



Camera Penale di
Roma

CAMERA PENALE DI ROMA

COMMISSIONE REATI IN AMBITO FAMILIARE

*La condizione di vulnerabilità in ambito familiare. La tutela preventiva,
punitiva e satisfattiva nazionale e sovranazionale.*

Atti delle giornate di studio del 25 e 30 giugno, 2 e 7 luglio 2020.

INDICE

Considerazioni introduttive, Avv. Emma Tosi

Relazione al convegno **LA LEGGE 19 LUGLIO 2019 N. 69 AD UN ANNO DALL'ENTRATA IN VIGORE** – 25 giugno 2020, Avv. Ilaria Barsanti

Dispensa al convegno **DIRITTO DI DIFESA E TUTELA DELLA PERSONA VULNERABILE** – 30 giugno 2020: *Diritto di difesa e tutela del dichiarante vulnerabile*, Avv. Francesca Malgieri Proietti; *Tutela della persona vulnerabile: la giurisprudenza ante direttiva UE n. 29 del 25 ottobre 2012 e gli interventi attuativi dell'Italia*, Avv. Serena Gentili; *Figli e figliastri, ovvero il colpevole sonno del legislatore ed una ferita aperta*, Avv. Giuseppe Campanelli; *La vittima vulnerabile: inquadramento normativo, definizione e ruolo dell'esperto*, Dott.ssa Laura Volpini; *Dalla legittima difesa alla difesa legittima della vittima vulnerabile: un caso pratico*, Avv. Ivano Ragnacci

Dispensa al convegno **LA FAMIGLIA NEL SISTEMA PENALE** – 2 LUGLIO 2020: *Evoluzione storico culturale e mutamento del modello familiare*, Avv. Lorian Longo; *La famiglia nel sistema penale*, Avv. Denise Varone; *Il pluralismo dei modelli familiari*, Avv. Clotilde Pichierri; *Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e best interests of the child*, Dott. Jacopo Burato; *La maternità surrogata. Profili di rilevanza penale*, Avv. Margherita Piccardi

Dispensa al convegno **GIUSTIZIA RIPARATIVA. PROSPETTIVE CONCRETE NEI PROCEDIMENTI PER REATI IN AMBITO FAMILIARE** – 7 LUGLIO 2020: *La giustizia riparativa: definizione e caratteristiche*, Avv. Maria Eugenia Mongini; *Giustizia riparativa: alternativa alla detenzione o contenuto dell'esecuzione della pena?*, Avv. Lavinia Rossi Espagnet; *Aspettative e scetticismi*, Avv. Silvia Oddi e Avv. Laura Filippone

Considerazioni conclusive, Avv. Fabio Federico

Considerazioni introduttive

La Camera Penale di Roma è un'associazione di avvocati penalisti, ne fanno parte numerose commissioni, composte da soci che desiderano approfondire specifiche tematiche penali.

Nel gennaio 2019 è stata istituita la commissione Reati in ambito familiare, nata da un'idea della collega Ilenia Guerrieri che da lungo tempo si occupa di diritto penale in ambito familiare.

L'adesione di numerosi soci ha permesso la creazione di un gruppo di lavoro che si è dedicato allo studio della materia, seguendo le novità giurisprudenziali e legislative.

E' una grande fortuna studiare e confrontarsi con colleghi generosi nel condividere le loro conoscenze ed esperienze e desiderosi di approfondirle. Insieme abbiamo organizzato convegni e tavole rotonde con rappresentanti delle istituzioni e operatori del diritto e, insieme, abbiamo deciso di raccogliere parte del nostro lavoro in questo compendio di norme penali in ambito familiare.

Nei codici e nelle leggi penali non troviamo una definizione giuridica della famiglia se non quella costituzionale che la riconosce quale società naturale fondata sul matrimonio.

Nel codice penale i valori familiari sono tutelati in un apposito titolo e il rapporto familiare viene differentemente considerato come costitutivo di fattispecie delittuose, come circostanza aggravante o attenuante e come causa di non punibilità.

Vasta, diversa e in continua evoluzione giurisprudenziale, prima che legislativa, è la normativa penale in ambito familiare.

Non esiste un diritto familiare penale, poiché le norme che riguardano la famiglia si ispirano agli stessi principi del diritto penale generale. Esiste, però, un sistema penale che riguarda la famiglia e, più specificamente, i rapporti familiari, che non sempre si è mantenuto al passo con le novità determinate da leggi extra penali e, raramente, con i mutamenti culturali e sociali.

Partendo dal confronto politico-giudiziario sull'applicazione della legge 69/19 nel periodo di lockdown, la nostra commissione ha ripercorso l'evoluzione sociale e culturale del

mondo civile e il mutamento del modello familiare determinato dall'emancipazione dei ruoli dei suoi componenti.

Dall'autorità del *pater familias* ai corsi di recupero per maltrattanti, dal matrimonio riparatore alla maternità surrogata e l'unione civile tra persone dello stesso sesso, la commissione ha approfondito i temi dei cambiamenti sociali e giuridici della nostra società, affrontando il difficile equilibrio processuale tra la tutela del dichiarante vulnerabile e il diritto di difesa dell'autore del reato e le diverse considerazioni del rapporto familiare a seconda delle diverse norme penali che ne vengono a contatto.

E' un lavoro notevole, svolto da colleghi che hanno avuto il pregio di saper lavorare insieme con entusiasmo e un raro spirito di gruppo. Mi permetto solo di aggiungere che, per me, il "lusso dei lussi" è stato collaborare con loro in modo costruttivo e infinitamente divertente.

Ringrazio Ilaria Barsanti, Iacopo Burato, Giuseppe Campanelli, Fabio Federico, Laura Filippone, Cinzia Gauttieri, Ilenia Guerrieri, Serena Gentili, Lorian Longo, Francesca Malgieri Proietti, Maria Eugenia Mongini, Silvia Oddi, Margherita Piccardi, Clotilde Pichierri, Ivano Ragnacci, Lavinia Rossi Espagnet, Denise Varone, Clara Veneto, Laura Volpini.

Avv. Emma Tosi

Relazione al convegno **LA LEGGE 19 LUGLIO 2019 N. 69 AD
UN ANNO DALL'ENTRATA IN VIGORE** – 25 giugno 2020,
Avv. Ilaria Barsanti

La Legge n. 69 del 19 luglio 2019 ad un anno dall'entrata in vigore

Il 25 giugno scorso ha avuto inizio il ciclo di incontri formativi programmato dalla Commissione reati in ambito familiare – coordinata dall'Avv. Emma Tosi - della Camera Penale di Roma, dal titolo *“Tutela penale in ambito familiare: il Codice Rosso tra effettiva attuazione e future prospettive”*.

Il primo incontro, in particolare, aveva l'obiettivo di fare un bilancio sull'efficacia della Legge n. 69 del 19 luglio 2019 - denominata appunto “Codice Rosso” - nel sistema di prevenzione e repressione dei reati di violenza domestica e di genere, ad un anno dalla sua entrata in vigore e, soprattutto, sulla sua concreta applicazione nel periodo di emergenza epidemiologica da Coronavirus nel quale abbiamo assistito ad un vero e proprio *freezing* dell'attività giudiziaria.

E' stata pertanto organizzata una Tavola Rotonda, moderata dall'Avv. Ilenia Guerrieri, alla quale hanno partecipato la Dott.ssa Maria Monteleone, Pubblico Ministero specializzato in reati in ambito familiare, la Senatrice Valeria Valente, Presidente della Commissione Parlamentare di Inchiesta sul femminicidio e su ogni altra forma di Violenza di genere, la Dott.ssa Loretta Ubaldi, Consulente Tecnico del Tribunale di Roma e l'Avv. Clara Veneto, membro della Commissione oltre che Responsabile dell'Osservatorio Scuole di formazione continua dell'Unione Camere Penali Italiane.

L'argomento si è mostrato di grande interesse anche per i Presidenti della Camera Penale e del Consiglio dell'Ordine di Roma, nonché per l'ex Presidente del Tribunale di Roma Dott. Monastero il quale ha ricordato l'impegno ed il lavoro svolto sul tema dal Tavolo Interistituzionale permanente tra Uffici Giudiziari che, già nel maggio 2019, prima dell'entrata in vigore della L. n. 69/19, aveva adottato delle linee guida – non sottoscritte dalla Camera Penale di Roma¹ -, tradotte immediatamente in direttive volte ad assicurare, per quel che qui interessa, la comunicazione ed il coordinamento tra Giudice civile, ordinario e minorile e Pubblico Ministero, ordinario e minorile.

¹La Camera Penale di Roma non ha condiviso le Linee guida adottate dal Tavolo Interistituzionale tra Uffici Giudiziari Competenti nel Circondario di Roma Avvocatura e Centri Antiviolenza nella ferma convinzione che le previste procedure d'urgenza e traslazione degli atti siano lesive del diritto di difesa dell'indagato.

Del resto, costituisce un dato innegabile che la violenza di genere e domestica sia un dramma - per utilizzare la definizione della Sen. Valente - molto diffuso, con radici che affondano nel tessuto socioculturale italiano e che, pertanto, vada affrontato con sensibilità, esperienza e formazione per essere adeguatamente contenuto in via preventiva attraverso misure di tipo sociale, culturale ed economico oltre che con interventi normativi.

Con la legge n. 69/19, dunque, il legislatore ha provato a dare una risposta a questo fenomeno introducendo alcune novità e modifiche alla disciplina penale, sia sostanziale che processuale, di questa categoria di reati.

Abbiamo così assistito al potenziamento degli istituti introdotti a seguito della Direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, con la previsione di quattro nuove figure di reato², l'inasprimento del trattamento sanzionatorio di alcuni delitti³, la modifica dell'istituto della sospensione condizionale della pena⁴ e l'intervento su alcuni istituti del codice di procedura penale che ha riguardato le indagini preliminari, le misure cautelari e di prevenzione, la testimonianza, la comunicazione dei provvedimenti emessi nella fase dell'esecuzione oltre all'introduzione del nuovo istituto della trasmissione obbligatoria dei provvedimenti adottati in sede penale al giudice civile. L'intento primario del legislatore è stato quello di velocizzare la fase delle indagini preliminari e la trattazione dei processi per tale categoria di reati in modo da assicurare una più celere adozione di provvedimenti a protezione delle vittime.

Nel pieno del suo "rodaggio", tuttavia, la novella ha dovuto confrontarsi con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 e con le misure restrittive adottate per contenere il contagio imposte con il D.L. n. 18 del 2020. In particolare, durante il periodo del *lockdown*, si la

²Art. 612 *ter* c.p. "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti senza il consenso delle persone rappresentate" - cd. *revenge-porn*; art. 583 *quinquies* c.p. "Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso"; art. 558 *bis* c.p. "Costrizione o induzione al matrimonio"; art. 387 *bis* c.p. "Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa".

³Art. 572 c.p. "Maltrattamenti in famiglia"; art. 612 *bis* c.p. "Atti persecutori" - cd. *stalking*; art. 609 *bis* c.p. "Violenza sessuale"; art. 609 *quater* c.p. "Atti sessuali con minorenne"; art. 609 *octies* c.p. "Violenza sessuale di gruppo".

⁴Concessione del beneficio subordinata alla partecipazione a specifici corsi di recupero *ex* art. 165 co. 5 c.p.

condivisione prolungata dello spazio domestico e la limitazione dei contatti con l'esterno ha ovviamente determinato un inasprimento e l'intensificazione delle dinamiche di conflittualità e di violenza familiare.

