

Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale “dalla parte della vittima”

Ave Gioia Buoninconti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I profili dell'analisi. – 3. Considerazioni metodologiche. – 4. Il diritto penale dalla parte della vittima. – 5. La tutela penale della famiglia. – 6. Minori violenti e minori vittime.

1. Premessa

Le riflessioni che seguono non pretendono né possono essere esaustive perché si limitano a segnalare i punti fondamentali di una ricerca in corso di più ampio respiro¹. Esporrò i punti nodali che per il momento mostrano la necessità di ampliare il profilo dei confronti e dei rapporti verso la fase propositiva di una innovazione legislativa che di essi tenga conto e che recuperi ciò che di fatto già c'è e cioè una molteplicità di previsioni legislative che, ancorché non collegate esplicitamente e sistematicamente fra di loro, tutte insieme muovono verso gli obiettivi che in questo lavoro mi è sembrato utile delineare. Non può sottacersi al riguardo, per stare al tema del presente “confronto”, l'opzione legislativa che non ammette la costituzione di parte civile nel procedimento penale davanti al Tribunale per i minorenni, allo scopo di evitare che un processo costruito con peculiari finalità educative sia snaturato da interessi meramente economici². Nello stesso senso sono inquadrabili quei provvedimenti, alternativi rispetto alla sentenza di condanna, quali il perdono giudiziale, la sentenza di non doversi procedere per irrilevanza del fatto, la sospensione del processo e la messa alla prova. A queste premesse, che spiegano il perché del lavoro stesso e del suo essere *in fieri*, deve essere aggiunta una premessa generalissima di carattere metodologico che è la seguen-

¹ L'avvicinamento a questa tematica è stato determinato dalla poliennale esperienza maturata nell'insegnamento al Master in Diritto del minore diretto dal prof. Bianca, presso l'università “La Sapienza” di Roma. In quella sede l'insegnamento dei profili di carattere penalistico si è necessariamente dovuto innestare su altri indirizzi culturali, anche essi presenti nella didattica del Master. In particolare, sono risultati fruttuosi i confronti con gli aspetti civilistici, sociologici, criminologici e di psicologia del minore.

² Ciò ai sensi dell'art. 10, co. 2, disp. proc. pen. min. (d.P.R. n. 448 del 1988) che, con una ulteriore eccezione rispetto alla regola generale (art. 651 c.p.p.), prevede che la sentenza penale emessa nel procedimento minorile “non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato”.

te.

Il punto di vista di un penalista in relazione all'argomento della violenza minorile rischia di essere eccentrico rispetto a quello del criminologo e del sociologo perché, mentre la loro ricerca scientifica sulla famiglia comprende, weberianamente³, la finalità di sviluppo della personalità del minore, la riflessione sulla materia penale deve inevitabilmente distinguere la "famiglia" dal "minore", quando li considera come soggetti attivi o passivi di reati. Ciò posto è opportuno però premettere che recenti vicende legislative dimostrano che il precetto penale può anticipare il "peggio": se la punizione è consegnata esclusivamente al poi, la tutela può servirsi di cautele amministrative⁴, come avviene nel delitto di atti persecutori (*stalking*)⁵; in questa prospettiva i due obiettivi divaricati, *famiglia* e *minore*, potrebbero riavvicinarsi.

2. I profili dell'analisi

L'indagine, che è diretta soltanto alla segnalazione delle problematiche di fondo, sarà articolata in tre punti:

- a) il primo è ovviamente dedicato alle considerazioni metodologiche;
- b) il secondo, verterà sulla tutela penale della famiglia nella consapevolezza che per tutela della famiglia si può intendere tanto la "tutela dei componenti"

³ Il riferimento è a Weber e alla sua Sociologia comprendente, risultante dalla fusione delle tendenze positivistiche e di quelle dello storicismo tedesco nella quale si proponeva di studiare le azioni tipiche, le probabilità calcolabili nel comportamento degli uomini, non i valori soggettivi "determinanti" le loro azioni nella realtà. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino, 1997, p. 327, in particolare afferma che «mediante l'indagine psicologico-empirica e storica di un determinato punto di vista valutativo, considerato nel suo condizionamento individuale, sociale, storico, non si perviene mai a nient'altro che a questo - a spiegarlo comprendendolo». In particolare, l'A., in *Economia e Società*, a cura di P. Rossi, Milano, 1968, I, 12, già aveva affermato che la comprensione sociologica designa «un atteggiamento molto vicino a quello che i manuali di logica indicano con l'espressione "induzione poliziesca" e che consiste nel ricostruire motivazioni non direttamente accessibili con il metodo della costruzione dei fatti mediante informazioni provenienti da più fonti con l'effetto di intrecciarli tra loro». È in base a queste considerazioni che il metodo della sociologia comprendente risulta essere un metodo razionale: una interpretazione che rende intellegibile un'azione, indicandone un senso è un'ipotesi che va "controllata nei fatti".

⁴ Secondo un'anticipazione ascrivibile alla concezione di Franz von Liszt il crimine va osservato come fenomeno puramente sociale: è il concetto di prevenzione sociale. In tal senso deve essere predisposta una intensa difesa sociale in modo da eliminare ogni manifestazione criminosa applicando all'uopo un modello di scienza penale integrata (la *gesamte Strafrechtswissenschaft*): F. VON LISZT, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht*, in *ZSTW*, 1888.

⁵ Introdotto dall'art. 7 D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., in L. 23 aprile 2009, n. 38 ("Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori (*Stalking*)").

quanto quella dell' "ente intermedio";

c) il terzo riguarderà la violenza minorile, come sintomo di una patologia presente all'interno del contesto familiare. Con l'avvertenza immediata che il minore violento, però, non è soltanto – almeno nella lettura che ci consegnano i sociologi⁶ – il frutto di famiglie "instabili", caratterizzate al loro interno da "ostilità" e "aggressività", ma è pure il prodotto di un disagio sociale che investe ma anche travalica l'ambito della famiglia⁷. Il problema dei minori violenti è un tema connesso a quello della tutela penale della famiglia e non può essere pretermesso, perché minori e famiglia vengono presi in considerazione congiuntamente nella normativa complessiva degli artt. 29, 30, 31 e 34 della Costituzione⁸.

3. Considerazioni metodologiche

È diffusa in dottrina l'opinione che i concetti di "reato" e di "vittima" rimandino a una valenza "costante" e, soprattutto, "uniforme" tanto per il diritto penale quanto nelle diverse discipline collegate, psicologiche, sociologiche o criminologiche: si consideri, ad esempio, la concezione del reato come "interazione" fondata sul binomio reo-vittima⁹. Al riguardo, è opportuno precisare *in primis*, che la prospettiva reo-vittima, erroneamente percepita come "costante", è ben lontana dall'essere tale nell'ambito ristretto della disciplina penale. In effetti, una parte consistente del diritto penale è definita "diritto penale artificiale"¹⁰, nel quale spesso non è dato individuare una vittima in senso

⁶ G. MAROTTA, *Prevenzione e trattamento dei minori devianti*, Roma, 1986; ID., *Il comportamento violento del minore: la prospettiva sociocriminologica*, in *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia*, a cura di Febbraio, La Spina, Raiteri, Milano, Milano, 2006; in argomento nell'ottica del penalista v. PAVARINI, *Sorvegliare punire correggere*, in *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, a cura di Contri, Milano, 2012, 139 e ss.

