti industriali (d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 e la legge 9 novembre 1988, n. 475 e successivamente il c.d. Decreto Ronchi, d.lgs. 9 febbraio 1997, n. 22).

<sup>58</sup> Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 recante "Norme in materia di ambiente", in G.U. n. 88 del 14 aprile 2006.

<sup>59</sup> P. PATRONO, *Inquinamento idrico e atmosferico: la disciplina penale dopo il c.d. T.U. ambientale*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it); L. RAMACCI, *Il "disastro ambientale" nella giurisprudenza di legittimità*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, 8-9, 722 ss.

<sup>60</sup> Il decreto recepisce altresì gli obblighi contenuti nella Dir. 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21.10.2009, che modifica la Direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato alle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni. Per un commento si rinvia a A. MANNA, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2011, *passim*.

<sup>61</sup> Optando, dunque, contrariamente alle prescrizioni europee, per una struttura della tutela penale dell'ambiente imperniata su fattispecie contravvenzionali di pericolo astratto. Per ulteriori riflessioni a riguardo si rinvia a C. RUGA RIVA, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); L. SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale*, cit., 863 ss.

<sup>62</sup> Legge 22 maggio 2015, n. 68 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente", pubblicata in G.U. del 28 maggio 2015.

<sup>63</sup> Cfr. L. RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 68/2015*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it), *passim*; C. RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in *Cass. pen.*, 12/2016, 4636, il quale segnala che l'ipotesi prevista all'art. 3 lett. a dir. 2008/99/CE, nel nostro ordinamento, si sdoppia tra due distinte fattispecie, peraltro mal coordinate tra loro (artt. 452-*ter* e 452-*quater* c.p.).

<sup>64</sup> In questo senso L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015 n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2/2015, 203. Negli stessi termini, L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.12.2015, 3. Di diverso avviso in dottrina M. CATENACCI, *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, in *Riv. Quadr. dir. amb.*, n. 2/2015, 34, secondo cui il legislatore, con la riforma

sanzionatoria, che sembra astrattamente collocarsi in armonia con i dettami europei, ha portato all'introduzione di fattispecie penali che si pongono in tensione con una serie di principi costituzionali, tra cui il principio di stretta legalità, tassatività/determinatezza (art. 25, co. 2, Cost.), offensività (artt. 13, 25, co. 2, 27, co. 3, Cost.), colpevolezza (art. 27, co. 1, Cost.), imputabile ad un difetto di tecnica legislativa a tratti lacunosa che ha reso ineffettiva la percepibilità del precetto da parte dei consociati<sup>65</sup> e frustrato, di conseguenza, la funzione della pena in termini di integrazione sociale<sup>66</sup>.

7. Invero è un dato di fatto che le linee dei più recenti interventi in materia di tutela penale dell'ambiente non hanno, in sostanza, assicurato una più efficiente protezione delle risorse ecologiche<sup>67</sup>. Il fallimento della politica penale in materia ambientale è dipeso, in primo luogo, dall'adozione di schemi di incriminazione propri del diritto penale del rischio<sup>68</sup>, che hanno ridotto i connotati offensivi delle fattispecie ambientali a mere presunzioni di pericolo sbiadite nel formalismo sanzionatorio puro<sup>69</sup>.

L'attuale normativa a tutela dell'ambiente non tiene in debito conto gli *standard* di garanzia tipici del diritto penale del fatto ponendosi in evidente frizione con il principio della riserva di legge dovuta, essenzialmente, alla definizione della fattispecie tipica *per relationem* mediante rinvii a norme ulteriori di natura amministrativa, causa di un impoverimento del precetto sotto il profilo del disvalore materiale d'evento<sup>70</sup>. Ciò ha posto grandi difficoltà riguardo l'accertamento del nesso di causalità che si riverbera, inevitabilmente, anche sul piano della colpevolezza soprattutto in punto di conoscibilità del precetto<sup>71</sup> con conseguente messa in crisi del principio di personalità della responsabilità, tratto distintivo e fondante l'intero ambito del diritto penale<sup>72</sup>. Tutto ciò, unito alla convinzione che il ricorso alla sanzione penale sia la strada principale per assicurare un'adeguata

---

attuata con la l. 68 del 2015 ha aderito all'opzione antropocentrica. Dello stesso avviso è anche R. BLOY, *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, in *ZstW* 100 (1988), 485 ss. L'Autore osserva come il nuovo sottosistema introdotto dalla legge n. 68 del 2015 assuma quale evento offensivo 'minimo' il pregiudizio (potenziale o effettivo) per le risorse ambientali, e 'cresce' poi, in termini sanzionatori, via via che quel pregiudizio si trasforma in offesa diretta all'Uomo e alle condizioni fondamentali per la sua esistenza, così distanziandosi nettamente dalla filosofia ecocentrica e da quel 'fondamentalismo ecologista' che a quest'ultima si imputa di voler in qualche modo legittimare.

<sup>65</sup> Sulla riconoscibilità del precetto cfr. A. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto ambientale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 150 ss.

<sup>66</sup> Sulla funzione della pena come integrazione sociale, Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 2006, 83 ss.

<sup>67</sup> Di questo avviso, M. CATENACCI, *I delitti contro l'ambiente fra aspettative e realtà*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1074; G. AMARELLI, *La riforma dei reati ambientali: luci ed ombre di un intervento a lungo atteso*, cit., 4.

<sup>68</sup> M. CATENACCI, *L'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale. Una riforma con poche luci e molte ombre*, cit., 38.

<sup>69</sup> Cfr. M. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto ambientale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 154.

<sup>70</sup> *Ibidem*, 155.

<sup>71</sup> *Ib.*

<sup>72</sup> Cfr. G. FORTI, *Tutela ambientale e legalità: prospettive giuridiche e socio-culturali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1358.

protezione all'ambiente, ha generato un sistema intriso di fattispecie eccessive strutturate su una estrema anticipazione della tutela che sono ben lontane dal volto costituzionale dell'illecito penale<sup>73</sup>.

Forse l'*enforcement* suggerito dal diritto europeo si sarebbe dovuto tradurre nell'adozione di rimedi individuati non solo nella funzione deterrente della sanzione penale che, al contrario, non necessariamente è significativa di una maggior tutela<sup>74</sup> soprattutto in assenza di un altrettanto concreto controllo delle condotte prodromiche alla realizzazione delle offese più gravi<sup>75</sup>. Se, poi, si considera che l'intervento di riforma del 2015 non è stato accompagnato da una complessiva riorganizzazione e razionalizzazione del diritto penale dell'ambiente, rappresentando, dunque, ulteriore espressione di quelle recenti tendenze del legislatore volte a colmare i bisogni emotivi di pena dei consociati<sup>76</sup> -ponendosi sulla scia di interventi riformatori di natura emergenziale<sup>77</sup>-, non si può che ritenere l'intero impianto normativo fallace. Invero, oltre a confrontarci con dati statistici che segnalano un aumento degli illeciti in materia ambientale<sup>78</sup>, siamo di fronte ad un sistema inefficiente ed inefficace, nonché antitetico rispetto alle moderne prospettive di politica resiliente che attualmente rappresentano una rinnovata occasione per una corretta *governance* dello sviluppo sostenibile.

8. Sicuramente il riconoscimento espresso di un "*diritto all'ambiente*" all'art. 9 Cost. sembra aver fugato ogni dubbio circa la rilevanza costituzionale del bene ambiente<sup>79</sup> che, lungi dal tradursi, sulla scia dell'emotività, in un incremento della domanda di soluzioni penalistiche<sup>80</sup>, dovrebbe suggerire un'approfondita riflessione su più adeguati strumenti di tutela nonché su un maggior impegno politico e legislativo finalizzato all'adozione, in coerenza con le istanze sottese all'*extrema ratio*, di concrete *policy* volte alla disincentivazione all'uso massiccio e poco accorto degli strumenti penalistici, riservando l'attivazione dell'intervento penale alle sole offese particolarmente gravi al bene ambiente.

Ciò non significa che il diritto penale debba inevitabilmente arretrare rispetto al rischio ecologico; ma è auspicabile ipotizzare, come già in passato osservato<sup>81</sup>, un modello di tutela penale responsabile che non ceda di fronte al rispetto dei presidi posti a garanzia della libertà individuale sanciti in Costituzione, onde scongiurare il rischio di trasmutazione dello stesso diritto penale dell'ambiente in un diritto meramente simbolico ed esclusivamente preventivo. Una legislazione

<sup>73</sup> Sul volto costituzionale dell'illecito penale cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto it.*, vol. XIX, 1973, *passim*.

<sup>74</sup> Per significativi rilievi critici in argomento si rinvia M. FAURE, *European Environmental Criminal Law: Do we really need it?*, in *Eur. Env'tl. L. Rev.*, 2004, 18 ss.

<sup>75</sup> Cfr., M. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto ambientale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, cit., 44.

<sup>76</sup> Per approfondite riflessioni in merito alla natura simbolica dell'intervento normativo operato dal legislatore con la legge n. 68 del 2015 si veda A. MANNA, *La legge sui c.d. eco-reati: riflessioni critiche di carattere introduttivo*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale e speciale, Riforme 2008-2015*, Torino 2015, 971 ss.

<sup>77</sup> Per un esaustivo quadro d'insieme della legislazione d'emergenza, cfr., *ex multis*, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1997.

<sup>78</sup> E MAZZANTI, *La protezione penale dell'ambiente come diritto umano. Inquadramento e rilievi critici*, cit., 10.

<sup>79</sup> Testualmente L. SIRACUSA, *Ambiente e diritto penale: brevi riflessioni fra le modifiche agli artt. 9 e 41 Cost. e le prospettive di riforma in ambito internazionale*, cit., 5.

<sup>80</sup> Cfr. C. RUGA RIVA, *L'ambiente in Costituzione. Cambia qualcosa per il penalista?*, cit., p. 10.

<sup>81</sup> Già L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 41.

penale in materia ambientale che riesca a coniugare l'osservanza delle garanzie per il singolo e l'effettività del sistema<sup>82</sup>, evitando, al contempo, il ricorso aprioristico alla sanzione penale spesso intesa in termini meramente afflittivi.

In questo senso il diritto penale non dovrebbe essere inteso come modello di *enforcement* di strategie preventive, che, al contrario, dovrebbero essere seriamente perseguite sia attraverso la scelta di adeguati modelli di incriminazione che non anticipino oltre misura la soglia dell'intervento penale -e che, al contempo, evitino una tutela tardiva senza eccessivo sacrificio di altri interessi giuridicamente e socialmente rilevanti<sup>83</sup>; sia attraverso un'opera di razionalizzazione della mole di fattispecie incriminatrici esistenti che sono carenti in ordine alla descrizione della condotta, dell'offesa, dell'oggetto della tutela, e che si caratterizzano per la natura sanzionatoria del precetto, così restituendo serietà all'attuale legislazione penale in materia ambientale.

Tuttavia, come già osservato, non sembra che sia questa la direzione verso cui si stia orientando la politica criminale di settore<sup>84</sup> atteso che è attualmente in corso, presso le istituzioni europee, l'*iter* di approvazione di una nuova direttiva sulla tutela penale dell'ambiente<sup>85</sup>, destinata a sostituire quella dell'attualmente vigente (2008/99/CE), e che prevede, tra le altre cose, l'introduzione di nuove fattispecie delittuose carenti sotto il profilo della tipizzazione delle offese nonché l'innalzamento dei regimi sanzionatori per quelle già esistenti<sup>86</sup>.

A quanto pare la prospettiva di un ampliamento delle strategie di protezione del bene ambientale unito all'auspicio verso un uso sussidiario del diritto penale<sup>87</sup> che suggerisce l'abbandono di tecniche di incriminazione irrispettose dei principi posti a garanzia della libertà individuale (riserva di legge/determinatezza/legalità, offensività, personalità della responsabilità penale)<sup>88</sup>, sembra ancora "un'utopia irrealizzabile o relegata alla dimensione del mito"<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> Sui rapporti tra garanzia per il singolo ed effettività del sistema cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1 ss. con preciso riferimento al diritto penale ambientale, E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, cit., 148 ss.; ID., *Ecomafia: Il controllo penale tra simbolicità ed ineffettività*, in V. PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Torino 2003, 235 ss.

<sup>83</sup> L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 41.

<sup>84</sup> In questi termini G.M. PALMIERI, *La riforma dell'art. 9 Cost.: nessuna novità per la tutela penale dell'ambiente*, cit., 263.

<sup>85</sup> *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva 2008/99 CE*, Bruxelles, 15.12.2021.

<sup>86</sup> Per un approfondimento si rinvia a L. SIRACUSA, *Novità normative dall'Unione europea in materia di tutela penale dell'ambiente*, in *Giustiziainsieme.it*, 10.01.2023, p. 1 ss.

<sup>87</sup> In tema di sussidiarietà cfr. A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443 ss.; F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., 101 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis e G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Atti del convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova 1984, 3 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1475 ss.; L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, 44 ss.; C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, *passim*; C. ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, in *Radius*, 1966, III, 37.

<sup>88</sup> Sull'importanza del rispetto dei presidi di garanzia cfr., per tutti, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni, tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.

<sup>89</sup> L'espressione è di L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, cit., 7, in riferimento ad un non utopistico raggiungimento di un punto di equilibrio tra ambiente e sviluppo industriale ed economico.

# La nuova dimensione dell'impugnazione per i soli interessi civili

GIANFEDERICO CECANESE

## ABSTRACT

*With the precise objective of making the criminal process more efficient, the legislator, with the so-called Cartabia reform has had a significant impact on appeals for civil interests only.*

In particular, the reform has remodeled the concrete possibility of protecting civil interests in criminal proceedings by providing, on the one hand, greater rigor in the moment in which the injured party decides to exercise civil action in criminal proceedings and, on the other, broadening the hypothesis of escape necessary with continuation of the judgment in civil proceedings in the event that there is an appeal for civil interests only (art. 573, paragraph 1 bis, c.p.p.) or criminal action cannot be proceeded due to the expiry of the terms in judgments of appeal.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura del giudizio di rinvio in prosecuzione. – 3. La mancanza di una disciplina transitoria e l'intervento nomofilattico delle Sezioni unite. – 4. Conclusioni.

1. Con il preciso obiettivo di rendere il processo penale più efficiente il legislatore, con la c.d. riforma Cartabia, ha inciso, in maniera rilevante, in materia di impugnazioni per i soli interessi civili<sup>1</sup>.

In particolare, la riforma ha rimodulato la concreta possibilità di tutela degli interessi civili nel processo penale prevedendo, da un lato, maggior rigore nel momento in cui il danneggiato decide di esercitare l'azione civile nel processo penale<sup>2</sup> e, dall'altro, ampliando le ipotesi di fuoriuscita necessaria con prosecuzione del giudizio in sede civile nel caso in cui ci sia un'impugnazione per i soli interessi civili (art. 573 co.1 bis, c.p.p.) o sia improcedibile l'azione penale per decorso dei termini nei giudizi di impugnazione<sup>3</sup>.

Come si può notare la riforma ha deviato la logica per cui una volta esercitata l'azione civile nel processo penale la pronuncia sulla pretesa risarcitoria debba avvenire nella medesima sede<sup>4</sup>.

Si è, invero, voluto delineare una soluzione di “compromesso”, politico e tecnico, tra le opposte esigenze in campo, vale a dire, da un lato, quella di tutelare la presunzione di innocenza dell'imputato dopo la formazione del giudicato sui capi penali e, dall'altro, l'esigenza di agevolare la tutela della

---

<sup>1</sup> M. BONTEMPELLI, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni, penali per i soli interessi civili*, in *Sist. pen.*, 2003, n. 5, 4.

<sup>2</sup> Al riguardo, V. VASTA, *Giudizi di rinvio al giudice civile per il risarcimento del danno da reato*, in *Cass. pen.*, 2023, 3462.

<sup>3</sup> E. AMODIO, *Gli enti collettivi con la maschera della parte civile verso l'abbandono di una funzione?*, in *Cass. pen.*, 2021, 1464; G. SPANGHER, *Azione civile e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2021, 510.

<sup>4</sup> Per una completa ricostruzione degli sviluppi dell'azione civile esercitata nel processo penale si vedano le osservazioni di R. BRICCHETTI, *Impugnazione per i soli interessi civili: il nuovo comma 1 bis dell'art. 573 c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 2023, n. 3, 4.

parte civile, dalla quale non sarebbe ragionevole pretendere (dopo il giudicato penale) il nuovo esercizio dell'azione risarcitoria davanti al giudice civile<sup>5</sup>.

Infatti, il “compromesso” messo a punto dal legislatore, basato sul trasferimento dell'azione di danno dal giudizio di impugnazione penale a quello civile, dovrebbe ridurre il numero dei processi trattati in sede penale, con la possibilità di risparmiare risorse giudiziarie da destinare al lavoro per le impugnazioni penali in modo da innalzare il livello qualitativo dell'organo di controllo<sup>6</sup>.

Eppure, il legislatore del 1988, nel regolare l'azione civile per il risarcimento del danno *ex delicto*, ha dato origine al regime delle giurisdizioni parallele<sup>7</sup> in virtù del quale il danneggiato da reato può esercitare o trasferire l'azione civile nel processo penale prima della sentenza di merito (art. 75 co. 1 c.p.p.) in modo che la stessa sia decisa contestualmente all'accertamento del reato e secondo le regole e le forme del processo penale (art. 74 c.p.p.)<sup>8</sup> – con possibili vantaggi in termini di costi e tempistiche<sup>9</sup> - ovvero esperire l'azione nella sede propria con autonoma prosecuzione del giudizio (art. 75 co. 2 c.p.p.)<sup>10</sup>.

In sostanza, sebbene sia possibile scorgere in tale assetto il *favor separationis*, tra azione civile e processo penale<sup>11</sup> rimane, comunque, affidata al danneggiato la valutazione concreta circa la sede più appropriata per far valere la sua pretesa risarcitoria<sup>12</sup>.

L'autonomia dell'azione di danno esercitata in sede civile rispetto alla vicenda penale si salda alla peculiare accessorietà della stessa esercitata in sede penale dove l'affermazione del diritto alle restituzioni e al risarcimento risulta, comunque, subordinata alla pronuncia di una sentenza di condanna<sup>13</sup> *ex art. 538 c.p.p.*<sup>14</sup>.

<sup>5</sup> Cfr., *Relazione illustrativa del D.Lgs. n. 150/2022*, in *Sist. pen.*, 2022, 163. In tema, v. le osservazioni di M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sist. pen.*, 2022, 75.

<sup>6</sup> Nel senso che il processo penale dovrebbe ispirarsi ad un criterio di efficienza cognitiva, v., O. MAZZA, *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino 2020, 62.

<sup>7</sup> L'espressione è di E. AMODIO, *Gli enti collettivi con la maschera della parte civile verso l'abbandono di una funzione?*, cit., 1463.

<sup>8</sup> Diversamente ed in maniera antitetica, invece, il codice di procedura penale del 1930 privilegiava la trattazione anche delle questioni civili da parte del giudice penale, come misura preventiva diretta ad impedire il conflitto di giudicato. G. LEONE, *Azione civile nel processo penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 833. Per una ricostruzione della disciplina previgente AMODIO, *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO - O. DOMINIONI, I, Milano 1989, 433.

<sup>9</sup> Così P. TONINI – G. PECCHIOLI, *Roma locuta est.: le Sezioni unite mettono il punto sul rinvio ai soli effetti civili*, in *Dir. proc. pen.*, 2021, 1431.

<sup>10</sup> Con l'eccezione delle ipotesi di sospensione del giudizio civile previste dall'art. 75, comma 3, c.p.p. Sull'autonomia dell'azione civile in sede penale, cfr., A. CHILIBERTI, *L'azione civile nel processo penale*, Milano 2017, 230.

<sup>11</sup> Il principio è stato messo in luce da Corte cost., sent. 12/2016, in *Giur. cost.*, 2016, 77, con nota di M. DANIELE, *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato e soddisfazione della pretesa civilistica*.

<sup>12</sup> BARONE, *Legittimazione e ruolo della parte civile, in le nuove disposizioni sul processo penale: atti del convegno di Perugia, 14/15 aprile 1988*, a cura di A. GAITO, Padova 1989, 237.

<sup>13</sup> In argomento, v. A. CHILIBERTI, *L'azione civile nel processo penale*, cit., 380.

<sup>14</sup> L'ambito di applicazione dell'art. 538 c.p.p. è stato esteso, però, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di proscioglimento per la particolare tenuità del fatto decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno proposta dalla parte civile. In tal senso Corte cost., sent. 173/2022, in *Giur. cost.*, 2022, p. 1943, con nota di A. CIAVOLA, *La ricerca dell'efficienza del sistema giudiziario spinge la Corte costituzionale a dare maggiore centralità all'azione civile nel processo penale per ragioni di economia processuale*.

Secondo il *dictum* di quest'ultima norma non è possibile scindere l'accertamento della responsabilità civile da quello inerente la responsabilità penale poiché solo quando il giudice penale pronuncia una sentenza di condanna può decidere sulla domanda per le restituzioni o per il risarcimento del danno: invece, in caso di sentenza di proscioglimento al giudice penale è preclusa la possibilità di riconoscere la responsabilità civile<sup>15</sup>.

Nel giudizio di impugnazione la regola contenuta nell'art. 538 c.p.p. viene, tuttavia, derogata dalla previsione normativa contenuta nell'art. 576 c.p.p. che conferisce alla parte civile il diritto di impugnare – ai soli effetti della responsabilità civile – la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio da quella contenuta nell'art. 578 c.p.p. che impone al giudice dell'impugnazione proposta contro una sentenza di condanna di pronunciarsi sull'azione civile anche se è sopravvenuta l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione o amnistia.

Con l'introduzione dell'art. 573 co. 1 *bis*, c.p.p., si è precisato che, quando non sia più in discussione la responsabilità penale e l'impugnazione non sia inammissibile, l'azione civile sia trasferita in sede civile, poiché il giudice dell'impugnazione "rinvia per la prosecuzione", rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale nonché quelle formate nel giudizio civile<sup>16</sup>.

Dunque, la nuova previsione normativa, pur non comportando l'abrogazione della preesistente disciplina relativa alla decisione del giudice penale sulle impugnazioni relative all'azione civile (artt. 576 e 578 c.p.p.), di fatto, interferisce con l'ambito di applicazione di questa con particolari effetti che meritano di essere "scandagliati"<sup>17</sup>.

Infatti, nel giudizio di impugnazione penale ai soli effetti civili l'accertamento della responsabilità civile non è inscindibile da quello inerente la responsabilità penale<sup>18</sup> cui il giudice deve procedere indipendentemente dall'efficacia extrapenale della sentenza di proscioglimento impugnata poiché l'art. 576 c.p.p. non distingue tra le formule di proscioglimento che ammettono l'impugnazione: in altre parole, la norma legittima la parte civile ad impugnare la decisione che abbia rigettato le conclusioni, indipendentemente dall'efficacia che quella decisione possa avere nel giudizio civile<sup>19</sup>.

Sicché l'art. 576 c.p.p. deroga all'art. 538 c.p.p. perché ammette il riconoscimento della responsabilità civile benché non possa essere pronunciata condanna ai fini penali.

Il sopravvenuto art. 573 co. 1 *bis*, c.p.p., quindi, è destinato a convivere con l'art. 576 c.p.p. pur modificando, in qualche misura, le prospettive di decisione del giudice dell'impugnazione perché, quando ad impugnare sia solo la parte civile e la sua impugnazione non sia inammissibile (ovvero non abbia ad oggetto la violazione di regole processuali), il giudizio deve essere rinviato per la prosecuzione e la conseguente decisione, rispettivamente al giudice d'appello o alla sezione civile

<sup>15</sup> In tal senso A. NAPPI, *Nuove prospettive per la decisione sull'azione civile*, in *Cass. pen.*, 2023, 3532.

<sup>16</sup> R. BRICCHETTI, *Impugnazione per i soli interessi civili: il nuovo comma 1 bis dell'art. 573 c.p.p.*, cit., 5.

<sup>17</sup> A. NAPPI, *Nuove prospettive per la decisione sull'azione civile*, cit., 3533.

<sup>18</sup> Il tema è stato ampiamente approfondito da Corte cost., sent. 182/2021, in *Giur. cost.*, 2021, 1736, con nota di P. FERRUA, *La Corte costituzionale detta le regole per l'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato* e n. 176/2019, in *Giur. cost.*, 2019, 2059, con nota di BARGIS, *L'impugnazione della parte civile ex art. 576 c.p.p., rientra sotto la lente della Corte costituzionale*.

<sup>19</sup> Cfr., *Cass. pen.*, sez. un., 28 marzo 2019, Massaria, in *CED n. 275953*.

competente: l'art. 573 co. 1 *bis*, c.p.p. non è, dunque, applicabile quando ad impugnare siano anche il pubblico ministero o l'imputato ma, esclusivamente, quando sia la sola parte civile o l'imputato ai soli fini civili (art. 574 co. 1 c.p.p.) a proporre impugnazione, perché è solo quando non sia più in discussione la responsabilità penale che l'azione civile viene trasferita nella sua sede propria, con la conseguente applicazione delle norme del processo civile.

A questo punto rimane da stabilire se, essendo impugnato anche dal pubblico ministero il proscioglimento oltre alla parte civile, il giudice possa riconoscere la responsabilità civile dell'imputato prosciolto anche quando rigetti l'impugnazione del pubblico ministero, posto che in questo caso, l'art. 573 co. 1 *bis* c.p.p., non è applicabile.

In passato la Corte costituzionale ha chiarito che il giudice penale è legittimato a pronunciarsi *ex art. 576 c.p.p.* sull'azione civile solo se accerti, incidentalmente, la responsabilità penale<sup>20</sup>.

Sarebbe, invece, auspicabile che sia riconosciuta la legittimazione del giudice dell'impugnazione penale a pronunciarsi sull'impugnazione proposta dalla parte civile anche quando, rigettando l'impugnazione proposta dal pubblico ministero, esclude la responsabilità penale.

Ed è prevedibile che, ove non sarà questo l'approdo dell'interpretazione giurisprudenziale, si renderà necessario un nuovo intervento della Corte costituzionale, perché la sorte della pur ammissibile impugnazione civile, non può dipendere dall'esistenza o dall'ammissibilità dell'impugnazione del pubblico ministero.

Sicché la regola sottesa all'art. 538 c.p.p. rimane applicabile nei giudizi di impugnazione solo quando il giudice, accogliendo l'impugnazione proposta dall'imputato contro una sentenza di condanna, esclude la responsabilità penale per ragioni diverse da quelle previste dall'art. 578 c.p.p.

2. Come è, ormai, noto, la norma contenuta nell'art. 622 c.p.p. prevede che la Corte di cassazione possa disporre l'annullamento con rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello non solo quando l'annullamento interessi soltanto le disposizioni o i capi della sentenza riguardanti l'azione civile, ma anche quando accolga il ricorso proposto agli effetti civili contro una sentenza di proscioglimento.

E questa norma che presuppone la possibilità di una pronuncia d'appello sulla sola domanda civile, non può essere considerata solo un *lapsus normativo* sul presupposto che le sentenze di proscioglimento siano impugnabili dalla parte civile solo quando ne subirebbe effetti extrapenali sfavorevoli<sup>21</sup>.

L'art. 622 c.p.p. prevede, dunque, un'ulteriore radicale separazione del giudizio civile da quello penale per cui la decisione sull'azione civile avviene non solo sulla base del suo proprio *standard* probatorio, ma anche in conformità alle norme del codice di procedura penale.

Se con l'art. 578 c.p.p. l'accertamento della responsabilità civile è pur sempre regolato dalle norme del codice di procedura penale, benché in conformità ai criteri di decisione e allo *standard* probatorio proprio del giudizio civile, con l'art. 622 c.p.p. (così come con l'art. 573, co. 1 *bis*, c.p.p.) anche il rito dell'accertamento sarà quello civile.

---

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 182/2021, cit., 1737 e n. 176/2019, cit., 2040.

<sup>21</sup> In tal senso si è espresso CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2020, 432.

Piuttosto il dato controverso coinvolge gli effetti della sentenza di annullamento *ex art. 622 c.p.p.* ed in particolare se essa è vincolante nel giudizio civile di rinvio come afferma la giurisprudenza penale<sup>22</sup> ovvero non ne abbia così come statuito da quella civile<sup>23</sup>.

Quello che rileva è che il processo civile, dopo il rinvio, non è un processo che può ignorare quanto accaduto nel processo penale, quindi, un processo che riparta, sostanzialmente, da zero<sup>24</sup>.

La parte interessata ad attivare la riassunzione dopo il rinvio deve proporre un atto di citazione con il quale ha la possibilità di ampliare (ma non mutare) la propria impostazione in ragione di quanto previsto dall'art. 2043 c.c. rispetto al diffuso sostanziale automatismo del richiamo all'art. 185 c.p.<sup>25</sup>.

Oltre al materiale probatorio già acquisito la parte intervenuta alla riassunzione può (così, di fatto, integrando la domanda proposta *ex artt. 74 e ss. c.p.p.*) allegare fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno diversi da quelli che integravano la fattispecie di reato in ordine al quale si è svolto il processo penale<sup>26</sup>.

In altre parole, la prosecuzione del giudizio civile – disposta dal giudice dell'impugnazione penale – si pone come un effetto del rinvio che, però, esclude la possibilità di portare alla decisione del giudice civile una domanda inedita rispetto a quella originariamente proposta in sede penale in quanto formulata in termini diversi dalla riassunzione<sup>27</sup>.

Il rinvio, però, non può rappresentare una mera prosecuzione dell'impugnazione penale, poiché obiettivamente diversa è la struttura del giudizio celebrato dal giudice civile a fronte del quale è avvenuto il trasferimento della competenza funzionale: insomma, non muta solo il processo, ma cambia anche il giudice.

Il giudice civile, dal canto suo, non avrà alcun vincolo né sull'*an*, né sul *quantum* della stessa azione<sup>28</sup>.

Innegabili sono, però, gli svantaggi per la parte civile che vede allungare i tempi per soddisfare la propria pretesa<sup>29</sup> e l'impossibilità, correlata, di “*lucrare*” le maggiori garanzie del processo penale, nonché i relativi esiti favorevoli, alimentandosi il rischio di una dispersione di attività giurisdizionale con dispendio di energie e spese legali<sup>30</sup>.

3. La mutazione del giudice e del giudizio ha rappresentato il tema principale attorno al quale dottrina e giurisprudenza si sono divise in relazione alla possibilità – in assenza di una disciplina transitoria – di applicare l'art. 573 co. 1 *bis*, c.p.p., a tutte le impugnazioni per i soli interessi civili

<sup>22</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 2019, Borsi, in *CED n. 275266*.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, Cosimi, in *CED n. 654290*.

<sup>24</sup> In tal senso, G. VARRASO, *Le impugnazioni agli effetti civili dopo la riforma Cartabia: la nuova accessorialità dell'azione risarcitoria da reato*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 269.

<sup>25</sup> A tal riguardo v., CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio di appello (ex d. lgs. 150/2022)*, in *Giust. ins.*, 2023, 3.

<sup>26</sup> Così Cass. pen., sez. un., 28 gennaio 2021, Cremonini, in *Cass. pen.*, 2021, 2703, con nota di DAMOSSO, *Rinnovazione e rinvio di soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali*.

<sup>27</sup> C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio di appello (ex d. lgs. 150/2022)*, cit., 5.

<sup>28</sup> In tal senso, M. BONTEMPELLI, *Verso una trattazione efficiente delle impugnazioni penali per i soli interessi civili*, cit., 2.

<sup>29</sup> Cfr. G. VARRASO, *Le impugnazioni agli effetti civili dopo la riforma Cartabia: la nuova accessorialità dell'azione risarcitoria da reato*, cit., 267.

<sup>30</sup> Così P. FERRUA, *La Corte costituzionale detta le regole per l'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato*, cit., 3448.

pendenti alla data di entrata in vigore della nuova disposizione normativa (30.12.2022)<sup>31</sup> ovvero se il principio *tempus regit actum* ne imponga un'operatività differita<sup>32</sup>.