Il dibattito ha messo in luce come durante l'emergenza da Coronavirus, specialmente nella fase iniziale, la violenza domestica e di genere è stata il virus silenzioso, talmente silenzioso da destare la preoccupazione dei Centri Antiviolenza che hanno registrato un calo di richieste di aiuto e di accessi che appariva dipendere, non da una riduzione di comportamenti violenti, bensì dalle difficoltà di segnalarli con conseguente rischio, in particolare per le donne, di trovarsi maggiormente esposte alle aggressioni di *partners* maltrattanti.

La Commissione Parlamentare di Inchiesta sul Femminicidio e su ogni altra forma di Violenza di genere, presieduta dalla Sen. Valente, ha raccolto immediatamente il segnale d'allarme dei Centri Antiviolenza ed è intervenuta tempestivamente domandando a soggetti di diverse categorie (avvocati, magistrati, consulenti, operatori dei Centri Antiviolenza ecc.) di comprendere cosa stesse realmente accadendo e di indicare possibili soluzioni.

Da qui ha preso vita la Relazione del 6 aprile 2020 per l'adozione di *“Misure per rispondere alle problematiche delle donne vittime di violenza, dei centri antiviolenza, delle case rifugio e degli sportelli antiviolenza e antitratta nella situazione di emergenza epidemiologica da Covid-19”*.

Il documento ha messo in primo piano sia la necessità di rilanciare il numero anti violenza e *stalking* (1522) incrementandone la pubblicizzazione sui media e semplificandone l'accesso con l'utilizzo del sistema di messaggistica, sia la necessità di una corretta applicazione delle misure previste dal nostro ordinamento a protezione delle vittime di violenza⁵.

Al riguardo, va sottolineato che è stata proprio la Commissione d'Inchiesta a rilevare il mancato inserimento, nel corpo dell'art. 83 comma 3 lett. b) del D.L. n. 18 del 2020, della convalida della misura pre-cautelare ex art. 384 *bis* c.p.p. tra le udienze non rinviabili,

⁵Arresto in flagranza, ordine di allontanamento urgente dalla casa familiare con procedure di controllo attraverso mezzi elettronici o ulteriori strumenti tecnici, come l'ormai più che collaudato braccialetto elettronico, misure cautelari specifiche e ordini di protezione in sede civile.

segnalandone l'opportunità di modifica in sede di conversione (come poi avvenuto con la L. n. 27 del 2020).

Particolare attenzione ha suscitato la questione degli incontri protetti minori-genitori nella fase del *lockdown* per profili, soprattutto, di tipo logistico per cui è stato suggerito agli assistenti sociali di svolgere gli incontri da remoto, ove possibile e fatta salva ogni diversa valutazione da parte del giudice, oppure, in *extrema ratio*, di sospenderli qualora fosse stato difficile garantirne un "sicuro" svolgimento.

Allo stesso modo sono state date indicazioni per garantire l'accesso delle donne e dei minori nelle case rifugio così come delle migranti, richiedenti asilo, rifugiate e vittime di tratta nei centri di accoglienza, assicurando il rispetto delle misure di sicurezza sanitarie per minimizzare il rischio contagio.

Le preoccupazioni sollevate dalla Commissione sono state recepite dal CNF, dal Ministero degli Interni che nell'immediatezza ha implementato la collaborazione delle forze di polizia territoriali con i Centri Antiviolenza e altresì dal Parlamento che nel "Cura Italia" ha previsto risorse economiche aggiuntive per sostenere le strutture territoriali.

La risposta più importante sul tema, tuttavia, è stata quella del CSM che, non solo ha recepito e condiviso i timori manifestati dalla Commissione ma, all'esito di un monitoraggio svolto da un Gruppo di lavoro costituito *ad hoc*, ha emanato "raccomandazioni" chiare agli Uffici Giudiziari per assicurare la stretta alla violenza di genere e domestica⁶.

Il CSM, infatti, attraverso la consultazione di magistrati requiranti e giudicanti specializzati in materia, individuati tra Uffici Giudiziari di diverse dimensioni (circa 70 procure) e mediante l'esame delle linee operative e delle prassi utilizzate, ha voluto verificare la corretta applicazione del Codice Rosso in concomitanza della normativa d'emergenza.

I temi affrontati, sono stati i seguenti:

- ⇒ se il termine di 3 giorni per l'esame della parte offesa previsto dall'art. 362 c.1 *ter* c.p.p. sia stato considerato sospeso o operativo;
- ⇒ se vi sia stata una variazione nelle notizie di reato per violenza di genere e domestica;

⁶CSM delibera prot. P 8063/2020 del 4 giugno 2020.

- ⇒ se siano state registrate modifiche nell'adozione da parte della Polizia Giudiziaria della misura pre-cautelare di cui all'art. 384 *bis* c.p.;
- ⇒ quali criteri siano stati seguiti nell'applicazione della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282 *ter* c.p.p. e se nel caso sia stato adottato l'uso del braccialetto elettronico;
- ⇒ eventuali criticità evidenziate dai centri antiviolenza del territorio.

Nel corso del confronto la Dott.ssa Monteleone, componente del Gruppo istituito dal CSM, ha riferito che tutti gli uffici di Procura, di fatto, hanno assicurato il rispetto del termine di tre giorni previsto dall'art. 362 c. 1 *ter* c.p.p. per l'audizione della persona offesa o del denunciante, al di là dell'interpretazione giuridica dell'art. 83 del D.L. n. 18/20 che, in realtà, portava a ritenerlo sospeso.

L'audizione, ovviamente, è avvenuta in sicurezza, con modalità idonee a garantire il rispetto delle esigenze sanitarie del momento e, dunque, con l'utilizzo dei necessari presidi (mascherine, guanti, distanziamento) e, all'occorrenza, delegando il compimento dell'atto alla P.G. territoriale per evitare spostamenti o ricorrendo all'audizione da remoto.

La scelta si è rivelata corretta per fronteggiare il fenomeno che ha registrato un'espansione preoccupante, sia durante il periodo del *lockdown*, sia nella c.d. fase due.

I dati statistici acquisiti ponendo a confronto i primi cinque mesi degli anni 2019 e 2020, infatti, hanno dimostrato un incremento di notizie di reato (1/1/19 – 31/5/19: iscritti 706 procedimenti nuovi; 1/1/20 – 31/5/20: 738) soprattutto per i reati di maltrattamenti in famiglia e contro persone conviventi, nei quali la maggior parte delle denunciante sono risultate donne. Un dato sintomatico di tale incremento è stato l'aumento quasi esponenziale delle notizie di reato per lesioni volontarie, aggravate dalla relazione parentale o affettiva, da considerarsi a tutti gli effetti il c.d. reato sentinella (2019: 248 notizie di reato - 2020: 448 notizie di reato).

Sono stati registrati flussi in aumento anche delle denunce per violenza sessuale di gruppo (2019: 2 denunce - 2020: 11 denunce) e tentati "femminicidi" (2019: 1 notizia di reato - 2020: 2 notizie di reato).

Viceversa, la diminuzione delle denunce per reati commessi al di fuori del nucleo familiare si giustifica con il contingentamento dovuto al *lockdown*.

Si spiega così l'aumento del numero dei fermi e degli arresti in fragranza di reato eseguiti nell'anno in corso (74 rispetto ai 37 dell'anno precedente) e delle richieste di misure cautelari (472 rispetto alle 402 del 2019) accolte dall'Ufficio GIP di Roma nella quasi totalità.

Pur osservando rigidamente i criteri di scelta delle misure cautelari contenuti nella Direttiva del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, infatti, si è registrato un cospicuo ricorso alla misura cautelare in carcere con un aumento da 151 nel 2019 a 187 nel 2020. Il dato, riferito dalla dr.ssa Monteleone, è significativo della rilevanza del fenomeno criminale che per lo più si verifica in contesti familiari in cui il rapporto genitori-figli è particolarmente violento perché aggravato dal dramma della droga o da situazioni caratterizzate da patologie psichiatriche. La costrizione in ambito domestico e la convivenza obbligata nei due mesi di *lockdown*, dunque, hanno senz'altro agevolato ed esasperato l'espressione di questa violenza, laddove esistente, tant'è che numerosi sono stati i casi in cui sono stati contestati anche i delitti di estorsione e tentato omicidio.

Nondimeno, sempre più numerosi sono stati i casi in cui è stata applicata la misura dell'allontanamento dalla casa familiare, aumentati da 64 nel 2019 a 87 nel 2020, recependo, peraltro, l'indicazione della Commissione Parlamentare d'Inchiesta e del CSM che suggerivano di allontanare l'autore del reato e non la denunciante, soprattutto in presenza di figli minori.

In conclusione, secondo la Dott.ssa Monteleone, la L. n. 69/19 ha dimostrato di essere una valida e solida normativa, seppur migliorabile, anche durante il periodo di emergenza e questo grazie anche alla sinergia tra gli Uffici Giudiziari.

L'Avv. Clara Veneto, nel corso del suo intervento, pur condividendo le preoccupazioni per la diffusione del fenomeno illustrate dai relatori che l'hanno preceduta, con lo sguardo attento del difensore, ha comunque sottolineato come questa stretta sulla violenza di genere e domestica, introdotta dal Codice Rosso, desti alcune perplessità soprattutto laddove ha posto indistintamente tutte le ipotesi di violenza di genere su un piano di urgenza tale da richiedere l'intervento immediato dell'Autorità giudiziaria.

Prima fra tutte la difficoltà, derivante dallo *sprint* alle indagini, nel selezionare in via prodromica i casi di mero conflitto da quelli di violenza e comprendere quali siano le

situazioni effettivamente a rischio, meritevoli di un immediato intervento. Tale selezione, difatti, è imprescindibile al fine di evitare pregiudizi alla tempestiva ed adeguata tutela delle vittime ed errori giudiziari, nei quali facilmente si può incorrere nelle ipotesi – certamente residuali ma in concreto talvolta verificatesi- di denunce funzionali al raggiungimento di scopi diversi da quelli di protezione della persona fisica che le norme mirano a tutelare da parte di asserite vittime contenenti la richiesta di provvedimenti cautelari personali.

Appare indispensabile, pertanto, un'adeguata competenza ed un elevato grado di specializzazione, anche di tipo psicologico, di tutti coloro che per primi, entrano in contatto con la vittima denunciante, in particolare della P.G.

Sul punto la Sen. Valente, interpellata dall'Avv. Veneto, ha riferito che il programma di specializzazione è già nell'agenda politica.

Altrettante perplessità desta la discrezionalità concessa dall'art. 362 c. 1 *ter* c.p.p. al singolo magistrato nel valutare le situazioni d'urgenza che impongono l'audizione della parte offesa o di chi ha presentato denuncia nel termine, ordinatorio, di tre giorni dalla notizia di reato, salvo che non ricorrano esigenze di tutela dei minori per la loro particolare vulnerabilità, anche connesse alla modalità di escussione qualora sia necessaria la presenza di un esperto, oppure ragioni di riservatezza delle indagini a tutela della persona offesa che impongano l'adozione di un provvedimento di deroga.

Tale discrezionalità, come abbiamo visto, ha comportato che durante il periodo di emergenza il termine è stato considerato come non sospeso dalla quasi totalità delle Procure, tant'è che nei casi ritenuti urgenti, si è provveduto spesso all'audizione da remoto, anche delegando la P.G. sul territorio per evitare spostamenti.

Ciò ha fatto sì che questa modalità di audizione a distanza venisse inserita tra le linee guida del CSM.