⁷ G. MAROTTA, *Teorie criminologiche - Da Beccaria al Postmoderno*, Milano, 2004, 146: si chiede «se non sia il caso di indirizzare le politiche sociali non solo verso l'attuazione di programmi diretti a migliorare le condizioni materiali della famiglia o, come sostengono Gottfredson e Hirschi, a socializzare adeguatamente i bambini, ma anche verso la realizzazione di programmi che spostino l'ottica sugli adulti significativi (ad esempio di "educazione" degli adulti al rispetto dei valori socialmente accettati e a essere in grado di comunicarli ai minori)».

⁸ Si pensi al riconoscimento dei "diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (art. 29), al "dovere e diritto dei genitori" di "mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio" (art. 30), alla protezione della "maternità", dell' "infanzia" e della "gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo" (art. 31) ed all' "istruzione inferiore (...) obbligatoria e gratuita" (art. 34).

⁹ Sul binomio reo-vittima e sul potere evocativo di esso: F. RAMACCI, *Reo e vittima*, in *Ind. pen.*, 2001, 7 ed *ivi* per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2011, 202; la definizione di "delitto naturale"

proprio: ne sono esempi i reati senza vittima, i reati ostacolo e i reati di pericolo astratto¹¹. A ben vedere, anche nel “diritto penale naturale” è spesso difficile individuare una vittima. Una spia significativa di ciò si ravvisa nel linguaggio comune: nessuno infatti direbbe «il ladro ha fatto una vittima»; si parla, piuttosto, della “vittima di un furto”, ricorrendo così ad una costruzione astratta e richiamando l’attenzione sul fatto che in concreto il rapporto non si stabilisce come “interazione personale” e non vien percepito come tale nella concretezza degli eventi. È corretto pertanto affermare che il concetto di vittima non ha una valenza universale, perché la vittima in concreto può mancare del tutto e, paradossalmente, anche in taluni reati che appartengono alla categoria del diritto penale naturale. Per fare ancora un esempio, nel delitto di incesto, perpetrato da persone maggiorenni e consenzienti, è arduo riconoscere una vittima, mentre è senz’altro agevole identificare due rei. L’assenza della vittima e la divaricazione tra reo e vittima non sono prodotti del diritto penale moderno bensì risalenti. Lo dimostra la vicenda narrata dallo storico Livio, che ha per protagonista l’Orazio vincitore il quale, unico sopravvissuto al duello contro i Curiazi, uccide la sorella che piangeva la morte del promesso sposo, membro della famiglia dei Curiazi¹². Dal punto di vista naturalistico, Orazio commette un omicidio (reo: Orazio; vittima: la sorella); mentre per Livio questa vicenda è ricostruita giuridicamente in due diversi reati, con due diversi autori e nessuna vittima. L’Orazio è responsabile di *perduellio*, un reato politico che in questo caso consiste nell’aver ucciso un cittadino romano ritenuto colpevole senza il previo processo; a sua volta la sorella è responsabile di alto tradimento in guerra ossia del reato di *proditio*¹³. Questa raffinatezza giuridica è ravvisabile non solo nel diritto romano ma anche nella tradizione greco-classica. Infatti, nelle tragedie attiche la vendetta,

risale a R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, 9 e ss., come «l’offesa a (...) sentimenti profondi ed istintivi dell’uomo socievole».

¹¹ G. FLORA, *I vincoli costituzionali nell’interpretazione delle norme penali*, in *penalecontemporaneo.it*. Nell’ottica di tutela a tutto campo del minore si è introdotto (L. 6 febbraio 2006, n. 38) il delitto di pornografia virtuale, nel quale si puniscono le rappresentazioni di immagini virtuali utilizzando immagini di minori o parti di esse (art. 600-quater, co. 1, c.p.).

¹² LIVIO, *Storia di Roma dalla sua fondazione*, I, 25, 26.

¹³ SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano, 1998, 14 e ss. L’A. (nota n. 27) precisa che «la *perduellio* è propriamente l’alto tradimento, la valutazione del dovere di fedeltà verso lo stato e le sue istituzioni (da non confondere con la *proditio*, o tradimento con il nemico in tempo di guerra)». V. GIUFFRÈ, *Il «Diritto penale» nell’esperienza romana*, Napoli, 1989, 17, ritiene applicata da Tullio Ostilio una *lex horrendi carminis* che attribuisce ai *duumviri* il compito di individuare casi di ‘alto tradimento’, come quello degli Orazi e Curiazi.

prerogativa delle Erinni, si poneva come obiettivo la metamorfosi del reo in vittima, per ripristinare così l'equilibrio sociale sconvolto dalla commissione del delitto.

Riassuntivamente, si può affermare che, il diritto penale si serve senza problemi di categorie che non sono precisamente sovrapponibili a quelle tipiche della criminologia e della sociologia.

4. Il diritto penale dalla parte della vittima

Generalmente il diritto penale non ha usato il termine vittima ma si è servito di termini equivalenti (la persona offesa, l'offeso, il soggetto passivo, la parte lesa)¹⁴. Peraltro, il concetto di vittima anche in criminologia¹⁵ si è slabbrato; ciò non toglie che la vittima sia una figura che continua ad essere associata, in via generale, alla commissione di un delitto. Fatte queste premesse, lo studioso attento si deve interrogare sulla possibilità di stabilire i lineamenti essenziali di un diritto penale dalla parte della vittima, piuttosto che dalla parte del reo.

È qui un altro esempio è calzante. Uno dei punti più ricordati della *Recherche* di Proust è "la passeggiata". Quest'ultima poteva essere affrontata dalla parte di *Swann* oppure dalla parte di *Guermantes*, ma partendo sempre da un punto e ritornando sempre allo stesso; tuttavia, un versante veniva preferito all'altro a seconda delle condizioni meteorologiche e del tempo a disposizione¹⁶, considerato che dalla parte di *Guermantes* la passeggiata era più lunga. Allo stesso modo, i giuristi hanno affrontato "la passeggiata" penalistica dalla parte del reo, perché è più immediata, ma nulla vieta che essa si possa fare dalla parte della vittima, anche se questo comporta un percorso più lungo e la necessità, durante tale percorso, di fare qualche deviazione ulteriore.