Il richiamo al canone generale, tuttavia, non sempre vale a dirimere, in modo univoco, le complesse questioni connesse al fenomeno della successione di leggi processuali.

In primo luogo perché esso implica l'accordo sulla individuazione dell'*actus* di riferimento sulla base del quale definire la disciplina applicabile; in secondo luogo, perché la sua concreta operatività impone una diversa modulazione in ragione della variegata tipologia di atti processuali.

Sul punto il pensiero critico differisce tra chi ritiene che il concetto di *actus* debba essere rappresentato dallo stesso grado di atomizzazione che presentano le concrete e specifiche vicende disciplinate dalla norma processuale coinvolta nella successione<sup>33</sup> e chi, invece, mettendo in risalto la distinzione tra atti processuali a carattere istantaneo e non istantaneo<sup>34</sup>, rileva la necessità di tenere in considerazione le dimensioni temporali dell'atto al fine di modulare correttamente il parametro intertemporale<sup>35</sup>.

Non solo: anche in tema di impugnazioni e con peculiare riferimento all'art. 573, co. 1 *bis*, c.p.p. il pensiero critico si è diversificato tra chi ha ritenuto applicabile tale disposizione a tutti i giudizi di impugnazione non ancora decisi alla data di entrata in vigore della riforma<sup>36</sup> e chi<sup>37</sup>, invece, ha rilevato che quando viene in gioco il regime delle impugnazioni si deve avere riguardo (secondo il disposto dell'art. 11 delle preleggi) non alla disciplina vigente al momento della loro presentazione, ma a quella in essere all'atto della pronuncia della sentenza, posto che è in rapporto a quest'ultimo *actus* e al *tempus* del suo perfezionamento che vanno valutati la facoltà di impugnazione, la sua estensione, i modi ed i termini per esercitarla<sup>38</sup>.

Anche nella giurisprudenza di legittimità si sono osservate oscillazioni interpretative tra quell'orientamento favorevole alla immediata applicabilità della nuova disposizione normativa a tutti i procedimenti pendenti<sup>39</sup> in modo da salvaguardare i diritti già maturati (pur non ancora esercitati) da mutamenti legislativi improvvisi e quel filone interpretativo che ha, invece, negato l'immediata

<sup>31</sup> Al riguardo si vedano le osservazioni di M. POLLERA, *L'art. 573, comma 1 bis, c.p.p. è applicabile anche per i giudizi di impugnazione introdotti prima e relativi a sentenze precedenti alla sua entrata in vigore*, in *Cass. pen.*, 2023, 1190.

<sup>32</sup> In tema, R. APRATI, *Il diritto intertemporale cautelare: riflessioni intorno alle recenti modifiche degli artt. 274, 275 e 280 c.p.p. e al disegno di legge S 1232*, in *Cass. pen.*, 2014, 3641; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino 2009, 203.

<sup>33</sup> Cfr., M. POLLERA, *L'art. 573, comma 1 bis, c.p.p. è applicabile anche per i giudizi di impugnazione introdotti prima e relativi a sentenze precedenti alla sua entrata in vigore*, cit., 1191.

<sup>34</sup> M. CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1978, 480.

<sup>35</sup> Cfr. *Cass. pen.*, sez. un., 12 luglio 2007, Lista, in *CED n. 236536*. In dottrina L. DELLA RAGIONE, *La suprema corte si pronuncia sull'appellabilità dell'art. 408, comma 3 bis, c.p.p., al procedimento davanti al giudice di pace*, in [www.processopenaleegiustizia.it](http://www.processopenaleegiustizia.it).

<sup>36</sup> In argomento A. NAPPI, *Nuove prospettive per la decisione sull'azione civile*, cit., 3533.

<sup>37</sup> C. CITTERIO, *Pensieri sparsi sul nuovo giudizio di appello (ex d. lgs. 150/2022)*, cit., 4.

<sup>38</sup> In *subiecta* materia si è profilato un orientamento minoritario che, ritenendo necessario assicurare stabilità agli *iter* processuali in corso di svolgimento, ha escluso la possibilità della immediata *translatio* nella sede civile, individuando l'*actus* nell'atto di impugnazione e al momento della sua presentazione in modo da poter costruire il profilo delle *garantie* del sistema dei controlli e risolvere il problema epistemico posto dall'assenza di norme transitorie. In tal senso F. FALATO, *Tempus regit actum, situazioni soggettive protette, processo penale. A proposito della riforma del regime dell'impugnazione per i soli effetti civili*, in *Gius. pen.*, 2023, III, 182.

<sup>39</sup> *Cass. pen.*, sez. II, 2 febbraio 2023, Foxweber, in *CED n. 284216*; Id., sez. II, 3 febbraio 2023, Guccio, in *CED n. 284396*.

applicabilità rilevando l'importanza della tutela dell'affidamento maturato dalla parte in relazione alla fissità del quadro normativo, poiché il potere di impugnazione trova la sua genesi proprio nella sentenza e non può che essere apprezzato in relazione al momento in cui questa viene pronunciata, con la conseguenza che è al regime regolatore vigente in tale momento che deve farsi riferimento<sup>40</sup>.

La *vexata quaestio* è stata risolta dalle Sezioni unite le quali, pur valorizzando i diversi orientamenti – ritenendoli animati dal ragionevole intento di salvaguardare l'esigenza che non vengano “*tradite*” le ovvie aspettative di chi, confidando nel compimento di un atto processuale, in un determinato assetto normativo, vede tale quadro mutato *in itinere* in ragione della introduzione di elementi che, ove presenti in precedenza, avrebbero condotto a diverse determinazioni sullo stesso *an* e sul *quomodo* dell'atto compiuto – hanno evidenziato che la riforma Cartabia ha rimodellato l'impugnazione della sentenza agli effetti civili ragion per cui solo una complessiva e sistematica analisi dell'assetto ridisegnato dal legislatore del 2022 può, invero, consentire di verificare se la *translatio* prevista dall'art. 573 co. 1 *bis* c.p.p. comporti una concreta lesione delle aspettative di colui che abbia presentato l'impugnazione sotto il vigore della norma poi interpolata<sup>41</sup>.

Si è così rilevato che le modifiche hanno introdotto (in assenza di impugnazione agli effetti civili) la nuova regola del trasferimento della decisione al giudice civile – dopo la verifica dell'ammissibilità dell'atto da parte del giudice penale (sempre che la parte civile non si dolga dell'errata applicazione di norme processuali penali idonee a giustificare l'immediato annullamento del provvedimento impugnato ai fini civili)<sup>42</sup> senza, per questo, mutare l'oggetto dell'accertamento: anzi, esso si restringe dal momento che la domanda risarcitoria da illecito civile è già implicita alla domanda risarcitoria da illecito penale.

Secondo le Sezioni unite nel caso di specie non ci sarebbe spazio per una *emendatio libelli* funzionale ad adeguare la domanda presentata in sede penale ai parametri propri del giudizio civile: d'altronde, la necessità di un tale adeguamento nel passaggio tra i due giudizi è, ormai, superata dalla nuova impostazione dell'art. 78 co. 1 lett. d), c.p.p. della pretesa civile secondo le più estese coordinate dell'atto introduttivo di cui all'art. 360 c.p.c. nella previsione di un simile, possibile, epilogo<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> In giurisprudenza, cfr., Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2023, Cucinotta, in *CED n.* 284121.

<sup>41</sup> In tal senso si è espressa Cass. pen., sez. un., 21 settembre 2023, Dirvoi, in *CED n.* 285036.

<sup>42</sup> Va, sinteticamente, rammentato che la parte civile può impugnare, a norma dell'art. 576 c.p.p., tanto «i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile» (quando la sentenza abbia ommesso di pronunciarsi sulle domande civili, abbia rigettato in tutto o in parte la richiesta di risarcimento o l'abbia accolta in misura inferiore a quanto domandato, abbia negato la provvisoria nell'ipotesi di condanna generica al risarcimento, abbia negato la provvisoria esecuzione delle disposizioni civili, ovvero ancora abbia stabilito la compensazione delle spese), quanto «ai soli effetti della responsabilità civile», «la sentenza di proscioglimento» pronunciata nel giudizio o all'esito del rito abbreviato al quale abbia acconsentito di partecipare. In tal senso A. CAPONE, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 184.

<sup>43</sup> Conclusioni ulteriormente rafforzate, rileva la Corte, dalla circostanza che l'art. 78 c.p.p. è stato modificato in parte qua nonostante la legge delega non presentasse alcuna previsione in tal senso: sicché non può revocarsi in dubbio che la novella trovi spiegazione esclusivamente nella ravvisata necessità di coordinare il testo dell'art. 78 c.p.p. con il nuovo generale assetto dell'azione civile nel processo penale disegnato dal legislatore della riforma. Per un approfondimento v., G. VARRASO, *Le impugnazioni agli effetti civili dopo la riforma Cartabia: la nuova accessorietà dell'azione risarcitoria da reato*, cit., 267.

Anzi, proprio la comparazione tra l'art. 573 co. 1 *bis*, c.p.p. e l'art. 622 c.p.p. sembra rilevare come l'unica lettura possibile della nuova disciplina sia quella appena considerata, giacché, ove il legislatore della riforma avesse, invece, inteso lasciare, sostanzialmente, mutato il quadro normativo – così come interpretato dalla giurisprudenza – ben poco senso avrebbe avuto l'adozione della nuova disposizione normativa contenuta nell'art. 573 co. 1 *bis*, c.p.p., finendo, quest'ultimo, per sovrapporsi, irrazionalmente, negli esiti, proprio a quella dell'art. 622 c.p.p.

Tanto impone alla parte civile di strutturare le ragioni della domanda (art. 78 co. 1 lett. d), c.p.p.) in, necessaria, sintonia con i requisiti richiesti dal rito civile.

Ciò significa, allora che se in precedenza ad integrare la *causa petendi* era sufficiente il mero richiamo al capo di imputazione<sup>44</sup>, oggi non è più così: sarà, infatti, necessaria una precisa determinazione della *causa petendi* similmente alle forme prescritte per la domanda proposta nel giudizio civile<sup>45</sup>.

In altre parole, sarà necessario che le ragioni della domanda vengano illustrate secondo gli stilemi dell'atto di citazione nel processo civile (art. 163 co. 3 n. 4 c.p.c.).

Come si può notare la specificazione inserita nell'art. 78 co. 1 lett. d), c.p.p. non si è risolta in un “*aggiustamento cosmetico*”, bensì nella necessaria proiezione, sul piano della domanda di parte civile, della mutata regolamentazione dell'impugnazione della sentenza agli effetti civili.

E tutto ciò è stato previsto (e riassunto) nella Relazione illustrativa della riforma laddove si è fatto riferimento all'onere del danneggiato di prevedere l'eventualità del rinvio di cui all'art. 573 co. 1 *bis* c.p.p., sin dal momento della costituzione di parte civile.

Di conseguenza, le Sezioni unite, “*sganciandosi*” dai precedenti orientamenti, hanno statuito il principio secondo cui l'art. 573 co. 1 *bis* c.p.p. si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile sia intervenuta in epoca successiva al 30.12.2022, quale data di entrata in vigore della citata norma<sup>46</sup>.

Dunque, la soluzione interpretativa appare corretta e va condivisa: l'area di salvaguardia nell'ambito della quale opera a garanzia dell'impugnante per i soli interessi civili la regola dell'irretroattività è stata ragionevolmente ricostruita dalle Sezioni unite valorizzando le aspettative di colui che, avendo calibrato le proprie strategie processuali ed avendo redatto i propri atti sulla base delle regole e delle prescrizioni che il codice di rito gli imponeva di rispettare per far valere le proprie pretese, deve, necessariamente, portare a termine quell'attività processuale senza subire pregiudizi derivanti dall'applicazione di una legge entrata in vigore dopo la costituzione in giudizio<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> In tal senso Cass. pen., sez. II, 15 luglio 2020, Rosati, in *CED n. 279490*; Id. sez. VI, 17 aprile 2014, Coccia, in *CED n. 260325*.

<sup>45</sup> In precedenza questo principio era stato già affermato da Cass. pen., sez. II, 7 maggio 1996, Schiavo, in *CED n. 205872*.

<sup>46</sup> Il danneggiato costituitosi prima di quella data potrebbe aver formulato la propria domanda in forma incompatibile con l'imprevedibile trasferimento della decisione alla sede civile o, comunque, in forme che rendono più difficoltoso il riconoscimento della pretesa risarcitoria o restitutoria.

<sup>47</sup> In senso critico sulla decisione delle Sezioni unite, A. NAPPI, *op. cit.*: ad avviso dell'Autore, è una petizione di principio affermare che non sia sufficiente ai fini dell'art. 163 c.p.c. il riferimento al capo di imputazione nel quale il fatto sia enunciato «in forma chiara e precisa», come prescritto dall'art. 417 c.p.p., tanto che «si ritiene correttamente che l'impegno argomentativo necessario a giustificare l'esercizio dell'azione civile nel processo penale dipende dalla natura delle imputazioni e dal rapporto tra i fatti lamentati e la pretesa fatta valere in giudizio dalla parte civile, perché si richiede l'enunciazione delle ragioni che giustificano la proposizione della domanda, non anche delle ragioni che possano

4. Non si può mettere in dubbio che la nuova disciplina della decisione sull'azione civile sia di favore per la parte civile perché la esime dall'onere di iniziare daccapo in sede civile un giudizio finalizzato a far valere la sua pretesa risarcitoria.

A ciò aggiungasi che il giudice civile può, ai fini del suo convincimento, utilizzare le prove acquisite nel processo penale<sup>48</sup> anche se in tale sede vengono considerate atipiche<sup>49</sup>.

D'altronde, l'art. 573 co. 1 *bis* c.p.p. contempla un obbligo (e non una mera facoltà) del giudice civile di valutare le prove acquisite nel processo penale: sicché, solo quando si tratta di prove non ammissibili in sede civile, come la testimonianza del danneggiato da reato, dovrebbe trovare applicazione la norma contenuta nell'art. 116 c.p.c., che ne ammette la valutazione come mero argomento di prova<sup>50</sup>.

Stando così le cose, il discorso muta e il trasferimento alla sede civile non può considerarsi di favore per la parte civile nei casi in cui – come accade di frequente – si procede per uno dei reati previsti dal c.d. codice rosso ove, spesso, l'unica prova d'accusa sia quella acquisita in sede penale con la deposizione della persona offesa che non sarebbe valutabile in sede civile.

Tuttavia, è difficile, benché possibile, che anche in sede penale la deposizione della persona offesa possa risultare decisiva ai fini della condanna, ove non valutata in rapporto alle, eventuali, dichiarazioni dell'imputato.

E, in questa prospettiva, anche la valutazione *ex art.* 116 c.p.c. potrebbe risultare sufficiente alla tutela della parte civile.

Secondo la giurisprudenza civile, invero, in mancanza di una norma di chiusura sulla tassatività dei mezzi di prova, il giudice civile può, legittimamente, porre a base del suo convincimento, le prove atipiche se idonee ad offrire sufficienti elementi di giudizio e non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze istruttorie, senza che si configuri la violazione del principio previsto dall'art. 101 c.p.c., dal momento che il contraddittorio sui mezzi istruttori si instaura con la loro formale produzione nel giudizio civile e la conseguente possibilità per le parti di farne oggetto di valutazione critica e di stimolare la valutazione giudiziale<sup>51</sup>.

---

determinarne l'accoglimento. Sicché, quando questo rapporto è immediato, come nel caso in cui si lamenti un'ingiuria o un danneggiamento o una minaccia, ai fini dell'esposizione della causa petendi è sufficiente il riferimento al fatto descritto nel capo d'imputazione e all'identificazione dell'attore con la persona destinataria offesa. E, contrariamente a quanto si assume, l'esplicito riferimento alla finalità civile della domanda, aggiunto nel 2022 all'art. 78, comma 1, lettera *d*) c.p.p., ha attenuato, non aggravato, l'onere argomentativo per la parte civile che intenda costituirsi nel processo penale».

<sup>48</sup> Cass. civ., sez. III, 7 maggio 2021, Larso, in *CED n.* 661325; Id., sez. III, 25 giugno 2019, Bottino, in *CED n.* 654422.

<sup>49</sup> In tal senso Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2004, Nucci, in *CED n.* 570448.

<sup>50</sup> In dottrina A. NAPPI, *Nuova guida al codice di procedura penale*, in [www.guidanappi.it](http://www.guidanappi.it). In giurisprudenza, cfr., Cass. civ., sez. 14 settembre 2022, Luconi, in *CED n.* 665988.

<sup>51</sup> Cass. civ., sez. V, 1 febbraio 2023, Carsi, in *CED n.* 667206.

# ***Giusto processo e specialità ordinamentale in materia di responsabilità degli enti***

CLELIA IASEVOLI

## **ABSTRACT**

*The excessive simplification of the forms in the procedure for ascertaining the liability of entities sacrifices the right of defense, with the attribution to the process of a predominantly repressive function. hence the need to extend to the legal person all the procedural guarantees recognized to the natural person.*

SOMMARIO: 1. I protocolli normativi particolari. – 2. La colpa di organizzazione. – 3. Gli automatismi valutativi. – 4. La prognosi postuma. – 5. Il criterio dell'idoneità del modello. – 6. Il *vulnus* al diritto di difesa.

1. La specialità ordinamentale ha fondamento proprio in situazioni di natura oggettiva e/o soggettiva, che spingono il legislatore a prevedere protocolli normativi particolari. Ad ogni differenziazione del metodo di accertamento, però, non può non corrispondere la diversificazione delle forme di tutela, in funzione di una giustizia che, sebbene diseguale nelle variabili forme del suo esercizio, deve essere egualmente soddisfacente dei bisogni di garanzia sotto il profilo dei diritti fondamentali<sup>1</sup>. Se così non fosse, sarebbe inevitabile il corto circuito tra uguaglianza ed equità, proprio nella fase dell'accertamento, con un *vulnus* alla parità delle parti, che vive in un rapporto di presupposizione con il *processo giusto* (art. 111 Cost.).

Tali presidi culturali sono irrinunciabili pure in presenza di un *tertium genus*<sup>2</sup>, che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, configurando un sistema conforme – secondo la giurisprudenza – ai principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio<sup>3</sup>. Bisogna verificare se, e in che misura, la predisposizione di regole, proporzionalmente differenziate, siano compatibili con l'art. 3 co. 2 Cost.: in caso positivo le diversità, sotto il profilo della disciplina, si radicano nelle oggettive specificità delle situazioni da tutelare; viceversa, le stesse si sostanziano in sperequazioni trattamentali<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Da un punto di vista più generale C. IASEVOLI, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 114 e ss. Con specifico riferimento agli enti, G. PAOLOZZI, *Relazione introduttiva*, in L. LUPARIA-L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, 5.

<sup>2</sup> M.CERESA GASTALDO, *Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 2235.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261112.

<sup>4</sup> P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 705.

Ora, l'art. 111 co. 2 Cost. sancisce che «ogni processo», in quanto luogo di esercizio della giurisdizione di accertamento, «si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale». La contrapposizione dialettica tra tesi e antitesi è strumentale ai bisogni cognitivi del giudice; l'*iter* della conoscenza presuppone un intransigente atteggiamento critico nel continuo confronto sulle prove disponibili; dovendosi individuare, tra le molteplici ricostruzioni, la più accreditata oltre ogni ragionevole dubbio.

Al riguardo, l'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001 prevede che per il procedimento di accertamento della responsabilità dell'ente si osservino le norme contenute nel Capo III del medesimo nonché, «in quanto compatibili», le disposizioni del codice di rito<sup>5</sup>. Il riferimento al 'procedimento' rinvia a quella connotazione propria dell'essere configurato dalla legge come l'*agere*, il *procedere*; le forme sono quelle del rito penale, giacché ad intervenire è il potere sanzionatorio. Esse sono poste a tutela della legalità processuale e sono indispensabili per imprimere al processo quell'impulso, quella forza vitale, che muove l'antecedente verso il susseguente per il raggiungimento dello scopo di accertamento. La stessa efficacia degli atti processuali si colloca all'interno del paradigma unitario del processo inteso come forma di esercizio della giurisdizione penale; ed è la congruità rispetto a quest'esercizio, che consente ad un atto di produrre i suoi effetti e di proiettarsi nello sviluppo del processo, assumendo il carattere dell'essenzialità.

Tuttavia, la clausola «in quanto compatibili» si apre a complessi interrogativi per il tramite del rinvio a disposizioni, la cui operatività dipende dalla valutazione giudiziale di compatibilità strutturale e funzionale<sup>6</sup>, in cui quest'ultima è il *prius* logico e l'applicabilità il suo *posterius*. A risentirne è anche la funzione di salvaguardia dei diritti processuali dell'ente-imputato, affidata al combinato disposto degli artt. 34 e 35, secondo cui «all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili»<sup>7</sup>.

La *ratio* è quella di estendere alla persona giuridica la pienezza del diritto di difendersi provando, nonché tutte le prerogative della persona fisica sottoposta a processo. Al piano assiologico non corrisponde, però, l'effettività della tutela, sebbene si tratti di situazioni giuridiche soggettive, intrinsecamente connesse alla natura penale del processo – qualificata in tal senso dal legislatore – e non alla tipologia di responsabilità, che in esso si accerta<sup>8</sup>.

L'opzione politica, sottesa all'uso delle forme del rito penale, non può non implicare l'operatività dei principi costituzionali che governano la giurisdizione, sebbene l'art. 34, soltanto dal punto di vista teorico, si presta ad ovviare al rischio di una contrazione dei diritti processuali della persona giuridica. L'immanenza del codice di rito, lungo la via interpretativa del rapporto di specialità, subisce un latente arresto sul piano della concreta operatività, essendo quest'ultima rimessa alla libera discrezionalità del giudice, chiamato a stabilirne la compatibilità con le peculiarità del

<sup>5</sup> M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino, 2021, *passim*.

<sup>6</sup> G. GARUTI, *Il processo "penale" agli enti*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, *Modelli differenziati di accertamento*, Torino, 2011, 1030.

<sup>7</sup> G. VARRASO, *Le fonti della procedura penale degli enti*, in G. LATTANZI-P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità di reato degli enti*, vol. II, Torino, 2021, 4 e 5.

<sup>8</sup> L. LUPARIA DONATI, F. CENTORAME, *Le fonti normative della procedura penale d'impresa*, in D. PIVA (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, Torino, 2021, 715 e ss.

contesto<sup>9</sup>. In tal modo si autorizza il giudice a procedere alla semplificazione delle forme del procedere, con sacrificio di attività funzionali all'accertamento e, dunque, alla pronuncia di una decisione «giusta». Si semplificano, così, modalità ritenute *ex ante* essenziali al fine di non alterare – falsandola – la formazione del convincimento giudiziale.

Mi preoccupa, quindi, l'eccessiva flessibilità della clausola in un momento storico in cui a prevalere è la visione efficientista e/o sostanziale della giustizia, che ha già inciso sullo scopo del processo. Da qui il rischio di prassi difformi all'interno dello stesso tribunale<sup>10</sup>: esse acquiscono il problema dell'imprevedibilità degli esiti interpretativi e, dunque, delle stesse decisioni di condanna o di esclusione della responsabilità dell'ente.

La mappa delle possibilità logiche che riguardano la decisione finale, ossia lo «spazio logico» di queste possibilità, prende l'avvio dalla definizione dell'oggetto del processo, vale a dire, dall'atto contenente la contestazione del fatto. Esso, ai sensi dell'art. 59 d.lgs n. 231 del 2001, deve contenere *l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto*, che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con l'indicazione del reato da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova, vale a dire, i caratteri concreti che denotano il *deficit* organizzativo-preventivo, la natura dell'interesse o vantaggio dell'ente.

Il legislatore esclude, quindi, ogni sovrapposizione tra le due fattispecie, sicché il pubblico ministero, ricostruito il legame tra le stesse, è tenuto ad osservare gli obblighi di chiarezza e di precisione con riferimento all'autonoma configurazione storica del fatto in tutte le componenti descrittive riconducibili all'illecito amministrativo. Qui l'obbligo è essenziale all'identificazione dell'avvenimento storico-naturalistico rilevante all'interno del rapporto di dipendenza con il reato presupposto, prima ancora che alla delimitazione dei confini dell'enunciato fattuale. In altre parole, la pienezza dell'esercizio del diritto di difesa della persona giuridica dipende dall'indicazione delle circostanze storico-fattuali dell'accadimento naturalistico. Altro significato ha, invece, l'uso di un linguaggio poco chiaro in una norma magmatica, svelando la scelta legislativa di comprendere il maggior numero di situazioni possibili in un'ottica prevalentemente repressiva, a detrimento delle garanzie formali, sia processuali che sostanziali<sup>11</sup>.

E se la domanda è chi deve provare cosa, la questione attiene proprio alla ripartizione del rischio per la mancata prova. L'estensione all'ente – in quanto imputato – della presunzione di non colpevolezza, di cui all'art. 27 co. 2 Cost., comporta, per un verso, l'attribuzione dell'onere della prova a carico del pubblico ministero, cioè, a carico di colui che ha messo in discussione la presunta innocenza e, per altro verso, l'operatività della regola di giudizio con lo stesso *standard* di garanzia previsto per l'imputato persona fisica<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> F. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Vero lettore "osservanti" dei principi*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 7 febbraio 2022.

<sup>10</sup> L. LUPARIA DONATI, F. CENTORAME, *Le fonti normative della procedura penale d'impresa*, cit., 725.

<sup>11</sup> G. FIORELLI, *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, cit, 1264.

<sup>12</sup> P. FERRUA, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Gar, Padova, 2002, 225; P. PAULESU, *Responsabilità "penale" degli enti e regole di giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 843.

Le istanze difensive, pur avendo come obiettivo l'incertezza processuale in ordine al *thema probandum*, sono indebolite dalla predisposizione di una norma in bianco, che nega la precondizione posta a base della struttura/filtro della giustizia procedurale minima: il contraddittorio come metodo epistemologico garantista.

2. Più specificamente, l'art. 5 d.lgs n. 231 del 2001 identifica il nesso di collegamento tra l'illecito amministrativo e il reato presupposto nell'interesse o nel vantaggio conseguito dalla persona giuridica. La Cassazione riconduce il primo ad una valutazione teleologica del reato<sup>13</sup>, apprezzabile al momento della commissione del fatto: esso si risolve in un mero soggettivismo; altrettanto non può ritenersi per il vantaggio accertabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito<sup>14</sup>.

Il paradigma repressivo è un sistema a fattispecie chiuse, essendo i reati presupposto tassativamente previsti dalla Sezione III del Capo I (artt. 24 ss.) del decreto<sup>15</sup>. Per quanto concerne gli autori del reato, si tratta di «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» (art. 5 comma 1, *lett. a*); oppure da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno di tali soggetti (*lett. b*).

Quanto al coefficiente di riferibilità<sup>16</sup> del fatto all'ente, esso è individuato sulla base di un modello di imputazione oggettiva<sup>17</sup>, facendo ricorso alla “colpa di organizzazione”. In quest'ottica si riconduce l'azione del modello organizzativo al sistema delle cautele organizzative, per poi valutare l'incidenza della violazione sulla realizzazione del reato, alla luce dei criteri di prevedibilità e di evitabilità dell'evento. La predisposizione del modello idoneo costituisce il contenuto primario del dovere di diligenza.

In buona sostanza, la ricostruzione della c.d. “causalità” della colpa si risolve nella verifica della connessione tra l'evento-reato, che si è verificato, e lo scopo della regola precauzionale violata; occorre stabilire se il primo corrisponda al “tipo” di quelli che la cautela omessa o negligenzemente attuata mirava a prevenire.

L'operazione non è così semplice: non lo è quanto alla prova del fatto oggettivo dell'illecito, poiché i confini implicati sono comunque quelli della legalità e della responsabilità per fatto proprio. Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità<sup>18</sup> ha chiarito che l'addebito di responsabilità all'ente non si fonda su un'estensione, più o meno automatica, della responsabilità individuale al soggetto collettivo, bensì sulla dimostrazione di una difettosa organizzazione da parte dello stesso a fronte dell'obbligo di auto-normazione volto alla prevenzione del rischio di realizzazione di un reato

<sup>13</sup> Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413,

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261112.

<sup>15</sup> A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti* (profili sostanziali e processuali), in *Enc. dir. Ann.*, II-2, Milano, 2008, 1000.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261112.

<sup>17</sup> V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 879 ss.; L. PISTORELLI, *Natura della responsabilità degli enti e criteri di imputazione oggettiva al vaglio dei giudici di legittimità*, in *Riv. amm. soc.*, 2006, 4., 121; L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.

<sup>18</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, Rv. 283437.

presupposto, secondo lo schema legale dell'attribuzione di responsabilità mediante analisi del modello organizzativo, trattandosi di un illecito dall'autonoma configurazione giuridica.

In particolare, «il giudice è chiamato ad adottare il criterio epistemico-valutativo della cd. “prognosi postuma”, proprio della imputazione della responsabilità per colpa: deve cioè idealmente collocarsi nel momento in cui l'illecito è stato commesso e verificare se il “comportamento alternativo lecito”, ossia l'osservanza del modello organizzativo virtuoso, per come esso è stato attuato in concreto, avrebbe eliminato o ridotto il pericolo di verificazione di illeciti della stessa specie di quello verificatosi, non richiedendosi una valutazione della “compliance” alle regole cautelari di tipo globale»<sup>19</sup>.

In altri termini, occorre accertare se la “colpa di organizzazione” abbia avuto incidenza causale rispetto al reato presupposto. In questa direzione, la verifica va estesa alla sussistenza di peculiari nessi, di ordine naturalistico e normativo, che intercorrono tra la carenza organizzativa e il fatto-reato, non essendo consentito al giudice un vaglio sull'adeguatezza del modello condotto solo “in generale”. Ne discende che non è possibile sanzionare l'ente in ragione di una “cultura d'impresa deviante”, ovvero mediante un criterio sillogistico semplificatorio, che implicherebbe l'equazione commissione del reato ed inidoneità dell'assetto organizzativo.

Lo scopo dell'accertamento è stabilire se il reato della persona fisica sia la concretizzazione del rischio, che la regola cautelare organizzativa violata mirava ad evitare o, quantomeno, tendeva a rendere minimo; oppure accertare che l'osservanza del modello idoneo sarebbe stata sufficiente ad impedire l'evento<sup>20</sup>.

Va posto in debito risalto che, nell'ipotesi di un soggetto apicale, l'impresa risponde comunque del fatto, salvo dimostri: *a)* di aver adottato ed efficacemente attuato adeguati modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; *b)* di averli corredati di un idoneo sistema di controlli sul funzionamento e sul rispetto delle relative prescrizioni; *c)* il reato è stato commesso eludendo fraudolentemente tali modelli; *d)* che non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte degli organi preposti al controllo (art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001). Qualora il reato presupposto sia stato commesso, invece, da un soggetto sottoposto alla altrui direzione o alla altrui vigilanza, l'art. 7 co.1 prevede che «l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

La strutturazione di entrambe le disposizioni è calibrata sul ruolo tipizzante che il modello organizzativo svolge sul piano del paradigma imputativo della responsabilità, venendo a costituire oggetto di prova sotto il profilo della funzione cautelare e del contenuto procedimentale su cui si fonda l'adeguatezza dell'intero sistema autonomato<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, Rv. 283437.

<sup>20</sup> E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, 333.

<sup>21</sup> F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 945.

Sicché, la persona giuridica che si doti di modelli organizzativi adeguati e, tendenzialmente, efficaci potrebbe andare esente da responsabilità, pur se un reato presupposto sia stato commesso nel suo interesse o a suo vantaggio, con prevedibili conseguenze virtuose rispetto all'incentivazione del ricorso a modelli di *compliance* aziendale.