Tuttavia, se tale indicazione poteva avere senso quando erano in atto le misure restrittive, una volta superata l'emergenza epidemiologica, occorre fare attenzione a non correre il rischio, vista la delicatezza dell'atto, che la modalità di escussione vada a pregiudicare il contatto diretto e l'approccio sereno ed empatico da parte del magistrato, necessario per valutare la credibilità e l'attendibilità della persona offesa che molto spesso, nei reati d'interesse, è l'unica fonte di prova.

L'audizione da remoto quindi non può assolutamente assurgere a prassi da consolidare perché non garantisce l'autenticità delle dichiarazioni della vittima né l'attività del difensore e, non da ultimo, perché all'evidenza è incompatibile con la tutela della privacy, come sottolineato dal Garante interpellato sul punto allorquando si è paventata la possibilità di svolgere i processi penali da remoto.

L'introduzione di tale modalità, auspicata dal CSM per tutti quei casi in cui sussistono esigenze di indifferibilità o di tipo "logistico", tanto nel processo penale che civile, si pone dunque in contrasto con il principio del giusto processo, vuoi che venga adottata per l'audizione della vittima, vuoi per l'interrogatorio di garanzia, l'incidente probatorio dichiarativo o il dibattimento.

Quanto invece alla misura pre-cautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, strumento sicuramente utile, appare discutibile la mancanza all'interno del Codice Rosso di regole e criteri che ne dirigano la scelta; criteri contenuti, invece, nel codice di procedura penale per le misure cautelari.

Al riguardo, l'Avv. Veneto ha rilevato altresì come la mancata contemplazione dell'art. 384 *bis* c.p.p. nel testo dell'art. 83 c. 3 lett. b) del D.l. n. 18/20 abbia comportato una sperequazione tra udienza di convalida per tale misura pre-cautelare e misure cautelari fintanto che non è intervenuta la legge di conversione che ha sanato la dimenticanza.

E, ancora, le linee guida emanate dal CSM raccomandano la prassi di richiedere ed applicare nei casi di misure *ex artt.* 282 *bis*, 282 *ter* e 284 c.p.p. il dispositivo del c.d. braccialetto elettronico per limitare il ricorso alla custodia cautelare intramuraria e nel contempo assicurare la protezione della vittima, soprattutto nel caso in cui l'autore del reato sia affetto da problematiche di natura psichiatrica.

Peccato, però, che la stragrande maggioranza degli Uffici di Procura, ad eccezione della Procura di Palermo, non dispone di tale strumento di controllo per cui, allo stato attuale, l'utilizzo è ancora assai ridotto.

Trattando poi il tema dei percorsi terapeutici di recupero e sostegno, previsti dal Codice Rosso per i condannati a pena definitiva, suscettibili di valutazione ai fini della concessione dei benefici penitenziari, è di tutta evidenza il discrimine insito nella novella tra abienti e non abienti posto che il percorso deve essere intrapreso a spese dell'interessato,

circostanza che pone seri dubbi di legittimità costituzionale delle nuove norme in relazione all'art. 3 Cost.

Peraltro, a distanza di un anno dall'entrata in vigore non è ancora chiaro quali siano questi percorsi la cui organizzazione è demandata alle singole ASL territorialmente competenti o, come nel Lazio, alla stessa Regione.

La preoccupazione, quindi, è quella che la Legge sia troppo “vittimocentrica” nel senso che è molto precisa nel delineare le garanzie della parte offesa ma è fumosa sulla tutela dei diritti dell'autore del reato e sulla fase di esecuzione della pena.

La Sen. Valente ha dato rassicurazioni in merito ad una prossima relazione specifica sui Centri di recupero uomini maltrattanti, sui criteri e requisiti in base ai quali questi centri possono essere riconosciuti, sugli interventi economici e finanziari a sostegno, al fine di fornire un valido contributo al legislatore sul tema ed evitare disparità di trattamento rispetto alle vittime di reato.

La Tavola Rotonda si è conclusa sostanzialmente con un passo a ritroso su quello che è stato l'argomento introdotto dal Presidente Monastero, vale a dire il coordinamento e la cooperazione tra Uffici Giudiziari civili, penali e minorili allorquando siano pendenti procedimenti civili di separazione dei coniugi o cause relative ai figli minori di età o relative alla responsabilità genitoriale nei cui fascicoli, ai sensi dell'art. 64 *bis* disp. att. c.p.p, devono confluire atti penali quali le ordinanze di misure cautelari, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, i provvedimenti di archiviazione e le sentenze.

Grazie all'intervento della Dott.ssa Ubaldi, sono state messe in luce le criticità della L. n. 69/19 riscontrate dai consulenti tecnici d'ufficio o di parte chiamati a valutare la capacità genitoriale o a formulare la c.d. diagnosi del conflitto.

L'esperta ha parlato della “solitudine del consulente” che deve coniugare le risultanze degli atti di indagine penale, assunti senza contraddittorio delle parti, con una valutazione imparziale per il collocamento dei minori e, pur apprezzando la nuova normativa, ha sottolineato come l'attività del consulente, sotto l'egida della novella, abbia subito una rivoluzione copernicana dovendo l'esperto valutare la capacità del rapporto con l'altro, il conflitto emotivo tra e con i genitori. Solo dalla diagnosi del conflitto emerge se

effettivamente si versi in ipotesi di violenza e, se la diagnosi non è corretta, si rischiano sottovalutazioni o sopravvalutazioni nell'elaborato peritale.

Condividendo le perplessità dell'Avv. Veneto sugli effetti del “travaso” degli atti penali nel procedimento civile, la Dott.ssa Ubaldi ha svolto un riferimento chiaro alla parzialità delle notizie che giungono al consulente, trattandosi di atti di indagine - e non di sentenze definitive - che esaltano solo una delle due versioni, con la conseguenza che i due “attori” non sono sullo stesso piano.

Davvero evidente come ancora siano necessari passi importanti per rendere equo l'approccio alla problematica del conflitto familiare.

Occorre tutelare la parte debole del conflitto, non senza dare tutte le tutele difensive all'altra parte e questo, per dirlo con le parole della consulente, passa anche attraverso l'onestà intellettuale dell'esperto, soprattutto di fronte ad una legge che la stessa definisce come un successo nel fronteggiare le violenze familiari e di genere.

Da ultimo, la Dott.ssa Ubaldi ha posto l'accento sul pericolo delle false accuse che determinano anche uno iato nel rapporto genitore-figlio.

Problematica condivisa anche dalla Dott.ssa Monteleone che, augurandosi la giusta applicazione dell'art. 64 *bis* disp. att. c.p.p., ha sottolineato quanto sia necessario che venga interpretato correttamente affinché sia d'aiuto nella valutazione della genitorialità che non può essere rimessa esclusivamente alla responsabilità del consulente.

Per concludere, da quanto emerso dal confronto, il Codice Rosso - neologismo che non ha trovato consensi - a distanza di un anno dalla sua entrata in vigore sembra essere una risposta abbastanza “robusta” a questo fenomeno criminale, con molti profili di criticità sui quali si dovrà intervenire.

Ad ogni buon conto, gli interessanti spunti di riflessione offerti da tutti gli ospiti sono stati preludio di futuri incontri e discussioni sull'argomento.

Avv. Ilaria Barsanti

Atti del convegno **DIRITTO DI DIFESA E TUTELA DELLA PERSONA VULNERABILE** – 30 giugno 2020: *Diritto di difesa e tutela del dichiarante vulnerabile*, **Avv. Francesca Malgieri Proietti**; *Tutela della persona vulnerabile: la giurisprudenza ante direttiva UE n. 29 del 25 ottobre 2012 e gli interventi attuativi dell'Italia*, **Avv. Serena Gentili**; *Figli e figliastri, ovvero il colpevole sonno del legislatore ed una ferita aperta*, **Avv. Giuseppe Campanelli**; *La vittima vulnerabile: inquadramento normativo, definizione e ruolo dell'esperto*, **Dott.ssa Laura Volpini**; *Dalla legittima difesa alla difesa legittima della vittima vulnerabile: un caso pratico*, **Avv. Ivano Ragnacci**

Diritto di difesa e tutela del dichiarante vulnerabile

“Dal diritto alla differenza, alla differenza dei diritti il passo è breve”

(F. Sgubbi, Il diritto penale totale)

Indice: 1. Cenni sulla vittimologia in ambito europeo. 2. La Direttiva 2012/29/UE: rapida analisi. 3. La nozione di vulnerabilità e il recepimento interno della Direttiva 2012/29/UE. 4. La vulnerabilità e il diritto di difesa: il difficile equilibrio tra tutela del dichiarante vulnerabile e garanzie difensive.

1. Cenni sulla vittimologia in ambito europeo

La vittimologia nasce storicamente come scienza autonoma solo intorno agli anni '40 del secolo scorso quando, sotto la spinta delle scienze psicologiche, si avverte l'esigenza di ampliare lo studio dei rapporti tra i protagonisti del reato. Si inizia così a dedicare considerazione anche ai soggetti che subiscono gli effetti delle condotte illecite, sia per comprendere le relazioni tra le parti coinvolte, verificandone le eventuali patologie -aspetto terapeutico - sia per riequilibrare i rapporti a livello individuale e collettivo -aspetto riparativo e risocializzante -.

Ma la nozione di vulnerabilità della vittima su cui ci si soffermerà in queste pagine, in riferimento alle caratteristiche del soggetto o alla tipologia di violenza subita, inizia a circolare molto più tardi ed è legata, oltre che ad un maggior riconoscimento della persona offesa in ambito processuale come soggetto portatore di interessi giuridici da proteggere e tutelare, al fenomeno della cosiddetta vittimizzazione secondaria, intesa come insieme degli effetti pregiudizievoli che la persona già traumatizzata dalla violenza può subire dall'impatto con l'apparato giudiziario.

Sotto il profilo mediatico può senza dubbio affermarsi che ad oggi vi sia un'attenzione quasi spasmodica al tema della vittima, con deviazioni patologiche tipiche del voyeurismo comunicativo di massa dei nostri tempi. Questo contributo si occuperà invece di comprendere nello specifico quale sia stata l'evoluzione dell'interesse che l'ordinamento ha prestato nel tempo alla persona offesa come soggetto processuale e, in termini più ampi,

alla persona in condizione di vulnerabilità che, per qualsiasi ragione, venga a trovarsi in contatto con l'apparato della giustizia¹, con un necessario sguardo alle conseguenze che tale riconoscimento comporta in termini di compressione del diritto di difesa dell'accusato. Per analizzare la categoria di persona vulnerabile introdotta nel nostro codice non si può fare a meno di ripercorrere, seppur in modo breve e conciso, la sua genesi storica soffermandosi innanzitutto sulle fonti comunitarie e tralasciando volutamente, per motivi di sintesi, le fonti internazionali (innumerevoli e risalenti nel tempo sono gli interventi dell'ONU al riguardo, tutti tesi a stabilire criteri di protezione e tutela per le vittime dei reati in generale e per particolari categorie considerate a maggior rischio, come, ad esempio, i minori e le donne).

Nell'ambito dello spazio europeo, sulla spinta delle indicazioni internazionali, si è avvertita sempre più l'opportunità di definire norme minime comuni a protezione delle vittime dei reati sia per ragioni di politica criminale sia per l'ovvia esigenza di uniformità legata alla libera circolazione delle persone tra i vari stati membri. Nel tempo, diversi e frammentati sono stati gli interventi da parte degli organi comunitari che, infine, si sono risolti nella nota Direttiva 2012/29/UE, il cui contenuto sarà approfondito di qui a breve con particolare riferimento al recepimento nel diritto interno.