In questo modo, però, il diritto penale, rinunciando all'esclusività della pena, perderebbe la propria nota caratteristica, romperebbe con la tradizione e si trasformerebbe, ad esempio, in un diritto civile sanzionatorio o, come già è avvenuto, ma non in funzione vittimologica, in un diritto amministrativo punitivo¹⁷. Attualmente, due sembrano essere le strade percorribili:

¹⁴ Più ampiamente v. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1001.

¹⁵ Per una ricostruzione storico-evolutiva della teoria relativa alla vittimologia v. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Vittimologia*, in *Dig. Pen.*, XV, Torino, 1999, 314 e ss.

¹⁶ PROUST, *Dalla parte di Swann*, a cura di P. Pinto, 1990, 133.

¹⁷ Al riguardo sempre valide le riflessioni di MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale sull'illecito depenalizzato*, in *Arch. pen.*, 1986, 528, secondo il quale il ricorso alla sanzione amministrativa, apprendendo una forma di difesa avanzata, è rivolta ad «*illeciti offensivi di interessi costituzionalmente non*

a) la prima è quella dei fondi di “sostegno per le vittime” variamente differenziati, i quali devono funzionare da ammortizzatore sociale del crimine con vittima, con applicazione soltanto nelle ipotesi nelle quali sia identificabile con chiarezza il rapporto reo vittima non generalizzabile. Quindi, fondi di sostegno come ammortizzatori sociali, i quali eliminano uno degli aspetti del conflitto sociale aperto dal delitto. Si pensi, ad esempio, all’istituzione di fondi di assistenza per le vittime del *racket*, dell’usura, del sequestro di persona a scopo di estorsione, del terrorismo¹⁸.

incompatibili e, comunque, connotati strutturalmente da uno scarso contenuto di illiceità, oppure quali fatti perseguiti per finalità di prevenzione dei reati».

¹⁸ Sul punto v. più ampiamente F. RAMACCI, *Corso di Diritto penale*, Torino, 2013, 563. Sia consentito segnalare la fattispecie riformata dell’usura che, nella nuova formulazione, esprime un chiaro “intento di rafforzamento della tutela” da parte del legislatore a favore della vittima. Il legislatore, infatti, come osserva LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Firenze, 2000, 72, non considera la vittima un “concorrente necessario”, poiché rimane nell’ombra il suo comportamento “collaborativo” (VON HENTIG, *The Criminal and his victim: studies in the Sociology of Crime*, 1948, 419, 420, aveva individuato la tipologia della “vittima ad offesa desiderata”); in controtendenza appare oggi l’orientamento del legislatore che ha “spacchettato” l’originaria ipotesi della concussione: infatti la previsione contenuta nell’art. 319-*quater* c.p. (Induzione indebita a dare o promettere utilità), co. 2, comporta la punibilità anche del destinatario della pretesa che ‘dà o promette danaro’, il quale, da persona offesa nell’originaria ipotesi di concussione per induzione, diventa “concorrente necessario nella nuova fattispecie di reato”, in tal senso Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Castelluzzo, in *dejure.giuffre.it*. A questo punto ci si potrebbe anche interrogare sull’effettivo ruolo “attivo” della vittima nel delitto di usura pensando ai casi di c.d. ludopatia o a tentativi estremi di salvataggio di società destinate al fallimento. Il legislatore invece in materia d’usura promuove una tutela via via amplificata che va dalla vittima come consumatore alla protezione della vittima dal crimine organizzato, superando un bene giuridico strettamente patrimoniale a favore di un altro teso a garantire un regolare funzionamento delle attività connesse alla prestazione del credito. Su questi aspetti v. DI MARZIO, *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto*, in *I contratti*, a cura di COMPLETARE IN BOZZA..., città casa editrice, 2013, 314; RAMPIONI, *La fattispecie di usura “presunta” nel crogiuolo della pratica applicativa. Il “nodo” della commissione di massimo scoperto mette a nudo il ‘non sense’ della delega politica ad organi tecnici*, in *Cass. pen.*, 2012, 361 e ss. Secondo RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, 185, la mancata o inesatta individuazione dell’oggetto della tutela si riverbera negativamente sull’intera proposizione precettiva rendendola approssimativa ed indeterminata.

Ancora, nella fattispecie è scomparso il necessario collegamento tra la violazione e lo “stato di bisogno” della vittima e, correlativamente, l’appropriamento di tale stato da parte del soggetto attivo. Conseguentemente, secondo MUCCIARELLI, *L. 7/3/1996, n.108 - Disposizioni in materia di usura*, in *Leg. pen.*, 1997, 517, è stato eliminato il termine “persona” - vittima, con ampliamento della sfera applicativa anche alle persone giuridiche. Tale ampliamento ha comportato, nella formulazione della nuova fattispecie, l’introduzione di un limite legale che vincola l’incriminazione al superamento di soglie oggettivamente stabilite: pertanto, «è il legislatore che ‘presume’, al superamento del tasso prefissato, la verifica perciò solo, di un pericolo per il patrimonio della vittima (...): così MANNA, *La nuova legge sull’usura*, Torino, 1997, 67.

b) la seconda è quella del diritto civile utilizzato in funzione punitiva¹⁹, percorrendo la strada tracciata dai cd. *exemplary damages* cioè dalle condanne esemplari, che mirano non tanto al risarcimento dei danni quanto all'arricchimento della vittima, come compensazione per l'*iniuria* subita. In base a questo sistema il reo è tenuto, non soltanto alla riparazione del danno inferto²⁰, ma anche ad una prestazione in arricchimento della vittima, per mezzo di una valutazione per equivalente di quello che è stato il disagio complessivo sofferto da quest'ultima.

Nelle suddette due ipotesi, le categorie civilistiche si sommano a quelle penalistiche. Da entrambe emerge una visione commerciale, utilitaristica della situazione della vittima, e di conseguenza dello stesso diritto penale dalla parte della vittima, che si pone in antitesi con la tradizionale visione etica assegnata al diritto penale quale prodotto della morale sociale.

A questo nuovo sistema, certamente, la società non è ancora pronta. Infatti, è quantomai insistente la richiesta di afflittività "pura e semplice" avanzata dalla collettività allo Stato. Ciò nonostante che, da un punto di vista utilitaristico, la pena sia "un male in pura perdita" perché toglie senza dare: la reclusione dell'uno, infatti, non dà all'altro se non una soddisfazione morale²¹. Eppure, l'aspettativa della punizione da parte della collettività non tramonta e quest'ultimo è un dato che il penalista non può fare a meno di considerare in quanto l'ordinamento penale si basa sul consenso²² che genera la "conformazione spontanea" dei consociati, più che sulla deterrenza ingenerata dalla certezza della repressione. Dietro alla richiesta di afflittività risiede l'esigenza che

¹⁹ MANNA, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 157, 165, sottolinea con forza che l'esperienza in materia di diritti della personalità ha consentito di valutare in senso positivo il ricorso a strumenti civilistici e aggiunge, conseguentemente, nell'ottica della funzione fondamentale dell'art. 2043 c.c., che sarebbe auspicabile il ricorso alla tutela civile anche in chiave preventiva. Lo stesso A., *Prospettive di depenalizzazione nei delitti contro l'onore*, a cura di PEPINO, *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 337, però non sottace come la «ricerca di tecniche di tutela, alternative a quella penalistica tradizionale, si presenti irta di difficoltà, certamente da non sottovalutare». In argomento v. pure PIERGALLINI, "Civile" e "Penale" a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1318.