3. Nell'ottica di semplificare la problematicità del contesto, l'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 prevede il capovolgimento dell'onere della prova secondo cui «l'ente non risponde se prova che»<sup>22</sup>. Si tratta di un automatismo valutativo, che, palesemente, inverte la ripartizione costituzionale (art. 27 co. 2 Cost.) dell'*onus probandi*. Ma non solo. Essa è incompatibile con le regole del *giusto processo*, comportando, da un lato, il distacco del metodo probatorio dal giudice e dalle parti, dall'altro, condizionando le decisioni in maniera contraria al libero convincimento.

La presunzione legale è il risultato di un'attività di codificazione avente ad oggetto la regola di esperienza, che costituisce uno dei termini di relazione interessati dal procedimento logico in cui si risolve la presunzione. Se quest'ultima è relativa, ammette la prova della fallacia per il caso particolare, qualora si discosti dalla generalità dei casi similari; vi è un ambito, quindi, in cui si tollera la non operatività della regola di esperienza codificata. Di conseguenza, la validità della presunzione relativa è condizionata dalla mancanza della prova contraria.

La presunzione altro non è che un indizio cogente, identificato dalla norma: cioè, il calcolo di probabilità avente ad oggetto il nesso tra fatto noto e fatto ignoto è stato compiuto dal legislatore *ex ante* e, pertanto, sottratto al giudice *ex post*. E se l'*id quod plerumque accidit* è la giustificazione della presunzione, ne costituisce anche l'indice del suo limite valoriale. La codificazione della massima di esperienza non nega il calcolo delle probabilità, ma da esso parte; perciò, non argina l'eventualità di una smentita in relazione al singolo episodio oggetto di accertamento. E se la presunzione legale assoluta incide sull'oggetto della prova, sottraendo la parte interessata al principio del contraddittorio, (e per questa ragione è incompatibile con le regole del *giusto processo*), quelle relative incidono sul metodo di valutazione di certi fatti dedotti a prova o emergenti dal processo, senza annullare il libero convincimento del giudice, essendo appunto ammessa la prova contraria.

Si parte dalla presunzione relativa che il requisito "soggettivo" di responsabilità dell'ente sia soddisfatto, dal momento che il soggetto apicale esprime e rappresenta la politica dell'ente; ove ciò non accada, dovrà essere la *societas* a dimostrare la sua estraneità e potrà farlo soltanto provando la sussistenza del fatto impeditivo dell'attribuzione di responsabilità. Si introduce così una *probatio diabolica*, che spinge la difesa nelle sabbie mobili di un fatto impeditivo, i cui contorni sono incerti a livello normativo e, di riflesso, a livello giudiziario.

E se il ragionamento presuntivo conduce ad una conclusione sfavorevole per l'ente chiamato a fornire prova contraria, ciò non esime il pubblico ministero dall'obbligo di provare il fatto «base». Provato il fatto base (interesse e/o vantaggio), si considera vero quello indicato dalla legge come presunto, vale a dire, il fatto rilevante per la decisione: il rapporto di immedesimazione organica. La parte, che in base alla regola generale sull'onere della prova non sarebbe onerata, è chiamata a fornire la prova contraria, poiché altrimenti il fatto presunto si considera vero. Si dispensa così il pubblico

<sup>22</sup> L. TAVASSI, *L'onere della prova nel processo penale*, Padova, 2020, 248.

ministero dalla prova del fatto rilevante per la decisione e si impone al giudice di considerare provato il fatto presunto in mancanza di prova contraria, con buona pace del libero convincimento.

4. In questo contesto di semplificazioni probatorie, al giudice si richiede il giudizio ipotetico su cosa sarebbe accaduto se fosse intervenuto il comportamento doveroso: in termini di elevata probabilità logica, cioè, si richiede la ricostruzione dell'avvenimento naturalistico in termini di certezza processuale. Al centro della struttura dell'illecito vi è il legame ipotetico tra l'azione dovuta – modello organizzativo idoneo –, che è mancata, e l'evento concreto che si è realizzato – reato presupposto –.

Da qui derivano i contenuti prognostici del ragionamento giurisdizionale in ordine alle conseguenze eventuali del compimento dell'azione omessa e della sua idoneità ad impedire l'evento e, in tal senso, a modificare il corso degli avvenimenti.

Il punto di crisi nella successione teleologica degli atti è da rinvenirsi nell'imputazione del concreto evento lesivo all'ente, dovendo il giudice stabilire se la condotta sia raffigurabile come condizione necessaria, attraverso un giudizio di rilevanza causale orientato da parametri non indeterminati, né determinabili in virtù del libero apprezzamento.

Nella maggior parte dei casi, si ricorre a presunzioni semplici, ma non a séguito del confronto dialettico tra le parti sulla esistenza, sulla forza probante e sulla concludenza degli elementi di fatto aventi valore indiziario: l'organo della giurisdizione trae, cioè, in maniera arbitraria la presunzione al momento della decisione.

Sicché è evidente il *vulnus* al diritto di difesa. Si pensi all'ente imputato che costruisce la propria difesa alla luce della regola sull'onere della prova<sup>23</sup>, che impone all'organo dell'accusa di provare il *deficit* organizzativo, e il giudice, invece, supplisce alla mancanza di prova considerando il fatto presunto, muovendo da elementi di fatto, aventi valore indiziario, che non hanno costituito oggetto di discussione, negando la possibilità di contestare la «probabilità» inerente al rapporto tra fatto noto e fatto ignoto, posto che il fatto ignoto deve essere razionalmente probabile.

Il terreno è alquanto accidentato, soprattutto quando la contestazione abbia ad oggetto un mero modo di essere dell'impresa o, comunque, si risolva nell'affermazione di una pericolosità generica della stessa, vale a dire, in forme surrettizie di responsabilità sul tipo di autore, sganciate dalla commissione di un fatto specifico.

Sul versante della valutazione dell'idoneità del modello, va preso in considerazione anche l'imputazione del “risultato”, dovendo corrispondere proprio a quel pericolo che la regola cautelare era diretta a fronteggiare. Si tratta, dunque, di sindacare l'attuazione del modello in termini di efficacia (artt. 6 e 7), basandosi su elementi di fatto concreti, raccolti in istruttoria<sup>24</sup>. Il *puctum dolens* è costituito dall'identificazione del criterio in base al quale stabilire l'adeguatezza del modello organizzativo.

---

<sup>23</sup> In un'ottica più ampia, sull'onere della prova, A. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettiva di indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, c. 517.

<sup>24</sup> V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in D. Piva (a cura di), cit. 476.

L'art. 6, co. 4, del decreto, nel prevedere che i modelli possano essere adottati sulla base di codici di comportamento, redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, e comunicati al Ministero della Giustizia, esprime l'esigenza di fissare i criteri orientativi per le imprese e le società, al fine di ridurre la disomogeneità interpretativa ed attuativa nella loro valutazione giudiziale. E, in presenza di un modello conforme a quei codici di comportamento, il giudice è tenuto a motivare le ragioni per le quali – ciò nonostante – si ravvisi la “colpa di organizzazione” dell'ente, individuando la peculiare disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato. D'altra parte, il modello è frutto di un processo di auto-normazione, calibrato sulle peculiari caratteristiche dell'ente (dimensioni, tipo di attività, evoluzione diacronica), perché soltanto in questo caso potrà ritenersi effettivamente idoneo allo scopo preventivo affidatogli dalla legge. Quanto all'organismo di vigilanza, va precisato che non può avere connotazioni di tipo gestorio, che ne farebbero venir meno la stessa autonomia: ad esso spettano, piuttosto, compiti di controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sulla loro osservanza nell'ambito del modello organizzativo di cui l'ente si è dotato, per escludere la presunzione di responsabilità per i reati commessi a suo vantaggio dai vertici della struttura, offrendo la prova diabolica dell'assenza di una colpa di organizzazione.

Se le cose stanno in questi termini, accertare l'idoneità del modello significa accertarne la capacità concreta di evitare l'evento reato che si è realizzato, ponendosi nella prospettiva valutativa di cosa sarebbe accaduto qualora il modello fosse stato adottato secondo i criteri di idoneità, adeguatezza, correttezza<sup>25</sup>.

5. Non v'è dubbio che la normativa cautelare necessiti dell'apporto del sapere scientifico e tecnologico<sup>26</sup>, al fine di conferire determinatezza alla fattispecie colposa. La condotta doverosa che avrebbe potuto, in ipotesi, impedire l'evento va rigorosamente descritta, definita con un atto immaginativo, ipotetico, fondato precipuamente su ciò che accade solitamente in situazioni consimili, considerando le peculiarità del caso concreto.

Un giudizio così complesso, per il suo carattere ipotetico o prognostico, è per sua natura esposto a maggiori margini d'incertezza. E se il ricorso alle generalizzazioni causali è utile a circoscrivere la discrezionalità del giudice nello stabilire la regolarità o meno di una particolare successione di eventi nella ricostruzione della relazione causale tra reato e violazione dei protocolli di gestione del rischio, la questione resta la fondatezza di tali generalizzazioni.

---

<sup>25</sup> E' noto l'indirizzo della Cassazione penale (sez. I, 26 giugno 2015, n. 43689, Fenucci, Rv. 265378) secondo cui la responsabilità da reato dell'ente deve essere esclusa qualora i soggetti indicati dal d.lgs n. 231, art. 5, comma 1, lett. a) e b), abbiano agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, in quanto ciò determina il venir meno dello schema di immedesimazione organica e l'illecito commesso, pur tornando a vantaggio dell'ente, non può più ritenersi come fatto suo proprio, ma un vantaggio del tutto fortuito, comunque, non attribuibile alla volontà della persona giuridica. Da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899.

<sup>26</sup> Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, Rv. 255105. La pronuncia mette a fuoco il ruolo del sapere scientifico e tecnologico nel conformare l'obbligazione cautelare e nell'orientare il giudizio sulla colpa demandato al giudice.

Si ricorda che sono state le Sezioni unite<sup>27</sup> ad aver chiarito che il giudice applica le nozioni probabilistiche offerte dalla legge di copertura, attraverso un procedimento logico non dissimile dal ragionamento inferenziale in tema di valutazione della prova indiziaria, (art. 192 co.2 c.p.p.), ponderando le ipotesi antagoniste (art. 546 co.1 *lett e* c.p.p.) al di là del ragionevole dubbio. Sono questi gli effetti processuali del carattere condizionalistico della causalità omissiva sul giudizio di certezza inerente al ruolo del *deficit* organizzativo: occorre, cioè, superare l'alternativa tra certezza e probabilismo, valorizzare il criterio della certezza processuale. In buona sostanza, il giudice ragiona in termini di elevata credibilità razionale, attenendosi al criterio della probabilità logica, quindi, non soltanto a quello della probabilità statistica.

Anche per le astrazioni causali il punto di partenza è costituito dall'analisi delle contingenze fattuali del caso concreto: l'imputazione delinea e delimita la specifica sequenza fenomenologica nell'ambito della quale si assume che l'omessa predisposizione di un modello organizzativo idoneo abbia determinato il concretizzarsi dell'evento dannoso. Il ragionamento giudiziale si radica nella concretezza della storicità del fatto, per risalire alle conseguenze connesse al comportamento omesso richiesto dall'ordinamento all'ente imputato.

La partita si gioca sul versante dell'esistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Il che significa che va individuata la regola cautelare specificamente violata, tenendo in considerazione la concretizzazione del rischio e la prevedibilità del reato presupposto. Soltanto su queste componenti si può giustificare l'attribuzione all'ente della responsabilità per fatto proprio.

Sul piano processuale, l'operazione intellettuale del giudice si articola in due momenti legati da un rapporto di antecedenza logica. Il momento esplicativo si sostanzia nella descrizione di ciò che è accaduto ed è espresso sulla base di un fatto certo, desunto da una serie di elementi indiziari. Il momento contro-fattuale è volto a stabilire l'attitudine salvifica del comportamento mancato alla luce delle emergenze istruttorie: esso attiene più strettamente al profilo dell'imputazione causale<sup>28</sup>.

Qui i profili dell'imputazione oggettiva e soggettiva si intrecciano e si confondono; la rimproverabilità dell'evento si spiega nell'ottica in cui, se fosse stato posto in essere un modello organizzativo idoneo, esso avrebbe significativamente diminuita la probabilità di verificazione del reato presupposto.

L'indagine di tipo causale non raggiunge facilmente lo *standard* della certezza processuale, perciò necessita dell'apporto delle leggi scientifiche. E se l'imputazione causale dell'evento va fondata sul sapere nomologico della scienza, va anche detto che il giudice non può offrire sempre una spiegazione dell'evento mediante le leggi della scienze: esse non sempre sono in grado di esprimere la condizione che rende inevitabile un determinato accadimento, senza che si dubiti della loro intrinseca razionalità, la loro validità perdura fino a quando non ne sia dimostrata l'erroneità. Se si ricorre nella valutazione probatoria a criteri di verosimiglianza o a massime di esperienza si deve poter escludere ogni alternativa spiegazione, che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile: per

<sup>27</sup> Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, Rv. 222138.

<sup>28</sup> F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1217; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per l'aumento del rischio»*. *Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 32;

questa via uno specifico dato può assumere valore probatorio; viceversa, resta un mero indizio. Il percorso è impervio, dovendosi accertare che la condotta dell'agente sia la condizione necessaria in tutti gli ipotizzabili (o in probabili) processi esplicativi.

Per non parlare dei criteri di probabilità statistica che sono soltanto uno strumento utile ai fini della prevenzione dei rischi, risolvendosi – appunto – in un indizio da poter valorizzare, insieme ad altri, nell'accertamento *ex post* del legame reato presupposto ed illecito amministrativo. L'organo della giurisdizione non può attingere soltanto ad essi, dal momento che la probabilità logica consente la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale. Per immaginare cosa sarebbe accaduto in una specifica vicenda, divenuta oggetto di accertamento nel processo, è necessario sapere cosa accade nei casi simili.

L'asserzione legittima l'uso di astrazioni scientifiche o esperienziali, che entrano nella successione teleologica degli atti attraverso la figura dell'esperto. Il coefficiente probabilistico della regolarità causale, rilevante ai fini della responsabilità penale, va stabilito nel processo penale, che è sicuramente sostanza, ma è anche forma, tempi e diritti fondamentali. Il modello di accertamento del nesso causale è strutturato sull'ipotesi (abduzione) inerente alla spiegazione degli accadimenti e la concreta caratterizzazione del fatto storico (induzione). All'interno di questa dimensione dialettica, l'induzione (il fatto) non è altro che il substrato storico sul quale va verificata l'ipotesi esplicativa, rispetto alla quale la difesa prospetta alternative ricostruzioni al fine di porre in discussione il legame logico tra elemento indiziante e regole scientifiche o di esperienza.

6. Le molteplici manifestazioni del diritto di difendersi provando si colgono, sia nella ricerca delle prove in grado di dimostrare una diversa ipotesi ricostruttiva, sia nell'attività dialettica di argomentazione circa le emergenze processuali, le regole di scienza o di esperienza da applicare. Se l'ente, con l'ausilio di un esperto, riesce a far venire meno la validità in concreto della regola scientifica utilizzata, è scardinata sul piano logico l'alta probabilità dell'imputazione causale. Da qui la centralità del confronto tra l'ipotesi ed i fatti.

Ma come si fa a risalire alla ricostruzione maggiormente rispondente alla concretezza dei connotati di ciascuna fattispecie?

Sicuramente, la congruenza dell'ipotesi dipende dalla corrispondenza ai fatti, a sostegno di una determinata situazione: quindi, il punto di partenza non può che essere costituito dagli stessi fatti. Sicché il *deficit* organizzativo sarà attribuibile all'ente come fatto proprio soltanto nell'ipotesi in cui sia stata esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, ed esso sia apparsa, sul versante probatorio, come condizione necessaria del reato presupposto.

A monte vi è la difficoltà di individuare un nucleo fattuale addebitabile, come specifico rimprovero, alla persona giuridica, considerata l'inadeguatezza della fattispecie a svolgere la funzione di orientamento dei comportamenti. Il riverbero, sul piano processuale, è la vaghezza della contestazione di una disorganizzazione – in chiave preventiva del reato – che, in quanto tale, è inidonea a configurare il titolo di coinvolgimento dell'ente nel fatto illecito e a tratteggiarne la

capacità processuale<sup>29</sup>. Eppure, essa è ritenuta sufficiente, non solo a rendere la persona giuridica protagonista di tutte le dinamiche dell'accertamento, ma – addirittura – a fondare l'autonomia della responsabilità nei casi in cui l'autore del reato presupposto non sia stato identificato, non sia imputabile ovvero il reato sia estinto per causa diversa dall'amnistia (*ex art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001*)<sup>30</sup>.

D'altronde, il ricorso alle presunzioni è uno dei risvolti processuali del vizio sistemico dell'indeterminatezza della fattispecie. Esso non soltanto nega la possibilità di comprendere le basi della contestazione e di esercitare la consapevole partecipazione al processo, nonché di apprestare una compiuta difesa, ma smentisce la regola fondamentale sull'onere della prova, la sua funzione epistemica e la sua natura spiccatamente pubblicistica. Gli effetti si risolvono in vere e proprie amputazioni della contestazione<sup>31</sup>, che consentono al pubblico ministero di sottrarsi al pieno assolvimento dell'onere, prima descrittivo e, poi, probatorio della fattispecie.

Nella prassi accade sovente che la prova dell'illecito amministrativo si appiattisca sull'accertata mancanza del modello organizzativo e sul conseguente risparmio di spesa quale tempo lavorativo da dedicare alla sua predisposizione ed attuazione, richiamando, genericamente, ulteriori voci di possibile risparmio di spesa: i costi sulle consulenze, sugli interventi strumentali e sulle attività di formazione e di informazione del personale; il tutto senza spiegarne la rilevanza.

Da qui non soltanto la mortificazione del diritto di difesa, ma il problema della legalità della prova, vale a dire, del suo oggetto, che non può non essere costituito da fatti: problema che inficia la legalità del ragionamento giudiziale, in quanto la necessità di definire i fatti si interseca con la questione dell'interpretazione della legge secondo un modello di indagine in cui induzione e abduzione si contrappongono dialetticamente. In particolare, la prima si sostanzia nel banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa nella prospettiva di una ricostruzione del fatto dotata di alta probabilità logica che, in caso di condanna, è tipizzata proprio nell'oltre ogni ragionevole dubbio. Spostando l'attenzione sulla funzione garantista della fattispecie e, quindi, sul versante dell'interpretazione e del cognitivismo processuale, è possibile coglierne il ruolo quanto alla delimitazione del campo entro il quale deve svilupparsi l'attività probatoria delle parti e l'opera valutativa del giudice.

Diversamente la genericità della fattispecie aziona un circolo vizioso di ordine sistematico. Essa rende "attaccabile" sul piano delle impugnazioni la sentenza di condanna, qualora il capo di imputazione si limitasse ad addebitare all'ente la mera assenza di un modello organizzativo, senza specificare in cosa sarebbe consistita la colpa di organizzazione, dalla quale sarebbe derivato il reato presupposto, che è cosa diversa dalla colpa riconducibile ai soggetti apicali autori del reato.

<sup>29</sup> G. FIORELLI, *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1264; G. GARUTI, *Contestazione dell'illecito amministrativo e udienza preliminare*, in *Resp. ammin. soc. ed enti*, 2006, n. 3, 8.

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2013, n. 20060, Rv. 255414; Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, Rv. 267048.

<sup>31</sup> P.P. DELL'ANNO, *Sub art. 59*, in A. PRESUTTI-A. BERNASCONI-C. FIORIO (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 510; G. FIORELLI, *La vocatio in iudicium dell'ente, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, cit., 1264.

In parole più chiare, la carente ed ambigua formulazione dell'addebito accusatorio si riverbera sulla motivazione<sup>32</sup>, che, a sua volta, si connoterà per carenza e contraddittorietà in punto di responsabilità dell'ente, per certi versi, sovrapponendo e confondendo la responsabilità da reato della persona fisica con la responsabilità da illecito amministrativo della persona giuridica. Nella maggior parte dei casi la motivazione sarà soltanto apparente, cioè, si limiterà ad affermare apoditticamente che gli imputati, essendo legali rappresentanti degli enti, hanno certamente operato nell'esclusivo interesse degli stessi, senza fornire adeguata argomentazione volta ad escludere che i rappresentanti abbiano agito nel proprio esclusivo interesse e senza valutare come il reato presupposto abbia procurato vantaggio alla persona giuridica.

D'altra parte, sono questi gli effetti scaturenti dall'uso di meccanismi presuntivi, fondati sull'*id quod plerumque accidit*, volti a rafforzare lo scopo repressivo del processo con buona pace dei contenuti di garanzia della motivazione<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Più in generale sulla funzione dell'imputazione, G. RICCIO, *Fatto e imputazione*, in *Quad. scienze pen.*, Napoli, 2005, 28.

<sup>33</sup> Sulla funzione dissuasiva del processo, C. IASEVOLI, *La funzione 'dissuasiva' del processo penale nel relativismo delle tecniche di bilanciamento*, in C. IASEVOLI (a cura di), *Scenari e trasformazioni del processo penale. Ricordando Massimo Nobile*, Napoli 2020, 363.

# Legittimazione della persona offesa ad impugnare l'ordinanza di revoca o sostituzione della misura coercitiva

CHIARA NAIMOLI

## ABSTRACT

*The Supreme Court ruling (n. 36754/2022) is an opportunity to reflect on the constitutional precept which establishes the general appeal to the Supreme Court (art. 111, co. 7, Cost.)*

SOMMARIO: 1. Premessa normativa. – 2. Contrasti interpretativi. – 3. La soluzione e le argomentazioni delle Sezioni unite. – 4. La ricorribilità costituzionale dei provvedimenti “sulla libertà personale”. – 5. *Legitimatio ad causam* a ricorrere in Cassazione. – 6. Art. 111, comma 7, Cost., norma di «stretta interpretazione» o presidio generale di ricorribilità.

1. Il legislatore, guidato da fonti sovranazionali<sup>1</sup> e animato dall'intento di riconoscere alla vittima di reati commessi con violenza alla persona un ampio raggio di diritti e facoltà processuali, con il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere<sup>2</sup>, e con la l. 19 luglio 2019, n. 69, modifica l'art. 299 c.p.p., predisponendo specifici meccanismi informativi e facoltà di intervento cartolare, a garanzia della persona offesa.

Nello specifico, si prevede che la richiesta di revoca o di sostituzione delle misure coercitive sia contestualmente notificata, a cura della parte richiedente, ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa, o in mancanza di questo, alla persona offesa (salvo che in quest'ultimo caso non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio), al fine di consentire, per il tramite di un contraddittorio che precede la decisione del giudice sull'istanza stessa, l'effettiva partecipazione

---

<sup>1</sup> Il riferimento è alla Convenzione di Istanbul, 11 maggio 2011, ratificata nel nostro ordinamento con L. 27 giugno 2013, n. 77, e alla direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, in materia di vittima del reato, attuata con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212. In quest'ultima, al considerando 19, si legge che «Scopo della presente direttiva è garantire che le vittime di reato ricevano informazione, assistenza e protezione adeguate e possano partecipare ai procedimenti penali». Ai sensi dell'art. 6 (paragrafi 1 e 2) il diritto di ottenere informazioni sul proprio caso è esteso tanto riguardo all'eventuale sentenza definitiva; quanto riguardo a tutte le informazioni che «consentono alla vittima di essere al corrente dello stato del procedimento», fatti salvi i casi eccezionali in cui tale comunicazione potrebbe pregiudicare il corretto svolgimento del procedimento. Inoltre (paragrafi 5 e 6), «Gli Stati membri garantiscono alla vittima la possibilità di essere informata, senza indebito ritardo, della scarcerazione o dell'evasione della persona posta in stato di custodia cautelare, processata o condannata che riguardano la vittima. Gli Stati membri garantiscono che la vittima riceva altresì informazioni circa eventuali pertinenti misure attivate per la sua protezione in caso di scarcerazione o evasione dell'autore del reato», a meno che tale notifica comporti un rischio concreto di danno per l'autore.

<sup>2</sup> Convertito con la L. 15 ottobre 2013, n. 119.

nel sub-procedimento cautelare, mediante la predisposizione di contributi conoscitivi potenzialmente condizionanti la decisione sull'adeguatezza della misura coercitiva applicata<sup>3</sup>.

2. Su tali premesse normative, sono sorti contrasti esegetici in seno alla giurisprudenza di legittimità, in ordine al rimedio da apprestare a tutela della persona offesa, allorché i diritti menzionati non siano stati garantiti; in particolare, il dubbio posto all'attenzione della Corte verte sulla legittimazione a proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa dal giudice procedente, a seguito dell'istanza che mira a modificare *in melius* il regime *de libertate* del soggetto sottoposto a restrizione, adottata senza che la persona offesa sia stata posta in condizione di interloquire sull'istanza stessa.

Secondo un primo indirizzo interpretativo<sup>4</sup>, valorizzando il contesto normativo e, quindi, l'avanzamento di tutela dei diritti e delle facoltà riconosciuti alla vittima di reato nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alle persone, in ragione del *vulnus* arrecato alle prerogative dell'offeso, si riconosce la legittimazione a ricorrere in Cassazione sulla falsariga delle norme che disciplinano nel corso del procedimento il relativo diritto di intervento e di interlocuzione. In particolare – posto che lo scopo dell'innovazione legislativa è tutelare la vittima anche dinanzi alla possibilità che il soggetto, cui i reati sono attribuiti, si renda ancora pericoloso, offrendo l'opportunità di apprestare preventivamente le proprie difese, per il tramite di elementi idonei a rappresentare situazioni che consiglino la revoca o la sostituzione richieste –, si sostiene la legittimazione a ricorrere in Cassazione «potendosi a tal fine richiamare, onde integrare la previsione di cui all'art.

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 299 co. 3 c.p.p. «Il pubblico ministero e l'imputato richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice, il quale provvede con ordinanza entro cinque giorni dal deposito della richiesta. La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio. Il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica, presentare memorie ai sensi dell'articolo 121. Decorso il predetto termine il giudice procede. [...]». Ai sensi dell'art. 299 co. 4-bis «[...] La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-bis, 282-ter, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio». Si nota come il sub-procedimento è funzionale a realizzare un contraddittorio cartolare che, ove effettivamente realizzato, condiziona le scadenze cronologiche della decisione, oltre a configurare struttura e perimetro della motivazione del provvedimento. Sul tema, in dottrina, si v. M. BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in A. Diddi, R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, 143 ss.; D. POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2014, p. 975 ss.; D. CERTOSINO, *Violenza di genere e tutela della persona offesa nei procedimenti de libertate*, in *Cass. pen.*, fasc. 10, 2016, 3753 ss.; A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. 2, 2014, p. 98 ss.; H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2013, 1 ss.

<sup>4</sup> A cui appartiene anche Cass. pen., sez. VI, sent. n. 6717 del 5 febbraio 2015, Rv. 262272, in sentenza si precisa che l'omesso avviso, nella misura in cui non ha consentito la suddetta interlocuzione, giustifica la proponibilità del ricorso per cassazione contro l'ordinanza che abbia deciso sulla richiesta invece che dichiararla, come imposto dalla legge, inammissibile. Cfr. anche Cass. pen., sez. V, n. 7404 del 20/09/2016, dep. 2017, D. P., Rv. 269445, in cui si chiarisce che non sono, invece, esperibili dalla persona offesa i rimedi del ricorso *per saltum*, le cui ipotesi sono tassativamente previste, e dell'appello *ex art. 310 c.p.p.*, riservato espressamente ai soggetti ivi indicate. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, n. 51402 del 28/06/2016, Z., non mass. e Cass. pen., sez. VI, n. 6864 del 09/02/2016, P., Rv. 266542.

311 c.p.p., le norme che riconoscono il diritto della persona offesa al contraddittorio cartolare, implicanti altresì la possibilità di dedurre il vizio inerente al mancato rispetto del contraddittorio»<sup>5</sup>.

Nella medesima direzione, in altra occasione la Cassazione – ponendo risalto alla sanzione dell'inammissibilità, prevista *ex lege* per l'ipotesi di omessa notifica della richiesta di sostituzione o revoca alla persona offesa – chiarisce che in mancanza di una specifica previsione che armonizzi la nuova disciplina con il sistema delle impugnazioni cautelari, la persona offesa può esperire il rimedio del ricorso per Cassazione sulla base della prescrizione di carattere generale di cui all'art. 111 Cost., comma 7» di talché sono sempre soggetti a ricorso i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale<sup>6</sup>.

Il contrario orientamento, invece, ponendo l'accento sul rigoroso rispetto del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, esclude che il diritto al ricorso per Cassazione possa trovare diretto fondamento nella previsione costituzionale di cui all'art. 111 co. 7 Cost.: «vero è che contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale deve sempre ritenersi ammesso il ricorso per cassazione, ma non è revocabile in dubbio che la norma sia a sua volta (anzi, ancor più) di stretta interpretazione, nel senso di imporre che i soggetti legittimati all'impugnazione siano solo colui che soffre la limitazione della propria libertà (ovvero il suo difensore) e l'organo chiamato a tutelare le ragioni – pubbliche – sottese all'esigenza eccezionale di limitare la libertà altrui»<sup>7</sup>. L'unico rimedio in capo alla vittima, esclusa la potestà di impugnare, resta quello delineato dall'art. 572 c.p.p., che dà facoltà di richiedere al pubblico ministero l'impugnazione del provvedimento adottato in violazione

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. VI, sent. n. 6864 del 22 febbraio 2016. E' evidente che la norma fa riferimento all'art. 409 co. 6 c.p.p. prima dell'innovazione normativa avvenuta con L. 23 giugno 2017, n. 103. Sulla ricorribilità cfr. anche Cass. pen., sez. I, sent. n. 51402 del 20 giugno 2016, Z., non mass.

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. V, sent. n. 7404 del 16 febbraio 2017, in particolare la persona offesa non si ritiene legittimata a proporre il rimedio dell'appello *ex art.* 310 c.p.p., tenuto conto che legittimati, in base alla indicazioni di legge «di stretta interpretazione» sono solo il pubblico ministero e l'imputato ed il suo difensore, pertanto non suscettibile di alcuna estensione analogica, in linea con il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, sancito dall'art. 568 co. 1 c.p.p.; al pari si nega possa ritenersi applicabile estensivamente la fattispecie del rimedio del "ricorso *per saltum*" previsto dall'art. 311 co. 2 c.p.p. «atteso che - a prescindere dalla testuale previsione, anch'essa di stretta interpretazione, della esperibilità di tale rimedio da parte dell'imputato e del suo difensore [...] in ogni caso, il ricorso immediato, ai sensi della suddetta disposizione, è ammesso specificamente soltanto contro le ordinanze che dispongono una misura coercitiva.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, n.54319 del 17 maggio 2017, Rv 272005. Commentata da A. MARANDOLA, *Sui possibili rimedi in caso di revoca o sostituzione della misura cautelare e mancato avviso alla persona offesa*, in *Ilpenalista.it*, 5 febbraio 2018. E da L. PIRAS, *Persona offesa di un reato commesso con violenza alla persona e mancato avviso della istanza di revoca di una misura coercitiva: quale rimedio?*, in *Diritto & Giustizia*, 2017, fasc.196, 6. A parere della Corte richiamata (n. 54319/2017), nonostante nella sentenza n. 6864 del 2016, afferma che si potrebbe tener conto dell'interpretazione costituzionalmente orientata formatasi sull'art. 409 c.p.p. in tema di omessa notifica della richiesta di archiviazione alla persona offesa (in punto di riconoscimento a quest'ultima del diritto ad impugnare il decreto di archiviazione nell'ipotesi di omesso avviso, oltre i limiti della espressa previsione della norma); al contrario «non può tralasciarsi il dato che con la sentenza n. 353 del 1991 la Corte costituzionale ritenne che tale estensione era già ricavabile dal sistema (nella misura in cui riconosceva espressamente alla parte offesa, proponente opposizione, la legittimazione a ricorrere per cassazione); quindi, in tanto è stato possibile alla Consulta introdurre un'ulteriore ipotesi di ricorso per cassazione a tutela delle ragioni della persona offesa in quanto, in materia di archiviazione, tale rimedio già esisteva, sì da poter pervenire ad una ragionevole disciplina d'insieme. Il che, a parere della Cassazione richiamata, non si riscontra nel caso in esame dove rimedi siffatti non si rinvenivano in alcuna disposizione normativa; tanto da aver portato questa Corte ad affermare, in via generale, che "il ricorso per cassazione presentato da persona offesa che non sia costituita parte civile va dichiarato inammissibile perché proposto da non avente diritto, non essendovi alcuna previsione normativa che legittima tale impugnazione"» (Cfr. Cass. pen., sez. V, sent. n. 17802 del 14 marzo 2017, M., Rv 269714).

dei diritti di partecipazione della persona offesa. In tal modo il pubblico ministero resta l'organo istituzionalmente preposto a “mediare” le richieste di impugnazione della vittima.