Le pietre miliari da ricordare sono senza dubbio le seguenti:

- La **Convenzione europea del 24/11/1983** (non firmata dall'Italia) relativa al risarcimento delle vittime dei reati violenti che obbliga gli stati a garantire un sistema di compensazione per risarcire, con fondi pubblici, le vittime di reati che abbiano determinato gravi lesioni corporali o la morte;
- La **Raccomandazione n. (85)11 del 28/06/1985** del Consiglio d'Europa sulla posizione della vittima nell'ambito del diritto e della procedura penale che invita gli stati a garantire tutela alle persone offese anche mediante gli strumenti della mediazione e della conciliazione come mezzi di soddisfacimento delle pretese;

¹ Sarà utile chiarire fin d'ora che la categoria della vulnerabilità nel nostro diritto interno si amplia alla categoria del dichiarante vulnerabile e non si limita, come nel diritto comunitario, alla sfera della sola vittima del reato.

- La **Raccomandazione n. (87) 21 del 17/09/1987** sull'assistenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione secondaria che, evidenziando l'inadeguatezza della giustizia penale a garantire l'effettiva riparazione dei danni causati dal reato, raccomanda misure che tendano ad evitare la vittimizzazione secondaria e incentiva la creazione di organismi nazionali per la promozione degli interessi delle vittime;
- La **Raccomandazione n. (99)22 del 30/09/1999** con la quale il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa invita gli stati ad incentivare l'uso della mediazione tra vittima e reo come strumento alternativo alla detenzione anche nell'ottica di contenere il sovraffollamento carcerario;
- La **Raccomandazione n. (99)19 del 15/09/1999** relativa alla Mediazione in materia penale, che ne definisce principi e *standards* comuni agli Stati;
- Le **Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999)** nel corso del quale i capi di Stato e di governo hanno stabilito di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'ambito dell'Unione Europea (spazio nel quale alle vittime della criminalità deve essere necessariamente garantito l'accesso alla giustizia, il risarcimento dei danni e le adeguate misure di sostegno e prevenzione della violenza);
- la **Decisione quadro del Consiglio d'Europa 2001/220/GAI del 15/03/2001** sulla posizione della vittima nel procedimento penale, adottata sulla scorta del Trattato di Amsterdam che imponeva di trattare, entro 5 anni dalla sua firma, il problema dell'assistenza alle vittime con analisi comparativa e possibilità di agire comune a livello di Unione; della comunicazione della Commissione del 14/07/1999 intitolata "Vittime di reati nell'unione europea: riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere"; delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 sulla necessità di elaborare norme minime sulla tutela delle vittime della criminalità e favorire l'accesso alla giustizia.

La Decisione in esame introduce per la prima volta in ambito europeo una sorta di "*statuto della vittima del reato*", primo soggetto processuale a vedersi riconosciuta, come è stato detto, una protezione penale nel diritto comunitario. La Decisione si

articola su tre pilastri principali: il diritto della vittima a partecipare al procedimento penale e di avvalersi di strumenti alternativi di compensazione, come la mediazione penale; il diritto al risarcimento dei danni; la tutela rispetto al rischio di vittimizzazione secondaria.

Alcuni punti salienti, che occorre tenere a mente, per il tema che qui interessa, sono i seguenti:

- la nozione di vittima (art. 1): per vittima si intende *“la persona fisica che ha subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale”*. Tale concezione riflette le acquisizioni della scienza vittimologica, valorizzando le conseguenze psichiche della condotta illecita pur rimanendo ancorata alla previsione di un vincolo eziologico diretto tra reato e danno causato;
- obblighi generali degli Stati (art. 2 comma 1): *“Ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo ed appropriato delle vittime. Ciascuno Stato membro si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento”*. Alla vittima del reato vengono riconosciuti dei diritti essenziali, soprattutto partecipativi (*ex multis*: rimborso delle spese legali e accesso al gratuito patrocinio, diritto all'informazione, diritto di essere sentita, diritto alla tutela da forme di ritorsione, diritto al risarcimento dei danni), in tutte le fasi procedurali, senza però che venga prescritto l'obbligo per gli Stati di considerare la vittima una parte processuale in senso tecnico;
- ingresso della nozione di vulnerabilità (art. 2, comma 2): *“Ciascuno Stato membro assicura che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione”*. Nonostante il riferimento, nel testo ancora manca una definizione di vulnerabilità della vittima, categoria che era all'epoca in fase di elaborazione embrionale;
- obbligo per gli Stati di limitare l'audizione delle vittime ai soli casi indispensabili per il procedimento penale al fine di evitare effetti di vittimizzazione secondaria (art. 3);

- obbligo di protezione della vittima in generale e di garantire la sicurezza per la stessa e per i familiari: *“ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base a una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento”* (art. 8, comma 4);
- previsione di un’adeguata formazione professionale dei soggetti che vengano in contatto con le vittime, specialmente se vulnerabili (art. 14).

È bene sottolineare, per quel che interessa questo contributo, che il Consiglio d’Europa, nell’imporre il recepimento di talune garanzie minime comuni e nel lasciare, per altre, la facoltà agli Stati membri di recepirle in conformità ai diversi ordinamenti interni, ha dichiarato espressamente nelle premesse che le disposizioni della decisione quadro non impongono agli Stati di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle altre parti nel procedimento (*id est*, l’accusato) così lasciando spazio alla possibilità che i vari ordinamenti stabiliscano da sé gli equilibri processuali tra tutela della persona offesa e rispetto delle garanzie difensive;

- il **Trattato di Lisbona** sul funzionamento dell’Unione Europea, entrato in vigore nel 2009, secondo cui i diritti delle vittime della criminalità rientrano tra le materie in cui il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire direttive minime al fine di armonizzare i sistemi penal-processualistici dei vari Paesi;
- la **Convenzione di Lanzarote** per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali firmata il 25 ottobre 2007;
- la **Convenzione di Istanbul** sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica firmata l’11 maggio 2011.

2. La Direttiva 2012/29/UE: rapida analisi

La **Direttiva 2012/29/UE** sostituisce espressamente la Decisione 2001/220/GAI innestandosi sui suoi stessi principi, che vengono ampliati e sviluppati e confermando la spinta vittimocentrica della politica criminale europea degli ultimi decenni. Si articola in 6

capi e 32 articoli, i cui snodi principali sono essenzialmente tre (come tre erano i pilastri della decisione quadro):

- 1- il diritto della vittima all'informazione e al sostegno psicologico;
- 2- l'effettività della sua partecipazione al procedimento penale;
- 3- la protezione generale e particolare.

1. Sul diritto di ottenere informazioni e sui servizi di assistenza. Nella direttiva vengono indicati molteplici obblighi cui gli Stati membri hanno l'obbligo di conformarsi per garantire alla vittima di reato alcuni diritti ritenuti essenziali. La vittima viene espressamente identificata nella *“persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; familiare di una persona la cui morte è stata causata da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte”*, dove per familiare si intende coniuge, convivente in modo stabile nello stesso nucleo familiare, parente in linea retta, fratello o sorella e persone a carico (art. 2).

In particolare, la vittima ha diritto ad ottenere, in modo ad essa comprensibile, una serie di informazioni sin dal primo contatto con l'autorità competente che mirano non solo a garantirle l'effettiva futura partecipazione al procedimento ed agli eventuali strumenti di giustizia riparativa ma altresì a fornirle, già dai primi istanti, i servizi di sostegno psicologico e materiale che lo stato dovrebbe garantire. A titolo esemplificativo, sotto il profilo delle garanzie di assistenza prima, durante e dopo il procedimento penale si prevede, sempre, il diritto ad un alloggio o sistemazione nelle ipotesi in cui vi è il rischio di vittimizzazione secondaria o di pericolo per la vittima o, comunque, il diritto ad ottenere assistenza integrata e mirata, con particolare attenzione alle vittime di violenza sessuale, di genere o di relazione.

Tali disposizioni hanno l'obiettivo di realizzare la piena tutela della vittima non solo nell'ambito del procedimento penale (che si attua inizialmente con il diritto ad ottenere informazioni sullo stato del procedimento, sulle sue modalità di svolgimento e sulla sostenibilità delle spese, oltre che sulle eventuali ipotesi alternative al processo) ma anche di costruire una rete di sostegno che, da una parte, aiuti la vittima a superare possibili traumi e, dall'altra, sia eventualmente finalizzata alla riparazione extraprocessuale.

Tali strumenti, su cui tanto si punta in ambito europeo, riflettono una visione della giustizia riparativa come strumento efficace sia sotto il profilo della prevenzione generale sia come mezzo rieducativo e risocializzante per il reo, che è chiamato a confrontarsi personalmente con la vittima, assumendosi la responsabilità della propria condotta e verificandone gli effetti, ciò che, secondo la moderna psicologia giuridica, ha un'efficacia deterrente maggiore rispetto alla minaccia dell'espiazione carceraria e costituisce dunque uno strumento utile per il recupero del singolo e per la tutela della collettività.

In entrambi i settori (il sostegno psicologico e materiale alla vittima e la riparazione extraprocessuale) vi è da rilevare, legittimamente e con sguardo critico, quanto sia indietro lo Stato italiano, che ha anche ultimamente implementato, con la legge n. 69/2019, comunemente denominata Codice Rosso, gli strumenti di prevenzione, assistenza e tutela, lasciandoli però sulla carta prevedendo la clausola di invarianza finanziaria.

Un'arretratezza, anche culturale, che provoca gravi danni al sistema giudiziario che, lasciato solo, sempre più spesso viene chiamato a definire istanze e riequilibrare rapporti tra vittima e reo che, occorre ribadirlo, non gli competono.

2. Sulla partecipazione al procedimento penale. Le disposizioni del capo terzo mirano ad ottenere l'effettiva partecipazione e la compensazione dei danni subiti dalla vittima nel procedimento penale. La vittima ha diritto di essere sentita, di opporsi alla decisione dello Stato di non esercitare l'azione penale, di ottenere il rimborso delle spese di partecipazione al procedimento penale e di aver accesso al patrocinio a spese dello Stato. Particolare attenzione viene prestata ai servizi di giustizia riparativa: la vittima, preventivamente informata circa il procedimento penale ed il suo eventuale esito, esercitando il proprio libero consenso, deve poter accedere a tali strumenti alternativi di definizione, in modo assolutamente riservato e sempre che vi sia, da parte del presunto reo, un'ammissione di responsabilità in ordine ai fatti contestati. La procedura riparativa, se da una parte costituisce una modalità deflattiva dei processi, dall'altra mira a riequilibrare i rapporti sociali attraverso un confronto tra chi ha commesso il crimine e chi lo ha subito, dimostrandosi uno strumento rieducativo efficace e spesso eccellente. Anche in questo settore, lo Stato italiano è fortemente indietro (eccetto che nell'ambito minorile dove, tuttavia, la mediazione penale pur essendo uno strumento elettivo di composizione degli

illeciti, stenta a trovare l'attuazione che meriterebbe) e non si può non rilevare come il nostro ordinamento continui a prediligere tecniche riparatorie di natura risarcitoria (si veda ad es. l'art. 162 *ter* c.p.p., introdotto comunque solo nel 2017) ben diverse dalla vera e propria mediazione in ambito penale cui le indicazioni europee avrebbero dovuto condurci già da tempo.