²⁰ La «riparazione», così come sottolineato nella relazione allo schema di disegno legge proposto nel 1974 dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, è correlata ad un diritto soggettivo pubblico per distinguerlo dall'«indennizzo» e dall'«indennità» collegati, viceversa, a d un rapporto assistenziale assicurativo; più ampiamente in termini v. PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Vittimologia*, cit., 336.

²¹ Per una analisi sul problema dei "costi" della pena v. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 e ss.

²² Per un primo, sensibile, approccio, v. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80.

i fatti che integrano un reato siano puniti perché non devono accadere in quanto la normalità dei consociati rifugge dal commettere quei fatti e, poiché non li commette, pretende che anche tutti gli altri non li commettano e se li commettono che siano puniti: altrimenti il meccanismo della conformazione spontanea è destinato a fallire.

Una prima conclusione parziale: posto che è prematuro pensare ad una eliminazione del diritto penale, non sarebbe una scelta del tutto infelice integrare il modello esistente con il principio che nessuno può trarre profitto dalla commissione di un reato; con le nuove prospettive dei fondi di sostegno per le vittime di reato; con l'utilizzazione degli strumenti del diritto civile sanzionatorio.

Ad ogni modo queste ultime proposte sono già in via di sperimentazione parziale, anche se ancora difettano del coordinamento istituzionale e dell'inserimento sistematico. Nel futuro, l'introduzione di un nuovo sistema punitivo integrato potrebbe lasciare alla pena afflittiva soltanto i delitti più gravi coerentemente alla sua previsione come *ultima ratio*.

5. La tutela penale della famiglia

Il codice Rocco aveva approntato una tutela specifica della famiglia, concetto che ha subito un rilevante cambiamento storico sociale e che, di conseguenza, ha determinato una serie di criticità sulla compatibilità delle fattispecie con l'attuale modello aggregativo. Tuttavia, il nostro Codice penale, seppur inevitabilmente influenzato dal contesto politico ideologico dell'epoca e dalla concezione autoritaria e patriarcale della famiglia, si è dimostrato da un lato, precursore dei principi fondamentali della nostra Costituzione e, dall'altro, progressista rispetto alle norme civilistiche. Infatti, il codice civile del 1942 aveva originariamente apprestato essenzialmente la tutela alla famiglia legittima, ponendo in secondo piano quella dei soggetti legati da esclusivi vincoli di sangue e, solo recentemente, sono state adottate le norme per il riconoscimento "a tutto campo" dei figli naturali (L. 10 dicembre 2012, n. 219 - *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*)²³. La tutela penale, invece, seppur mossa dall'intento di ampliare la sfera della punibilità, aveva dunque dimo-

²³ SCORDAMIGLIA, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366, aveva opportunamente rilevato che «la dimensione primigenia della famiglia non è quella del diritto. Il costume, alimentato dai più diversi fattori dell'ambiente (comprensivi di strutture economico-sociali, e di concezioni spirituali e religiose), resta alla base della realtà familiare».

strato una lungimiranza riconoscendo una equiparazione tra filiazione legittima e naturale: con una norma interpretativa suppletiva il legislatore, sotto la rubrica “rapporti di parentela” aveva superato la soglia di tutela degli altri rami dell’ordinamento, sancendo che «la filiazione naturale è equiparata alla filiazione legittima quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità» (art. 540 c.p.). Tutto ciò, non è in contraddizione con il concetto di famiglia fondato sul matrimonio: il Titolo XI, “dei delitti contro la famiglia” esordisce, infatti, con il capo I dedicato ai “delitti contro il matrimonio”, ma anzi, come si specificherà più avanti, in linea con quanto successivamente sancito dalla Costituzione. Con le norme incriminatrici a tutela della famiglia, sono stati individuati altri possibili modelli di parentela e anche altri rapporti esistenti tra soggetto attivo e vittima, determinati da “ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia” (artt. 571, 572 c.p.)²⁴. Si tratta delle c.d. “funzioni vicarianti”²⁵ rispetto a quelle attribuibili, in senso proprio ai componenti familiari. Tali funzioni si riferiscono a figure parafamiliari, sorte per svolgere quelle funzioni tipiche della famiglia, si pensi agli obblighi assistenziali, nel caso in cui quest’ultima non sia in grado di espletarle, parzialmente o totalmente o a quelli connessi alla “formazione”.

Dal punto di vista penalistico la prima distinzione che deve essere fatta è tra reati “contro la famiglia” e reati “in famiglia”²⁶. I reati contro la famiglia, perlomeno buona parte di essi, si propongono la tutela della famiglia come ente intermedio. I reati in famiglia invece sono reati che avvengono nell’ambito familiare ma che riguardano prevalentemente la tutela della persona. Nella nostra Costituzione la tutela della persona è prevista in apertura (artt. 2 e 3); viceversa, la tutela della famiglia come ente intermedio, come “società naturale fondata sul matrimonio”, compare, più avanti negli artt. 29 e 30 del testo costituzionale. Per alcuni si tratta solo di una sistemazione topografica ininfluente, per altri invece la collocazione degli articoli lascia trasparire l’esistenza

²⁴ In altri termini, le norme richiamate presuppongono l’affidamento della vittima nelle mani del colpevole: RUFFO, *La tutela penale della famiglia, Prospettive dommatiche e di politica criminale*, Napoli, 1998, 67, 68. L’A. individua nella fattispecie incriminatrice dell’art 572 c.p. tre distinti modelli: il primo relativo ad un rapporto familiare, il secondo correlato ad un relazione di affidamento, ed il terzo, “che apparentemente si colloca all’esterno dello schema tipo, che ha come soggetto passivo il minore degli annui quattordici”.

²⁵ DELOGU, *Diritto penale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, VII, Padova, 1995, 5.

²⁶ PISAPIA G.D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 106 ss., nonché PISAPIA G.D., PISAPIA G., voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Dig. Pen.*, V, Torino, 1991, 120.

di una precisa gerarchia tra i beni costituzionali. È orientata in questo senso anche la Corte costituzionale la quale non soltanto ricorre all'argomento della prova di resistenza tra beni costituzionali in ordine alla soluzione del caso concreto, ma, in linea generale, distingue tra i diritti costituzionali, privilegiando i diritti inviolabili ed enunciando una sorta di super-tutela per i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Come esempio del primo orientamento si può citare la c.d. "sentenza Abu Omar", nella quale la Corte costituzionale afferma che il segreto di Stato è espressione della *salus rei publicae*, interesse assoluto di fronte al quale deve cedere l'altro interesse costituzionale all'amministrazione della giustizia²⁷. In maniera analoga, ancora recentemente, la stessa Corte ha enunciato la valenza dell'ambiente, elevato anche esso al rango di diritto assoluto²⁸.