Non propriamente espressione dell'orientamento minoritario<sup>8</sup>, nonostante neghi il diritto a ricorrere in Cassazione, altra pronuncia la Suprema corte<sup>9</sup> decreta l'inammissibilità del ricorso proposto *per saltum* dalla persona offesa non già, però, contro l'ordinanza *ex art. 299 c.p.p.*, ma contro il provvedimento di inammissibilità della richiesta che quell'ordinanza fosse revocata appunto perchè adottata in violazione delle prerogative della persona offesa. Si osserva, in quell'arresto, che contro i provvedimenti di sostituzione o modifica delle misure cautelari è ammesso esclusivamente il rimedio dell'appello, essendo il rimedio del ricorso *omisso medio* attivabile «soltanto contro le ordinanze che dispongono una misura coercitiva e solo nel caso di violazione di legge nonché, *ex art. 568 co. 2 c.p.p.*, contro i provvedimenti concernenti lo *status libertatis* non altrimenti impugnabili». In sostanza, la Corte ritiene che la persona offesa avrebbe dovuto impugnare dinnanzi al tribunale il provvedimento di modifica della misura cautelare adottato senza che la richiesta le fosse stata previamente notificata e non già chiedere allo stesso giudice la revoca del provvedimento per poi impugnare la declaratoria di inammissibilità di tale ultima richiesta, riconoscendo, pertanto, il diritto ad impugnare nel merito dinanzi al giudice dell'appello cautelare.

Dinanzi a tale contrasto in ordine alla proposizione del rimedio, viene rimessa la questione alle Sezioni unite<sup>10</sup>.

3. Si è ben consapevoli che si tratta, all'evidenza, di un quesito che implica problemi di non poco momento, atteso che l'annullamento di un'ordinanza *de libertate* formalmente viziata, comporta giocoforza il ripristino dello *status quo ante*, nuovamente valutabile solo una volta garantito il contraddittorio pretermesso; con il risultato di introdurre possibili forme di limitazione della libertà personale, sia pure nei confronti di soggetti già in precedenza gravati da restrizioni, sulla base di iniziative imputabili a parti private, piuttosto che all'ufficio del Pubblico Ministero<sup>11</sup>.

Ed è forse per tale ragione che il Supremo collegio riunito ritiene di aderire all'indirizzo interpretativo minoritario, che nega alla vittima dei reati commessi con violenza alla persona il potere di impugnare il provvedimento con cui il giudice decide su una richiesta di revoca o sostituzione di una misura cautelare, tanto nel caso di omessa notifica della richiesta, quanto in quello di inosservanza del termine dilatorio di due giorni, normativamente accordato per presentare memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p.<sup>12</sup>.

Di fronte al silenzio della legge non si ritiene percorribile in via interpretativa una soluzione diversa da quella di ritenere che l'inosservanza del termine dilatorio resti priva di conseguenze e che il provvedimento adottato in violazione della disposizione posta a tutela del diritto partecipativo della persona offesa sia comunque valido: l'unico rimedio a disposizione della persona offesa è «chiedere al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 572 c.p.p., di proporre impugnazione». Le Sezioni Unite

<sup>8</sup> Come ha precisato la stessa Cass. pen., sez. un., n. 36754/2022, in commento.

<sup>9</sup> Cass. pen., sez. V, n. 35735 del 31/03/2015, Rv. 265866.

<sup>10</sup> V. l'ordinanza di rimessione Cass. pen., ord. n. 5551 del 16 febbraio 2022.

<sup>11</sup> Tanto rilevato da Cass. pen., sez. V, sent. n. 54319 del 1 dicembre 2017.

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. un., sent. n. 36754 /2022.

ritengono, quindi, di aderire all'indirizzo interpretativo minoritario, che nega alla vittima dei reati commessi con violenza alla persona il potere di impugnare il provvedimento con cui il giudice decide su una richiesta di revoca o di sostituzione di una misura cautelare.

Nelle argomentazioni poste a sostegno della tesi prescelta, assume rilevanza il profilo soggettivo del principio di tassatività delle impugnazioni: la legge non si limita a rivendicare a sé la determinazione dei casi nei quali i provvedimenti sono soggetti ad impugnazione e ad indicare il mezzo con cui possono essere impugnati; ma aggiunge che “il diritto di impugnazione spetta soltanto a colui al quale la legge espressamente lo conferisce”, specificando che “se la legge non distingue tra le diverse parti, tale diritto spetta a ciascuna di esse”.

Posto che – si ribadisce in sentenza – la persona offesa non assume la qualifica di parte del procedimento cautelare<sup>13</sup>, e che l'attribuzione del diritto di impugnazione a soggetti che non sono parti debba avvenire *ex lege*, con previsione che «non si presta ad interpretazioni estensive e meno che mai ad applicazioni analogiche», non può che rilevarsi l'assenza della persona offesa tra i soggetti legittimati all'impugnazione dei provvedimenti adottati sulle richieste di revoca o di sostituzione delle misure cautelari.

Del resto – precisano le Sezioni unite –, l'art. 310 c.p.p. dispone che l'appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali spetta al pubblico ministero, all'imputato e al suo difensore; non potendo meritare considerazione la tesi secondo cui l'ordinanza *ex art. 299 c.p.p.*, se emessa in violazione delle disposizioni che consentono l'intervento dell'offeso, può essere appellata dinnanzi al tribunale.

Parimenti, l'art. 311 prevede la possibilità, sempre per gli medesimi soggetti, di proporre ricorso per cassazione contro le ordinanze emesse, nella stessa materia, in sede di appello, riservando il ricorso diretto per cassazione, unicamente contro le ordinanze applicative di misure coercitive, all'imputato e al suo difensore.

Inoltre – aggiunge il Supremo collegio – non si può neanche far richiamo, per eludere la puntuale indicazione dei soggetti legittimati, al disposto dell'art. 111 co. 7 Cost., «perché la previsione costituzionale assicura la garanzia oggettiva del controllo di legittimità su ogni provvedimento in materia di libertà personale, ma non in favore di qualsivoglia soggetto: essa non si occupa in alcun modo del tema dei legittimati al ricorso e non può dunque essere utilizzata per ampliarne, in difformità alle previsioni di legge, la platea»<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Le Sezioni unite chiariscono che l'attribuzione della qualifica di parte non può costituire la premessa per il riconoscimento del potere di impugnazione, ma deve essere il risultato di un attento esame della fisionomia normativa dei poteri e delle facoltà del soggetto. Sarebbe inficiato da un evidente vizio logico l'argomento che pretendesse di assegnare la qualità di parte in ragione della rafforzata tutela della posizione della vittima, che certo il legislatore della novella del 2013 ha inteso introdurre nel sistema con specifico riguardo al sub-procedimento cautelare iniziato da una richiesta di revoca o di sostituzione, per poi trarre la conclusione in punto di poteri d'impugnazione. Con riferimento al procedimento cautelare non può che rilevarsi l'assenza di un ruolo partecipativo ad ampio spettro, bensì di un margine di intervento ridotto ed episodico, non espressivo, pertanto, di una posizione di interesse che possa giustificare l'attivazione di rimedi impugnatori non previsti *ex lege* (Cosi paragrafo 7, e 7.1, Cass. pen., sez. un., sent. n. 36754/2022 in commento).

<sup>14</sup> In motivazione, paragrafo 6, Cass. pen., sez. un., sent. n. 36754/2022 in commento.

E' evidente che il rimedio prospettato dalle Sezioni unite, incardinato nella sola sollecitazione al pubblico ministero quale organo di «mediazione» delle richieste della persona offesa, a proporre impugnazione, non appare in grado di offrire tutela al diritto violato, sotto molteplici profili.

L'attribuzione alla persona offesa di un diritto di informazione e di interlocuzione, mediante l'instaurazione di un contraddittorio cartolare, non accompagnata da un rimedio effettivo in caso di relativa inosservanza, assume di fatto una valenza meramente *canzonatoria*<sup>15</sup>. Peraltro, nulla esclude che, pur sollecitato, il pubblico ministero non formuli la richiesta d'appello; o che sia lui stesso – come nel caso rimesso alle Sezioni unite – ad aver richiesto l'adozione dell'atto in ipotesi lesivo dei diritti della vittima; o che si sia già espresso favorevolmente alla revoca o alla sostituzione della misura.

Al di là delle perplessità appena menzionate (pur auspicando un futuro intervento del legislatore per colmare la lacuna ed assegnare effettività al meccanismo di interlocuzione introdotto), la sentenza in esame offre l'occasione per riflettere su talune affermazioni che coinvolgono il disposto normativo che consacra nel tessuto costituzionale la garanzia della generale ricorribilità delle sentenze e dei provvedimenti *de libertate* per violazione di legge (art. 111 co.7 Cost.).

A guidare la riflessione critica, perciò, sono non tanto le conclusioni cui giungono le Sezioni unite, quanto le argomentazioni che il Collegio porta a sostegno di quelle.

La lettura offerta dalla Cassazione del presidio costituzionale è, infatti, volta a circoscrivere la garanzia ivi contenuta, escludendo che la persona offesa possa essere legittimata a ricorrere in Cassazione, a cagion del fatto che essa spetti unicamente all'imputato (o al difensore) e al pubblico ministero. Ma giunge a tale conclusione, per il tramite di insidiose considerazioni sul complesso meccanismo che regola le impugnazioni, aprendo potenzialmente la strada, in tale delicato contesto, a futuri fallaci scivolamenti interpretativi, in proiezione nomofilattica.

Le Sezioni unite ritengono «dirimente» il profilo soggettivo del principio di tassatività delle impugnazioni: «la legge può attribuire il diritto di impugnazione anche a soggetti che non sono parti, ma ciò deve fare espressamente e, quindi, con previsione che non si presta ad interpretazioni estensive e meno che mai ad applicazioni analogiche». A parere della Corte, non si potrebbe far richiamo per «eludere» la puntuale indicazione dei soggetti legittimati, al disposto dell'art. 111 co. 7, Cost., perché la previsione costituzionale, non menzionando i soggetti legittimati al ricorso, non può costituire un appiglio normativo per ampliare la *legitimitatio ad causam* a ricorrere in Cassazione, in difformità alle previsioni di legge.

Da ciò, una serie di considerazioni.

4. Dalla lettura del dettato costituzionale è possibile cogliere l'accentuato aspetto di garanzia individuale del precetto nell'unificazione all'interno un'unica proposizione normativa del ricorso avverso le *sentenze* e di quello contro i *provvedimenti sulla libertà personale*<sup>16</sup>; ipotesi poste, almeno

---

<sup>15</sup> In questi termini l'ordinanza di remissione alle Sezioni unite, Cass. pen., ord., del 16 febbraio 2022, n. 5551.

<sup>16</sup> L'art. 111 co. 7 Cost., «rappresenta l'unica guarentigia riconosciuta all'imputato, a livello costituzionale, onde far valere il proprio diritto di libertà di fronte ai provvedimenti restrittivi dell'autorità giudiziaria che egli assuma adottati *contra legem*» così M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, 3<sup>a</sup> ed., vol. II, Milano 1984, 228; V. GREVI, *voce Libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano 1974, 232.

*prima facie*, sul medesimo piano ideologico e funzionale, mediante il sindacato *limitato* alla violazione di legge<sup>17</sup>.

A cagione dell'ampia discussione in sede di Assemblea costituente e della (solo) successiva unificazione in un unico comma<sup>18</sup>, in dottrina si è valorizzata la dimensione soggettiva di tutela nella ricorribilità dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale, realizzante una sorta di versione continentale dell'*habeas corpus*, come garanzia individuale<sup>19</sup>.

In armonia con la duplice riserva espressa nell'art. 13 Cost., e con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., è evidente che la norma si incardina nel percorso che storicamente muove dal riconoscimento del controllo di legittimità quale strumento di tutela avverso i provvedimenti limitativi della libertà personale. E', quindi, facilmente intuibile che il rimedio costituzionalmente previsto contro tali provvedimenti sia funzionale a proteggere i singoli contro eventuali abusi del potere giudiziario<sup>20</sup>, determinando una copertura che garantisca il controllo di legittimità a tutela di posizioni giuridiche individuali<sup>21</sup>. Tuttavia, è altrettanto vero che – stando al dato letterale – il rimedio è concesso contro i provvedimenti *sulla* libertà personale, e quindi, non soltanto contro i provvedimenti restrittivi, ma anche contro quelli liberatori, rispetto ai quali il

<sup>17</sup> E. LUPO, *La Corte di cassazione nella costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 11, 4444. Cfr. anche IDEM, *Il ruolo della cassazione: tradizione e mutamenti*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, 7 «La complessità del testo approvato, nel quale confluiscono concezioni indubbiamente non omogenee, non consente tuttavia di dubitare dell'unitarietà del ruolo assegnato alla Corte di cassazione, la cui funzione di nomofilachia trova espressione a fronte dell'impugnazione di provvedimenti in materia di libertà personale non meno che in presenza dell'impugnazione di una sentenza, come conferma la circostanza che anche nel primo caso il ricorso è ammesso limitatamente all'ipotesi di violazione di legge».

<sup>18</sup> V. DENTI, *La magistratura*, Art. 111, in V. Denti, G. Neppi Modona, G. Berti, P. Corso, in *Commentario della Costituzione* a cura di F. Branca, Bologna 1987, Tomo IV, 14 ss.; IDEM, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.*, 1987, V, 232 «la prima parte della norma risale alla ricordata proposta di Calamandrei, nel corso dei lavori della seconda commissione ... La seconda parte risale, invece, ad una proposta di Giovanni Leone, mirante a generalizzare la tutela contro i provvedimenti limitativi della libertà personale, rafforzando le garanzie sancite dall'art. 13. Mentre nella formulazione Leone l'ipotesi del ricorso contro le sentenze e quella del ricorso contro i provvedimenti sulla libertà personale erano oggetto di due commi separati, la commissione pervenne a fonderle in un'unica proposizione, senza probabilmente avvertire la possibile confusione concettuale che ne sarebbe derivata tra i due tipi di garanzia». Cfr. C. IASEVOLI, *La Cassazione penale "giudice dei diritti". Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 46 «L'analisi testuale va condotta, scindendo la valenza semantica della norma nelle due autonome articolazioni: l'una ha ad oggetto il ricorso contro i provvedimenti sulla libertà personale, l'altra riguarda l'applicazione dello strumento avverso le sentenze. Si tratta di garanzie che si muovono su versanti diversi: la prima, sotto il profilo della tutela, costituisce un rafforzativo della dimensione soggettiva della libertà personale; la seconda rivela una simmetria interna al disposto di cui all'art. 101, co. 2 Cost., che, dal punto di vista di esercizio della funzione di *ius dicere*, statuisce il limite nell'osservanza della legge e, nell'ipotesi immediatamente speculare, di inosservanza della stessa, offrendo il rimedio di ripristino della legalità, laddove, non siano applicabili strumenti alternativi».

<sup>19</sup> Così V. DENTI, *La magistratura*, Art. 111, cit., 14; IDEM, *L'art. 111 della Costituzione*, cit., 232; cfr. anche A. ANDRONIO, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto M. Olivetti, III, Torino 2006 agg., *Sub art. 111*, 13.

<sup>20</sup> V., infatti, nel senso che l'art. 111 co. 7 Cost. tutelerebbe lo *ius litigatoris* e non lo *ius constitutionis*, F. CIPRIANI, *La scomparsa di Carlo Lessona e la Cassazione di Piero Calamandrei (Le acrobatiche piroette di uno scolaro che non dimentica)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, 39, il quale esclude che la funzione nomofilattica, prevista dall'art. 65 ord. giud., sia stata recepita nell'art. 111 Cost.; G. VERDE, *In difesa dello ius litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 10 ss.; G. OLIVIERI, *Il quesito di diritto nel procedimento davanti alla corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2008, 1579; G. SCARSELLI, *Le novità per il processo civile. Il processo in cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, 313; E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 1960, 208.

<sup>21</sup> D. VIGONI, *Ricorso per cassazione, Prove e misure cautelari*, a cura di A. Scafati, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, volume II, Milano 2009, 561 ss.

potenziale ricorrente non è l'imputato ma il pubblico ministero<sup>22</sup>. Potendosi, altresì, discutere intorno alla prevalenza o meno di una interpretazione formalistica, nel senso che debba trattarsi dei provvedimenti che incidono «direttamente» sulla libertà, ovvero anche di provvedimenti che producono questo effetto sostanzialmente, o in via mediata<sup>23</sup>. Peraltro, di lì a poco all'entrata in vigore della norma costituzionale, una risalente pronuncia a Sezioni unite<sup>24</sup> precisava che il significato di tale opzione terminologica andasse ricostruito con il rinvio al carattere dei provvedimenti. Da qui l'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 111 co. 7 Cost., fino a comprendere ogni provvedimento del giudice, il cui contenuto decisorio risultasse idoneo ad influire sui diritti inviolabili dell'uomo<sup>25</sup>, determinando un'incidenza sulla libertà personale dell'interessato, intesa anche nel senso di libertà di autodeterminazione della propria condotta<sup>26</sup>.

La tesi diffusa in giurisprudenza<sup>27</sup> e ribadita dal Sezioni unite in esame, che circoscrive, invece, l'area della ricorribilità dei provvedimenti per i quali si prevede la copertura costituzionale del controllo di legittimità a quelli incidenti sulla *limitazione* della libertà personale, pur apprezzabile nell'ottica garantistica, conduce tuttavia ad interpretare la norma costituzionale con un approccio ermeneutico diversificato a seconda delle parti della disposizione su cui si ripone l'attenzione: se si tratta di "sentenze" si plasma il termine nell'ottica sostanzialistica che prescinde dalla relativa forma del provvedimento, rilevando la decisorietà e definitività dello stesso; se si tratta di provvedimenti *de libertate* lo si circoscrive in chiave assiologica, riservando la garanzia ai provvedimenti limitativi delle libertà personale.

Insomma si potrebbe discutere se la norma, nel prevedere il diritto al controllo di legittimità a tutela della giustizia e correttezza della decisione, debba intendersi limitata ai tipici provvedimenti restrittivi o totalmente privativi della libertà personale, o estesa a tutte le pronunce che comprimano o riducano il potere del cittadino di autodeterminare la propria condotta<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., 357; R. GIUSTOZZI, *Le impugnazioni*, in E. Fortuna, S. Dragone, E. Fassone, R. Giustozzi, a. Pignatelli, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 3° ed., Padova, 1999, 1174 ss., l'A. ritiene che siano ricorribili per Cassazione, non solo i tipici provvedimenti restrittivi e totalmente privativi della libertà personale, ma tutte le pronunce che, in modo apprezzabile, limitino o riducano il potere del cittadino di autodeterminare la propria condotta.

<sup>23</sup> Sul tema v. una risalente pronuncia Cass. pen., sent. n. 1176 del 1984, con nota di STURLA.

<sup>24</sup> Cass. Sez. un. 30 luglio 1953, in *Foro it.*, 1953, 1240.

<sup>25</sup> Cfr. D. VIGONI *Ricorso per cassazione*, cit., 55. Sul tema cfr. dottrina risalente al vecchio codice G. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico*, vol. I, Milano 1965, 318, per cui l'impugnabilità dei provvedimenti *de libertate* si riferisce a quei provvedimenti che statuiscono direttamente sulla libertà personale; non rientrando nell'area della ricorribilità oggettiva di cui all'art. 111 co. 7 Cost., i provvedimenti aventi un oggetto diverso, ancorché essi possano importare di riflesso conseguenze in ordine alla privazione della libertà dell'imputato.

<sup>26</sup> V. tra le tante Cass. pen., sez. I, sent. n. 18375 del 9 maggio 2022, n. 18375, nella quale si precisa che se per un verso il provvedimento del Magistrato di sorveglianza che ha negato l'autorizzazione al lavoro non è passibile di appello dinnanzi al Tribunale di sorveglianza, per il semplice fatto che il rimedio della impugnazione di merito non è previsto dalla legge (tenuto conto che una diversa soluzione violerebbe il principio di tassatività oggettiva delle impugnazioni); per altro verso, considerando la relativa incidenza sulla libertà personale dell'interessato, intesa nel senso di libertà di autodeterminazione della propria condotta, è suscettibile di ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 111 co. 7, Cost. Cfr. anche Cass. pen., sez. I, sent. n. 52134 del 07 novembre 2019, Rv. 277884; Cass. pen., sez. I, sent. n. 25639 del 21 maggio 2013, Rv. 255922; Cass. pen., sez. I, sent. n. 11578 del 05 febbraio 2013, Rv. 255309; Cass. pen., sez. I, sent. n. 108 del 30 novembre 2012, dep. 2013, Rv. 254166; Cass. pen., sez. I, sent. n. 45581 del 23 novembre 2007, Rv. 238919.

<sup>27</sup> *Ex multis* Cass. pen., sez. V, sent. n. 54319 del 17 maggio 2017, RV 272005.

<sup>28</sup> R. GIUSTOZZI, *Le impugnazioni*, cit., 1174

Vero è che – come si accennava – nel testo costituzionale sono confluite concezioni non omogenee, che si riflettono nell'unificazione solo successiva delle due parti della disposizione (quella riferita alle sentenze e quella riferita ai provvedimenti sulla libertà personale); ma è altrettanto vero che il presidio costituzionale dell'art. 111 co. 7 Cost. è rimasto inalterato anche dopo l'intervento riformatore del 1999<sup>29</sup>, consegnando un'armonica ricostruzione della garanzia del ricorso contro i provvedimenti ivi indicati, nel quadro del giusto processo, le cui interpolazioni si muovono in direzione di valorizzazione della dialettica processuale e del principio di parità delle parti.

5.L'assenza nell'art. 111 co. 7 Cost., di un riferimento esplicito ai soggetti legittimati (peraltro in coerenza con la connotazione generalizzante dell'intera disposizione, oltre che con il carattere di superlegge proprio dei precetti costituzionali), non può condurre a ritenere che la norma non si occupi "in alcun modo del tema dei legittimati al ricorso".

Tra le maglie di tale presidio la *legitimatio ad causam* si sovrappone con la valutazione della sussistenza di un interesse obiettivo all'impugnazione. La fisiologica interrelazione dei due presupposti<sup>30</sup>, in assenza di una previsione legale che attribuisce espressamente il diritto di impugnare ad una parte specifica o a tutte, ma in presenza di una norma costituzionale che in chiave generalizzata riconosce tale garanzia, determina quella fusione nell'unica valutazione dell'interesse quale elemento costitutivo della titolarità del diritto<sup>31</sup>, plasmato sulla tutela delle posizioni individuali e degli interessi legittimi, sugli scopi che sorreggono la proposizione dell'impugnazione, e sulla congruenza del mezzo alla rimozione degli effetti che si assumono pregiudizievoli.

A conferma di ciò, l'art. 568 co. 2 c.p.p. consacra in capo a tutte le parti la legittimazione e l'interesse (astratto) a ricorrere per Cassazione, in linea con la mancanza di una espressa precisazione in Costituzione circa la legittimità soggettiva.

Per la lettura congiunta della garanzia costituzionale e delle previsioni codicistiche, la titolarità del diritto di impugnare trova effettivo fondamento non tanto nella previsione di legge che lo riconosce, quanto nella trasposizione in quella dell'implicito interesse ad impugnare quel provvedimento; tale riconoscimento plasma l'impugnabilità oggettiva e soggettiva in funzione delle esigenze di tutela costituzionalmente garantite<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Legge costituzionale n. 1 del 22 novembre 1999.

<sup>30</sup> Cfr. GIUS. SABATINI, *Il pubblico ministero*, cit., 11, secondo l'A. la legittimazione viene definita come la posizione di cui un soggetto processuale resta investito «in conseguenza della valutazione normativa degli interessi regolati»; e IDEM, *Sul concetto di interesse processuale*, cit., 166 ss. Il quale nel rilevare l'interconnessione, precisa che legittimazione ed interesse non sono confusi tra loro: la legittimazione all'impugnazione appartiene alla statica giuridica, mentre l'interesse alla dinamica giuridica.

<sup>31</sup> E' del resto il fondamento della possibilità di rilevare l'abnormità in cassazione. Cfr. C. IASEVOLI, *Il sistema delle impugnazioni e il provvedimento abnorme*, in *Le impugnazioni penali*, G. Canzio – R. Bricchetti (a cura di), Milano, 2019, 37 «Fuori dall'area dell'art. 568 c.p.p., l'interesse diviene, invece, elemento costitutivo del diritto di impugnazione, vale a dire, il presupposto della titolarità. In questo caso, la nozione di utilità non è più rispondente a fornire il criterio per qualificare il requisito, poiché ora non si tratta più di eliminare dal campo le impugnative dilatorie, bensì di stabilire il criterio di contemperamento fra due diverse esigenze: tutelare i diritti delle parti contro le conseguenze dannose delle decisioni ingiuste e ricondurre il processo penale nei binari della legalità. Sicché, per ammettere la parte ad impugnare occorre che si dimostri che la decisione sia idonea a ledere un diritto».

<sup>32</sup> In una risalente sentenza della Cassazione (Cass. pen., sez. un., 30 novembre 1974, Fazioli, in *Foro it.*, 1975, II, 41) in tema di riqualificazione del messo di impugnazione si afferma che i principi della tassatività e dell'unicità dell'impugnazione contemplanò l'impugnabilità oggettiva del provvedimento, in quanto stabiliscono i provvedimenti

Ciò trova conferma, tra l'altro, nelle tendenze giurisprudenziali volte a temperare il principio di tassatività verso interpretazioni estensive o analogiche delle fattispecie processuali quando si tratti di sopperire ad un'evidente deficienza del sistema tale da assumere, se non colmata, i tratti di disciplina la cui lettura sarebbe costituzionalmente non giustificabile ed irragionevole. Si pensi alla risalente pronuncia della Corte costituzionale<sup>33</sup> che ha riconosciuto alla persona offesa il diritto ad impugnare, mediante ricorso per Cassazione, il decreto archiviativo nell'ipotesi di omesso avviso della richiesta di archiviazione, oltre i limiti di espressa previsione della legge allora vigente<sup>34</sup>.

Pertanto, fondandosi su esigenze di razionalizzazione delle posizioni giuridiche individuali e collettive potenzialmente lese dall'adozione di un provvedimento, la regola della tassatività attribuisce il diritto di impugnare in forza dell'oggettivazione<sup>35</sup> dell'interesse, ma per le sentenze e i provvedimenti *de libertate* non può escluderlo: ancorché il contesto normativo non assegni espressamente la relativa titolarità soggettiva e oggettiva, per il tramite della regola generale *ex art. 111 co. 7 Cost.* l'accesso alla Corte costituisce diritto del soggetto che ha interesse a rimuovere una decisione a lui pregiudizievole.

6. Nella pronuncia in commento è evidente l'influsso delle precedenti affermazioni della Corte (ancorché non letteralmente riportate) esplicative dell'orientamento condiviso dalle Sezioni unite in ordine alla ricostruzione del presidio della generale ricorribilità costituzionale come norma, invece, di «stretta interpretazione»<sup>36</sup>.

Invero, con l'introduzione del precetto costituzionale, si è inteso determinare (come dimostrano le discussioni in seno all'Assemblea costituente) non tanto una inconsiderata sovversione del sistema delle impugnazioni, quanto piuttosto adeguare le esigenze di giustizia ai nuovi valori impressi nella Carta costituzionale<sup>37</sup>.

Sin dai primi anni di vita della Costituzione, dottrina e giurisprudenza (salvo un iniziale tentennamento<sup>38</sup>) hanno pacificamente riconosciuto la natura immediatamente precettiva dell'art. 111 Cost., sostenendo che la norma si inserisce direttamente nel sistema delle norme processuali (civili e

---

impugnabili e il mezzo di impugnazione al quale ogni provvedimento è sottoposto, ma non concernono l'esercizio del diritto di impugnazione, pur essendo questo strettamente collegato al mezzo; la sentenza ha offerto una innovativa chiave di lettura del rapporto tra tassatività ed esercizio del diritto all'impugnazione, destinata ad influenzare la stesura e l'esegesi futura della formulazione di cui all'art. 568 co. 5 c.p.p. Si precisa, inoltre, che tale ricostruzione è coerente con il necessario impulso di parte nella scelta di sottoporre a critica un determinato provvedimento mediante impugnazione. La Corte costituzionale ha, in tema, chiarito come l'impugnazione del pubblico ministero debba ritenersi priva del carattere di obbligatorietà che connota invece l'esercizio dell'azione penale (Corte cost., sent. n. 280 del 28 giugno 1995).

<sup>33</sup> Corte cost. n. 353 del 1991.

<sup>34</sup> *Contra* cfr. Cass. pen., sez. V, n. 54319 del 17/5/2017, P.O. in proc. B. e altri, Rv. 27005, v. nota 7.

<sup>35</sup> La previsione normativa della impugnabilità dei provvedimenti nei singoli casi delinea l'oggettivazione degli interessi di parte. Al riguardo Leone (tra le maglie del codice abrogato) ritiene che il legislatore, nel disciplinare le varie impugnazioni, ha considerato il relativo interesse dei singoli soggetti ed, in esito, ha segnato i limiti delle impugnazioni. In tal senso l'interesse sussiste non allorché colui che abbia il diritto è, o si sente, gravato dalla decisione, ma allorché la legge ritiene che egli sia gravato. (G. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, Napoli 1935, 279).

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. V, n. 54319 del 1 dicembre 2017.

<sup>37</sup> In questi termini M. SEVERINO, *Il sistema delle impugnazioni penali dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 Costituzione*, in *Foro it.*, 1952, vol. 75, 40.

<sup>38</sup> Cass. civ., sez. un., 14 luglio 1948, Carboni c. Reitano, in *Foro it.*, 1948, I, 721, con osservazioni critiche di G. PESCATORE; Cass. pen., sez. un., 15 maggio 1948, in *Foro it.* 1949, II, 32 che avevano attribuito al precetto valore meramente programmatico.

penali) sulle impugnazioni in generale e sul ricorso per cassazione in particolare<sup>39</sup>, a cagione del comando perentorio che contiene, del precetto di competenza e del manifesto maggior vigore, immediatezza e certezza di effetti con cui il potere costituente è intervenuto nella costituzione dell'ordinamento giurisdizionale<sup>40</sup>.

L'efficacia innovativa del principio (che ha condotto agli aggiustamenti normativi ad opera della l. n. 517 del 1955)<sup>41</sup> si mostra in tutta chiarezza in rapporto al principio di tassatività consacrato nell'art. 190 c.p.p. del 1930, palesando la difficoltà di coniugare la regola per cui taluni provvedimenti sono ricorribili nei *solis casu* tassativamente previsti dalla legge, con quella opposta per cui essi siano *sempre* ricorribili per violazione di legge. È chiaro che se è la legge a prescrivere quali siano i provvedimenti impugnabili, senza margini di discrezionalità interpretativa, quell'impegno tassativo potrebbe subire un ridimensionamento in virtù del precetto costituzionale.