3. La protezione generale e particolare: la vittimizzazione secondaria

Una volta informata, sostenuta e messa nelle condizioni di poter partecipare effettivamente al procedimento penale o agli strumenti deflattivi, la vittima deve essere anche adeguatamente protetta da rischi di vittimizzazione secondaria, attraverso specifiche modalità di partecipazione al processo e, altresì, attraverso l'adeguata formazione professionale di tutti gli operatori del diritto che verranno con essa in contatto, dagli agenti di polizia giudiziaria, ai magistrati, agli avvocati, agli operatori sociali. In questo capo è, dunque, contenuto il fulcro del nostro studio: la nozione di vulnerabilità della vittima.

3. La nozione di vulnerabilità e il recepimento interno della Direttiva 2012/29/UE

Dopo questo rapido, ma necessario, *excursus* introduttivo, è possibile concentrarsi sulla nozione di vulnerabilità per verificare la coerenza tra indicazioni europee e diritto interno e per comprendere come, in presenza di un soggetto vulnerabile, la procedura attui dei correttivi che incidono sul diritto di difesa della persona indagata, nel concreto comprimendolo.

La definizione di vittima vulnerabile si rinviene nell'art. 22 della direttiva: ***Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione*** 1. *Gli Stati membri provvedono affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni.* 2. *La valutazione individuale tiene conto, in particolare, degli elementi seguenti: a) le caratteristiche personali della vittima; b) il tipo o la natura del reato; e c) le circostanze del reato.* 3. *Nell'ambito della valutazione individuale è rivolta particolare*

attenzione alle vittime che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato, alle vittime di reati motivati da pregiudizio o discriminazione che potrebbero essere correlati in particolare alle loro caratteristiche personali, alle vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime del terrorismo, della criminalità organizzata, della tratta di esseri umani, della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette, della violenza o dello sfruttamento sessuale o dei reati basati sull'odio e le vittime con disabilità. 4. Ai fini della presente direttiva si presume che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni. Per determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono oggetto di una valutazione individuale come previsto nel paragrafo 1 del presente articolo. 5. La portata della valutazione individuale può essere adattata secondo la gravità del reato e il grado di danno apparente subito dalla vittima. 6. La valutazione individuale è effettuata con la stretta partecipazione della vittima e tiene conto dei suoi desideri, compresa la sua eventuale volontà di non avvalersi delle misure speciali secondo il disposto degli articoli 23 e 24. 7. Qualora gli elementi alla base della valutazione individuale siano mutati in modo sostanziale, gli Stati membri provvedono affinché questa sia aggiornata durante l'intero corso del procedimento penale.

Prima di entrare nel merito del concetto di vulnerabilità, occorre individuare le disposizioni che, in modo a dire il vero frammentato e confuso, hanno recepito la normativa europea, con il D. Lgs. 212/2015.

Vi è da premettere che, nel nostro ordinamento, il concetto di vulnerabilità era già entrato nel codice, solo per la fase dibattimentale e solo in relazione ai testimoni, con il D.L. 93/2013 conv. dalla L. 119/2013 introduttivo del comma 4 *quater* dell'art. 498 c.p.p. sull'esame e controesame dei testimoni (comma poi sostituito, con l'attuale, dal D. Lgs. 212/2015): la norma in questione che estendeva al maggiorenne persona offesa versante in condizione di particolare vulnerabilità, la "protezione" offerta al minore per i reati di cui al comma 4 *ter* dello stesso articolo.

Il D. Lgs. 24/2014, sempre riferendosi al dichiarante vulnerabile, aveva poi introdotto il comma 5 *ter* all'art. 398 c.p.p. estendendo l'applicabilità del comma 5 *bis* (casi di incidente probatorio protetto) alle ipotesi di maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità desumibile anche dal tipo di reato.

Il D. Lgs. 212/2015, recependo la Direttiva, ha poi apportato diverse modifiche al codice di rito modificando otto articoli del c.p.p. (90, 134, 190 *bis*, 351, 362, 392, 398 e 498), introducendone quattro nuovi (90 *bis*, 90 *ter*, 90 *quater*, 143 *bis*) e due norme di attuazione (107 *ter* e 108 *ter*) limitandosi, per espressa intenzione del legislatore, a quelle modifiche o innovazioni necessarie ad uniformare l'ordinamento interno alle indicazioni sovranazionali. Si riportano di seguito le modifiche, integrate anche con le innovazioni introdotte successivamente dalla L. 69/2019:

Art. 90 c.p.p.

1. *La persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova.*

2. *La persona offesa minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata esercita le facoltà e i diritti a essa attribuiti a mezzo dei soggetti indicati negli articoli 120 e 121 del codice penale.*

2-bis. *Quando vi è incertezza sulla minore età della persona offesa dal reato, il giudice dispone, anche di ufficio, perizia. Se, anche dopo la perizia, permangono dubbi, la minore età è presunta, ma soltanto ai fini dell'applicazione delle disposizioni processuali (comma inserito dal D. Lgs. 212/2015).*

3. *Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitati dai prossimi congiunti di essa o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente (comma modificato dal D. Lgs. 212/2015).*

Art. 90 bis c.p.p. (introdotto dal D. Lgs. 212/2015)

1. *Alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito:*

a) *alle modalità di presentazione degli atti di denuncia o querela, al ruolo che assume nel corso delle indagini e del processo, al diritto ad avere conoscenza della data, del luogo del processo e della imputazione e, ove costituita parte civile, al diritto a ricevere notifica della sentenza, anche per estratto;*

b) *alla facoltà di ricevere comunicazione dello stato del procedimento e delle iscrizioni di cui all'articolo 335, commi 1, 2 e 3-ter;*

c) *alla facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione;*

d) *alla facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello Stato;*

e) *alle modalità di esercizio del diritto all'interpretazione e alla traduzione di atti del procedimento;*

f) *alle eventuali misure di protezione che possono essere disposte in suo favore;*

g) *ai diritti riconosciuti dalla legge nel caso in cui risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stato commesso il reato;*

h) *alle modalità di contestazione di eventuali violazioni dei propri diritti;*

i) *alle autorità cui rivolgersi per ottenere informazioni sul procedimento;*

- l) alle modalità di rimborso delle spese sostenute in relazione alla partecipazione al procedimento penale;*
- m) alla possibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da reato;*
- n) alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione;*
- o) alle facoltà ad essa spettanti nei procedimenti in cui l'imputato formula richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova o in quelli in cui è applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto;*
- p) alle strutture sanitarie presenti sul territorio, alle case famiglia, ai centri antiviolenza, alle case rifugio e ai servizi di assistenza alle vittime di reato (modificato dalla L. 69/2019).*

Art. 90 ter c.p.p. (introdotto dal D. Lgs. 212/2015)

1. Fermo quanto previsto dall'articolo 299, nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona sono immediatamente comunicati alla persona offesa che ne faccia richiesta, con l'ausilio della polizia giudiziaria, i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, ed è altresì data tempestiva notizia, con le stesse modalità, dell'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato, nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza detentiva, salvo che risulti, anche nella ipotesi di cui all'articolo 299, il pericolo concreto di un danno per l'autore del reato.

1-bis. Le comunicazioni previste al comma 1 sono sempre effettuate alla persona offesa e al suo difensore, ove nominato, se si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 612 bis del codice penale, nonché dagli articoli 582 e 583 quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del codice penale (comma introdotto dalla L. 69/2019).

Art. 90 quater c.p.p. (introdotto dal D. Lgs. 212/2015)

Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

Art. 134 c.p.p.

- 1. Alla documentazione degli atti si procede mediante verbale.*
- 2. Il verbale è redatto, in forma integrale o riassuntiva, con la stenotipia o altro strumento meccanico ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, con la scrittura manuale.*
- 3. Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva è effettuata anche la riproduzione fonografica.*
- 4. Quando le modalità di documentazione indicate nei commi 2 e 3 sono ritenute insufficienti, può essere aggiunta la riproduzione audiovisiva se assolutamente indispensabile. La riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona*

offesa in condizione di particolare vulnerabilità è in ogni caso consentita, anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità (comma introdotto dal D. Lgs. 212/2015).

Art. 143 bis c.p.p. (introdotto dal D. Lgs. 212/2015)

1. L'autorità procedente nomina un interprete quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera o in un dialetto non facilmente intellegibile ovvero quando la persona che vuole o deve fare una dichiarazione non conosce la lingua italiana. La dichiarazione può anche essere fatta per iscritto e in tale caso è inserita nel verbale con la traduzione eseguita dall'interprete.

2. Oltre che nei casi di cui al comma 1 e di cui all'articolo 119, l'autorità procedente nomina, anche d'ufficio, un interprete quando occorre procedere all'audizione della persona offesa che non conosce la lingua italiana nonché nei casi in cui la stessa intenda partecipare all'udienza e abbia fatto richiesta di essere assistita dall'interprete.

3. L'assistenza dell'interprete può essere assicurata, ove possibile, anche mediante l'utilizzo delle tecnologie di comunicazione a distanza, sempreché la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria per consentire alla persona offesa di esercitare correttamente i suoi diritti o di comprendere compiutamente lo svolgimento del procedimento.

4. La persona offesa che non conosce la lingua italiana ha diritto alla traduzione gratuita di atti, o parti degli stessi, che contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti. La traduzione può essere disposta sia in forma orale che per riassunto se l'autorità procedente ritiene che non ne derivi pregiudizio ai diritti della persona offesa.

Art. 190 bis c.p.p.

1. Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3 bis, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

1-bis. La stessa disposizione si applica quando si procede per uno dei reati previsti dagli articoli 600 bis, primo comma, 600 ter, 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 600 quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies del codice penale, se l'esame richiesto riguarda un testimone minore degli anni diciotto e, in ogni caso, quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità (comma modificato dal D. Lgs. 212/2015 e dalla L. 69/2019).

Art. 351 c.p.p.

1. La polizia giudiziaria assume sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Si applicano le disposizioni del secondo e terzo periodo del comma 1 dell'articolo 362.

1-bis. All'assunzione di informazioni da persona imputata in un procedimento connesso ovvero da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'articolo 371, comma 2, lettera b), procede un ufficiale di polizia giudiziaria. La persona predetta, se priva del difensore, è avvisata che è assistita da un difensore di ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all'atto.

1-ter. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quater 1, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis del codice penale, la polizia giudiziaria, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero. Allo stesso modo procede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità. In ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini (comma modificato dal D. Lgs. 212/2015).

Art. 362 c.p.p.

1. Il pubblico ministero assume informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Alle persone già sentite dal difensore o dal suo sostituto non possono essere chieste informazioni sulle domande formulate e sulle risposte date. Si applicano le disposizioni degli articoli 197, 197 bis, 198, 199, 200, 201, 202 e 203.

1-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1 ter, il pubblico ministero, quando deve assumere informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto di psicologia o psichiatria infantile. Allo stesso modo provvede quando deve assumere sommarie informazioni da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità. In ogni caso assicura che la persona offesa particolarmente vulnerabile, in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni, salva l'assoluta necessità per le indagini (comma modificato dal D. Lgs. 212/2015).

1-ter. Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 612 bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583 quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, il pubblico ministero assume informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa (comma inserito dalla L. 69/2019).

Art. 392 c.p.p.

1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio:

- a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento;*
- b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso;*
- c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri;*
- d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 e all'esame dei testimoni di giustizia;*

e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b);

f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile;

g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento.

1-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter e 600 quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 609 undecies e 612 bis del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza (**comma modificato dal D. Lgs. 212/2015**).

2. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'art. 224 bis.

Art. 398 c.p.p.