A questo punto si pone il problema di confrontare la disposizione di cui all'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, con la disposizione di cui all'art. 29 che riconosce i diritti fondamentali della famiglia.

La Costituzione repubblicana è costruita secondo un *criterio ascendente*, partendo dalla persona e arrivando allo Stato: le prime disposizioni riguardano l'individuo, le ultime riguardano lo Stato; da ciò deriva che prima viene la tutela dell'individuo come componente della famiglia e poi quella dell'ente intermedio, nella sua autonomia, come entità diversa dalla somma dei singoli componenti. A fronte di ciò, il codice penale vigente è invece costruito secondo un *criterio discendente*: dallo Stato alla persona. Nell'un caso e nell'altro, la tutela della famiglia si trova appunto nel mezzo e ciò spiega la sua definizione come ente intermedio. Di qui la problematicità insita nell'approccio ai delitti contro la famiglia o contro la persona membro della famiglia.

La comprensione delle suddette criticità risulta ancora più evidente se si analizzano alcune fattispecie:

1. art. 558 c.p. (*Annullamento del matrimonio nel caso di induzione al matrimonio mediante inganno*): in questo caso l'induzione in inganno non viene punita in conseguenza del matrimonio, come sarebbe ragionevole, ma è puni-

²⁷ Corte cost., n. 106 del 2009. Con la sent. n. 1146 del 1988 la Corte costituzionale aveva enunciato i principi supremi dell'ordinamento, affermando la propria competenza alla soluzione dei conflitti non soltanto con una legge ordinaria, ma anche con una legge costituzionale con essi contrastante.

²⁸ Dopo una prima tenue affermazione risalente al 1987, la Corte costituzionale (sent. n. 378 del 2007, n. 12 del 2009 e n. 114 del 2012) ha dichiarato la prevalenza dell'ambiente come valore assoluto. Più ampiamente su questi temi v. F. RAMACCI, *Alle origini della tensione tra diritti umani e diritto positivo: i Sette contro Tebe e Antigone*, in *Sociologia*, 2012, 7.

ta soltanto se lo stesso matrimonio vien annullato, il che significa che la *ratio* è quella di tutelare la famiglia non la persona che è stata ingannata.

2. Art. 649 c.p. (*Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno dei congiunti*): il caso è disciplinato insieme ai delitti contro il patrimonio. La norma si esprime però nel senso di escludere la punibilità di tali reati se perpetrati da soggetti conviventi in seno alla famiglia, purché non siano commessi con violenza. Se ne deduce che la famiglia è privilegiata rispetto al patrimonio dei componenti²⁹.

Al contrario, quando i delitti contro il patrimonio del componente sono commessi con violenza, l'esistenza del vincolo familiare importa l'applicazione dell'aggravante ex art. 61, n. 11 c.p.; il che significa che la *ratio legis* è diversa: non si privilegia più la famiglia bensì la persona del componente. Al riguardo è opportuno precisare che detta aggravante si applica in ragione del rapporto interpersonale di convivenza che genera affidamento, e che essa è destinata a valere soltanto quando non si applichi l'art. 649 c.p. e cioè nei casi di condotte colorate dalla violenza. La problematicità sussiste anche in relazione ad ipotesi di reato che compaiono sistematicamente tra quelli contro la famiglia, come ad esempio l'abuso dei mezzi di correzione o i maltrattamenti in famiglia, (secondo l'attuale rubrica "Maltrattamenti contro familiari e conviventi", modificata a seguito della Convenzione di Lanzarote, art. 4 L. 1 ottobre 2012, n. 172 - "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno"), i quali però sono potenzialmente plurioffensivi, perché la condotta descritta si colora a seconda del contesto in cui si svolge. Analoghi problemi presenta anche il nuovo reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.)³⁰ il quale è configurabile anche per fatti commessi nel contesto fami-

²⁹ Già storicamente sulla non configurabilità dell'azione di furto per il fatto commesso da un coniuge a danno dell'altro durante il matrimonio v. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enc. Dir. pen. it.*, a cura di Pessina, Milano, 1905, I, 223.

³⁰ Merita un cenno il problema relativo alla reiterazione delle condotte costituenti la fattispecie *de qua*. Infatti, premesso che secondo la stessa rubrica trattasi di "atti", la giurisprudenza ha ritenuto che per la sua sussistenza siano sufficienti due "episodi" di molestia o minaccia (Cass., Sez. 2^a, 2 marzo 2010, V.L., in *dejure.giuffre.it*, e Cass., Sez. 2^a, 21 gennaio 2010, O., in *Cass. pen.*, 2011, 158 con nota di LO MONTE, *L'individuazione delle "condotte reiterate (art. 612-bis c.p.): tra lacune legislative e discutibili applicazioni giurisprudenziali"*, alla quale si rinvia). Dunque, il singolo fatto di disturbo o di molestia non è sufficiente per la configurabilità dello *stalking*, ma lo *stalking* nasce dalla ripetitività: questa ripetitività potrebbe rappresentare un'ipotesi di continuazione di reato? Peraltro, per il reato continuato bisogna essere ben cauti nell'individuare la fattispecie. Invero, i fatti in continuazione nella costruzione

liare³¹; al riguardo, anzi, emerge un problema ulteriore, perché tra il reato di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia può ravvisarsi tanto un rapporto di specialità quanto un eventuale assorbimento³²: un rapporto di specialità perché nel reato di maltrattamenti è presente una componente, quella dell'affidamento, che non è presente nello *stalking*; l'assorbimento perché i