Invero, il riconoscimento della natura immediatamente applicativa della norma, implica che il sistema delle impugnazioni dei provvedimenti del giudice sia segnato congiuntamente dalle disposizioni codicistiche in punto di tassatività e dall'art. 111 co. 7 in punto di ricorribilità. Se ne può trarre un ribaltamento della regola per cui i provvedimenti che la legge non dichiara espressamente soggetti ad un determinato mezzo di impugnazione siano inoppugnabili (prima espressamente riprodotta tra le maglie del vecchio art. 190 c.p.p. 1930), quale (fondamentale) esplicazione del principio di tassatività. Del resto, autorevole dottrina tra le maglie del vecchio codice non ha mancato di evidenziare come il capoverso in questione rappresentasse la vera norma sostanziale disciplinante la materia dell'impugnabilità oggettiva, al punto che la prima parte dell'articolo poteva risultare, senza conseguenza alcuna, da questa assorbita<sup>42</sup>.

D'altronde, se non si vuole convenire che l'introduzione della norma costituzionale abbia determinato un capovolgimento del binomio regola-eccezione (sovvertendo la regola generale della non impugnabilità dei provvedimenti *salvo l'espressa impugnabilità*, in generale ricorribilità *ex art. 111. Cost.*, in quanto conclusione che sconta la pretesa di associare all'istituto dell'impugnazione natura eccezionale)<sup>43</sup>; in ogni caso l'ingresso nel sistema delle impugnazioni dell'art. 111 (allora)

<sup>39</sup> Cfr. E. BATTAGLINI, *Appunti sull'applicazione pratica dell'art. 111 del secondo comma della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1950, 449.

<sup>40</sup> Così Cass. civ., sez. un., n. 838, del 9 aprile 1949, cit., "perché, in realtà, non si vede quale altro provvedimento o quale altro organo dovesse o potesse intervenire onde pervenire alla realizzazione della più ampia tutela giurisdizionale".

<sup>41</sup> Dalla relazione del Guardasigilli al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati, emerge che l'intento del legislatore di tale novella sia quello di adeguarsi alla lettera e allo spirito della norma costituzionale. Nella relazione che accompagnava il relativo disegno di legge di iniziativa governativa, il Guardasigilli dell'epoca sottolineò la necessità di dare attuazione, nel processo penale, al disposto dell'art. 111 Cost., precisando che, benché non si dubiti del valore precettivo della regola, non si poteva, in una riforma anche limitata, non introdurla nel codice. Peraltro, la riforma non fece altro che confermare un assetto che aveva già assunto una inclinazione differente per il tramite della diretta applicabilità della norma costituzionale. V. sul punto G. TRANCHINA, voce *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano 1998, 395.

<sup>42</sup> Cfr. C. U. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, Padova 1951, 68 s. L'A. rileva che se dell'art. 190 si sopprimesse il primo comma, si ricaverebbe, per argomento a contrario, il preciso disposto della prima parte, essere cioè impugnabili i provvedimenti che la legge dichiara espressamente soggetti ad un determinato mezzo di impugnazione. Invero l'A. trae da tale premessa, e quindi dal cpv. in questione il criterio direttivo fondamentale per l'interpretazione della norma, giungendo a ritenere che le disposizioni degli art. 190 e ss. del c.p.p. 1930 non si riferiscono soltanto ai tre tipici rimedi (appello, cassazione, revisione) ma anche ad altri, purché siano stabiliti dalla legge.

<sup>43</sup> Sull'opinione che l'impugnazione costituisca un istituto di carattere eccezionale v. U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano 1932, 385; V. contra G. LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, cit., 166, secondo l'A.

comma 2 Cost., segnala una dirompente virata verso la comune ricorribilità delle sentenze e dei provvedimenti *de libertate* ancorché la legge ordinaria (anteriore alla costituzione o futura ad essa) ne preveda inoppugnabilità.

Pertanto, l'unica via per coniugare la disposizione costituzionale con la logica della tassatività non è quella di consentire una interpretazione analogica delle norme ordinarie (essendo fatto divieto all'interprete di utilizzare quel criterio ermeneutico al fine di dedurre l'impugnabilità di un provvedimento oltre i limiti espressamente previsti), ma ritenere che i provvedimenti del giudice siano normalmente impugnabili nei casi e con i mezzi previsti dalla legge, e che in assenza di una specifica disposizione, i provvedimenti a cui fa riferimento il 111 co. 7, Cost., siano comunque *sempre* ricorribili in cassazione per violazione di legge<sup>44</sup>. Detto altrimenti, la ricorribilità dei provvedimenti indicati nel presidio costituzionale garantisce il diritto al controllo di legittimità in ragione della (diretta precettività della) norma costituzionale: quel principio, riprodotto nel tessuto codicistico, è norma di carattere generale e con portata evidentemente estensiva, in tal modo non deroga, ma assorbe le singole disposizioni che fanno riferimento alle sentenze che ordinariamente definiscono il merito della regiudicanda; impedendo, quindi, a queste ultime, di atteggiarsi alla stregua di norme "limitative" del più ampio principio in esame<sup>45</sup>.

Peraltro, che la norma costituzionale sia espressione di un principio generale, lo dimostra la granitica e risalente interpretazione sostanzialistica del concetto di "sentenze" ivi richiamato, tale per cui – come si è già accennato – si prescinde dalla veste formale con la quale viene adottato un determinato provvedimento per stabilirne la relativa ricorribilità *ex art. 111 co. 7 Cost.*: anche un provvedimento diverso dalla sentenza (ma sostanzialmente equiparabile ad esso) rientra nella copertura costituzionale di talché pur non essendo previsto uno specifico mezzo di impugnazione *ex lege*, in ragione del contenuto decisorio, sarà suscettibile di ricorso in Cassazione. Da qui la particolarità di un sistema che vede la precettività congiunta di norme codicistiche (queste) di stretta

---

l'impugnazione si porge come un aspetto «del contrasto di opinioni tra giudice e parte», contrasto che permea tutto il processo e che impedirebbe di considerare lo strumento dell'impugnazione come di carattere eccezionale. Cfr. in particolare C.U. DEL POZZO, *Le impugnazioni penali*, cit., 164 e ss., per il quale le impugnazioni non costituiscono «eccezione» vera e propria, ma sono soltanto «limite» al principio della normale inoppugnabilità delle pronunce giudiziali penali. L'A. chiarisce che «il fatto che le impugnazioni rappresentino eccezione al principio della normale inoppugnabilità dei provvedimenti giudiziali, non è sufficiente per classificarle istituti di carattere eccezionale. Per norme di caratteristiche eccezionale debbono intendersi [...] quelle leggi (in senso materiale) che formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi. Ora appare evidente che il principio dell'inoppugnabilità delle pronunce giudiziali penali non è sancito da norme espresse, né si costruisce come una "regola generale" in senso tecnico-giuridico; esso conserva la sua natura di mera deduzione logica da una norma – al postutto contingente – anche se la norma stessa, da cui ripete vigore ed efficacia, si appalesi fondamentale, alla base di tutto il sistema delle impugnazioni. Nella dialettica contrapposizione, indispensabile perché possa essere acquisito il concetto di "norma eccezionale", manca qui uno dei termini; una norma espressa, di carattere generale, ovvero una "regola generale di diritto". La costruzione delle impugnazioni come istituti di carattere eccezionale è già per questa elementare ragione insostenibile».

<sup>44</sup> Sul precedente art. 190 c.p.p. 1930 v. G. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, cit., 63 «Nel campo dell'impugnabilità oggettiva non c'erano lacune che potessero essere colmate per mezzo dell'analogia. Il legislatore, cioè, aveva espresso chiaramente la volontà di consentire il rimedio delle impugnazioni solo contro i provvedimenti tassativamente considerati come impugnabili, attribuendo il carattere di inoppugnabilità a tutti gli altri. Oggi la situazione non è per nulla mutata, perché la prima parte del primo capoverso dell'art. 190 non è stata abrogata e ancora attualmente sono soggetti ad impugnazione i soli provvedimenti considerati tali espressamente dalla legge. Ciò che è variato è invece il modo di attribuzione della impugnabilità, che, per quel che riguarda le sentenze e i provvedimenti del giudice sulla libertà, è fissata in via generale dalla legge».

<sup>45</sup> V. Cass. pen., sez. un., sent. n. 29529 del 17 luglio 2009.

interpretazione aderenti al principio di tassatività, e di un principio costituzionale che il primo stempera fortemente, sia in riferimento alle previsioni in tema di ricorribilità oggettiva, sia in riferimento a quelle sulla ricorribilità soggettiva.

Le affermazioni (espresse ed implicite) delle Sezioni unite in esame, rischiano di alterare il rapporto tra norma costituzionale e principio codicistico di tassatività: la regola della generale ricorribilità, con portata chiaramente estensiva, sovrasta le disposizione di legge ordinaria, le quali mai potrebbero – dinanzi non solo ad una regola generale, ma ad una regola generale di matrice costituzionale – porsi un’ottica limitativa di quella.

Ritenere che non possa invocarsi il parametro costituzionale che tutela la generale ricorribilità in cassazione, perchè funzionale ad *eludere* il principio di tassatività, è affermazione rischiosa, che cala il sistema delle impugnazioni nella parziale dimensione codicistica anziché – come ordinario criterio ermeneutico imporrebbe – in quella più ampia dimensione costituzionale. «Eludere» una norma, equivale a dire sottrarsi con destrezza al contenuto precettivo della stessa, che nel caso specifico sarebbe questione da porsi semmai nell’ottica opposta: ricostruito in quei termini è il principio di tassatività che – in base alle affermazioni della Corte – rischia impropriamente di *eludere* la garanzia costituzionale.

# Lavoro di pubblica utilità e lavori socialmente utili nel solco dell'integrazione sociale della sanzione penale

PASQUALE TRONCONE

## ABSTRACT

*With the Caivano Act, the Italian legislator has introduced a real educational model aimed at degraded suburbs and communities where alarming situations emerge for the education and correct growth of minors. Alongside probation, another form of probation is adopted in the juvenile criminal trial which can be defined as "social", based solely on the carrying out of socially useful work for the minors under investigation. Although the new discipline shows lights and shadows on a repressive level, once again work is called upon to solicit and enhance the best aspects of man's personality, this time allocating the measure to educational purposes with a social purpose.*

SOMMARIO: 1. La svolta punitiva del sistema penale tra pena e sanzione (o misura punitiva). – 2. Il lavoro sociale come forma di pena. – 3. La pena programma o la sanzione progetto. – 4. Affinità semantica e diversità genetica tra lavoro di pubblica utilità e lavoro socialmente utile. – 4.1. La pena del lavoro di pubblica utilità. – 4.2. La misura punitiva dei lavori socialmente utili.

1. Il sistema penale degli ultimi anni si è dotato di un rinnovato catalogo sanzionatorio attraverso una serie di modifiche di sicura rilevanza apportate sia al codice di diritto penale sostanziale sia a quello di rito penale.

L'introduzione di nuove ipotesi di pena ha visto con il tempo anche scolorire l'impianto afflittivo tradizionale in cui pena e sanzione di natura penale andavano considerate veri e propri sinonimi, diversamente poi dal variegato quadro normativo che emergerà nel nuovo millennio fino alla legislazione vigente con la definitiva svolta della riforma Cartabia.

Il primo passo verso un modo diverso di intendere il carattere di afflittività della pena lo si ritrova nella prima legge di depenalizzazione n. 689 del 24 ottobre 1981, dove alle ipotesi tipiche rubricate nel catalogo sanzionatorio all'art. 17 del codice penale venivano affiancate le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi, definendo tali quelle la cui durata rientravano in concreto nel massimo in due anni detenzione<sup>1</sup>. Si coltivava in questo modo l'obiettivo di evitare la reclusione inframuraria breve che aveva mostrato effetti criminogeni e desocializzanti più che orientati alla

---

<sup>1</sup> F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta "reale" nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982; F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 481; E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nella esperienza europea*, Milano 1989.

riabilitazione sociale, comunque in un quadro concettuale del tutto diverso da quello che caratterizza l'attuale ordinamento penale<sup>2</sup>.

Probabilmente è da quel momento che si schiudono le porte di un itinerario teso alla dissociazione letterale, non semantica, tra pena e misura punitiva penale, come a sottolineare una decisa inversione di tendenza del sistema penale italiano indirizzato verso un modo del tutto nuovo e diverso di intendere la punizione.

La legge di depenalizzazione assolveva anche a un'altra esigenza che già in quell'epoca avvertiva il sistema penale nazionale, quello di rendere più tempestiva l'esecuzione della punizione in modo da fornire un deciso e pronto indirizzo rieducativo alla pena, da sempre connotata da un carattere squisitamente retributivo.

Nel solco della immediatezza della punizione, peraltro, neppure le misure alternative alla detenzione, varate con la legge sull'Ordinamento Penitenziario n. 354 del 1975, avevano soddisfatto le premesse e tra il carcere perennemente sovraffollato e la lentezza del processo penale andava ingrossando le sue fila la categoria dei cc.dd. *condannati liberi sospesi*, soggetti ammessi con intollerabile ritardo alla fase dell'esecuzione della pena, un quadro che finiva per tradire l'impegno costituzionale<sup>3</sup>.

L'evoluzione legislativa nata dall'esigenza di offrire nuove sponde di alleggerimento al carico giudiziario, venuti meno i periodici provvedimenti di amnistia e indulto<sup>4</sup>, aveva sollecitato l'introduzione di nuove ipotesi di pena nella legislazione di settore, quelle previste dal D.Lgs. n. 274 del 28 agosto 2000 istitutivo del Giudice di Pace in materia penale, tra cui il lavoro di pubblica utilità previsto all'art. 54. Anche questa ipotesi di pena, insieme all'obbligo di permanenza domiciliare del precedente art. 53, si iscriveva nel solco dei provvedimenti penali immediatamente eseguibili dopo la sentenza definitiva, senza la necessità di avviare una successiva e autonoma fase di esecuzione.

Tuttavia, queste nuove pene non venivano inserite formalmente nel catalogo sanzionatorio dell'art. 17 c.p., tipica espressione di una visione *a-sistematica* della materia punitiva, che registrava, infatti, il disseminarsi di figure sanzionatorie in diversi provvedimenti legislativi del tutto avulse da un unico ceppo genetico e che porterà a un nuovo quadro di insieme ed eterogeneo della pena.

Il punto di diversificazione tra pena e misura punitiva si concretizza di fatto con la scelta normativa di fare ricorso alle soluzioni proposte dal sistema di *probation* nell'ordinamento italiano, di natura penitenziario prima e processuale poi, con la previsione di una sanzione del tutto eccentrica al sistema che si definirà pena-programma o pena-prescrittiva. Ed infatti, dopo l'introduzione dell'affidamento in prova al servizio sociale del 1975 quale misura alternativa alla detenzione, con la successiva legge n. 64 del 2014 viene implementata nel sistema una misura dalla chiara vocazione deflattiva, dettata in questi termini dalle raccomandazioni europee a seguito del terremoto penitenziario generato dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU del 2013, per superare le

---

<sup>2</sup> S. ALEO, *Il carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pisa 2016.

<sup>3</sup> Per le implicazioni di carattere generale M. FOUCAULT, *Alternative alla prigione*, Vicenza 2022, 24. Sul tema specifico L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002.

<sup>4</sup> V. MAIELLO, *La politica delle amnistie*, n *Storia di Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, in L. VIOLANTE (a cura di), Torino 1997.

“*condizioni inumane e degradanti*” della permanenza carceraria e denominata “sospensione del procedimento con messa alla prova” con l’art. 168-*bis* c.p.<sup>5</sup>.

La soluzione va nel senso di provvedere a munire l’apparato processuale di un nuovo rito alternativo e, allo stesso tempo, intervenire con un rimedio diversamente espiativo che non si potrà definire pena in termini di tipicità, perchè la sua attuazione porta all’estinzione del reato, ma non si può non definire sanzione o misura punitiva per il carattere evidentemente afflittivo che la connota in conseguenza di una serie di prescrizioni limitative dettate al soggetto, indagato o imputato, richiedente.

La messa alla prova o *probation* processuale deduce la sua definizione per il tipo di programma riabilitativo-rieducativo che segna la prova richiesta all’indagato o imputato e quale condizione indefettibile per ottenere l’estinzione del reato impone lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità come percorso attuativo obbligatorio ai sensi del comma III dell’art. 168-*bis* c.p.<sup>6</sup>.

Appare immediatamente evidente che questa volta il lavoro di pubblica utilità non è omologo nella sua cifra identitaria a quella del Giudice di Pace, ma costituisce un mero espediente sanzionatorio-afflittivo, perché, seppure alla comminatoria segua immediatamente l’esecuzione, vi è una differenza di sostanza rispetto alla pena dove, invece, alla comminatoria segue l’accertamento della responsabilità penale, l’irrogazione della pena e la sua esecuzione dopo la formazione del titolo esecutivo.

Dunque, un tratto di afflittività nella vita di una persona che non sarà validata come quella tipica conseguenza dell’accertamento della sua responsabilità penale per il reato ascrittogli sancito da una sentenza di condanna, ma, diversamente dal paradigma rieducativo del III comma dell’art. 27 Cost., come conseguenza del rispetto di prescrizioni limitative della libertà personale<sup>7</sup>.

Questa è la ragione per cui occorre prendere atto che nel sistema penale italiano esiste un nuovo doppio binario punitivo da intendersi in senso ampio, differenziando le ipotesi tra pena e misura punitiva penale, e non solo come in passato con il tradizionale doppio binario tra pena e misura di sicurezza che puniva la pericolosità sociale del soggetto.

La nuova dimensione penale può essere certamente qualificata come misura punitiva, sicuramente afflittiva come la pena, ma la cui natura giuridica è sostanzialmente diversa e consiste in un’esperienza di natura probatoria vissuta in maniera condizionata da prescrizioni limitative dettate nell’ambito di attuazione di una pena-programma con finalità rieducativa<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Corte edu, sent., 8 gennaio 2013, Ricorsi n. 43517/09 etc., *Torreggiani ed altri c. Italia*. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013; R. BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 dicembre 2015; V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora le criticità?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2015; V. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli 2017.

<sup>6</sup> G. AMATO, *L’impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guid. dir.*, n. 21, 2014.

<sup>7</sup> G. FIANDACA, *Commento all’art. 27 co. 3° Cost.*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna 1991.

<sup>8</sup> Per gli opportuni approfondimenti, ci si permette di rinviare a P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino 2023.

2. Nonostante le strenue resistenze opposte dal modello tradizionale di punizione di stampo liberale fondato essenzialmente sulla detenzione e sulla funzione retributiva della pena<sup>9</sup>, il ricorso alla pena del lavoro con finalità sociale esprime in primo luogo l'esigenza di somministrare al condannato, in termini di prevenzione generale, quei valori fondanti che l'ordinamento persegue e che egli non ha mai osservato o mai conosciuti e che si impegna a fare propri come stile di vita seguendo un programma trattamentale<sup>10</sup>.

In realtà vi è una duplice lettura che si propone di chiarire i profili identitari della prestazione di lavoro svolta gratuitamente a favore della collettività: quello che investe il condannato, il quale si sottopone a una forma di espiazione che vuole essere assunzione di responsabilità per l'incolpazione ascrittagli e l'impegno a non ripeterlo; quello che investe il contesto della collettività di appartenenza, come esatta percezione di un evento punitivo, idoneo a proporsi come esperienza di carattere dissuasivo.

In fondo si ricalca lo stesso meccanismo che è proprio della destinazione dei beni confiscati alle associazioni criminali per finalità sociali, dove il riutilizzo del bene è la plastica rappresentazione esposta alla collettività di una sanzione patrimoniale.

L'attitudine motivazionale di questi provvedimenti punitivi si propone il compito, in questo modo, di marginalizzare quelle note ritorsive che l'ordinamento mostra con il ricorso alla pena carceraria, soprattutto in tempi di sovraffollamento delle strutture penitenziarie, tendendo a quel modello di prevenzione speciale promosso dalla nostra Carta fondamentale. Il tema centrale della punizione in questi termini, dunque, diventa un vero e proprio "progetto", visto come momento di promozione umana attraverso la sottoposizione a prescrizioni trattamentali che risolvono quell'aspetto ineludibilmente afflittivo che reca con sé la pena e qualunque altra misura sanzionatoria penale<sup>11</sup>.

E questo avviene attraverso un mezzo costituzionalmente privilegiato, assunto a valore centrale dell'ordinamento repubblicano, vale a dire il lavoro, svolto però gratuitamente in una prospettiva di solidarietà sociale<sup>12</sup>. A tale proposito non può essere sottaciuto il fatto che le fonti sovranazionali avevano in origine guardato al lavoro in questa materia con evidente sospetto, in presenza del divieto espresso dal comma 2 dell'art. 5 della Carta EDU di fare ricorso ai lavori forzati: "*Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio*".

Soltanto successivamente interverrà una sorta di riabilitazione con diverse prese di posizione da parte della Corte EDU, nel sancirne la legittimità se la prestazione di lavoro viene imposta nel

---

<sup>9</sup> G. BETTIOL, *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in Studi per DE MARSICO A., vol. I, Milano 1960. G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova 1964.

<sup>10</sup> In questo modo, seguendo l'insegnamento della Corte costituzionale, vengono salvaguardate ed esaltate tutte le componenti della funzione della pena, come stabilito dal principio di flessibilità da Corte cost., sent., n. 306, 11 giugno 1993, e ribadito con la sent. n. 257 del 4 luglio 2006, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). E recentemente Corte cost., sent., 21 giugno 2018, n. 149, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>11</sup> L. EUSEBI, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), n. 1, 2022, 8.

<sup>12</sup> G. NEPPI MODONA, *Istituzioni penitenziarie e società civile*, in *La costruzione sociale della devianza*, a cura di M. CIACCI - V. GUALANDI, Bologna 1977, 277.

corso di una detenzione legale conforme ai requisiti previsti dall'art. 5 della Carta EDU e solo se è finalizzata alla rieducazione<sup>13</sup>.

Che poi la legge indichi espressamente gli Uffici per l'Esecuzione Penale Esterna o i Servizi di giustizia minorile a vigilare sull'esecuzione della misura, questo rappresenta la riprova che una corretta applicazione dei principi pedagogici, o andragogici, si rende più funzionale ed efficace nella prospettiva di riabilitazione sociale della persona, anche non condannata<sup>14</sup>.

Il tutto dipende naturalmente dagli assetti di *welfare* di cui lo Stato si deve dotare, gli unici in grado di assicurare quelle condizioni adeguate e quell'ambiente utile all'integrazione sociale della persona umana, certamente più congeniali e orientate allo scopo risocializzante rispetto allo stato di mortificazione vissuta nell'ambiente carcerario.

Qui il punto di intersezione tra esigenze deflattive ed esigenze punitive con finalità premiali nel quadro di un rinnovato interesse per la punizione vista come provvedimento penale che si presta a molteplici letture e che finisce per colpire sia il condannato sia la persona semplicemente attinta da un'accusa, in presenza della clausola costituzionale di presunzione di innocenza che, per esigenze che si ritengono prevalenti, viene però elusa.

3. Nella nuova prospettiva, rispetto alla quale una decisa accelerazione è stata impressa dalla Riforma Cartabia del 2022, la divaricazione della forbice tra pena e sanzione o misura punitiva si è ulteriormente accentuata.

Ormai è chiaro che per pena si deve intendere quella punizione dal sapore essenzialmente retributivo, di tipo carcerario o intramurario, mentre per sanzione si riconosce quell'esperienza punitiva fondata principalmente su prospettive trattamentali e propositive che integrano un "obbligo di fare", sebbene accompagnata da una serie di restrizioni alle attitudini quotidiane esercitate da una persona. Piuttosto che passare per una limitazione del bene fondamentale della libertà personale, si privilegia la temporanea inabilitazione o interdizione di quei comportamenti che costituiscono forme di manifestazione dei vari diritti di libera autodeterminazione dell'uomo.

Gli obblighi di fare e i divieti rappresentano, quindi, la base argomentativa di un modo nuovo di punire, tenendo naturalmente nel debito conto che una tale esperienza sanzionatoria può coinvolgere solo talune classi di reato, individuate sulla base della oggettiva moderata gravità, in presenza di uno spirito disponibile e rinnovato del condannato a cogliere l'occasione di riscatto sociale che gli viene offerta.

Occorre inoltre che vi siano le condizioni oggettive perchè tale pena possa essere effettivamente espiata, vale a dire l'ambito di lavoro, pubblico o privato, presso il quale eseguire la prestazione richiesta. In questo caso il giudice deve verificare, oltre ai presupposti legali, la congruità della sanzione con gli obiettivi di prevenzione speciale e in particolare di rieducazione che sono alla base

---

<sup>13</sup> Corte edu, *De Wilde, Ooms And Versyp "vagrancy" v. Belgium*, Application n. 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18 giugno 1971 e, successivamente, Corte edu, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, n. 7906/77, 24 giugno 1982.

<sup>14</sup> V. PATALANO, *Il diritto penale tra "essere" e "valore". A proposito di un recente contributo alla teoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 777.

della commisurazione della pena in rapporto alla gravità del fatto illecito commesso<sup>15</sup>. In questo specifico caso la finalità che si intende raggiungere con il ricorso all'applicazione della "pena sociale", non si trascuri, è quella di orientare la punizione verso un obiettivo di reintegrazione sociale del condannato nella comunità di appartenenza<sup>16</sup>.

Una tale soluzione è da salutare con favore per una serie di motivi, tutti riconducibili al concetto di effettività e di tempestività della pena, come indirizzo impresso dalle pene sostitutive introdotte all'art. 20-bis c.p. dalla Riforma Cartabia.

Prima di ogni altra cosa occorre pensare che la pena sia direttamente posta in esecuzione dallo stesso giudice che l'ha irrogata ossia quello della cognizione. In questo modo l'aspirazione rieducativa del condannato viene direttamente vagliata dal giudice che ha provveduto a verificare la plausibilità del *fumus* della responsabilità penale dell'imputato per il fatto commesso, seppure non dichiarandola, anche attraverso la verifica degli indici di commisurazione stabilita all'art. 133 c.p., trovando in questo modo piena coincidenza il momento edittale con quello esecutivo<sup>17</sup>.

In secondo luogo, non esiste alcuna scissione temporale tra il momento della irrogazione -da parte del giudice della cognizione- e il momento della esecuzione della pena -da parte della giurisdizione di esecuzione o di sorveglianza<sup>18</sup>. Vengono in questo modo obliterati tutti gli effetti estremamente negativi riconducibili a un modello processuale "bifasico di fatto" che rischia di annullare i caratteri di effettività della punizione soprattutto in presenza di un soggetto proclive a delinquere<sup>19</sup>.

Infine, si riconosce piena e concreta importanza a una soluzione afflittiva extra-muraria, molto più consona a finalità di recupero sociale rispetto a soluzioni espiative con carattere intra-murario<sup>20</sup>.

Bisogna sottolineare che il nostro ordinamento penale ha fatto cospicua esperienza di forme di pena extra-murarie con le misure alternative alla detenzione, introdotte nel sistema penitenziario originariamente come possibili sostitutivi amministrativi della pena sancita dal provvedimento di condanna e configurate nel corso del tempo come vere e proprie pene. Punizioni scontate in forma diversa da quella tradizionale del carcere, ma decisamente finalizzate a sostituire l'orizzonte afflittivo con equivalenti rimedi limitativi dell'ampia categoria di forme in cui si manifesta la libertà personale. In particolare, l'affidamento in prova al servizio sociale ha assolto a una funzione importante, proponendosi come un efficace sostitutivo del carcere e proiettato verso l'obiettivo di progressiva integrazione sociale.

<sup>15</sup> G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA - A. PIZZORUSSO, Bologna 1991, 222.

<sup>16</sup> C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001; E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Milano 2002, 34.

<sup>17</sup> F. BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Milano 1997, 466; R. SATURNINO, *Discrezionalità (dir. penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989; A.M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio*, in *Studi Vassalli*, vol. I, Milano 1992.

<sup>18</sup> E' noto lo scollamento temporale tra le due fasi, in A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998.

<sup>19</sup> P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano 2000.

<sup>20</sup> A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1976, 237. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995.

In realtà, il tratto di perfetta fungibilità esistente tra pena e misura alternativa, non solo rende flessibile l'espiazione della medesima durata, per quanto il suo concreto svolgimento assolve al compito di aderire perfettamente a quel contenuto di valore di cui è portatrice la punizione penale. Le statistiche degli ultimi venti anni rendono un quadro a tutto tondo del tutto evidente dell'utilità dell'affidamento in prova, segnalando un pieno recupero sociale del condannato e un deciso abbattimento della recidiva<sup>21</sup>.

L'evoluzione legislativa impressa dalla necessità di ricreare nuovi caratteri che adattano la pena in una dimensione moderna ha, dunque, spinto il nostro sistema penale a immaginare forme e soluzioni afflittive un tempo impensabili<sup>22</sup>.

Seppure gemmata da una finalità squisitamente deflattiva del carcere la sospensione del procedimento con messa alla prova degli adulti, diffusamente disciplinata dagli artt. 168-*bis* c.p. e 464-*bis* c.p.p., ha costituito un primo momento di verifica della pena programma, così come, seppure orientata a finalità di natura diversa, la messa alla prova dei soggetti minorenni dell'art. 28 del DPR n. 448 del 22 settembre 1988 ha salvaguardato i percorsi di crescita coniugandoli con sollecitazione pedagogiche che assolvono anche al ruolo di esperienze afflittive<sup>23</sup>.

La due misure, tuttavia, sono ispirate da coordinate concettuali diverse. Mentre la messa alla prova degli adulti si radica sul terreno della rieducazione, la messa alla prova dei soggetti minorenni su quello della educazione e va nel senso di sviluppare la regolare crescita sociale e personale dell'individuo. E tuttavia, i due provvedimenti penali non sono declinabili in forma di pena, poiché si configurano come ipotesi estintive del reato, seppure chiamate ad assolvere finalità punitive di tipo criptico.

Va detto che tali scelte legislative si possono sicuramente rivelare utili al sistema penale sul piano della deflazione e del contenimento quantitativo dei procedimenti penali, così come concludono le statistiche giudiziarie che mettono in evidenza il ricorso massiccio degli imputati a tali procedure, nonostante fondate riserve di carattere dommatico.

Il tema allora si sposta sul terreno dei contenuti di una sanzione siffatta, su quelle che dovranno costituire le prescrizioni imposte al condannato o al soggetto in prova che non potranno essere eluse o aggirate in ragione della presenza vigile dell'UEPE.

4. I lavori rubricati come di pubblica utilità e socialmente utili, cui si sottopongono con l'ellittica espressione "volontariamente" i maggiorenni o i minorenni, sono attivate da percorsi coattivi dove la prestazione di lavoro gratuita connota una evidente funzione di penalità. Il contenuto attuativo, dunque, e il profilo di censura sociale che li accompagnano nell'ambito dell'area penale in cui vengono proposti designano una vera e propria pena che lo stato delle cose e della legislazione

---

<sup>21</sup> F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1105.

<sup>22</sup> Come insegna G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna 2024, 10: "Mentre da un lato hanno subito una progressiva delegittimazione tipi tradizionali di pena, cresce dall'altro l'esigenza di restituire senso ed efficacia alla punizione introducendo modelli punitivi più adatti alla realtà contemporanea".

<sup>23</sup> E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano 2003.

attuale declina nella forma di misura punitiva semplicemente perché non comporta restrizioni detentive, pur incidendo con i medesimi effetti le libertà della persona.

Fatta questa immancabile premessa il nostro sistema penale ha raccolto l'invito della *Raccomandazione R(92) 16*, che sollecitava gli Stati membri ad adottare, come stabilisce il Capitolo VII, misure utili al “*Coinvolgimento e partecipazione della comunità*”. Con la Regola 46 si puntualizzava che: “*La partecipazione delle comunità esterna deve essere utilizzata al fine di permettere a coloro che delinquono di sviluppare dei legami reali con la comunità, per renderli consapevoli dell'interesse che la comunità riserva loro, nonché per offrire loro delle possibilità di contatto e di sostegno*”. Seguiva una seconda Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri europei agli Stati membri sulle “*Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation*”<sup>24</sup>.