1. Entro due giorni dal deposito della prova della notifica e comunque dopo la scadenza del termine previsto dall'articolo 396 comma 1, il giudice pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile o rigetta la richiesta di incidente probatorio. L'ordinanza di inammissibilità o di rigetto è immediatamente comunicata al pubblico ministero e notificata alle persone interessate.

2. Con l'ordinanza che accoglie la richiesta il giudice stabilisce:

a) l'oggetto della prova nei limiti della richiesta e delle deduzioni;

b) le persone interessate all'assunzione della prova individuate sulla base della richiesta e delle deduzioni;

c) la data dell'udienza. Tra il provvedimento e la data dell'udienza non può intercorrere un termine superiore a dieci giorni.

3. Il giudice fa notificare alla persona sottoposta alle indagini, alla persona offesa e ai difensori avviso del giorno, dell'ora e del luogo in cui si deve procedere all'incidente probatorio almeno due giorni prima della data fissata con l'avvertimento che nei due giorni precedenti l'udienza possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare. Nello stesso termine l'avviso è comunicato al pubblico ministero.

3-bis. La persona sottoposta alle indagini e i difensori delle parti hanno diritto di ottenere copia degli atti depositati ai sensi dell'articolo 393 comma 2-bis.

4. Se si deve procedere a più incidenti probatori, essi sono assegnati alla medesima udienza, sempre che non ne derivi ritardo.

5. Quando ricorrono ragioni di urgenza e l'incidente probatorio non può essere svolto nella circoscrizione del giudice competente, quest'ultimo può delegare il giudice per le indagini preliminari del luogo dove la prova deve essere assunta.

5-bis. Nel caso di indagini che riguardano ipotesi di reato previste dagli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1, 609 quater e 609 octies, 609 undecies e 612 bis del codice penale, il giudice, ove fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni, con l'ordinanza di cui al comma 2, stabilisce il luogo, il tempo e le modalità particolari attraverso cui procedere all'incidente probatorio, quando le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno. A tal fine l'udienza può svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale, avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Le dichiarazioni testimoniali debbono essere documentate integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti.

5-ter. Il giudice, su richiesta di parte, applica le disposizioni di cui al comma 5-bis quando fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede.

5-quater. Fermo quanto previsto dal comma 5-ter, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 498, comma 4-quater (**comma inserito dal D. Lgs. 212/2015**).

Art. 498 c.p.p.

1. Le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone.

2. Successivamente altre domande possono essere rivolte dalle parti che non hanno chiesto l'esame, secondo l'ordine indicato nell'articolo 496.

3. Chi ha chiesto l'esame può proporre nuove domande.

4. L'esame testimoniale del minorenne è condotto dal presidente su domande e contestazioni proposte dalle parti. Nell'esame il presidente può avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile. Il presidente, sentite le parti, se ritiene che l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste, dispone con ordinanza che la deposizione prosegua nelle forme previste dai commi precedenti. L'ordinanza può essere revocata nel corso dell'esame.

4-bis. Si applicano, se una parte lo richiede ovvero se il presidente lo ritiene necessario, le modalità di cui all'articolo 398, comma 5-bis.

4-ter. Quando si procede per i reati di cui agli articoli 572, 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies e 612 bis del codice penale, l'esame del minore vittima del reato ovvero del maggiorenne infermo di mente vittima del reato viene effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.

4-quater. Fermo quanto previsto dai precedenti commi, quando occorre procedere all'esame di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità, il giudice, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, dispone l'adozione di modalità protette (**comma modificato dal D. Lgs. 212/2015**).

Art. 107 ter disp. att. c.p.p. (disposizione introdotta dal D. Lgs. 212/2015)

La persona offesa che non conosce la lingua italiana, se presenta denuncia o propone querela dinanzi alla procura della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, ha diritto di utilizzare una lingua a lei conosciuta. Negli stessi casi ha diritto di ottenere, previa richiesta, la traduzione in una lingua a lei conosciuta dell'attestazione di ricezione della denuncia o della querela.

Art. 108 ter disp. att. c.p.p. (disposizione introdotta dal D. Lgs. 212/2015)

Quando la persona offesa denunciante o querelante sia residente o abbia il domicilio nel territorio dello Stato, il procuratore della Repubblica trasmette al procuratore generale presso la Corte di appello le denunce o le querele per reati commessi in altri Stati dell'Unione europea, affinché ne curi l'invio all'autorità giudiziaria competente.

4. La vulnerabilità e il diritto di difesa: il difficile equilibrio tra tutela del dichiarante vulnerabile e garanzie difensive

Il legislatore europeo, dunque, ha scelto di offrire dei criteri indicativi per l'accertamento della vulnerabilità imponendo agli Stati membri di svolgere, di volta in volta, una valutazione individuale per identificare quali siano le specifiche esigenze di protezione della vittima e mettere in atto le misure idonee.

Sul punto, si può certamente affermare che, in tema di vittimologia, la politica europea ha recepito le indicazioni delle scienze moderne dando rilevanza e risalto ad aspetti “secondari” rispetto a quelli strettamente processualistici e quasi ponendoli sullo stesso piano. Accanto all'accertamento del fatto e della responsabilità, fulcro - e unico scopo! - dell'attività processuale, si assiste all'ingresso di una serie di fattori e di misure extraprocessuali (si veda la continua insistenza a misure di protezione e di sostegno psicologico) che, mirando a tutelare le persone offese dal fenomeno della cosiddetta vittimizzazione secondaria, possono incidere significativamente sull'acquisizione probatoria, *rectius* sia sulle sue modalità di svolgimento sia sul “prodotto” che ne deriva in termini di efficacia ed affidabilità del dato.

Dal momento che tale categoria ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, avere consapevolezza della tutela che il codice offre alle persone vulnerabili significa conoscere le conseguenze che ciò porta sul piano del diritto di difesa sia nella fase delle indagini (obbligo, per particolari reati, di avvalersi dell'ausilio di un esperto in psicologia quando occorra assumere a SIT le dichiarazioni della persona offesa minore di età o in condizioni

di particolare vulnerabilità - art. 351, comma 1 *ter* c.p.p., già citato), che nella fase incidentale (artt. 392 ss. c.p.p. che stabilisce quali siano le modalità protette attraverso cui procedere alla testimonianza del vulnerabile) e dell'istruttoria dibattimentale (*ex* art. 498 c.p.p., che prevede una serie di precauzioni per l'assunzione della testimonianza del minore, dell'infermo di mente, della vittima di taluni reati e, in definitiva, della persona che versa in condizione di particolare vulnerabilità, a prescindere dal tipo di reato).

L'audizione mediata del soggetto vulnerabile, se da una parte mira correttamente a tutelare il dichiarante dai rischi di ulteriori traumi, porta necessariamente alla limitazione del contraddittorio, soprattutto se si tiene conto che gran parte delle acquisizioni dichiarative avviene nella fase incidentale e che per la nuova audizione in dibattimento vi è il quasi totale sbarramento previsto dall'art. 190 *bis* c.p.p.²

L'oralità e l'immediatezza del processo penale, dunque, devono cedere, per espressa scelta normativa (obbligata dal necessario adeguamento alla fonte europea), dinanzi alle esigenze di protezione di taluni soggetti del processo stesso. Dagli studi di psicologia forense cui si è ispirato il legislatore sovranazionale, è emerso che il fenomeno della vittimizzazione secondaria è statisticamente più frequente in tutte le ipotesi in cui le vittime abbiano particolari caratteristiche (età, sesso, infermità) o le condotte illecite mirino a colpire determinati aspetti della persona (genere e/o razza) o si realizzino in specifici contesti (relazioni domestiche, terrorismo, criminalità organizzata, tratta di esseri umani). Da ciò

² Tale criticità va correlata all'impossibilità per il G.I.P. di valutare nel concreto l'effettiva necessità di procedere all'ascolto del dichiarante vulnerabile in incidente probatorio quando ciò sia previsto dal codice di rito per il tipo di soggetto o di reato. Sul punto, è interessante citare Cass., Sez. III, 34091/2019 che ha annullato per abnormità il provvedimento emesso dal G.I.P. del Tribunale di Tivoli di rigetto della richiesta di incidente probatorio avanzata dal P.M. in un procedimento per il reato di cui all'art. 609 *bis* c.p. Nel proprio ricorso, il Procuratore sosteneva che l'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 392 c.p.p., in virtù degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, imponesse al giudice di disporre l'audizione incidentale della vittima "presunta" vulnerabile, a meno che non si volesse far sorgere la responsabilità del pubblico ministero stesso e dello Stato ad obbligare le persone offese a "rivivere" l'accaduto generando dannosi effetti di vittimizzazione secondaria. Alla luce dell'assetto normativo interno e sovranazionale, la Corte ha dato ragione al Procuratore ravvisando una duplice *ratio* insita nella norma: da una parte, in sede processuale, una maggior protezione alle vittime di reati violenti e lesivi della libertà personale e sessuale al fine di evitarne la c.d. vittimizzazione secondaria "da processo", dall'altra, la finalità di salvaguardare, per quanto possibile, la genuinità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, specialmente laddove queste rappresentino la principale prova d'accusa. In tal caso il giudice, dunque, non avrebbe alcun potere discrezionale nel valutare l'opportunità di disporre la deposizione in via incidentale, sicché dovrebbe sempre accogliere la richiesta, ove semplicemente sussistano i requisiti processuali prescritti.

ne deriverebbe, dunque, l'impossibilità di stabilire una definizione generale di vulnerabilità: più che ancorare il concetto a criteri generali, occorrerebbe far riferimento al contesto nel quale il reato si è verificato e rapportarlo alle caratteristiche peculiari delle persone coinvolte, *in primis* la vittima (cfr. sulla necessità di verificare le specifiche esigenze di protezione della vittima, sia la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino del 06/06/2015³ sia la sentenza della Corte Europea nella causa Talpis c/Italia del 02/03/2017⁴, entrambi gravitanti intorno al *focus* di concetto "fluido" di vulnerabilità).

Tuttavia, il *vulnus* principale di una tale scelta, a parere di chi scrive, è il non aver indicato neanche sommariamente quali siano i criteri e le eventuali procedure per valutare la vulnerabilità dei dichiaranti nei casi in cui la vulnerabilità non è presunta per legge. La stessa direttiva impone, ogni volta che ci si trovi dinanzi ad una vittima astrattamente vulnerabile, una valutazione individuale che potrebbe portare, per assurdo, ad un

³ La Grande Sezione della Corte di Giustizia Europea, chiamata a decidere sulla questione interpretativa pregiudiziale promossa dal Tribunale di Firenze relativa all'estensione dell'acquisizione della testimonianza di minori in incidente probatorio al di fuori delle ipotesi di reato indicate dall'art. 392 c.p.p., risolveva la questione richiamando l'obbligo di interpretazione conforme delle norme interne a quelle comunitarie (all'epoca, in particolare, alla Decisione Quadro 2001/220/GAI del 15/03/2001) attribuendo, in effetti, alle seconde, una sorta di efficacia diretta anche se non contenute in atti direttamente applicabili, in virtù del generale principio comunitario di cooperazione (con il seguente dispositivo "Gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima. Il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro").