penalistica del reato continuato vengono "determinati" *a posteriori* e quindi non si può parlare di un reato continuato *in itinere* come un progetto indeterminato che in qualunque momento possa essere interrotto; si riscontra l'esistenza di una continuazione di reati quando i fatti mostrano il disegno criminoso, quindi, la medesimezza del disegno emerge sulla base di fatti già avvenuti che possono essere tutti insieme valutati o che possono essere valutati anche in successione, se alcuni di essi sono stati considerati in precedenza come aggiunzione dell'ultimo fatto ai primi, corollario del disegno comune. Al riguardo, l'elaborazione del reato continuato ne ha fatto una figura dai contorni non così rigidi come sembra emergere dall'argomentazione che si può trarre dall'art. 671 c.p.p., che consente di ravvisare *ex post*, in sede di esecuzione, l'accertamento di un disegno criminoso, dimostrando di optare così per il riconoscimento del reato continuato. L'innesto di spezzoni di reato che avvengono in tempi successivi, sulla base di un giudicato esistente, sembra far pensare a una progressione in astratto ipotizzabile e in concreto ravvisabile del reato continuato stesso che però ricomincerebbe ad avere due anime: non più quella dell'unione reale o finzione giuridica - per spiegare l'eccezione alle regole del concorso di reati -, bensì quella della compatibilità possibile con la medesimezza del disegno. L'interpretazione dell'art. 81 c.p. deve orientarci decisamente in senso negativo: lo *stalking* non è un reato continuato. Il fenomeno dello *stalking*, descrivendo una condotta frammentata, ipotizza un reato unico (nel quale) i singoli episodi non sembrano attingere l'intera fattispecie. È però sicuramente un reato in "continuazione" e, parimenti, non è un reato permanente perché non è possibile individuare nel singolo atto un momento consumativo. E allora, di fronte a una situazione di fatto come quella descritta nell'art. 612-bis c.p., si spiega e trova completa giustificazione la corrispondente frazionabilità degli interventi (penale e amministrativo) e anche la diversa incisività degli stessi, perché se è vero che i singoli fatti non rilevano come singoli reati in un reato che nasce continuato nella descrittività di fattispecie, è vero anche che i singoli fatti rappresentano elementi costitutivi necessari di questo reato. Nell'ottica di questo lavoro parliamo piuttosto di un intervento che anticipa o che perlomeno interrompe e dunque sembrerebbe porsi in contrasto con la struttura del reato continuato guardato sotto il profilo punitivo. Conclusivamente, bloccare l'"evoluzione" del reato nel momento in cui un elemento costitutivo, come sopra specificato, è già posto in essere, risulta doppiamente vantaggioso sia dal punto di vista della prevenzione speciale sia dal punto di vista della prevenzione generale. Questi, pertanto, sono i primi passi di un diritto penale diverso dagli schemi tradizionali che, innestando un profilo sanzionatorio civilistico, un profilo funzionale amministrativo, un'ipotesi risarcitoria di tipo sanzionatorio civile o comunque delle misure cautelari di tipo civile, non necessariamente di tipo penale, trova la sua situazione elettiva nei reati per i quali possa essere descrittivamente ipotizzato il divenire criminoso.

³¹ Con riferimento ad altri contesti e ai rapporti con altre figure l'accostamento immediato è con il *mobbing* che attualmente non costituisce reato, potendo dar luogo solo al risarcimento in sede civile; tuttavia per la punizione del *mobbing* potrebbe in astratto ipotizzarsi la configurabilità del c.d. *Stalking occupazionale* sebbene, in tal caso, potrebbe essere alto il rischio di contravvenire al divieto di analogia vigente in materia penale.

³² In tema di rapporti tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori, interessante è il profilo della cessazione del vincolo familiare in caso di separazione legale (oltre che di fatto) "al venir meno degli obblighi di convivenza e fedeltà non corrisponde il venir meno anche dei doveri di reciproco rispetto e di assistenza morale e materiale tra i coniugi". In tal senso Cass., Sez. VI, 24 novembre 2011, A.F., in *dirittoegustizia.it* e successivamente v. pure Cass., Sez. V, 6 marzo 2013, R.A., *ivi*.

maltrattamenti potrebbero, in concreto, costituire il più grave reato nel quale, stante la clausola di riserva con la quale esordisce l'art. 612-*bis* c.p., resterebbe assorbito lo *stalking* (ad esempio, quando dalla condotta derivi, come conseguenza non voluta, la morte; soluzione, questa, a mio avviso preferibile all'applicazione dell'art. 586 c.p. sia per ragioni di natura sistematica che strettamente tecnica³³).

In effetti, l'accostamento tra il reato di maltrattamenti e quello di atti persecutori consente di affermare che quest'ultimo, più del primo, sembra essere costruito guardando dalla parte della vittima. Per i maltrattamenti, la dottrina parla di riduzione della vittima in uno stato di sudditanza morale, ma di questa conclusione non c'è traccia esplicita nella descrizione legislativa della fattispecie, che si ferma all'uso c.d. pregnante del termine maltratta. Invece, il reato di atti persecutori presenta un evento che consiste proprio nello stato di ansia o di paura della vittima o, ancora, di fondato timore per l'incolumità, propria o di un prossimo congiunto o di persona con la quale la vittima ha una relazione affettiva. Ma allora, è del tutto esagerato affermare che l'evento possa o meno sussistere e, quindi, il reato configurarsi o non configurarsi in funzione o a seconda del grado di sensibilità della vittima? La questione deve essere risolta con molta attenzione, perché se è vero che l'evento sopra indicato appartiene al nucleo descrittivo della fattispecie legale, è vero anche che la situazione descritta è un fatto psichico, del quale è difficile predicare l'intensità. Quando il timore è fondato? Quando l'apprensione diventa ansia? Quando la preoccupazione diventa paura? Eppure, se si accetta l'ipotesi che gli atti persecutori siano un reato descritto dalla parte della vittima e costruito sulla vittima, è proprio questo che bisogna fare. Dunque, poiché la sensibilità di una vittima è diversa dall'altra non perciò si deve proporre un paradigma generico, quello della vittima media, per rispettare il canone della determinatezza insidiato dalla variabile sensibilità individuale; è necessario invece accertare nella concretezza dell'evento la corrispondenza del fatto alla descrizione legale in modo da garantire la tutela anche dei soggetti più deboli che sono psichicamente più vulnerabili³⁴.

³³ Dal punto di vista sistematico e nell'ottica del bene giuridico tutelato basti rammentare il carattere "residuale" dell'art. 586 c.p. nel panorama dei "delitti di omicidio"; dal punto di vista tecnico, a tacer d'altro, l'abitudine della condotta nel reato di maltrattamenti in famiglia rappresenta il discrimine rispetto alle fattispecie con evento "circostanziato" morte sia esso "preterintenzionale" o aberrante.

³⁴ In relazione agli atti ritenuti persecutori con effetto comunque destabilizzante dell'equilibrio psicologico della vittima, la recente giurisprudenza sostiene che «tale effetto deve avere indubbiamente una qualche consistenza, come suggerisce il ricorso da parte del legislatore agli aggettivi "grave" e "perdurante" per