La disciplina sovranazionale detta le condizioni per cui accanto alla pena detentiva in senso tradizionale vanno recepite misure di comunità ossia esperienze probatorie chiamate a validare un percorso di risocializzazione attraverso misure non afflittive espiate con la detenzione in carcere, ma che costituiscano *step* prodromici al pieno e libero ritorno nella collettività di appartenenza.

4.1. La natura giuridica del lavoro di pubblica utilità è da sempre al centro di una serie di dispute, soprattutto per l'uso che ne ha fatto la legislazione nel corso degli anni, una natura proteiforme che solo negli ultimi decenni ha trovato un sicuro approdo sul terreno della pena. La nostra legislazione penale nazionale, infatti, ne ha fatto un uso sempre nuovo e diverso, in questo riconoscendone la particolare flessibilità punitiva in un panorama che si arricchiva dei connotati di assoluta modernità.

Un ruolo decisamente diverso da quello rappresentato attualmente dal lavoro di pubblica utilità era ricoperto nell'ambito della legislazione della tradizione italiana ossia all'art. 22 del codice penale Zanardelli del 1889 e agli artt. 102 e 105 della legge 24 novembre 1981 n. 689 del 1981 di cui si è già detto. Tuttavia, mentre per il codice Zanardelli ricopriva il ruolo di misura alternativa o sostitutiva prevista per le contravvenzioni, per la legge di depenalizzazione del 1981 viene poi prevista quale esecuzione alternativa alla pena pecuniaria in caso di insolubilità del condannato. L'evoluzione al suo continuo ricorso la porta oggi ad essere riproposta come pena sostitutiva dal catalogo sanzionatorio dell'art. 20-*bis* c.p. introdotto dalla Riforma Cartabia<sup>25</sup>.

La previsione del lavoro di pubblica utilità come ipotesi di pena moderna, autonoma e affrancata da meccanismi surrogatori, è quella che viene adottata con la legislazione che introduce il Giudice di Pace in materia penale, all'art. 54 del D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274. La ragione alla base della scelta è insita nella opportunità di introdurre una misura tesa a rinvigorire il catalogo sanzionatorio, dal momento che le iniziative punitive del passato non avevano offerto grandi prove

---

<sup>24</sup> A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova 2007.

<sup>25</sup> La reintroduzione del lavoro di pubblica utilità nel sistema delle leggi penali italiane attraverso la legge di depenalizzazione n. 689/81 aveva offerto ragioni di perplessità circa la sua reale efficacia punitiva, cfr. C.E. PALIERO, *Il “lavoro libero” nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 88.

di efficacia, anzi talune soluzioni apparivano indebolire il significato afflittivo della sanzione penale, a partire dalle condanne a pena sospesa<sup>26</sup>.

La messa a punto del regime e dei contenuti assegnati al lavoro di pubblica utilità consente di collocarla, dunque, in un quadro di intervento normativo diverso, esplicitamente orientato a delineare un modello di penalità opposto a quello tradizionale e sclerotizzato dalla prassi<sup>27</sup>. Non si tratta di una misura che si pone in posizione di interlocuzione con la pena, ma essa stessa è una ipotesi tipica di pena, peraltro una pena che viene immediatamente irrogata dal giudice, non essendo possibile subordinarla alla sospensione condizionale *ex art.* 168 c.p., che, avendo stabilito la responsabilità penale dell'imputato verificando il suo percorso di vita e le potenzialità di recupero, è in grado di intravedere l'itinerario di integrazione sociale più adeguato al caso concreto.

La sanzione del lavoro di pubblica utilità, secondo il profilo teorico dell'istituto della pena tracciato negli ultimi anni dalla giurisprudenza costituzionale<sup>28</sup>, si pone come funzionale anche per le aspettative di rigore che coltiva l'ordinamento giuridico contemporaneo<sup>29</sup>. Ed infatti, l'espiazione di una pena afflittiva eseguita in un contesto comunitario, come l'attività di lavoro devoluta gratuitamente, intende rispondere a precise esigenze di tipo general-preventivo, come un preciso segnale di valore conformativo lanciato alla collettività con esplicite finalità di deterrenza.

Il lavoro di pubblica utilità, in realtà, compariva anche nella legislazione di riforma del Testo Unico sugli stupefacenti del DPR n. 309 del 1990, introdotta con la legge 21 febbraio 2006 n. 49, che prevede ai commi 5 e 5-bis dell'art. 73 un quadro sanzionatorio che appariva all'epoca del tutto inedito alla legislazione di settore. In questo modo, la vocazione rieducativa della pena rimaneva un obiettivo da coltivare come modello tendenziale della legislazione penale repubblicana che confermava la pena del lavoro di pubblica utilità immediatamente applicabile dal giudice della cognizione<sup>30</sup>.

I commi 5 e 5-bis dell'art. 73 prevedono, accanto alle altre due ipotesi tipiche di sanzione penale, quali la detenzione intramuraria e la pena pecuniaria, il lavoro di pubblica utilità, per effetto di un rinvio normativo sistematico all'art. 54 del D.Lgs. n. 274 del 2000, acquisendo progressivamente una forza espansiva nel tessuto sanzionatorio della legislazione penale. In questo caso, tuttavia, la misura applicata, seppure integrante la natura di una ipotesi di sanzione sostitutiva, ma non di una misura alternativa alla pena detentiva, rappresenta un'altra specie tipica di pena

<sup>26</sup> A. MORRONE, *Nuove sanzioni alternative alla detenzione: il lavoro a favore della collettività*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1033. Questa misura potrebbe tornare opportuna anche per l'esecuzione della pena a carico dei cc.dd. "colletti bianchi" come una sorta di "contrappasso" rispetto ai reati commessi nello svolgimento di funzioni del proprio ruolo istituzionale.

<sup>27</sup> In questo senso è orientato anche l'ultimo schema di disegno di legge delega per la riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. Giuliano Pisapia istituita con D.M. 27 luglio 2006, che con l'art. 29, lett. f), sotto la rubrica "*Pene prescrittive*", introduce nella proposta di catalogo delle sanzioni il lavoro di pubblica utilità, in *www.giustizia.it*. I. LEONCINI, *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *Arch. giur.*, 2003, 395.

<sup>28</sup> Da ultimo ancora Corte cost., sentenza n. 257 del 4 luglio 2006 e Ordinanza n. 35 del 21 febbraio 2008, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>29</sup> M. ROMANO, "*Meritevolezza di pena*", "*bisogno di pena*" e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 39 e ss. M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino 1996.

<sup>30</sup> G. AMATO, *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, 329.

(*community service*) che si affianca a quelle tradizionali della legislazione codicistica e che poi sarà definitivamente consacrata come pena sostitutiva dalla Riforma Cartabia<sup>31</sup>.

Nel caso specifico del lavoro di pubblica utilità contenuto nel DPR n. 309 del 1990 la violazione degli obblighi e delle prescrizioni impartite dal giudice prevedono conseguenze particolarmente severe, perché oltre a rivivere la pena detentiva originariamente sostituita, si incorre anche nella responsabilità penale del delitto previsto all'art. 56 della stessa legge che punisce la violazione con la reclusione fino a un anno.

Il lavoro a favore della collettività in un'ottica di penalità ausiliaria era tornato nell'interesse del legislatore anche in occasione della riforma dell'art. 165 del codice penale, laddove con la legge 11 giugno 2004 n. 145 è stata subordinata la sospensione condizionale della pena allo svolgimento da parte del condannato di una "*prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa*".

Ed infine si è fatto ricorso di nuovo a questa misura con l'art. 224-bis del Codice della Strada introdotto con la legge 21 febbraio 2006 n. 102. In questo caso però il lavoro di pubblica utilità assume la veste di "*sanzione amministrativa accessoria*" alla pena della reclusione per un delitto colposo commesso con la violazione delle norme che regolano la circolazione stradale.

Nonostante gli anni trascorsi dall'introduzione della legge sul Giudice di Pace sono state avviate con estremo ritardo le iniziative per l'organizzazione e l'istituzione di uffici sul territorio per l'espiazione di queste pene<sup>32</sup>. Le consueta e croniche difficoltà di carattere finanziario finiscono per frustrare pesantemente i propositi di applicazione su larga scala della "pena sociale"<sup>33</sup>. Né era valsa a risolvere il problema il Decreto adottato dal Ministero della Giustizia il 26 marzo 2001 "*Norme per la determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità*".

Resta il fatto che il legislatore tende a valorizzare sempre nuove forme di penalità, oltre il carcere e concretamente funzionali al disegno del finalismo rieducativo delineato dalla nostra Carta repubblicana<sup>34</sup>.

Va detto in ultimo che il panorama internazionale delle legislazioni che prevedono come pena l'esecuzione del lavoro a favore della collettività si presenta particolarmente ampio e articolato<sup>35</sup>.

4.2. L'altra ipotesi di sanzione-lavoro introdotta nel sistema penale è quella dei lavori socialmente utili (LSU) destinata ai minori e già nota al nostro ordinamento legislativo, ma di altro settore disciplinare, con il D.Lgs. n. 150 del 14 settembre 2015, adottata in quel caso a favore di soggetti che percepiscono un sostegno al reddito per la realizzazione di opere e la fornitura di servizi, anche se nel contesto penale assume una dimensione del tutto diversa dalla sua origine.

Con il DL c.d. Caivano n. 123 del 15 settembre 2023, convertito nella legge n. 159 del 13 novembre 2023 il legislatore ha reso operativo un intervento a largo raggio che intende proporre un

---

<sup>31</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino 2006, 561.

<sup>32</sup> In senso particolarmente critico a tale proposito G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2006, 481.

<sup>33</sup> F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, 1429.

<sup>34</sup> V. MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, Napoli 2005, 120.

<sup>35</sup> V. RUGGIERO, *Decarcerizzazione e ricarcerizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1, 1991, 132.

vero e proprio modello educativo più che una misura di emergenza, destinato alle periferie degradate delle nostre città e a tutti gli ambiti sociali in cui si manifestano episodi di fragilità del tessuto sociale e di criminalità che finiscono per condizionare anche il regolare sviluppo personale e sociale dei minori.

Oltre a misure di carattere sociale e educativo, soprattutto nella direzione di una responsabilizzazione dei contesti collettivi sul territorio, la legge interviene anche in materia penale, non trascurando di incrementare soluzioni repressive, incidendo ancora una volta sul tessuto normativo del codice di procedura penale minorile del DPR n. 448 del 22 settembre 1988.

Con l'art. 27-bis del DPR n. 448 del 1988, infatti, viene introdotto il "*Percorso di rieducazione del minore*" che si affianca alla già vigente "*Sospensione del processo e messa alla prova*" del minore disciplinata al successivo art. 28 del DPR n. 448 del 1988, anche se da questo se ne discosta per il contenuto vincolante legato allo svolgimento di lavori socialmente utili come unica soluzione prescrittiva applicabile.

A ben vedere i lavori parlamentari tendono a ridimensionare molto l'autonoma rilevanza della nuova ipotesi di *diversion*, osservando che "...l'istituto introdotto con il decreto in esame costituisce una versione "semplificata" dell'istituto della messa alla prova per i reati di minore gravità", considerandolo semplicemente una versione anticipata della messa alla prova<sup>36</sup>.

Si tratta in entrambi i casi sul piano del diritto penale sostanziale di ipotesi di estinzione del reato per il superamento favorevole del programma elaborato dall'Ufficio dei servizi sociali minorili, anche se la collocazione procedimentale dove trovano luogo le due misure è significativamente diversa, così come sono diverse le prescrizioni della pena-programma che delinea quel percorso di recupero sociale e educativo che il legislatore propone al minore.

Il punto di contatto tra le due esperienze educative è costituito dal tipo di esperienza penalizzante, un percorso di recupero sociale che si inserisce a pieno titolo in quel nuovo orizzonte punitivo che l'ordinamento giuridico italiano ha fatto proprio con le misure penali diverse dalla pena a contenuto detentivo o carcerario.

La singolarità della nuova misura escogitata con la legge Caivano viene però denominata rieducativa, tradendo lo spirito che ha sempre connotato la legislazione speciale rivolta ai soggetti minorenni, mantenendoli all'esterno del perimetro del terreno punitivo tipico dello statuto costituzionale della pena, come sancito dal comma III dell'art. 27 Cost., che tende alla rieducazione del condannato, aprendo invece il sistema penale dei minori a iniziative di tipo prevalentemente "pedagogico-educative". Non a caso il PM non ha ancora esercitato l'azione penale e il minore ancora non ha assunto la qualifica di imputato, diversamente da quanto avviene con la messa alla prova. Nello stesso verso viene designato il giudice indicato a legittimare la procedura che è il GIP e non l'organo collegiale del GUP.

La rieducazione in questo caso è un fuor d'opera anche perché evoca la radice della punizione sofferta, dell'afflizione, dell'espiazione, del tutto estranea alle esperienze educative che avevano ispirato il legislatore codicistico del 1988 con un provvedimento del tutto indipendente da quello degli adulti.

---

<sup>36</sup> In Dossier XIX Legislatura per il D.L. n. 123/2023 - A.C. 1517 del 30 novembre 2023.

Ancora più strano e stridente appare la finalità definita rieducativa in presenza di una misura chiamata a svolgere un ruolo, seppure di natura afflittiva, in quella fase procedimentale iniziale dell'indagine preliminari che vedono solo indagato un minore<sup>37</sup>. Del resto, già con la messa alla prova, inserita nel percorso processuale in senso pieno che integra la fase del giudizio, il legislatore dell'epoca aveva rimarcato la connotazione fortemente educativa della nuova misura, impedendo infatti l'ingresso in quel territorio dell'accertamento della responsabilità che è tipico della pena. In questo senso innestando nel quadro educativo delineato nella materia penale dei minori il giudizio di irrilevanza del fatto dell'art. 26 del DPR n. 448 del 1988.

Orbene, così come per le riserve espresse sulla messa alla prova *ex art. 168-bis c.p.* anche in questo caso non possono mancare riserve sulla legittimità costituzionale di un tale intervento che, non solo prescinde dalla riserva costituzionale della presunzione di innocenza nei confronti di un indagato, per quanto applica una misura penalizzante di mesi di lavoro gratuito a favore della collettività che non si può non definire afflittiva e penalizzante esattamente come una pena (forse è questo che evoca la rieducazione!)<sup>38</sup>.

Al di là della rubrica, l'art. 27-*bis* del DPR n. 448 del 1988 intende assolvere al compito di avere anticipato qualsiasi compromissione del minore con il circuito penalizzante del processo in maniera ancora più decisa della messa alla prova, conservando però quel carattere prescrittivo comune a molte scelte afflittive che il nostro sistema ha adottato negli ultimi anni sia per i minorenni che per i maggiorenni.

La pena sociale di cui sopra si è detto, quale forma di rappresentazione di una espiazione segnata dal duplice profilo di efficacia afflittivo-persuasiva per colui che la subisce e intimidativa per la comunità che la osserva, appare oggi un convincente approdo per la legislazione penale contemporanea. La legge Caivano ha il merito di avervi fatto ricorso adeguando un percorso afflittivo che non si esita a definire pena-programma, così come esattamente è stato configurato per la messa alla prova.

La singolarità in questo caso è l'aver introdotto i lavori socialmente utili, questa volta come prova condizionata, in piena sintonia finalistica con il lavoro di pubblica utilità quale pena sociale dell'art. 20-*bis* c.p., la cui differenza, però, è dettata dal fatto che per i minori è stata evitata qualsiasi contaminazione con il contenuto di rimprovero e di sofferenza che è il tipico tratto caratterizzante della pena detentiva.

Occorre a tale proposito riconoscere che la pena-programma è entrata a pieno titolo nella legislazione penale nazionale come uno strumento rieducativo irrinunciabile in un tempo in cui il sovraffollamento carcerario mortifica qualsiasi aspirazione costituzionale della pena detentiva con finalità rieducativa. Lo stato delle carceri italiane ha raggiunto un tale punto di congestionamento, tra i sottoposti a esecuzione della pena e le persone in custodia cautelare, da tradire non solo le legittime aspettative di risocializzazione del condannato, ma enfatizzando quel sentimento populistico di

<sup>37</sup> Non si può non convenire con A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Penale Dir. e Proc.*, 9 febbraio 2024, 16.

<sup>38</sup> Riserve già espresse nel nostro lavoro a cui ci si consenta di rinviare, P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma 2016. Nello stesso senso G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: un istituto da riformare*, Pisa 2019.

vendetta sociale, estraneo alla nostra penalità nazionale, come forma di sedazione delle angosce moderne.

Contro queste spinte deteriori verso un sistema di stabilizzazione delle condizioni inumane e degradanti in cui vive la popolazione penitenziaria contemporanea -non solo in Italia-, la pena programma è chiamata, certamente a svolgere un ruolo di supplenza educativo-rieducativa e anche a rendersi lo strumento privilegiato per l'espiazione di una colpa che mira anche all'abbattimento della recidiva.

Va osservato, è il caso di rimarcarlo, che il legislatore minorile è stato accorto nel non adottare il lavoro di pubblica utilità in questo nuovo percorso rieducativo, ma ha fatto ricorso a una misura del tutto nuova e diversa da quella nota come pena, definendola lavori socialmente utili con l'intento di incrementare quel fattore educativo e risocializzante che una misura e non una pena deve possedere.

È inutile negare che come per il lavoro di pubblica utilità anche i lavori socialmente utili rappresentano una forma di espiazione come conseguenza di una *responsabilità sociale più che penale* e la sottoposizione questa volta unicamente a una prestazione di lavoro volontaria e gratuita a favore della collettività o del terzo settore ne sottolineano la finalità educativa più che rieducativa. E che si tratti di una misura di tipo sociale più che penale è data dal fatto che durante le indagini preliminari il PM che procede, quando l'imputazione concerne un reato punibile con una pena detentiva in astratto nel massima di cinque anni di reclusione e il fatto non si connota di particolare gravità: *“può notificare al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale la proposta 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”*.

Il passaggio importante riguarda la proposizione *“può notificare”*, nel senso che non è obbligato a farlo, come era scritto nella prima versione del decreto legge, essendo tenuto a una valutazione discrezionale di tipo prognostico rispetto alla gravità del fatto e alla personalità del minore che emerge da quella condotta.

I lavori socialmente utili possono avere una durata dai due agli otto mesi secondo il programma redatto dai Servizi minorili, pervenuto al PM e trasmesso a GIP che concede la misura con ordinanza, sospendendo i termini di prescrizione. Manca in questo caso, a differenza della messa alla prova ex art. 168-bis c.p., il richiamo ai criteri dell'art. 133 c.p. per individuare l'adeguata lunghezza del periodo di prova che, come sancirà la Corte costituzionale: *“la messa alla prova del minore, al contrario di quella dell'adulto, è in larga parte svincolata da un rapporto di proporzionalità rispetto al reato per cui si procede”*<sup>39</sup>.

Occorre aggiungere che l'interruzione del programma dei lavori socialmente utili comporta la revoca del programma e la ripresa del procedimento penale con l'emissione del decreto di giudizio immediato.

Il mancato successo del programma di rieducazione interrotto o per la mancata adesione da parte del minore, non comporta una preclusione assoluta come nella prima versione del decreto legge, ma certamente una valutazione preliminare che potrebbe pesare sulla successiva richiesta di sospensione con messa alla prova che il minore potrebbe formulare nel corso dell'udienza preliminare

---

<sup>39</sup> Corte cost., sent., n. 139 del 10 giugno 2020, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

al GUP. Il mancato successo del primo programma non può essere considerato, quindi, una forma di preclusione assoluta per l'accesso alla messa alla prova, poichè quest'ultima misura è munita di un compendio attuativo molto più afflittivo della precedente, al punto che la prova-programma può contenere prescrizioni limitative molto più severe, valutate a favore di una nuova *change* che il GUP potrebbe concedere all'imputato minore.

A tale proposito va rilevato che la legge Caivano ha apportato una significativa limitazione alla messa alla prova che precedentemente poteva riguardare tutti i reati senza alcuna limitazione in ordine alla misura della pena e di qualsiasi gravità essi si fossero connotati. Oggi, invece, per effetto dell'art. 6, nel corso dell'esame al Senato, è stata esclusa la possibilità di accedere all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova per una serie di reati di particolare gravità, quali l'omicidio aggravato, la violenza sessuale e di gruppo, limitatamente alle aggravanti di cui all'articolo 609-ter c.p., la rapina aggravata dalle circostanze di cui all'articolo 628 co. 3 n. 2 (fatto commesso ponendo taluno in stato di incapacità di volere o agire), 3 (fatto commesso da persona che fa parte di un'associazione di tipo mafioso) e 3-*quinqies* (fatto commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne) del codice penale.

Volendo raccogliere la migliore intenzione legislativa, si può dire che in fondo anche questi possibili passaggi ulteriori per avere accesso a misure con caratteri sempre più afflittivi, seppure privi di profili detentivi e punitivi in senso stretto, costituiscono tasselli di quella opportuna progressione chiamata a sviluppare stimoli di crescita e di maturità nel minore, funzionali a una piena risocializzazione e reintegrazione sociale secondo una prospettiva di prevenzione generale positiva.

Anche in questo modo si può attuare e sollecitare un itinerario educativo motivazionale di cui lo Stato si fa carico in termini di solidarietà sociale e di dignità della persona attraverso la predisposizione e l'attivazione di meccanismi pedagogici in cui si alternano aspetti di punizione e aspetti premiali e di gratificazione, indirizzati al recupero umano e sociale della persona minorenni.

## NOTE A SENTENZA

# Le dichiarazioni della vittima minorenni di reati sessuali: criteri e modalità di valutazione

RICCARDO GAETA

SEZ. III - UD. 30 GIUGNO 2023 (DEP. 16 OTTOBRE 2023), N. 41887 - PRES. DI NICOLA - REL. ANDRONIO - P.M. RICCARDI (CONCL. CONF.) - A.A.

*In tema di dichiarazioni accusatorie rese a terzi dalla vittima del delitto di atti sessuali con minorenni, di età inferiore a dieci anni all'epoca dei fatti, costituiscono utili strumenti di valutazione per controllare che il dichiarante non abbia inteso compiacere l'interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative la ricostruzione della genesi della notizia di reato, le reazioni emotive, le domande degli adulti coinvolti e le ragioni dell'eventuale amplificazione nel tempo della narrazione.*

*Il giudice può fare ricorso ad una indagine tecnica che fornisca dati inerenti al grado di maturità psichica del teste minore vittima di abusi sessuali, per valutarne l'attitudine a testimoniare, ovvero la capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessiva, ma non anche per valutare l'attendibilità della prova, poiché tale operazione rientra nei compiti esclusivi del giudice stesso.*

## ABSTRACT

*Regarding the testimony of the minor victim of sexual offences, the Italian Supreme Court once again reiterates the distinction between the assessment of subjective and objective reliability of the evidence, which pertains to the judge only, and the verification of the minor's fitness to stand trial, which can be delegated to an expert.*

SOMMARIO: 1. Il caso *sub iudice*. – 2. Sulla valutazione di attendibilità del minore vittima di delitti sessuali: suggestionabilità e genesi della notizia di reato. – 3. Brevi cenni sugli accertamenti peritali in ordine alla capacità di testimoniare del minore. – 4. (*Segue*) Sulla distinzione tra valutazione di attendibilità e verifica dell'idoneità a testimoniare. – 5. Rilievi conclusivi.

1. Con la sentenza in commento, la terza Sezione penale della Suprema Corte torna a pronunciarsi in ordine al delicatissimo tema della valutazione della testimonianza resa dal minore (presunta) vittima di reati a sfondo sessuale.

Questa, in estrema sintesi, la vicenda processuale pervenuta al vaglio del giudice di legittimità: a seguito del giudizio di prime cure, conclusosi con la condanna dell'imputato per il delitto di atti sessuali con minorenni di cui all'art. 609-*quater* c.p. (ai danni della figlia di anni dieci), la Corte di appello ha ribaltato la precedente decisione ed ha, quindi, assolto il prevenuto per insussistenza del

fatto, in ragione, essenzialmente, dei numerosi vizi logici inficianti il giudizio di attendibilità della minore, segnatamente il contesto fortemente suggestivo e le modalità non corrette con cui le dichiarazioni accusatorie si erano formate. Il giudice territoriale, peraltro, riteneva di discostarsi dalle valutazioni espresse, in primo grado, dal consulente tecnico del P.M. e dal perito, che avevano escluso la tendenza alla suggestionabilità della minore e concluso per l'attendibilità intrinseca del suo racconto.

Il difensore della persona offesa proponeva quindi ricorso per cassazione avverso la sentenza assolutoria di seconde cure, chiedendone l'annullamento per motivi attinenti alla erronea valutazione della prova dichiarativa, relativamente al giudizio di inattendibilità della minore, e al difetto di motivazione, in ordine al discostamento dalle risultanze peritali.

La Corte di cassazione, con la sentenza in esame, ha rigettato il ricorso ed ha, pertanto, confermato l'assoluzione dell'imputato, avallando l'impianto motivazionale della sentenza impugnata con riguardo tanto al vaglio di (in)attendibilità della prova dichiarativa quanto al discostamento dalle indagini tecniche.

Ebbene, venendo all'analisi della *quaestio iuris* sottesa alla pronuncia in commento, risulta piuttosto agevole constatare che il ragionamento interpretativo della Suprema Corte verte, essenzialmente, sulla nota distinzione tra la valutazione di attendibilità della testimonianza del minore vittima di reati sessuali, di competenza esclusiva del giudice, e la verifica della idoneità a testimoniare del minore stesso, demandabile anche all'esperto.

Invero, come si dirà più diffusamente nel prosieguo, il giudice di legittimità, ribadendo ancora una volta tale distinzione, ha stigmatizzato, nella vicenda *de qua*, lo "sconfinamento" da parte del perito e del consulente tecnico del P.M., officiati dell'accertamento sull'idoneità psicofisica della minore a deporre, nel perimetro valutativo riservato al solo giudicante, avendo gli esperti espresso un giudizio in termini di credibilità/verosimiglianza del narrato della persona offesa.

2. Evidenziato per sommi capi il "nucleo" della sentenza in commento, non è superfluo precisare, in primo luogo e in termini generali, che, per consolidatissimo orientamento giurisprudenziale, la testimonianza della persona offesa può, anche da sola, essere legittimamente assunta come unica fonte di prova della penale responsabilità dell'imputato – non essendo indispensabile l'individuazione di riscontri esterni – purché naturalmente venga sottoposta ad un vaglio di attendibilità oggettiva e di credibilità soggettiva particolarmente stringente rispetto a quello ordinariamente previsto per le dichiarazioni di qualsiasi testimone<sup>1</sup>.

Quanto appena detto, peraltro, vale anche e soprattutto nei procedimenti per delitti a sfondo sessuale, nei quali, nella stragrande maggioranza dei casi, le dichiarazioni della persona offesa costituiscono l'unica – o, comunque, la principale – fonte di prova del convincimento del giudice<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutte, Sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, in *Cass. pen.*, 2013, 541.

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio, Sez. III, 8 novembre 2012, n. 43149, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, 2013, 835 ss., con nota di E. FRANCESCHINI, *La sola testimonianza del minore sessualmente abusato è sufficiente per pervenire ad una sentenza di condanna*.

ragion per cui l'intera "partita" sottesa alle vicende processuali di questo tipo è destinata a giocarsi solo sul valore probatorio da attribuire a tali dichiarazioni<sup>3</sup>.

Proprio per tale ragione, è evidente che, specie laddove la presunta vittima dell'abuso sessuale sia un minore che non abbia ancora raggiunto la piena maturità psicofisica (come nel caso di specie), le sue dichiarazioni, se da un lato sottostanno alle regole generali in materia di valutazione della prova – e quindi al principio del libero convincimento del giudice – dall'altro richiedono una cautela ancora maggiore nell'attività valutativa.

Ciò in quanto, come studi specialistici hanno dimostrato, il bambino, se può essere considerato attendibile quando lasciato libero di raccontare, d'altro canto può diventare altamente malleabile in presenza di metodiche di intervista non corrette e di suggestioni etero-indotte: interrogato con domande inducenti, infatti, il minore talvolta tende a conformarsi alle aspettative del suo interlocutore<sup>4</sup>.

Su questo tema, nella celebre "Carta di Noto"<sup>5</sup>, aggiornata al 2017, si segnala, in premessa, che: *"i bambini sono sempre da considerarsi testimoni fragili perché educati a non contraddire gli adulti e non sempre consapevoli delle conseguenze delle loro dichiarazioni e, pertanto, propensi a confermare una domanda a contenuto implicito. Richiesti da un adulto, i bambini possono mostrarsi compiacenti (cioè tendono a conformarsi a ciò che presuppongono sia desiderato dall'interrogante) e persino suggestionabili (cioè si convincono intimamente che le cose sono andate in un certo modo, così come più o meno esplicitamente suggerito dall'interrogante)"*.

In conseguenza, quindi, della sottoposizione del minore ad una stratificazione di domande suggestive – con le quali l'adulto crede di chiedere per sapere ma, anche inconsapevolmente, fa comprendere l'oggetto della sua aspettativa e trasmette al bambino informazioni su quello che ritiene sia successo – il rischio è che il minore possa progressivamente introiettare le notizie ricevute dagli

<sup>3</sup> Così, A. ROMEO, *Abusi sessuali su minori e dinamiche di acquisizione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2008, 1148. Sul punto, si è opportunamente osservato, in dottrina e in giurisprudenza, che, laddove si proceda per reati sessuali, l'accertamento della penale responsabilità dell'imputato passa attraverso la necessaria risoluzione del contrasto tra le opposte versioni dell'imputato stesso e della persona offesa, unici protagonisti dei fatti, in assenza, non di rado, di riscontri oggettivi o di altri elementi atti ad attribuire maggiore credibilità all'una o all'altra tesi; cfr. E. FRANCESCHINI, *La sola testimonianza del minore*, cit., 839, e i riferimenti giurisprudenziali ivi indicati alla nota n. 7.

<sup>4</sup> In giurisprudenza, cfr. Sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147, in *Cass. pen.*, n. 9, 2008, 3343 ss., con nota di C. VALENTINI, *Il caso di Rignano: ancora un episodio del rapporto tra scienza e processo*.

<sup>5</sup> Trattasi di un documento nato all'esito di un convegno tenutosi nei giorni 6-9 giugno 1996 a Noto sul tema "abuso sessuale sui minori e processo penale", a cui hanno preso parte diverse figure professionali, quali avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, criminologi, medici legali, etc. Il protocollo, aggiornato da ultimo nel 2017 (c.d. IV Carta di Noto), specifica le linee guida e le migliori prassi cui attenersi per l'esame del minore e per la valutazione della sua capacità di testimoniare. Quanto alla sua valenza giuridica, la giurisprudenza ha da tempo chiarito – come peraltro ricordato nella sentenza in commento – che la Carta, pur rappresentando un utilissimo strumento di cui spesso tengono conto i giudici di merito e di legittimità, non ha, tuttavia, alcun carattere vincolante, ma solo di "suggerimento", motivo per cui l'inosservanza delle metodiche di assunzione e dei criteri di valutazione della prova ivi previsti non determina la nullità o inutilizzabilità della testimonianza, salvo ovviamente che tali metodiche e criteri non siano già trasfusi in disposizioni del codice di rito, con relativa disciplina degli effetti in caso di inottemperanza; tuttavia, si è al tempo stesso osservato che la violazione dei suggerimenti forniti dalla Carta impone comunque al giudice «di illustrare le ragioni per le quali, secondo il suo libero ma non arbitrario convincimento, la prova dichiarativa assunta senza l'osservanza di dette metodiche debba ritenersi comunque attendibile, assolvendo ad un onere motivazionale tanto più stringente quanto più grave e patente sia stato, anche alla luce delle eccezioni difensive, lo scostamento dalle menzionate linee guida» (così, ad esempio, Sez. III, 27 ottobre 2022, n. 5433, in *C.E.D. Cass.*, n. 284136).

intervistatori, fino a creare una distorsione dei suoi ricordi, se non un vero e proprio falso ricordo autobiografico, che si consolida e viene percepito come rispondente alla realtà<sup>6-7</sup>.