⁴Nel procedimento Talpis c/ Italia (per approfondimento cfr. contributo *Tutela della persona vulnerabile: la giurisprudenza ante direttiva UE n. 29 del 25 ottobre 2012 e gli interventi attuativi dell'Italia* a firma di Serena Gentili) la Corte Europea dei Diritti dell'uomo ha condannato duramente l'Italia per la mancata adozione delle misure di protezione necessarie a garantire la sicurezza e l'incolumità di una madre e del proprio figlio dalla violenza del coniuge e padre adottivo del minore (poi sfociata nell'uccisione del figlio e nel tentato omicidio della donna). Nella motivazione, la Corte di sofferma proprio sull'inefficacia degli strumenti di prevenzione che sarebbero dovuti scattare immediatamente dopo la denuncia della donna, alla quale andavano riconosciute particolari esigenze di protezione in virtù delle condizioni familiari e della violenza subita (nel merito della vicenda, basti considerare che la donna venne sentita per la prima volta dall'autorità giudiziaria a sette mesi dalla presentazione della querela). Per la Corte, lo Stato aveva l'obbligo, attraverso il suo apparato giudiziario, di tener conto della situazione di precarietà e vulnerabilità della donna e del figlio e di apprestarle adeguato sostegno morale e materiale nonché di attivarsi immediatamente con strumenti di protezione efficaci.

ampliamento convulso della categoria in questione. Sarebbe stato dunque auspicabile che il legislatore europeo avesse anche specificato criteri e limiti per l'accertamento, atteso che da esso dipende l'applicazione di una serie di "precauzioni" procedurali e processuali che comprimono notevolmente il diritto di difesa dell'accusato. Per comprendere tale criticità basti pensare che, ben prima del recepimento della direttiva 29/12 a mezzo del D. Lgs. 212/2015, la giurisprudenza, chiamata, come sempre più spesso accade, a sopperire ad una lacuna normativa, già aderiva a questo concetto "fluidico" di vulnerabilità ammettendo l'estensione di alcune modalità protette di audizione della persona offesa o del teste anche a categorie non espressamente tipizzate. Tale estensione veniva normalmente permessa attraverso il ponte procedurale tra la fase incidentale e quella dibattimentale previsto dall'art. 401 c.p.p. ed era in sintonia con le indicazioni di adeguamento alla normativa sovranazionale stabilite dalla sentenza Pupino. Questa discrezionalità di valutazione, che, per quanto attiene alla vulnerabilità atipica, è rimasta irrisolta con il recepimento interno della direttiva, non ha in effetti alcun controlimite, atteso che l'accusato, che in conseguenza della dichiarazione di vulnerabilità vede mediato il diritto al contraddittorio, soggiace passivamente alla valutazione non avendo mezzi di opposizione o impugnazione. Attualmente, neanche con l'introduzione del nuovo art. 90 *quater* c.p.p., come si accennava, si è arginato il rischio di estrema dilatazione della categoria in esame. Il nostro codice, infatti, se da una parte offre un criterio tipizzato di soggetto con speciali esigenze di protezione (minore, infermo di mente, vittima di determinati reati), dall'altra prevede una serie di indicatori della vulnerabilità (età, infermità, tipo di reato, modalità della condotta, violenza, finalità di discriminazione, criminalità organizzata, dipendenza economica o psicologica dall'autore del reato) che, di fatto, annullano tale tipizzazione e rendono di volta in volta necessario un accertamento specifico sottratto al vaglio giurisdizionale, tanto da potersi abbandonare alla suggestione se la questione possa diventare tema di prova e soggiacere alle regole disposte dagli artt. 187 ss. c.p.p.

La domanda principale da porsi è, in relazione ai casi di vulnerabilità atipica, a chi competa accertare e, soprattutto, con quali modalità (consulenza, perizia, diligenza del buon padre di famiglia, altro) la presenza di particolari esigenze di protezione del dichiarante.

È chiaro che il ruolo fondamentale spetti, almeno nella fase preliminare, al P.M. il quale, mediante un proprio consulente, ha il compito di verificare se sussistano specifiche esigenze di protezione della persona offesa o informata sui fatti.

Sappiamo che, durante le indagini, la P.G. deve avvalersi, per indicazione codicistica, dell'ausilio di un esperto in psicologia o psichiatria infantile, nominato dal P.M., quando voglia procedere all'assunzione di sommarie informazioni da un minore o da una persona, anche maggiorenne, in condizioni di particolare vulnerabilità (art. 351 comma 1 *ter* c.p.p.)⁵. Ma si pensi al caso, più che concreto, in cui la denuncia di una persona vulnerabile venga acquisita in via diretta dalla polizia giudiziaria che provveda, nell'immediatezza, a raccogliere altresì le dichiarazioni di persone informate sui fatti (ad esempio, una denuncia per violenza sessuale avvenuta nell'ambito domestico sporta da un minore, accompagnato da altri minori informati dei fatti). Se vi sono dei casi in cui la vulnerabilità è evidente perché corrispondente al modello tipico, come nel caso appena ipotizzato, in altri non è immediatamente percepibile (nelle situazioni di infermità mentale, ad esempio) e spetta a chi acquisisce le dichiarazioni del vulnerabile evitare che vi sia una contaminazione del dato probatorio. Le moderne scienze forensi ci dicono con certezza che tale dato, quando viene raccolto da soggetti vulnerabili, può essere più facilmente inquinato che in altri casi e che un'acquisizione inesperta può per questo incidere sulla genuinità e validità della prova, a discapito di tutte le parti processuali. La criticità appena sollevata, lontana dall'essere astratta, è solo una delle tante problematiche generate da un sistema che, mentre categorizza un modello processuale collegando ad esso effetti rilevanti sotto il profilo sostanziale e procedurale, dimentica poi di stabilirne criteri e modalità per l'accertamento in concreto.

Merita sul punto rammentare che il Consiglio Superiore della Magistratura, nella delibera del 4 giugno 2020 adottata in seguito agli *“Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull'applicazione delle Linee guida in tema di trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di*

⁵Tuttavia, avvalersi dell'ausilio di un esperto, sebbene sia espressamente indicato nel codice di rito, non viene considerato alla stregua di un obbligo, tanto che alla sua mancanza non viene fatta seguire, per prassi giurisprudenziale consolidata, alcuna nullità né inutilizzabilità della prova acquisita, ma solo un obbligo di motivazione rafforzata per il giudicante che voglia fondare su quei contenuti la dichiarazione di responsabilità (cfr. sul punto Cass., Sez. III, n. 3651 del 12/12/2013; Cass., Sez. IV, n. 16981 del 12/03/2013).

genere e domestica negli uffici di merito nel periodo d'emergenza sanitaria" destina un intero paragrafo alle "Buone prassi concernenti l'ascolto della persona offesa e l'intervento di consulenti ai fini di un ottimale svolgimento dell'audizione della medesima"⁶ in cui, dopo aver dato conto che tali prassi sono finalizzate non solo ad apprestare protezione ai dichiaranti ma anche a garantire l'efficacia e la genuinità dell'acquisizione probatoria da parte di soggetti che, spesso, sono gli unici testimoni del fatto denunciato, indica alcune modalità operative utili ad uniformare l'attività degli uffici di procura. *"L'acquisizione tempestiva delle dichiarazioni del minore – ma lo stesso può valere per la persona offesa adulta particolarmente vulnerabile-*", si legge nella delibera, *"secondo le procedure più adeguate al caso (ausilio del consulente e modalità protette), documentata attraverso la videoregistrazione dell'atto, consente non solo di soddisfare esigenze investigative urgenti, ma anche di scongiurare il rischio di vittimizzazione secondaria della persona offesa, nonché di acquisire elementi utili per le tempestive determinazioni circa l'adozione di misure cautelari a carico dell'indagato. La prova dichiarativa cristallizzata con tali adeguate procedure"*, si prosegue nel documento, *"espressamente richiamate nell'art. 35 nella Convenzione di Lanzarote (in questa si auspica che "le registrazioni possano essere accettate come prova durante il procedimento penale")*, è resa attualmente possibile dal disposto dell'art. 134, co. 4 c.p.p. (come novellato dal D. Lgs. N. 212/2015 sulla protezione delle vittime del reato) e garantisce non solo le finalità tipiche dell'"immediatezza", consentendo l'osservazione diretta del teste, ma anche una valutazione "postuma" delle modalità di espletamento dell'atto, nonché di altre circostanze rilevanti ai fini dell'attendibilità del dichiarante". Ebbene è evidente che, qualora la videoregistrazione si accompagni all'audizione della persona vulnerabile in contraddittorio con la difesa (nella fase incidentale, evidentemente) *nulla quaestio* potrà sollevarsi. Ma qualora si voglia permettere l'ingresso nel dibattimento della videoregistrazione delle dichiarazioni raccolte nella fase delle indagini, in assenza di contraddittorio con l'accusato (come sembra intendersi dal richiamo alla Convenzione di Lanzarote, in cui si auspica che queste vengano ammesse come *"prove durante il procedimento penale"*) tale modalità, a parere di chi scrive, si pone in contrasto con il principio di oralità e di immediatezza del processo, violando apertamente le garanzie difensive ed il diritto alla controprova che spetta all'imputato e che è sancito nella Costituzione all'art 111.

⁶Paragrafo 7.4 della delibera del CSM del 4 giugno 2020.

Occorre, in definitiva, muoversi cautamente ed accettare che, almeno in questo specifico settore, le scienze forensi hanno fatto ingresso prepotentemente nel processo penale e che da esse non si può più prescindere sia sotto il profilo della verifica della vulnerabilità del dichiarante sia (e ancor di più, a parere di chi scrive) sotto il profilo delle buone prassi da seguire per raccogliere le dichiarazioni. Sul punto, non essendovi alcuna indicazione codicistica cui far riferimento - altra grave lacuna - è evidente che la buona regola sta nell'avvalersi delle prassi consolidate⁷ e comunemente riconosciute dagli esperti tenendo conto che discostarsi dai protocolli generalmente riconosciuti non comporta di per sé nullità o inutilizzabilità del dato probatorio acquisito, spettando al giudicante di volta in volta motivare in maniera rafforzata la sua adesione a tale discostamento qualora voglia fondare su di essa la dichiarazione di responsabilità⁸ e considerando che la difesa non può limitarsi ad eccepire genericamente la mancata osservanza dei protocolli ma deve, di volta in volta, indicare nello specifico quali protocolli siano stati violati e in che modo tale violazione abbia compromesso l'accertamento del fatto.

⁷Si pensi alla Carta di Noto, che negli anni ha ottenuto importanti riconoscimenti nella comunità scientifica nazionale ed internazionale, ormai giunta alla sua quarta edizione (varata nel 2017), è il protocollo predisposto e sottoscritto da diversi esperti e giuristi, con cui vengono delineate le prassi migliori per l'escussione del testimone minorenne e per la valutazione della sua idoneità a rendere testimonianza. Nel documento si presta particolare attenzione alle competenze tecniche degli esperti e di tutte le figure professionali che vengono in contatto con il minore e si evidenzia la necessità di circoscrivere l'accertamento peritale alla sola idoneità a testimoniare, senza alcun riferimento ai concetti di attendibilità e credibilità dei fatti. La perizia sull'idoneità a testimoniare (sia sotto il profilo della capacità generica che specifica) dovrebbe precedere l'ascolto del minore e valutazione ed ascolto dovrebbero essere svolti da due periti diversi per evitare possibili contaminazioni nella raccolta delle dichiarazioni. Nella Carta sono delineate le buone prassi da seguire, compresi test ed indicatori di vittimizzazione, con l'espresso avvertimento che non esistono strumenti psicodiagnostici per rilevare gli abusi né indicatori specifici di abuso o maltrattamento (indicatori che, purtroppo, ancora vengono utilizzati nell'ambito processuale per fondare pronunce di responsabilità, in quanto costituiscono un sistema agevole -ma desueto dal punto di vista scientifico- di accertamento e di immediata verifica causa/effetto).