Mi sembra che questo percorso interpretativo, sia, più che necessario, obbligato, dal momento che la fattispecie di atti persecutori è corredata da un complesso di disposizioni tutte mirate al sostegno della vittima: le misure cautelari del divieto di avvicinamento alla vittima; dell'allontanamento del coniuge dal nucleo familiare; il procedimento di ammonimento da parte del questore in via amministrativa; i nuclei di polizia che possono intervenire a seguito della segnalazione di un disagio, anche attraverso un numero verde *ad hoc*. Al riguardo non può non sottolinearsi il fatto che non è molto frequente che in una normativa di carattere penalistico vengano introdotte delle indicazioni di carattere amministrativo³⁵, in quanto normalmente avviene il contrario e cioè la norma penale è solitamente utilizzata come "norma di chiusura" di discipline amministrative. Tuttavia, in questo particolare contesto illecito la completezza della tutela che il legislatore intendeva offrire ha fatto sì che si prevedessero congiuntamente precetti di tipo amministrativo e di tipo penale. La stessa indicazione relativa alla scelta processuale della procedibilità a querela o meno si innesta sulla valenza prevalente dell'aspetto amministrativo o dell'aspetto penale. Ciò dimostra - ed è quello che preme mettere in luce - che in una forma di intervento penale integrato le varie opzioni devono essere viste in modo sincretistico e che effettivamente danno buoni risultati: in materia di *stalking* al momento l'esito è positivo; o per lo meno la risposta non produce effetti solo sul campo della repressione perché l'articolazione per gradi di intervento fa sì che molti casi possano essere bloccati *in itinere* in quanto il controllo della polizia amministrativa può accertare la commissione di un reato ma può essere soprattutto utile in funzione dissuasiva e con effetti

qualificare gli elementi selezionati per caratterizzare l'evento in questione, ma ciò non significa che necessariamente ansia o paura debbano corrispondere ad un preciso stato patologico, nel senso proprio del termine. Sotto il profilo probatorio tutto ciò significa che l'effetto destabilizzante deve risultare in qualche modo oggettivamente rilevabile e non rimanere confinato nella mera percezione soggettiva della vittima del reato (...)» (Cass., Sez. V, 9 maggio 2012, G., in *dejure.giuffre.it*).

³⁵ Si tratta del provvedimento di ammonimento disciplinato dall'art. 8 D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella L. 23 aprile 2009, n. 38. Esso ha specifiche finalità dissuasive e muove dalla necessità di invitare a desistere da qualsiasi condotta vessatoria, anche sotto forma di minaccia e molestia, chiunque tenga un comportamento non conforme a legge e che sia idoneo a determinare un giudizio di pericolosità sociale del soggetto, ciò indipendentemente dalla sussistenza di prove compiute sulla commissione di reati e dalla esistenza di pendenze penali a carico dell'interessato, essendo infatti sufficiente fare riferimento ad elementi dai quali è possibile desumere un comportamento persecutorio o gravemente minaccioso che, nel contesto delle relazioni affettive e sentimentali, possa degenerare e preludere a veri e propri comportamenti delinquenziali: in termini T.A.R. Piemonte, I, 2 marzo 2012, n. 290, in *lexitalia.it*.

preventivo-anticipativi³⁶. In questo modo ci si allontana dal criterio dell' *extrema ratio*, perché l'autorità amministrativa interviene prima che il reato venga commesso. Così si evita il "peggio" e non si interviene troppo tardi: la tutela del bene protetto, famiglia o persona che sia, è assicurata da una pluralità di strumenti che si pongono un fine convergente: la pena è "uno" dei mezzi, ma altri possono essere utilizzati sempre che siano rispettosi della legalità e del criterio di proporzione, in modo da evitare eccessi autoritari. La precedente conclusione parziale può essere così integrata: anche le misure preventive possono essere utilizzate perché in un diritto penale dalla parte della vittima sono paganti in misura maggiore rispetto a quelle repressive. La prospettiva è utilitaristica, ma non perde di vista la causa etica: evitare un crimine.

6. Minori violenti e minori vittime

Preliminarmente, occorre dar conto dell'orientamento metodologico qui accolto relativamente ai rapporti tra imputabilità e colpevolezza. Riducendo al minimo la tematica, ma anche concretizzandola, usando il concetto normativo di colpevolezza si afferma che la colpevolezza è un rimprovero che si può muovere solo alla persona imputabile; se ne deduce che il minore non imputabile non delinque ovvero che non commette reato. La suddetta conclusione, tradotta in termini naturalistici è non solo bizzarra, ma assurda. In concreto il minore delinque allo stesso modo dell'adulto, sia con dolo che con colpa, perché il minore commette (deve commettere) il reato (perché reato sia) con il dolo o con la colpa richiesta dalla fattispecie. Già nel Deuteronomio,

³⁶ In tema di ammonimento sull'applicabilità della legge n. 241 del 1990, in particolare sulla illegittimità della assenza della previa comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento nonché dell' audizione dello stesso: Tar Calabria-Catanzaro, Sez. I, 21 maggio 2013, n. 613, in *lexitalia.it*; contra Tar Lombardia-Brescia, Sez. II, 8 maggio 2013, n. 444, *ivi*, nel senso che «nei procedimenti amministrativi riguardanti gli ammonimenti ex art. 8 del D.L. 11 del 2009 la comunicazione di avvio può essere omessa qualora l'autorità di pubblica sicurezza ravvisi motivi di urgenza. Questa condizione può essere considerata normale, vista la natura degli interessi coinvolti e il rischio che il rispetto delle garanzie procedurali possa prolungare lo stato di sofferenza della vittima degli atti persecutori. Poiché l'ammonimento ha natura intrinsecamente cautelare, per adottare il relativo decreto è sufficiente che l'evidenza a disposizione dell'autorità di pubblica sicurezza sia tale da rendere plausibile la tesi della sussistenza e dell'insostenibilità della situazione descritta dalla vittima. Per il resto soccorre il principio della sanatoria processuale di cui all'art. 21-octies comma 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241». Dal punto di vista del regime della prova, prosegue il Tribunale (§ 7, sub c), la fattispecie amministrativa e quella penale pur riguardando i medesimi comportamenti comportano un diverso onere probatorio: «per l'ammonimento sono sufficienti indizi coerenti, essendovi una finalità cautelare».

ovviamente ricorrendo alla casistica³⁷, è specificata la differenza esistente fra omicidio volontario e omicidio colposo, con il noto esempio per cui è diversa la responsabilità di chi, andando a far legna con la scure insegue e colpisce il compagno e di chi nell'atto di colpire il tronco vede sfuggire dal manico il ferro che va a colpire il compagno. L'esempio descrive due fatti profondamente diversi e dimostra che, anche qualora il soggetto attivo sia minore non imputabile, si può ugualmente constatare se questi abbia agito volontariamente o meno.

Incidentalmente, deve considerarsi anche che il momento d'inizio dell'imputabilità, in Italia fissato a quattordici anni, non ha un parametro scientifico; tanto è vero che nella realtà europea l'inizio è ampiamente differenziato: ad esempio otto anni in Scozia, dieci anni in Inghilterra, tredici anni in Francia, sedici in Portogallo e diciotto anni in Spagna; l'assenza di un parametro scientifico produce un quadro di riferimento variabile³⁸. Comunque, quale che sia il momento d'inizio dell'imputabilità, il problema non si risolve, perché il disagio sociale resta. A ciò si aggiunge il disagio carcerario, il quale aumenta se ci si riduce a trasformare, abbassando l'inizio dell'imputabilità, i "minori violenti" in "delinquenti minorili" e optando per la emarginazione reclusoria.