In presenza, quindi, di dichiarazioni accusatorie rese a terzi dal minore (presunta) vittima di un reato sessuale, proprio per verificare che questi non abbia inteso compiacere il proprio interlocutore ed adeguarsi alle sue aspettative, numerose pronunce di legittimità<sup>8</sup>, compresa quella in commento, riservano particolare attenzione alla ricostruzione della c.d. “genesi” della notizia di reato, comprensiva delle primissime dichiarazioni del minore (che, se spontanee e non sollecitate, sono le più genuine e di maggiore attendibilità, poiché immuni da interventi intrusivi esterni<sup>9</sup>), nonché delle reazioni emotive degli adulti coinvolti e delle loro domande.

Inoltre – e più in generale – secondo una costante giurisprudenza di legittimità la valutazione di attendibilità delle dichiarazioni rese dal minore deve tenere conto non solo della loro intrinseca coerenza, ma anche di tutte le altre circostanze concretamente idonee ad influire su tale giudizio. Detto altrimenti, il giudice è chiamato ad operare una valutazione di carattere “onnicomprensivo” della credibilità del minore, che tenga cioè conto di una molteplicità di fattori, ivi inclusi, ad esempio: l’attitudine, in termini intellettivi ed affettivi, a testimoniare; il più ampio contesto sociale, familiare e ambientale in cui il minore vive; la qualità e natura delle dinamiche familiari; il complesso delle situazioni che attengono alla sfera interiore del minore e le condizioni emozionali che modulano le sue reazioni con il mondo esterno; l’eventuale incidenza di plurime audizioni del minore in punto di usura della fonte dichiarativa; infine, i processi di rielaborazione delle vicende vissute<sup>10</sup>.

Ebbene, nella vicenda *de qua* la suprema Corte, con una lettura del tutto aderente ai principi su sinteticamente richiamati, ed in particolare all’esigenza di un apprezzamento in senso globale della testimonianza della minore, ha ritenuto di condividere le valutazioni espresse sul punto dal giudice territoriale, il quale aveva richiamato l’attenzione su talune circostanze che, a suo dire, avevano in concreto pregiudicato la genuinità e l’attendibilità della prova dichiarativa.

In particolare, la Corte di appello aveva in primo luogo correttamente evidenziato che la testimonianza della minore, seppur raccolta nelle forme garantite dell’incidente probatorio “speciale”

<sup>6</sup> In questi termini si esprime l’illuminante pronuncia della Sez. III, 8 marzo 2007, n. 121, in *www.psicologiagiuridica.eu*. Negli studi specialistici sul tema si parla, a proposito del fenomeno appena considerato, di “memoria creativa” del bambino: si ritiene che tale concetto possa essere perfettamente sintetizzato con una metafora offerta da G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1026: «l’evento esterno non lascia nella retina della memoria del minore un fotogramma, destinato a rimanere stabile o, al più, a sfocarsi con l’andar del tempo; bensì gli elementi di base per un quadro che potrà essere completato sfruttando sollecitazioni o stimoli successivi». Sulle osservazioni svolte in questa sede in punto di suggestionabilità del minore, v. anche E. FRANCESCHINI, *La sola testimonianza del minore*, cit., 840.

<sup>7</sup> Ovviamente, le considerazioni sin qui svolte, di carattere squisitamente psicologico – di cui pure il giudice ha dimostrato di tener conto nella sua valutazione – non devono tuttavia risolversi in una aprioristica e apodittica svalutazione delle dichiarazioni del minore (sulla base del mero rilievo per cui “i bambini sono soggetti influenzabili e tendenti all’affabulazione”), ma devono pur sempre essere calate nel caso concreto, al fine di suffragare una rigorosa analisi di (in)attendibilità, pena il rischio di “*approssimative volgarizzazioni psicologiche*” da parte dei giudici; in questi termini, cfr. Sez. III, 21 settembre 2007, n. 35224, in *Cass. pen.*, 2009, n. 2, 649 ss.

<sup>8</sup> V., ad esempio, Sez. III, 13 maggio 2010, n. 24248, in *C.E.D. Cass.*, n. 247285.

<sup>9</sup> C. PANSINI, *La testimonianza del minore nel processo penale italiano tra norme interne e direttive comunitarie*, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 69, 2017, 58 ss.

<sup>10</sup> Cfr., *ex plurimis*, Sez. III, 05 maggio 2020, n. 29612, in *C.E.D. Cass.*, n. 247740; Sez. III, 29 maggio 2013, n. 23065, in *Dir. e giust.*, 2013, con commento di A.J. DICANDIA, *Attendibilità del minore persona offesa: la valutazione deve essere onnicomprensiva*.

di cui agli artt. 392 co. 1-*bis* e 398 co. 5-*bis*, c.p.p.<sup>11</sup>, era stata assunta a distanza di molto tempo dai fatti ascritti all'imputato.

È noto, infatti, che il passaggio di un significativo lasso temporale tra il momento di verifica dei fatti e quello di audizione del minore può incidere negativamente sull'attendibilità delle sue dichiarazioni (anche se non vale di per sé ad escluderla del tutto), sia perché i bambini, per la c.d. "amnesia infantile", non sono in grado di conservare a lungo i ricordi – sui quali, peraltro, potrebbero attivarsi meccanismi di rimozione e di rielaborazione – sia perché, con il trascorrere del tempo, aumenta anche il rischio di condizionamenti esterni, provenienti soprattutto dall'ambito familiare, che potrebbero inquinare irrimediabilmente il contributo probatorio che il minore può offrire<sup>12</sup>.

Ciò detto, come la vicenda *de qua* dimostra, non sempre l'attivazione – peraltro facoltativa<sup>13</sup> – dell'incidente probatorio garantisce di per sé l'assunzione della testimonianza del minore nell'immediatezza dei fatti. Tale accorgimento, infatti, rimane pur sempre nella disponibilità delle parti, che possono richiederlo nel momento ritenuto più conveniente, e quindi anche a distanza di diversi mesi dalla ricezione della notizia di reato, se non addirittura *in limine* alla scadenza dei termini per la conclusione delle indagini, che peraltro sono più estesi per i delitti di particolare allarme sociale come quello che ci occupa, a norma dell'art. 407 co. 2 *lett. a*), c.p.p.<sup>14</sup>.

Altra circostanza "patologica" che il giudice territoriale ha posto in rilievo a sostegno della propria valutazione complessivamente negativa in ordine all'attendibilità della minore è costituita dalla molteplicità di colloqui a cui la minore stessa era andata incontro in sede extraprocessuale, prima di essere sentita in incidente probatorio (colloqui da cui, peraltro, erano emerse diverse contraddizioni nel narrato)<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> In argomento e per maggiori approfondimenti, si rinvia, *ex plurimis*, a L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 173 ss.; G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore*, cit., 1019 ss.; C. PANSINI, *La testimonianza del minore*, cit., 58 ss.; N. PASCUCCL, *La testimonianza del minore nel processo penale*, in *Giur. it.*, 2020, 2578 ss.; A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli: minore e infermo di mente*, in *Fam. dir.*, n. 3, 2005, 327 ss.

<sup>12</sup> Sul punto, in dottrina, v., ad esempio, C. VALENTINI, *Il caso di Rignano*, cit., 3350 ss. Con riguardo alle potenziali incidenze negative del ritardo nell'audizione del minore, il punto 2 delle linee guida dettate dalla IV Carta di Noto prevede che «il minore va sentito il prima possibile [...]. Le audizioni effettuate o ripetute ad una considerevole distanza temporale vanno valutate con grande cautela a causa della condizione psicologica mutata rispetto all'epoca dei fatti e dei potenziali fattori di inquinamento del ricordo». In giurisprudenza, invece, cfr. Sez. III, 14 maggio 2015, n. 30865, in *Dir. e giust.*, n. 29, 2015, 15, con commento di E. FONTANA, *Il ritardo nell'audizione del minore può minarne in radice l'attendibilità*, ove la Corte ha espresso il seguente principio di diritto: «il passaggio di un significativo lasso temporale tra il momento di pretesa verifica dei fatti e il momento del rendiconto testimoniale di essi comporta, per il giudice, l'onere di una motivazione rafforzata che dia conto, complessivamente, dell'inidoneità del distacco temporale ad incidere sull'attendibilità delle dichiarazioni rese o perché, in particolare, non sono intervenuti fattori esterni di disturbo, o perché, ove intervenuti, gli stessi non si sono comunque dimostrati in grado di alterare il corretto ricordo dei fatti».

<sup>13</sup> Benché dal complesso delle previsioni normative in tema di testimonianza del minore possa agevolmente desumersi il *favor* che l'ordinamento processuale riserva all'audizione "protetta" in sede di incidente probatorio, che costituisce indubbiamente l'opzione migliore al fine di tutelare l'integrità psicofisica del giovane testimone e di consentirne l'uscita dal contesto giudiziario il prima possibile, tale modalità, tuttavia, non è affatto imposta dalla legge, potendo le parti procedere anche per altre vie; più diffusamente sul punto, v. R. APRATI, *La prova testimoniale del minore vittima di reati sessuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1422 e ss.

<sup>14</sup> A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli*, cit., 332; C. VALENTINI, *Il caso di Rignano*, cit., 3350 ss.

<sup>15</sup> Segnatamente, la minore, prima di essere escussa nelle forme dell'incidente probatorio, era stata già sentita da parte di soggetti dell'ambito familiare, di specialisti a cui questi ultimi si erano rivolti, nonché da parte del consulente tecnico del P.M.; sulla potenziale incidenza negativa delle plurime audizioni del minore in punto di attendibilità, cfr., *ex plurimis*,

Invero, trattasi di una prassi, purtroppo, assai frequente, per la quale il minore, anteriormente all'audizione con le modalità dell'esame protetto in sede processuale, viene sottoposto ad un'estenuante sequela di interrogatori, sia in ambito familiare che da parte del P.M. (e/o dei suoi consulenti tecnici)<sup>16</sup>, con buona pace delle esigenze di evitare alla persona offesa un secondo trauma, oltre a quello derivante dal presunto abuso sessuale subito.

Infine – e soprattutto – la Corte di appello, con valutazione, come detto, avallata dalla Suprema Corte, ha escluso l'attendibilità della persona offesa guardando proprio alla già richiamata genesi della notizia di reato, e quindi alle primigenie confidenze del minore ed alle immediate reazioni e domande degli adulti coinvolti, evidenziando, in particolare, le modalità non corrette ed il contesto altamente suggestivo in cui le dichiarazioni accusatorie si erano formate<sup>17</sup>.

3. Evidenziati alcuni dei principi e dei criteri rilevanti nell'ambito della valutazione giudiziale di attendibilità del minore vittima di reati sessuali, e prima di addentrarsi nella distinzione tra questa e la verifica della capacità di testimoniare del minore stesso, si ritiene opportuno premettere alcune notazioni essenziali su quest'ultimo aspetto.

Ebbene, è d'uopo in primo luogo rilevare che l'art. 196 co. 1 c.p.p. attribuisce a ogni persona, e quindi anche al minore, la capacità di testimoniare<sup>18</sup>.

Il successivo comma 2 della medesima disposizione prevede, poi, che «qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del testimone, sia necessario verificarne l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, il giudice anche di ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge».

Pertanto, alla luce dell'art. 196 co. 2 c.p.p., il giudice potrà fare ricorso ad accertamenti – di regola peritali<sup>19</sup> – volti a verificare l'idoneità psicofisica del minore a rendere deposizione<sup>20</sup>, pur non

---

Sez. III, 02 marzo 2017, n. 46592, in *C.E.D. Cass.*, n. 271064, così massimata: «la valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima deve tenere conto non solo della loro intrinseca coerenza, ma anche di tutte le altre circostanze concretamente idonee ad influire su tale giudizio, ivi inclusa la verifica sull'incidenza di plurime audizioni della persona offesa in punto di usura della fonte dichiarativa».

<sup>16</sup> C. VALENTINI, *Il caso di Rignano*, cit., 3350 ss. L'A., peraltro, riporta un passaggio della sentenza n. 529/2002 della Corte costituzionale che si adatta perfettamente alla vicenda sottesa alla sentenza in commento (cfr. nota n. 24) «l'esigenza di non dover ripetere più volte la testimonianza, per evitare il rinnovo di situazioni di tensione e disagio psicologico, non è di per sé assicurata dal ricorso all'incidente probatorio, che [...] potrebbe sopravvenire – al pari dell'istruttoria dibattimentale – dopo che nel corso delle indagini preliminari il minore sia già stato sentito».

<sup>17</sup> Segnatamente, le rivelazioni della bambina non risultavano rese nell'ambito di un racconto libero e spontaneo, ma consistevano, piuttosto, nella spiegazione di condotte sessualizzate fornita dalla minore, interpellata a riguardo dai familiari. In particolare, la minore, su sollecitazione degli interroganti, che inizialmente non si erano mostrati soddisfatti delle risposte ricevute, aveva fornito spiegazioni sempre diverse di tali condotte, per addivenire infine, proprio per effetto delle domande inducenti degli intervistatori, all'individuazione dell'imputato come responsabile dell'insegnamento di talune pratiche di carattere sessuale.

<sup>18</sup> La minore età, come si è visto, può, al più, incidere sulla valutazione di attendibilità della testimonianza. Così, E. FRANCESCHINI, *La sola testimonianza del minore*, cit., 840.

<sup>19</sup> Tuttavia, in dottrina si è ritenuto che, a tal fine, il giudice possa anche disporre esperimenti giudiziali o l'acquisizione di documenti; cfr. C. PANSINI, *La testimonianza del minore*, cit., 59, nota n. 6, e i riferimenti bibliografici ivi indicati. Inoltre, la giurisprudenza ha ammesso anche il ricorso all'esame di testi qualificati (cfr. Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 11096, in *C.E.D. Cass.*, n. 258891), quali i medici che avevano avuto in cura o si erano occupati per ragioni professionali della persona offesa vittima di abusi sessuali.

<sup>20</sup> Già da tempo si è sostenuta, tanto in giurisprudenza quanto nella dottrina maggioritaria, l'ammissibilità dell'indagine psicologica sul teste minorenni, a prescindere dalla sussistenza di patologie mentali, dal momento che i limiti alla perizia

avendo alcun obbligo in tal senso. Infatti, benché, in presenza di minori – specie se in tenera età – l'utilizzo della perizia psicologica sia da sempre raccomandato dagli studi specialistici e dai protocolli rilevanti nel settore<sup>21</sup>, giurisprudenza pressoché unanime ha escluso qualsivoglia vincolo per il giudicante, soprattutto allorché non vi siano seri elementi perturbatori per giustificare la pretesa incapacità del teste<sup>22</sup>.

A ciò si aggiunga che, per evidenti ragioni logiche, tali accertamenti peritali, se pure non precludono, a prescindere dal loro esito, l'assunzione della testimonianza del minore (come espressamente enunciato al comma 3 dell'art. 196 c.p.p.<sup>23</sup>), dovrebbero precedere quest'ultima. Tuttavia, tale scansione cronologica, benché raccomandata dalla comunità scientifica<sup>24</sup>, non è affatto imposta dalla legge, per cui nulla vieta che il minore possa essere sentito prima di disporre la perizia sulla sua capacità di testimoniare.

L'indagine psicologica sul minore, peraltro, si dimostra particolarmente proficua quando si presume che questi sia stato vittima di un reato a sfondo sessuale, tenuto conto delle complesse implicazioni che la materia comporta<sup>25</sup>. Per tale ragione, in relazione a questa tipologia di procedimenti si è da tempo consolidata la prassi di affidare a esperti nelle scienze dell'età evolutiva (psicologi, psichiatri e neuropsichiatri) l'incarico di espletare una consulenza psicologica sul minore<sup>26</sup>.

In tali ipotesi, secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>27</sup>, gli accertamenti peritali concernono due aspetti fondamentali: da un lato, “*l'attitudine del bambino a testimoniare, sotto il profilo intellettuale e affettivo*” e, dall'altro, la sua “*credibilità*”.

---

stabiliti dall'art. 220, comma 2, c.p.p. si riferiscono esclusivamente all'imputato; cfr. Sez. III, 28 settembre 1995, n. 794, in *Cass. pen.*, 1997, 2174; A. PRESUTTI, *La tutela dei testimoni deboli*, cit., 327 ss.

<sup>21</sup> Ad esempio, la stessa Carta di Noto, al punto 10 delle relative linee guida, prevede che “*per soggetti di età inferiore agli anni dodici (come nel caso della sentenza in commento, n.d.r.) si ritiene necessario, salvo in casi di eccezionali e comprovate ragioni di tutela del minore, che sia sempre disposta perizia al fine di verificarne la idoneità a testimoniare sui fatti oggetto d'indagine.*”

<sup>22</sup> In particolare, si è affermato che il mancato espletamento della perizia in ordine alla capacità di testimoniare del minore non rende per ciò stesso inattendibile la testimonianza della persona offesa, dal momento che tale accertamento non costituisce un presupposto indefettibile per la valutazione di attendibilità; tuttavia, laddove emergano elementi patologici che possano far dubitare della predetta capacità, l'accertamento in ordine tanto all'attitudine a deporre quanto all'attendibilità delle dichiarazioni dovrà essere particolarmente stringente, e dovrà necessariamente fondarsi su altri oggettivi e sicuri elementi di prova o di riscontro (cfr., ad esempio, Sez. III, 03 marzo 2022, n. 9244, in *IUS Penale*, 8 aprile 2022, con commento di I. CONTI, *Capacità di testimoniare: il giudice non è tenuto a disporre la perizia salvo il caso in cui vi siano seri elementi perturbatori*; Sez. III, 12 ottobre 2016, n. 1752, in *Dir. e giust.*, n. 11, 2017, 13, con nota di A. FOTI, *La perizia psicologica sulla capacità a testimoniare del minore è sempre necessaria?*).

<sup>23</sup> Nulla esclude, pertanto, che il giudice ammetta l'esame del minore la cui capacità di testimoniare sia stata esclusa in precedenza dal perito; sul punto, cfr., ad esempio, G.I.P. Milano, 15 luglio 2013, in *Famiglia e diritto*, n. 2, 2014, 177, ove il giudice ha ammesso l'incidente probatorio richiesto dal P.M. al fine di raccogliere la testimonianza del minore vittima di un reato a sfondo sessuale, sebbene il perito l'avesse ritenuto incapace di testimoniare. Cfr., altresì, Sez. III, 06 marzo 2003, n. 36619 in *Dir. e giust.*, 2003, n. 29, 37, con nota di N. LETTIERI, *Anche il teste incapace può essere attendibile.*

<sup>24</sup> Il punto 16 della IV Carta di Noto “*suggerisce*” che l'accertamento dell'idoneità a testimoniare tramite la perizia preceda l'audizione del minore.

<sup>25</sup> Cfr. Sez. III, 20 ottobre 2011, n. 8939, in *Cass. pen.*, n. 12, 2013, 4505 ss., con nota critica di C. RIZZO, *L'indagine psicologica del teste minore.*

<sup>26</sup> A. ROMEO, *Abusi sessuali su minori*, cit., 1156.

<sup>27</sup> Cfr., ad esempio, Sez. III, 20 ottobre 2011, n. 8939, cit.; Sez. III, 3 luglio 1997, n. 8962, in *Cass. pen.*, 1998, 1752.

In particolare, il primo aspetto consiste nella verifica «della sua capacità di recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle e di esprimerle in una visione complessa, da considerare in relazione all'età, alle condizioni emozionali che regolano le sue relazioni con il mondo esterno, alla qualità e natura dei rapporti familiari»; mentre il secondo aspetto – da non confondersi, come si dirà, con la valutazione di attendibilità della testimonianza, che rientra nei compiti esclusivi del giudice – risulta «diretto ad esaminare il modo in cui la giovane vittima ha vissuto ed ha rielaborato la vicenda», e quindi a valutare se sia stata capace di rendersi conto dei comportamenti subiti e sia attualmente in grado di riferirne, senza influenze dovute ad alterazioni psichiche<sup>28</sup>.

Relativamente, poi, al valore da attribuire alle eventuali dichiarazioni rese dal minore vittima di delitti sessuali all'esperto officiato dell'accertamento personologico della sua capacità di testimoniare, la giurisprudenza ha altresì chiarito – come peraltro rilevato anche nella sentenza in commento – che, stante il divieto previsto dall'art. 228 co. 3 c.p.p. di utilizzare le notizie ricevute dal perito per fini diversi da quelli dell'accertamento peritale, tali dichiarazioni sono inutilizzabili (anche nel giudizio abbreviato, trattandosi di inutilizzabilità c.d. “patologica”<sup>29</sup>) come fonti di prova per la ricostruzione del fatto, ma possono utilizzarsi solo ai fini della conclusione dell'incarico.

4. Svolti questi brevi rilievi essenziali sull'indagine psicologica in ordine alla capacità di testimoniare del minore, deve segnalarsi che, come già da tempo pacificamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità – nel cui solco si inserisce anche la sentenza in commento – il giudice può sì fare ricorso, come detto, ad un'indagine tecnica che fornisca dati inerenti al grado di maturità psichica del minore vittima di abusi sessuali, ma solo al fine di verificarne l'idoneità a testimoniare, e non anche per valutare l'attendibilità oggettiva e soggettiva della testimonianza. Tale ultimo profilo, infatti, rientra nei compiti esclusivi del giudice, il quale deve procedere direttamente ed autonomamente all'analisi della condotta del teste, della coerenza del suo narrato e dell'eventuale esistenza di riscontri esterni<sup>30</sup>, non potendo limitarsi a richiamare il giudizio espresso a riguardo da periti e/o da consulenti tecnici, ai quali non è delegabile tale verifica<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> La “credibilità” del minore deve quindi essere intesa in senso “clinico”, come capacità (in assoluto) di rilasciare dichiarazioni affidabili.

<sup>29</sup> Cfr. Sez. III, 19 maggio 2015, n. 36351, in *C.E.D. Cass.*, n. 264738; Sez. III, 23 maggio 2013, n. 43723, *ivi*, n. 258325; Sez. I, 11 gennaio 2012, n. 12731, *ivi*, n. 252600. Si badi che la giurisprudenza di legittimità non è sempre stata univoca sul punto: all'orientamento su richiamato, se ne è contrapposto un altro (che oggi può dirsi ampiamente superato) per il quale l'inutilizzabilità delle notizie ricevute in sede di espletamento dell'incarico avrebbe avuto natura non patologica, bensì fisiologica, sicché tali notizie avrebbero potuto essere utilizzate nel rito abbreviato ai fini della prova della responsabilità dell'imputato (Sez. III, 11 novembre 2008, n. 2101, in *C.E.D. Cass.*, n. 242256).

<sup>30</sup> Si noti che, sebbene, come detto, per costante orientamento della Suprema Corte, il giudice possa trarre il proprio convincimento circa la penale responsabilità dell'imputato anche dalle sole dichiarazioni della persona offesa (purché siano sottoposte ad un rigoroso vaglio di attendibilità), senza necessità di riscontri esterni, non trovando applicazione le regole probatorie di cui all'art. 192, commi 3 e 4, tuttavia talune pronunce sembrano richiedere che le dichiarazioni accusatorie provenienti da minori (o parti di esse) “*trovino obiettivo riscontro tra loro o con altri elementi di convalida già acquisiti si da poter escludere che esse possano derivare da immaturità psichica ovvero da facile suggestionabilità*” (cfr. Sez. III, 24 giugno 2010, n. 28731, in *Guida Dir.*, n. 42, 2010, 101).

<sup>31</sup> Cfr., tra le tante, Sez. III, 12 novembre 2020, n. 189, in *C.E.D. Cass.*, n. 280824; Sez. III, 16 settembre 2020, n. 29333, in *Dir. e giust.*, 23 ottobre 2020; Sez. III, 12 luglio 2016, n. 28932, in *Il QG*, 27 luglio 2016, con commento di M. RIVERDITI, *Violenza sessuale: sentenza nulla se è il perito a valutare l'attendibilità del minore*; Sez. III, 18 settembre 2015, n. 47033, in *C.E.D. Cass.*, 2016; Sez. III, 4 febbraio 2015, n. 5169, in *Dir. e giust.*, 05 febbraio 2015, con nota di

L'esperto, dal canto suo, può solo giungere alla conclusione che il minore è idoneo a rendere testimonianza – nel senso che nei suoi meccanismi psichici non si ravvisa, da un punto di vista clinico, alcun processo che possa interferire con le facoltà della memoria e, quindi, con le capacità di rievocazione – ma non può (*rectius*, non dovrebbe) esprimere alcun apprezzamento in termini di credibilità soggettiva del narrante o di attendibilità intrinseca del narrato: stabilire se il dichiarante ha detto il vero o il falso è una conclusione che riguarda la verità processuale e che, pertanto, è di stretta competenza del giudice, al quale l'esperto non può sostituirsi<sup>32</sup>.

Del resto, la distinzione tra capacità di testimoniare e attendibilità della testimonianza non solo è imposta chiaramente a livello normativo – laddove il più volte richiamato art. 196 co. 2 c.p.p. prescrive, esplicitamente ed inequivocabilmente, che le indagini tecniche delegabili all'esperto devono concernere (solo) «l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza» – ma è anche “suggerita”, seppur in via non vincolante, dalla Carta di Noto, ove, al punto 15, si prevede che «all'esperto non può essere demandato il compito di accertare la veridicità e la validità del racconto o dei racconti resi [...]. La idoneità a testimoniare non implica la veridicità e credibilità della narrazione»<sup>33</sup>.

Ancora, al punto 12 del medesimo documento, si stabilisce che «in tema di idoneità a testimoniare, le parti e gli esperti si assicurano che i quesiti siano formulati in modo da non implicare giudizi, definizioni o altri profili di competenza del giudice. Non vanno utilizzate dall'esperto espressioni come “attendibilità”, “credibilità”, “veridicità”, “compatibilità”, perché potenzialmente fuorvianti [...]. Ove la richiesta peritale esorbitasse dalle sue competenze e da quanto è accreditato dal patrimonio scientifico attuale, l'esperto deve farlo presente al giudice». Siffatti “suggerimenti”, evidentemente, mirano ad evitare errori già “a monte” – ovverosia nella formulazione dei quesiti – consistenti nell'affidare *ab origine* al perito nominato dal giudice e/o al consulente del P.M. la valutazione di attendibilità del minore<sup>34</sup>.

In definitiva, trattasi di due momenti di giudizio – valutazione della capacità di testimoniare del minore, da un lato, e della sua attendibilità, dall'altro – che devono essere tenuti rigorosamente distinti, potendo solo il primo essere demandato ad un'indagine tecnica, mentre il secondo deve rimanere saldamente nelle mani esclusive del giudice.

Senonché, tali momenti, essendo intimamente connessi tra loro, sono spesso confusi l'uno con l'altro<sup>35</sup>, come peraltro dimostrato dalla vicenda da cui trae origine la sentenza in commento.

---

S. GENTILE, *Il giudice può demandare al perito la valutazione della capacità a testimoniare del minore, ma non l'accertamento della sua attendibilità*; Sez. IV, 18 ottobre 2011, n. 44644, in *C.E.D. Cass.*, n. 251662.

<sup>32</sup> Sez. III, 12 novembre 2020, n. 189, cit.

<sup>33</sup> In termini analoghi, v. anche il punto 3.2 delle “Linee Guida Nazionali – L'ascolto del minore testimone” (2010), in <https://www.societadipsicologiagiuridica.org>.

<sup>34</sup> Sul punto, cfr., ad esempio, Sez. III, 18 settembre 2015, n. 47033, cit., ove la Suprema Corte ha censurato l'errore di diritto commesso dal giudice di merito, il quale aveva sostanzialmente delegato il compito di valutare l'attendibilità dei racconti delle persone offese agli esperti, ed aveva poi recepito acriticamente le conclusioni rassegnate dagli stessi in punto di linearità logica del narrato, senza una seria e autonoma valutazione di tale profilo.

<sup>35</sup> C. PANSINI, *La testimonianza del minore*, cit., 58 ss.

Difatti, nel caso *de qua*, il perito e il consulente tecnico del P.M. avevano entrambi concluso per la verosimiglianza/credibilità intrinseca del racconto della persona offesa, esorbitando dai propri compiti e sconfinando in quelli del giudice.

Pertanto, la Corte di appello, nell'apprezzare autonomamente – e nell'escludere – l'attendibilità oggettiva e soggettiva della testimonianza del minore, correttamente non aveva in alcun modo recepito le valutazioni indebitamente formulate sul punto dagli esperti.

Ciò posto, la Suprema Corte, a fronte delle doglianze mosse dal ricorrente in ordine alla dedotta erronea valutazione della testimonianza del minore – fondate, tra l'altro, sulle diverse conclusioni rassegnate dal perito e dal consulente del P.M. – non ha potuto che confermare l'impianto motivazionale della sentenza impugnata, pienamente aderente ai principi consolidatisi in materia, come su richiamati.

5. In definitiva, la suprema Corte ha ripercorso sentieri già ampiamente tracciati da precedenti pronunce sul tema della valutazione della testimonianza del minore persona offesa di reati sessuali. Tuttavia, pur non introducendo alcun elemento innovativo nel quadro giurisprudenziale esistente, la decisione si segnala comunque per l'apprezzabile sforzo di riaffermare, in questo campo, il ruolo centrale del giudice<sup>36</sup>, a fronte di censurabili prassi di “decentramento” nelle mani dell'esperto o, comunque, di “sconfinamento” da parte di quest'ultimo nel perimetro valutativo riservato al giudicante.

Difatti, il giudice, seppur sprovvisto di specifiche competenze scientifiche in materia, non può – per ciò solo – affidarsi ciecamente alle perizie psicologiche, né può limitarsi a recepire passivamente le valutazioni ivi espresse dal tecnico in punto di attendibilità del minore; se così non fosse, il rischio sarebbe quello di pronunce giurisdizionali fondate esclusivamente su elementi di tipo psicologico, e quindi extragiuridico, con buona pace del principio del libero convincimento giudiziale<sup>37</sup>.

Ciò, ovviamente, non deve essere inteso come un rifiuto preconcepito verso gli apporti che, obiettivamente, le scienze psicologiche possono offrire in materia, ma come la riaffermazione di un principio di civiltà giuridica per cui il giudice resta l'unico depositario della verità processuale e, in quanto tale, deve sempre porsi criticamente rispetto alle risultanze peritali, esprimendo una valutazione autonoma, rigorosa e neutrale, tanto più necessaria in procedimenti dall'alto “coefficiente umano” come quelli per delitti sessuali a danno di minori.

---

<sup>36</sup> M. RIVERDITI, *Violenza sessuale*, cit.

<sup>37</sup> E. FRANCESCHINI, *La sola testimonianza del minore*, cit., 841 ss.

## ESPERIENZE

# Contrastare la devianza minorile intervenendo sul disagio

ADA PALMA

## ABSTRACT

*Primary prevention is the only effective strategy to combat juvenile delinquency, especially in areas of environmental and cultural degradation*

SOMMARIO: 1. Degrado ambientale ed agenzie educative. – 2. La complessità del fenomeno ‘devianza’. – 3. La *peer education*. – 4. Aspetti motivazionali. – 4.1. Aspetti emotivi. – 4.2. Aspetti legati al gruppo. – 4.3. Aspetti educativi. – 5. Conclusioni.

1. Dal 2015 al 2022 mi sono avvicinata alla realtà territoriale dei quartieri limitrofi di Napoli, per comprendere meglio il contesto in cui vivono i minori di quei quartieri ed il ruolo che possono avere le Associazioni nell’orientare in maniera positiva il loro percorso formativo ovvero nel prospettare la possibilità concreta di una scelta diversa da quella deviante. Sono fermamente convinta che l’obiettivo debba essere agire sul disagio “prima” che esso si trasformi in devianza. In particolare, essendo ancora una studentessa di psicologia ad indirizzo clinico, volevo collaborare come educatore volontario all’interno di questi ambiti territoriali.