A questo proposito si deve osservare che sono già state sperimentate tre forme di intervento: la prima, successiva all'introduzione del Tribunale minorile, nel 1934, optava per il modello penale repressivo, ma con connotazione paternalistica, della quale era espressione sintomatica l'istituto del perdono giudiziale. La seconda è caratterizzata dalla finalità rieducativa e risocializzante del minore; essa è cronologicamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione e, dopo la L. 25 luglio 1956, n. 888 ("Modificazioni al regio decreto-legge 20 luglio 1934, n. 1404, conv. in legge 27 maggio 1935, n. 835, sull'istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni"), affida all'assistenza sociale minorile e agli istituti medico-psico-pedagogici il compito di recupero del minore disadattato. In tal modo l'intervento amministrativo tende a surrogare il momento repressivo-penale. La terza, successiva alla crisi ideologica del '68, denuncia la violenza della rieducazione riducendola al forzato adattamento del minore irregolare, che nel procedimento rieducativo verrebbe massificato e quindi depersonalizzato; la critica anti-istituzionale ha portato così alle riforme del diritto di famiglia e dell'ordinamento penitenzia-

³⁷ Deuteronomio, 19, 5, 6.

³⁸ GULOTTA, *Il minore e la sua capacità di discernimento*, in *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, cit., 113.

rio, entrambe del 1975: assistenza e trattamento tendono ad oscurare il profilo rieducativo connesso al momento punitivo³⁹.

In seguito alla sperimentazione di questi modelli, nessuno dei quali si è rivelato decisivo per risolvere il problema della devianza del minore, si è più di recente assistito ad un ritorno al passato, cioè alla pretesa punitiva, che suggestivamente è stato definito neo-classico. Questa impostazione assume che la non-imputabilità derivante dall'imaturità non ha un fondamento scientifico: *ergo* trattare da immaturo il minore che delinque significa deresponsabilizzarlo e con lui deresponsabilizzare tutte le parti in gioco, giustizia minorile e famiglia in primo luogo: occorre, di conseguenza, affermare la responsabilità del minore e punirlo per il reato commesso perché esso è un fatto, comunque, da contrastare⁴⁰. Il tutto, ben inteso, con la particolare dovuta accortezza da applicarsi in sede esecutiva.

In effetti, in una più ampia cornice europea, piuttosto che allo *Jugend-Strafrecht* tedesco, diffusamente indicato come modello avanzato dell'impostazione tradizionale, magari corredato con l'ausilio delle Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile elaborate dall'ONU nel 1985, sarebbe il caso di guardare con più attenzione al modello inglese. Esso è stato costruito nel segno dello *slogan: no more excuse*. In Inghilterra l'intervento è, prima di tutto di controllo e vigilanza estesa anche ai genitori, i quali, se riconosciuti carenti nei loro compiti non possono fruire di benefici sociali altrimenti godibili. L'anticipazione della soglia di controllo ispirata al paradigma amministrativo-preventivo, permette, a tacer d'altro, di adottare una serie di provvedimenti che non potrebbero essere adottati in sede penale, vista l'avversione a riconoscere una responsabilità per fatto altrui. Il modello amministrativo di vigilanza e controllo impegna anche i genitori, i quali soltanto a condizione dell'educazione/correzione dei propri figli possono "meritare" di accedere ai privilegi del *Welfare*.

Nel suesposto modello inglese anche un altro dato è da tener presente: quello della valutazione della pericolosità del minore. La valutazione è fatta al mo-

³⁹ La stessa misura di sicurezza del riformatorio giudiziario (art. 223 c.p.) è stata trasformata, in ossequio alle particolari esigenze psicologiche e rieducative del minore, nel c.d. "collocamento in comunità" - ai sensi degli artt. 36, co. 2, e 22 d.P.R. n. 448 del 1988. La misura pur essendo rimasta formalmente invariata è stata modificata per ciò che attiene le forme e i modi di esecuzione: v. F. RAMACCI, *Corso di Diritto penale*, cit., 551.

⁴⁰ In Italia questa teoria trova un esponente in G. DE LEO (a cura di), *Azione deviante, responsabilità e norma: proposta per un nuovo schema concettuale*, Milano, 1982, 12; v. però anche le puntualizzazioni critiche di PAVARINI, *Sorvegliare punire correggere*, cit., 146.

mento della pronuncia della condanna, che è quantificata, ma produce effetti a tempo indeterminato; ciò significa che l'esecuzione della sentenza:

- a) può iniziare nel momento in cui il minore è ristretto in una struttura deputata per accogliere esclusivamente il tipo di minore contro il quale è emessa;
- b) può proseguire nella struttura per giovani adulti, se il condannato continua ad essere pericoloso;
- c) prosegue ancora nella struttura dei delinquenti comuni, se l'ormai adulto è ancora pericoloso.

Dunque, la condanna a tempo indeterminato, poiché è condizionata dalla persistenza della pericolosità, si atteggia come una misura amministrativa di sicurezza. Ad ogni buon conto essa è anche munita di una "valvola di contenimento", grazie alla quale il minore che dimostra sicuro ravvedimento può scampare alla restante condanna, anche se questa era nel minimo determinato superiore. Questa elasticità nei confronti di una "personalità in via di sviluppo" è apprezzabile, perché nulla vieta che il minore, correttamente indirizzato per mezzo dell'attività di sostegno, possa dimostrare in breve tempo di essere stato recuperato alla socialità e di aver superato il precedente disadattamento.

Un'altra conclusione parziale può, a questo punto, essere tratta, la constatazione che la rieducazione del reo per mezzo della pena non è produttiva in generale e non lo è neppure nei confronti dei minori delinquenti ha ispirato la sperimentazione di altri strumenti, in particolare quello del ricorso a misure preventivo-amministrative di controllo vigilanza e sostegno, le quali spesso hanno potuto fruire del contributo di istituzioni private e di associazioni di volontariato. Tuttavia, l'opzione penale-punitiva non può essere eliminata, sia per le ragioni esposte da ultimo, sia perché la delinquenza minorile di fatto è in aumento. Meglio, allora, adottare una risposta articolata nelle forme di prevenzione, perdono, controllo, punizione, ma anche flessibile e reversibile in caso di insuccesso. In un ipotetico sistema sanzionatorio comune, e minorile in particolare, da ridisegnare *ex novo*, alla pena in senso proprio deve essere restituito il ruolo originario di *ultima ratio*. Se, di fatto, i minori delinquono, anch'essi, di diritto, devono essere puniti, come chiunque. Tuttavia, sono state esposte le ragioni che giustificano nei confronti dei delinquenti minorili un trattamento indulgenziale e con esso il ricorso ad altri strumenti diversi dal circuito giudiziario e dalla pena. In una prospettiva più ampia, famiglia e minori devianti costituiscono uno spaccato della società altamente significativo, sicché è lecito aver cercato di tratteggiare, su di essi, i lineamenti di

ARCHIVIO PENALE 2013, n. 2

un futuribile diritto penale “dalla parte della vittima”.