La prima occasione è stata l’associazione *Onlus* “CentroInsieme”, il cui scopo è quello di lottare contro l’abbandono scolastico. Essa opera all’interno delle Vele di Scampia e offre il servizio di doposcuola gratuito per i bambini che vanno dalla fascia d’età dai 6 anni agli 11. Mi sono poi imbattuta nella Cooperativa sociale “Il tappeto di Iqbal”, che opera a Barra ed è gestita dal presidente, Giovanni Savino, educatore di strada. L’attenzione è rivolta agli adolescenti che vanno da un’età compresa tra i 13 e 18 anni; l’intento è quello di offrire un’alternativa alla strada, non più vista come tramite per delinquere, ma per fare “Arte”, attraverso attività ludiche e di pedagogia circense.

Prima di descrivere la mia esperienza, mi preme sottolineare la dimensione preventiva del disagio e, dunque, della devianza causata dal degrado ambientale con un alto tasso di macro e microcriminalità. Ciò evidenzia l’importanza della messa in atto di agenzie educative e di risorse territoriali esterne rivolte ad adolescenti. In un’ottica di azione preventiva, è possibile ridurre la quantità di fenomeni di aggregazione a gruppi delinquenti; questi sono, talvolta, visti come unica possibile crescita personale o, meglio, come unica opportunità di riconoscimento sociale ed economica. Una delle più importanti distinzioni tra le varie azioni preventive è quella tra azioni di prevenzione primaria, secondaria e terziaria. La prima è diretta ad eliminare o ridurre le condizioni criminogene presenti in un contesto fisico o sociale, quando ancora non si siano manifestati segnali di pericolo. La seconda comprende tutte le misure rivolte a gruppi a rischio di criminalità; la terza interviene quando un evento criminale è già stato commesso, per prevenire ulteriori ricadute. Tra le

strategie che hanno maggiormente determinato effetti positivi per la prevenzione e la riduzione dell'assunzione dei comportamenti rischiosi da parte degli adolescenti, vanno privilegiate quelle che si focalizzano sul cambiamento del contesto in cui tali azioni rischiose si verificano.

Tenendo in considerazione che la devianza è un fenomeno complesso, all'interno del quale interagiscono condizioni personali, familiari e sociali, appare limitata la prospettiva che attribuisce rilevanza, in modo meccanicistico, alla disgregazione familiare, alla privazione dei genitori, nonché agli aspetti ghetizzanti e marginalizzanti della società. In una prospettiva più ampia, si parla di fattori protettivi e di rischio. I fattori di rischio sono variabili; essi comunque interferiscono con il processo di adattamento e aumentano la probabilità che si manifesti una psicopatologia; possono essere interni alla persona o esterni (ambientali); invece, i fattori di protezione impediscono che i fattori di rischio abbiano un impatto, potenziando le competenze di *coping* individuali (Di Blasio & Miragoli, 2018).

Oggi la scuola ha una funzione fondamentale nei processi preventivi e di gestione della devianza; essa può riuscire ad intercettare le prime manifestazioni del disagio e può, quindi, avviare un rapporto di collaborazione con i servizi territoriali e le famiglie, sebbene non sia sempre facile ricevere il contributo dei genitori degli studenti. Solo nel momento in cui il giovane e la sua famiglia riconoscono la difficoltà sarà possibile avviare un'azione rieducativa in quanto la scuola, da sola, non può ottenere risultati soddisfacenti. Pertanto, è necessario il lavoro di rete tra le figure dei diversi contesti interessati all'infanzia e all'adolescenza, ma anche la consapevolezza dei protagonisti. Certamente se gli insegnanti percepiscono i primi segnali di disagio, ma non trovano riscontro nella famiglia e nei servizi territoriali, è difficile far fronte a tale situazione. Per tale motivo sono essenziali le strategie di prevenzione, a vari livelli, allo scopo di coinvolgere tutti gli organismi che si muovono intorno al minore, collaborando in maniera efficace.

Non si può non escludere dai fenomeni devianti, l'influenza che esercita il contesto familiare. Esistono diverse situazioni in cui la famiglia si presenta frantumata, negando all'adolescente la messa in opera di alcune delle sue competenze e potenzialità e presentandosi come multiproblematica. La famiglia multiproblematica può presentare disfunzionalità a più livelli e in diversi modi. I livelli disfunzionali da prendere in considerazione sono diversi come il contesto abitativo, il contesto lavorativo, la salute fisica e psichica dei componenti, il grado di isolamento della famiglia nel tessuto comunitario ed il grado di caos nella comunicazione tra i componenti. I contatti sono scarsi, poco gratificanti e, soprattutto, costruttivi. La situazione degli adolescenti appartenenti a famiglie multiproblematiche è sostanzialmente instabile; non a caso, spesso, gli stessi possono essere gettati fuori di casa perché provvedano autonomamente al loro mantenimento, oppure sono tratti in famiglia perché costituiscano, con il loro lavoro, una fonte di sostentamento. In tal modo la fase adolescenziale di questi ragazzi sarà una fase difficile, in quanto dovranno affrontare da soli e in età precoce l'impatto con il mondo esterno e con la presenza contemporanea di richieste che gli provengono da diversi ambiti di vita a cui appartiene, come la scuola ed il gruppo dei pari nonché la famiglia. I comportamenti antisociali messi in atto dagli adolescenti costituiscono, molto spesso, solo un incidente nella loro vicenda evolutiva; essi, pur avendo come modello la società adulta, tendono a mostrare «aggressività verso di essa, perché sentita come distante, poco disponibile e attenta, satura di valori materialistici ed economicistici, carente di riferimenti ai bisogni di relazione, partecipazione

individuale e collettiva» (De Leo, 1982, 63). Pur di sentirsi e apparire visibili, in un contesto che tende a ignorarli, molti giovani ricorrono alla violenza per ottenere in tal modo il ruolo di protagonisti sui palcoscenici della vita sociale. L'atto antisociale, dunque, mira ad una riparazione dell'effetto della deprivazione mediante un rifiuto della medesima.

2. La devianza è un fenomeno complesso, all'interno del quale interagiscono condizioni personali, familiari e sociali; guardando forse un solo lato della medaglia, le cause vanno solitamente ricercate in modo meccanicistico nella disgregazione familiare, nella privazione dei genitori e negli aspetti ghettizzanti e marginalizzanti della società.

All'interno di questi contesti problematici si sviluppa la mia esperienza e da essi è nata l'esigenza di verificare se l'effetto e l'incidenza delle azioni messe in atto, anche con gli altri operatori, avessero portato un risultato e di verificarlo tramite un'indagine. L'idea è quella di comprendere, attraverso il vissuto esperienziale del minore considerato a rischio, se l'intervento delle istituzioni di volontariato, come educatori di strada, potesse avere un effetto di prevenzione primaria. Nello specifico, l'intento è stato quello di comprendere se l'offerta di alternative concrete, potesse avere un'influenza positiva affinché i minori avessero la possibilità di essere attori protagonisti della loro vita.

Attraverso questa indagine, si è voluto dimostrare come l'intervento sui minori da parte di Cooperative Sociali in quartieri a Rischio di Criminalità, e più in generale come un intervento, fondato sulla prevenzione primaria minorile, possa contribuire ad aiutare questi ragazzi a non incorrere in atti criminali o ad intraprendere soluzioni criminogene, agendo prima che avvenga il reato.

L'adolescenza è un periodo di grandi cambiamenti fisici e mentali, relazionali, intellettivi, morali; e tali stravolgimenti possono determinare nel giovane dei momenti di crisi. Se mancano risorse familiari e sociali, questi momenti di crisi hanno una maggiore probabilità di trasformarsi in comportamenti devianti. Ed è qui che emerge l'azione efficace di genitori, di insegnanti e di istituzioni, che possono sostenere l'adolescente per far sì che egli non si orienti verso percorsi di disagio, disadattamento o devianza. Qui va posto in debito risalto il ruolo dell'educatore come punto di riferimento ovvero come intervento di prevenzione primaria volto a migliorare gli aspetti sociali della persona minorenni. Soltanto una prevenzione autentica è in grado promuovere lo sviluppo di comportamenti sociali e la capacità di vivere il proprio territorio in modo sano, cosicché sia possibile diminuire il tasso di criminalità e tutte le conseguenze ad essa collegate.

Fin dal primo momento il progetto ha previsto la nostra partecipazione nella sottoposizione di un questionario, cosa che è stata possibile grazie alla conoscenza del territorio e che ha permesso di utilizzare lo strumento dell'osservazione partecipante. Sono stati presi in considerazione 24 soggetti in età evolutiva. Si è usato il metodo dell'intervista semi-strutturata utilizzando, composta da due domande riguardanti la situazione antecedente e successiva all'inizio dell'attività con le due strutture considerate.

I soggetti che hanno accettato di sottoporsi alle interviste sono stati ventiquattro in totale. Si tratta di un gruppo eterogeneo, composto da 16 soggetti di sesso maschile e 8 di sesso femminile.

Mentre per il doposcuola di Scampia i partecipanti sono bambini di età compresa tra i 7 e i 12 anni, per l'associazione di Barra i partecipanti sono più grandi, dai 14 ai 18 anni. In merito alla provenienza, tutti i partecipanti erano di Barra e di Scampia.

Essi fanno parte di due realtà sociali. La prima "CentroInsieme Onlus", di cui già si è detto, è un luogo in cui i bambini possono trascorrere il loro tempo facendo tante altre attività divertenti e importanti per un adeguato sviluppo individuale e collettivo. La seconda è la Cooperativa sociale Onlus "Il tappeto di Iqbal", la cui sede è Barra, nasce e svolge attività a favore dei minori a rischio e si occupa di interventi sociali e progettualità educative per minori e famiglie, politiche e interventi contro la dispersione scolastica, di orientamento ai servizi, di promozione dell'educazione interculturale e ambientale, Teatro civile e Circo Sociale. Interessante sottolineare come tra le pratiche utilizzate a Barra sia stato di importante rilievo quella della *Peer Education*, che consiste in attività rivolte ad adolescenti guidati dal gruppo di giovani esperti. In sostanza, si tratta di un intervento di educazione tra pari. Nello specifico i minori che diventano maggiorenni, dopo aver avuto un'evoluzione positiva all'interno del gruppo, diventano loro stessi "Educatori di strada" dei nuovi arrivati: "a chi è stato insegnato ora insegna".

La predisposizione a lasciarsi influenzare all'interno di un gruppo è stata impiegata a fini didattici ed educativi, sia con i bambini che con preadolescenti e adolescenti allo scopo di ridurre considerevolmente il livello di ansia all'interno della relazione.

3. La *peer education* è una delle metodologie che risulta essere maggiormente incisiva per quanto riguarda le tematiche relative alla salute e gli stili di vita, poiché diminuisce le differenze tra ragazzi e adulti, potenziando le modalità di apprendimento partecipative, interattive e spontanee, permettendo agli studenti di avere un ruolo attivo rispetto alla propria salute. Pertanto, la *peer education* può essere considerata come trasferimento, scambio e messa in comune di informazioni, valori ed esperienze tra individui con la stessa età o facenti parte dello stesso gruppo sociale. È chiaro, ormai, che il gruppo dei pari ha una forte efficacia all'interno di questo modello: i *peer educators* rappresentano, quindi, figure fondamentali per l'attuazione di tale modello educativo e per il potenziamento di un'educazione alla salute che possa attivare un processo di cambiamento nei comportamenti individuali e collettivi. La prevenzione deve essere considerata come l'insieme di tutte le iniziative, pubbliche e private, diverse da quelle che rappresentano un'applicazione della legge penale, finalizzate alla riduzione dei danni provocati da atti definiti come criminali dallo Stato.

Attraverso le domande poste da noi, si è voluto indagare per questo motivo come tali realtà abbiano potuto offrire un'alternativa che ha saputo rappresentare per il soggetto non solo un'ancora di salvezza, ma anche l'inizio di un percorso di un vero cambiamento di vita. Il *focus* è diretto sull'importanza di fornire valide alternative educative e formative come strumento di prevenzione primaria.

Il lavoro svolto nell'indagine intendeva fornire una fotografia di due momenti significativi dell'esperienza del soggetto, ovvero il primo ed il dopo, offrendo un confronto basato sull'importanza di luoghi, che creano un'alternativa a quella strada comune e solita della criminalità; ne emerge, così, un'esperienza emotiva che chiarisce la rilevanza dell'intervento preventivo primario. L'obiettivo è

stato quello di conoscere quei frammenti importanti e densi di significato. Si è posta particolare attenzione ai momenti antecedenti e successivi all'intervento, da cui sono emerse riflessioni individuali. L'obiettivo è stato di ripercorrere l'esperienza e il vissuto dei soggetti coinvolti e comprendere il loro punto di vista e la loro peculiare rilevanza rispetto all'intervento preventivo e all'azione educativa dell'intervento stesso. Come si vedrà in maniera più approfondita, essa consiste in una metodologia di raccolta dei dati che interessa le interazioni in campo, utili a ricostruire i significati personali e condivisi e studiare i contesti valutati, al fine di comprendere le emozioni e l'esperienza dei soggetti considerati.

La domanda che ci siamo posti è stata se i centri di aggregazione volti a diminuire il fenomeno della criminalità attraverso l'offerta di una possibilità di vita diversa e la trasmissione di principi educativi possono determinare un cambiamento nello stile di vita di questi bambini/ragazzi. Si è, pertanto, cercato di indagare quali motivazioni e quali vissuti emotivi provano i ragazzi rispetto alla loro esperienza di cambiamento. Si è cercato di capire come viene percepita e come si esplicita la consapevolezza rispetto al valore della decisione presa, quale motivazione è sottesa a tale scelta, i sentimenti che scaturiscono sia in relazione al ricordo della situazione precedente che nei confronti della condizione successiva considerandone punti di forza o di debolezza.

In sintesi, attraverso questo lavoro, si è osservata, principalmente, la prospettiva degli attori coinvolti, esposti concretamente ad una scelta di devianza, per comprendere la reale efficacia dell'azione della prevenzione primaria quanto alla possibilità di influire su questi soggetti prospettando un percorso esistenziale alternativo.

Successivamente all'analisi delle osservazioni non strutturate raccolte, si è iniziato ad elaborare ipotesi ed interpretazioni rispetto agli aspetti considerati per guidare in maniera determinata la ricerca. In tal senso, il metodo etnografico ha dato la possibilità di mettersi in discussione, valutando altri punti di vista ed aspettative altrui. La fase di lavoro sul campo, svolta presso le sedi della Cooperativa e dell'Associazione coinvolte, si è risolta nell'osservazione delle reali condizioni di reciprocità nel contesto considerato. La raccolta delle conversazioni, l'esecuzione delle interviste hanno consentito così di comprendere quale valori e significati vengano assegnati alle macrodimensioni prese in considerazione. Infine, c'è stata l'elaborazione delle informazioni raccolte ed il riconoscimento degli aspetti che emergono come più rilevanti.

La ricostruzione delle storie e la raccolta delle informazioni relative all'esperienza di questi soggetti è stata possibile, soprattutto, attraverso le indagini narrative e l'integrazione di questi dati con quelli derivanti dall'osservazione della realtà: testimonianze ricche di emozioni che hanno permesso di comprendere il senso vero del lavoro svolto dai volontari. Un maggiore apporto si è avuto da coloro che sono inseriti in quel contesto da più tempo con un'età maggiore e, pertanto, possedevano anche una consapevolezza maggiore; in questo modo, è stato possibile ricostruire i momenti fondamentali delle loro diverse esperienze di vita.

Qui di seguito si riportano le domande che sono state utilizzate per lo svolgimento delle interviste. Si tratta di due domande che vanno a indagare su come il soggetto era prima dell'incontro con la struttura e il processo di cambiamento intervenuto dopo con la partecipazione al progetto. Attraverso le risposte a tali domande sono state ricavate informazioni rispetto a tutti gli eventi

attinenti all'esperienza. Tramite i commenti che accompagnavano le vicende, è stato possibile intendere i motivi impliciti ed i significati di determinate scelte.

4. Le domande legate a questo tema mirano ad individuare e comprendere il tipo di motivazione che ha spinto ogni singolo soggetto a fare questa scelta, ovvero quella di non seguire la strada della criminalità. Dalle risposte è emerso che la maggior parte frequentavano la struttura perchè si sentivano accettati, considerati e compresi.

Al riguardo mi sia consentito riportare testualmente alcune affermazioni. «Mi sono sentito importante. Sentivo che ero in qualche modo amato. Non mi sgridavano mai, ma mi facevano capire dove sbagliavo. Al Centro ero tranquillo, perchè sapevo di non essere solo. Non mi sentivo preso in giro».

Inoltre, il fatto di avere un obiettivo, essere seguiti dava loro la motivazione ad andare. «Passavo il tempo nel giardino delle Vele con gli altri, studiavo poco perché nessuno mi aiutava. Al Doposcuola dovevo finire prima i compiti, allora li facevo subito perché volevo scendere il primo possibile a giocare». Il fatto che gli operatori dedicassero loro del tempo li faceva sentire seguiti ed amati, sviluppando un legame affettivo nei loro confronti che accresceva la motivazione alla partecipazione. Ne emerge, inoltre, una mancanza quasi totale della figura genitoriale, soprattutto, nello svolgimento dei compiti a casa, sia per la mancanza di competenza che per il fatto che il genitore doveva occuparsi dei figli più piccoli o delle faccende domestiche. In molti dei casi la figura paterna era assente, perché in carcere per spaccio ed estorsione, realtà che veniva spesso nascosta al minore, ma conosciuta dagli educatori. Soprattutto i bambini riportano come per loro sia stato importante avere uno spazio dove c'era anche la presenza fisica di qualcuno che li seguisse nei compiti, li stimolasse e spiegasse loro le materie, dedicandogli del tempo. «Mamma doveva occuparsi degli altri fratelli, non mi seguiva con i compiti». Emerge come lo studio non fosse considerato fondamentale: il significato ad esso attribuito non è di valore.

4.1. Dalle interviste risulta fortemente l'importanza della dimensione emotiva. Ciò che accomuna molti dei partecipanti riguarda lo stato emotivo, che è andato migliorando man mano che la frequenza alla struttura aumentava: «Ero sempre molto nervoso, e reagivo con molto aggressività. Ero molto aggressivo ed arrabbiato con il mondo, prima di iniziare, litigavo con tutti e non volevo saperne nulla di studiare».

La maggior parte dei racconti critici e significativi relativi alla vita dei soggetti intervistati sono caratterizzati dalla rabbia; un'emozione tanto forte da piccoli per non essere compresi ed accettati, ma anche da più grandi quando la consapevolezza di vivere in un posto difficile e svantaggiato restituisce sentimenti di rancore e sfida. Per i più grandi ripensare al passato e riconoscere come erano in precedenza, identificando alcuni aspetti di sé che, poi, sono migliorati con l'esperienza in Cooperativa è stato molto forte; essi, inoltre, tendono ad identificarsi con i ragazzi che oggi aiutano in Cooperativa nel ruolo di educatori: «Oggi sono un educatore all'interno della cooperativa la stessa cooperativa che Cinque o sei anni fa lavorava con me e che ora mi permette di lavorare con altri bambini come lo ero io all'epoca».

4.2. Rispetto alla solitudine e al senso di abbandono provato prima di entrare nel gruppo, la maggior parte dei soggetti ha avuto un riscontro positivo anche per quanto riguarda la socialità, vale a dire che hanno riportato vissuti relativi allo stare e al lavorare in gruppo e, in seguito, alla visione che i soggetti hanno di esso come risorsa. Tutti i partecipanti descrivono il gruppo in maniera positiva e ne sottolineano le potenzialità: il gruppo del circo sembra rappresentare per loro non solo una grande opportunità, un'alternativa ma anche una famiglia, una rete che dà sostegno e conforto. Nei ragazzi più grandi è evidente la forza e gli insegnamenti trasmessi da una figura fondamentale della Cooperativa "Il tappeto di Iqbal", rappresentato dal loro educatore Senior che fa da collante tra loro.

«Iqbal è diventata una famiglia, un gruppo di giovani con a capo un pazzo scatenato che crede in un cambiamento di un quartiere destinato al sonno profondo e al brutto». La squadra e la sinergia che si crea sono un requisito fondamentale per portare a termine il percorso e raggiungere obiettivi che da soli non si potrebbero perseguire: «Oggi lavoriamo in sinergia con delle grandi organizzazioni e con le istituzioni usando metodologie alternative tra le quali il circo, Parakour, teatro, break dance, danza aerea, usando l'arte come mezzo di espressione e benessere psicofisico con i minori del nostro quartiere diventando un punto di riferimento internazionale come realtà Sociale, vincendo premi europei, invitati da tutta l'Italia e l'Europa a parlare del lavoro che svolgiamo a Barra. Inoltre, allo stesso modo, il team costituisce una risorsa importante a livello individuale perché soddisfa bisogni di crescita e appartenenza. È un luogo dove far crescere le amicizie. Se non avessi trovato Giovanni Savino, il nostro Presidente, non saprei ora che strada avrei intrapreso, mi sarei sicuramente trovato nei guai, lui mi ha salvato».

4.3. Gli aspetti educativi che emergono dall'indagine riguardano principalmente il modo in cui questi ragazzi vengono avvicinati alle attività. Il momento di avvicinamento è caratterizzato non solo dall'ascolto e dalla presenza fisica, ma anche da un approccio paziente, giocoso e che rispetta i ritmi del soggetto: «I volontari hanno iniziato ad avvicinarsi a me con il gioco e scherzando, ho iniziato a fare i compiti perché loro non mi lasciavano mai solo e non piangevo più». Il senso di solitudine e abbandono era quello che veniva percepito da subito.

5. L'obiettivo che ci siamo preposti è stato d'indagare e comprendere l'unicità dell'esperienza vissuta da coloro che hanno avuto la possibilità di scegliere una strada alternativa a quella della criminalità; l'intento era quello di verificare se l'azione preventiva delle istituzioni di volontariato potesse avere un effetto di prevenzione primaria sui minori considerati a rischio. L'analisi dei risultati, attraverso la parafrasi di alcuni pensieri esplicitati dai bambini e ragazzi direttamente coinvolti durante le interviste, hanno permesso di cogliere il senso e il significato che ciascuno di loro ha dato alla propria esperienza. Questo percorso di osservazione ha portato ad ottenere dei risultati concreti, riuscendo a rilevare quelle che sono le principali esperienze di "salvataggio" delle Cooperative Sociali prese in considerazione. Dalle domande legate al tema della motivazione, emerge per tutti, primariamente, una motivazione intrinseca che ha portato ad intraprendere questa esperienza presso le cooperative; questo è vero, in particolare, per quei ragazzi più grandi che, una volta maggiorenni, sono rimasti come educatori presso la stessa, soprattutto questi ultimi, parlano di motivazioni

personali come ragione che sta alla base di questa scelta, essi riportano di aver deciso di svolgere questa attività di volontario e, quindi, restare nella cooperativa come educatore, per motivi riconducibili a sentimenti di solidarietà e di altruismo, spesso, identificandosi in quei bambini che, oggi, aiutano. Qualcuno racconta che da bambino è stato vittima di bullismo e ha avuto difficoltà sociali e relazionali: attraverso l'esperienza di gruppo ha potuto rivalutare le proprie capacità di stare bene con i propri pari, sentendosi accettato. Significative sono le affermazioni di alcuni bambini e ragazzi:

- «Mi sono sentito importante. Sentivo che ero in qualche modo amato»
- «Non mi sgridavano mai ma mi facevano capire dove sbagliavo»
- «Al Centro ero tranquillo perché sapevo di non essere solo»
- «Non mi sentivo preso in giro»
- «Sapere che a Barra, nel mio paese potevo avere un punto di riferimento, qualcuno che mi capisse è stato fondamentale».

In questo ambito è stato, quindi, fondamentale il concetto di empatia, cioè la capacità di ascoltare l'altro, mettendosi al suo posto; in questo modo, sono stati sospesi il giudizio e l'interpretazione dei messaggi ed è stata prestata attenzione al linguaggio non verbale e al contenuto emotivo della comunicazione (ascolto dell'altro).

L'empatia, come afferma anche Rogers, rappresenta la capacità di sintonizzarsi e comprendere gli stati emotivi e cognitivi dell'altro, riguarda la possibilità di ascoltarne il mondo interiore sospendendo il giudizio ed ogni forma di interpretazione. In tal senso il processo empatico, contrasta con i vissuti di alienazione dell'individuo riconoscendolo e portandolo al centro della propria esperienza.

In sintesi, ciascun soggetto intervistato ha la sua storia che lo ha portato ad avvicinarsi alla cooperativa che è unica, non riconducibile a determinate categorie; l'elemento comune, però, è che, sia in maniera palese che implicita, viene riconosciuta l'importanza del valore del ruolo che queste strutture hanno (per i bambini) o hanno avuto (per i più grandi) nella loro vita.

Un esempio concreto era dato dall'educatore volontario a Barra che faceva salire i ragazzi sui trampoli circensi e metteva in crisi con questo semplice gesto tutte le loro sicurezze perché abituati a vivere in un contesto dove non puoi farti vedere debole e devi mostrarti sempre il più forte, perdevano il loro modo di essere sfrontati ed erano costretti a chiedere aiuto al loro educatore di strada che gli diceva: «Se non mi dai le mani cadi, se non ti fidi di me barcolli» ed era quello il momento nel quale loro gli davano le mani e, forse, per la prima volta nella loro vita erano portati a fidarsi.

Nello specifico dobbiamo considerare anche altri aspetti quanto inerenti alla questione della criminalità giovanile, secondo un'ottica basata sulla complessa interazione tra fattori di rischio e protezione, è necessario prendere in considerazione un insieme di variabili collegate all'ambiente, un insieme di variabili collegate alle persone e un insieme di variabili collegate al comportamento (all'azione) in sé.

Inoltre, non è possibile trascurare il ruolo fondamentale che investe ciascun adulto di riferimento per il giovane: dal genitore, all'insegnante, all'operatore sociale, e così via. È chiaro, dunque, che soltanto una relazione approfondita della realtà del giovane consente di conoscere il suo

percorso che spesso, in maniera sbrigativa, viene definito come delinquente. Dunque, in riferimento alla devianza è indispensabile prendere in considerazione le convenzioni sociali che cambiano con l'avvicinarsi delle diverse condizioni storiche. Ciò significa che la devianza assume un reale significato in base all'etichetta attribuita dagli altri, i quali associano ad essa una connotazione negativa per via degli schemi rigidi a cui fanno riferimento o per paura di un qualcosa che non conoscono. Ebbene, il concetto di devianza si colloca all'interno della società attraverso i suoi codici, le opinioni negative e le reazioni sociali che si hanno nei suoi confronti e che possono essere formali (istituzionali) o informali (personali o di gruppo ma che non riguardano regole scritte). Emerge, pertanto, l'importanza delle Cooperative nella vita personale di questi soggetti, di come queste hanno cambiato il loro percorso grazie a come sono stati aiutati e accolti. Inoltre, dalle interviste, emerge fortemente l'aspetto emotivo delle esperienze vissute: sia prima che dopo l'incontro con la struttura, i racconti sono strettamente collegati a forti stati emotivi, emozioni molto intense che scaturiscono dall'impatto con situazioni reali di vita.

Molti hanno raccontato che prima la loro vita era governata dalla rabbia, dopo si sono sentiti più calmi e sereni. Anche i bambini raccontano che le cose in famiglia e con i coetanei, vanno meglio da quando loro sono più tranquilli, come riportano:

- «Mi piace stare con loro, mi riempiono di coccole e mi fanno capire dove sbaglio e quando vado a casa non sono più nervosa».

- «Ho iniziato a calmarmi e ad avere meno rabbia. Ora sono felice perché ho capito dove sbagliavo».

- «A casa venivo lasciata sempre sola ed avevo tanta rabbia, volevo spaccare tutto, vendicarmi, ma in quel posto ho trovato invece la quiete e chi faceva ragionare sulle cose».

Le strutture non vengono vissute solo come possibilità alternativa alla criminalità, ma anche come possibilità di espressione e di benessere psicofisico. Grazie a questi programmi, i bambini avevano avuto degli effetti benefici anche quanto allo sviluppo cognitivo, meno problemi comportamentali e meno episodi di aggressività. Tra i fattori preventivi è stato considerato anche il ruolo della scuola, luogo in cui i ragazzi crescono, trovano le amicizie e sviluppano le loro abilità. I programmi volti a rafforzare la capacità delle scuole di avviare e sostenere l'innovazione hanno ridotto il comportamento delinquenziale, l'uso di droghe e le sospensioni. Alla fine dell'attività del doposcuola all'interno delle Vele, molti bambini che venivano bocciati al primo anno per le assenze, hanno iniziato ad andare a scuola in modo continuo e a non venire più bocciati oltre ad avere imparato a leggere e a scrivere.

Tra le tante risposte, una in particolare ricordo ancora: quella di un ragazzo che aveva fatto attività di pedagogia circense a Barra e che cita una frase di Gianni Rodari «Non perché tutti siano artisti ma perché nessuno sia schiavo», ritenendolo ora il suo motto di vita.

Chiedere agli intervistati di parlare dell'esperienza vissuta, ha prodotto due reazioni sul piano emotivo: la gioia nel raccontare l'esperienza dell'ascolto e la disperazione provocata dai ricordi e dalla grave situazione dei contesti ambientali e familiari del proprio vissuto.

In sintesi, è possibile affermare che gli aspetti valoriali e motivazionali hanno indirizzato tutto il lavoro di indagine; da questi è emerso che si tratta fundamentalmente di motivazioni familiari e relazionali che portano il giovane a trovare una via d'uscita, a farsi aiutare e a svolgere attività di volontariato in seguito.

Infatti, se all'inizio si è guidati dalla curiosità e dalla voglia di giocare con gli altri, nel corso del tempo, si genera un legame che fa sì che il soggetto resti e si impegni nello svolgimento delle attività. Allo stato attuale possiamo dire che, probabilmente, gli aspetti emotivi intensi e positivi relativi alla possibilità di essere stati salvati, il legame con il gruppo ed il forte senso di appartenenza, hanno fatto sì che il progetto andasse a buon fine.

Al di là dei modelli che promuovono l'inclusione sociale e culturale, è importante tenere in considerazione che è possibile che vi siano esiti psicopatologici dovuti alle diverse esperienze traumatiche vissute da questi soggetti nel corso della loro vita. Si tratta, spesso, di giovani che arrivano da soli, con molte aspettative e desideri, che iniziano un lungo percorso ricco di ostacoli e rischi, mettendo spesso la propria vita in pericolo. Pertanto, possiamo affermare che per tutti i soggetti intervistati la presenza di queste strutture nel loro territorio ha rappresentato un'alternativa fondamentale alla vita deviante: «Ho subito sicuramente un cambiamento in maniera positiva, sono orgoglioso di questo».

Come sottolineato in diverse ricerche, il ruolo dell'educatore nei contesti di vita dei giovani in difficoltà, come a scuola, come nei contesti extra scolastici, è fondamentale per lo svolgimento di interventi educativi personalizzati che consolidino i processi di integrazione e di inclusione sociale. Il coinvolgimento diretto di educatori funge da sostegno essenziale per questi i ragazzi, che hanno la piena consapevolezza dell'aiuto che gli è stato offerto, cioè, sono assolutamente coscienti di ciò che è stato fatto per loro e della rilevanza sociale che queste strutture possiedono. Altresì, emerge il senso di responsabilità verso le altre persone che vivono nel territorio e che appaiono più deboli e bisognose. Ne costituisce un esempio la decisione di tanti ragazzi di Barra di restare anche da maggiorenni nella cooperativa per aiutare quelli più piccoli, sentendosi in dovere di offrire un contributo alla collettività per evitare sottrarre alla criminalità territoriale quante più forze giovani è possibile. La prevenzione primaria è la sola strategia di contrasto alla devianza, la sola che intervenendo in maniera efficace sul disagio può nel tempo azzerare il tasso di criminalità.

Se vi trovate a Barra e passate accanto alla sede del "Tappeto di Iqbal", troverete una scritta disegnata sul muro dai ragazzi che sintetizza tutto questo: «Se si insegnasse la bellezza alla gente, la si fornirebbe di un'arma contro la rassegnazione, la paura e l'omertà» (Peppino Impastato).