⁸Crf. *ex plurimis* Cass., Sez. III, n. 46176/2014 in cui si legittima il giudicante a discostarsi dalle proposte della comunità scientifica purché indichi in motivazione le ragioni per cui ritenga attendibili le dichiarazioni assunte in violazione della Carta di Noto. Allo stesso modo, ragguaglia la Corte, la difesa ha l'obbligo di specificare quali norme siano state violate e quali siano state le conseguenze del mancato rispetto dei protocolli (non essendo sufficiente, sul punto, una generica contestazione di mancato adeguamento) e Cass., Sez. III, n. 48738/2019 nella quale, oltre a marcare correttamente la distinzione tra accertamento della capacità a testimoniare (spettante al perito) ed attendibilità (spettante unicamente al giudice) del dichiarante, si stabilisce espressamente che i protocolli indicati dalla carta di Noto non hanno alcun valore normativo e costituiscono dei suggerimenti diretti a garantire sia il teste da ulteriori traumi psicologici sia l'attendibilità delle dichiarazioni, di tale che la loro inosservanza non genera alcuna nullità o inutilizzabilità.

L'ambito della vulnerabilità del dichiarante è, dunque, un terreno ancora in estrema evoluzione e la sua espansione non può che trovare il suo naturale limite nella necessità di garantire all'accusato di difendersi a parità d'armi. La legittimità della tutela di talune categorie vulnerabili, se è apprezzabile perché va verso il riconoscimento che il processo è "costituito da" e "si rivolge a" persone, non può prescindere dalla ferma consapevolezza che quello stesso processo è finalizzato all'accertamento della responsabilità di un soggetto in relazione a determinati fatti e che questo è il suo scopo unico e principale.

Occorre dunque accettare che vi è l'ingresso di un ulteriore soggetto debole nel processo penale, oltre all'imputato (che resta il debole per eccellenza dinanzi al potere punitivo dello Stato) e, mentre si salvaguarda l'uno dagli ulteriori danni derivanti dal contatto con l'apparato giudiziario, si deve garantire all'altro il diritto ad avere un processo giusto, fondato su prove genuine ed affidabili per evitare che il riconoscimento di garanzie talvolta superflue porti al disconoscimento di diritti fondamentali di difesa.

Avv. Francesca Malgieri Proietti

Tutela della persona vulnerabile:
la giurisprudenza ante direttiva UE n. 29 del 25 ottobre 2012
e gli interventi attuativi dell'Italia

Indice: 1. Introduzione 2. La sentenza Pupino (causa C-105/03) e la sentenza X (Causa C-507/10): livello minimo di tutela per la persona vulnerabile e diritti dell'indagato/imputato 3. Misure di prevenzione e protezione della vittima vulnerabile: la sentenza Talpis c. Italia del 2 marzo 2017 4. L'importanza della giurisprudenza europea nella tutela della persona vulnerabile. Il rapporto Gravio.

1. Introduzione

Il tema della tutela della persona vulnerabile è da tempo oggetto di riflessione, sia attraverso interventi di tipo normativistico¹, sia mediante una prolifica attività delle Corti nazionali ed internazionali. Un contributo qualificato è stato offerto, in particolare, dalla giurisprudenza europea che, con sentenze di vario tenore, ha tracciato il solco per una più adeguata e effettiva tutela in quegli ordinamenti ove le fonti erano (e in taluni rari casi lo sono ancora) carenti o le interpretazioni non del tutto conformi ai principi convenzionali. A ben guardare, le riflessioni di maggior interesse per il tema qui affrontato si esplicano lungo due direttrici fondamentali, di cui le sentenze che ci apprestiamo a commentare costituiscono pietre miliari, e sono rappresentate dalla individuazione (*rectius* ampliamento) della posizione della vittima nel procedimento penale e nella definizione dei criteri di determinazione dei doveri, e delle conseguenti responsabilità, a carico dello Stato per la tutela della vittima.

Il punto di partenza della nostra analisi risiede tuttavia nella consapevolezza, confermata a più riprese anche dalla Corte di Giustizia, dell'impossibilità di formulare una definizione della nozione di vulnerabilità¹ della persona offesa o di ancorarla a categorie oggettive

¹ Nel nostro ordinamento il concetto di vulnerabilità entra per la prima volta nel codice con il d.l. n. 93/2013 conv. in l. n. 119/2013, seguito poi dal d. lgs. n. 24/2014 e dal d. lgs. n. 212/2015. Per un

predefinite (es. età, disabilità, genere, etc). Perché se ne potesse garantire la tutela, infatti, è stato necessario verificare di volta in volta il ricorrere di elementi qualificanti relativi alla persona e al contesto nel quale si è verificato il fatto.

2. *La sentenza Pupino (causa C-105/03) e la sentenza X (causa C-507/10): livello minimo di tutela per la persona vulnerabile e diritti dell'indagato/imputato*

Nel primo caso, con la *Sentenza Pupino*² la Corte di Giustizia europea viene chiamata a pronunciarsi dal Tribunale di Firenze per un contrasto relativo alla posizione della vittima nel procedimento penale e all'adesione della normativa nazionale ai dettami contenuti nella Decisione Quadro 2001/220/Gai del Consiglio del 15 marzo 2001, in riferimento agli artt. 2, 3 e 8³.

La vicenda riguardava l'insegnante di scuola materna Maria Pupino, indagata per i reati di abuso dei mezzi di correzione e lesioni aggravate ai danni dei propri alunni, tutti di età inferiore ai 5 anni. Nella fase predibattimentale, il pubblico ministero formulava istanza per l'acquisizione delle testimonianze delle persone offese minorenni tramite l'istituto dell'incidente probatorio, invocando l'applicabilità dell'art. 398 comma 5 *bis* c.p.p.⁴

Nel codice di procedura, tuttavia, tale facoltà è prevista per un elenco tassativo di ipotesi, tra le quali quella del caso di specie non rientrava, poiché il reato contestato non era ricompreso nell'elenco *ex art.* 392 c.p.p.

maggior approfondimento del quadro normativo, cfr. contributo *Diritto di difesa e tutela del dichiarante vulnerabile* a firma di Francesca Malgieri Proietti.

² caso C-105/03 -.

³ Nell'ambito del processo di rafforzamento dei diritti difensivi, l'Unione Europea aveva emanato la decisione quadro n. 2001/220/GAI a protezione delle vittime dei reati, riconoscendo alle stesse particolari tutele anche nel processo penale, quale, ad esempio, la facoltà di essere sentite con specifiche cautele che, nell'assicurare l'acquisizione della prova, garantissero allo stesso tempo la loro protezione.

⁴ Prima delle modifiche normative operate nel corpo dell'art. 398 c.p.p. (l. n. 119/2013; d.lgs n. 24 del 2014), la protezione della persona vulnerabile era garantita facendo ricorso all'interpretazione conforme alla normativa sovranazionale: attraverso tale via si giungeva all'inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 398 c.p.p. anche di soggetti e reati esclusi dall'elenco, sulla base della necessità di rispettare le indicazioni della decisione quadro 2001/220/GAI (oggi sostituita dalla direttiva 2012/29/UE).

Il giudice frattanto - ritenuta pregiudiziale la questione relativa al contrasto tra la normativa interna e la decisione quadro del 2001 - rimetteva la decisione al giudice europeo. Con il suo intervento, la Corte di Giustizia affermava così l'importante principio secondo cui le decisioni quadro, sebbene non direttamente efficaci, sono - analogamente alle direttive - vincolanti per gli Stati Membri *“quanto al risultato da raggiungere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi”*.

Nel caso concreto, quindi, stabiliva che le norme della decisione quadro, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, dovevano essere interpretate riconoscendo al giudice nazionale la possibilità di autorizzare bambini in età infantile – presunte vittime di maltrattamenti - a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettessero di garantire loro un livello di tutela adeguato, sia al di fuori dell'udienza sia prima della tenuta della stessa, consentendo l'audizione dei minori in incidente probatorio per il reato di cui all'art. 571 c.p., sebbene tale reato non fosse tra quelli per cui il nostro codice di procedura penale permettesse tale modalità di audizione.

In tal modo, la Corte autorizzava esplicitamente il giudice nazionale ad operare una manipolazione additiva dell'elenco di cui all'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. per consentire un ampliamento delle ipotesi previste e garantire ai soggetti minori una più ampia tutela in quanto vittime particolarmente vulnerabili, in una interpretazione normativa che risultasse conforme ai dettami della decisione quadro.

A distanza di qualche anno, il Giudice per le indagini preliminari di Firenze sottoponeva nuovamente una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in seno ad un procedimento nato dalla denuncia della signora Z nei confronti del signor X per aver commesso atti sessuali ai danni della figlia di 5 anni⁵. Il caso traeva origine dalla circostanza per la quale, al termine delle plurime audizioni da parte degli esperti, il pubblico ministero

⁵ Causa C-507/10- Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze; Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2001/220/GAI – Posizione della vittima nel procedimento penale – Audizione del minore in qualità di testimone – Incidente probatorio – Rifiuto del pubblico ministero di chiedere al Giudice per le indagini preliminari di disporre l'esecuzione dell'incidente probatorio – Diritto di ricorso avverso le decisioni del pubblico ministero.

presentava richiesta di archiviazione e la persona offesa vi si opponeva, insistendo affinché la minore fosse ascoltata come testimone in incidente probatorio *ex art. 394 c.p.p.*⁶

Diversamente dal caso precedente, il giudice disponeva l'audizione, ma la difesa dell'imputato ricorreva in Cassazione, ottenendo l'annullamento della ordinanza, sulla scorta dell'interpretazione letterale della norma codicistica, secondo cui la richiesta di incidente probatorio non può essere avanzata direttamente dalla persona offesa, poiché quest'ultima gode della sola facoltà di sollecito nei confronti del pubblico ministero.

Successivamente, la richiesta di incidente probatorio veniva reiterata dalla persona offesa e il giudice rimetteva la questione alla Corte di Giustizia.

In questa occasione, l'interrogativo risiedeva nella necessità di accertare se la normativa italiana, nell'attribuire esclusivamente al pubblico ministero e alla persona sottoposta alle indagini l'iniziativa per l'esecuzione dell'incidente probatorio, fosse compatibile con la decisione quadro del 2001.

La Corte evidenziava come nel sistema italiano fosse il pubblico ministero a vagliare la richiesta della persona offesa di procedere ad incidente probatorio e, più specificamente, come tale previsione non eccedesse il margine di discrezionalità concesso allo Stato membro e che la stessa fosse stata formulata nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale (cfr. art. 8 n. 4 decisione quadro 2001).

Queste due sentenze, sebbene con esiti contrapposti, mostrano indiscutibilmente quanto possa essere importante, oltreché delicato, l'equilibrio tra la necessaria previsione di un livello minimo di tutela delle vittime vulnerabili (onde evitare gli effetti di una possibile vittimizzazione secondaria⁷) e la garanzia dell'effettività del diritto di difesa dell'imputato, costituente un diritto fondamentale dell'individuo.

Contemperare le diverse esigenze e garantire un corretto bilanciamento tra la posizione dell'imputato e quella della vittima è operazione ermeneutica di non semplice realizzazione, tanto più in un sistema come il nostro, in cui il codice di procedura è

⁶ Art. 394 c.p.p. Richiesta della persona offesa. 1. La persona offesa può chiedere al pubblico ministero di promuovere un incidente probatorio. 2. Se non accoglie la richiesta, il pubblico ministero pronuncia decreto motivato e lo fa notificare alla persona offesa.

⁷ Interessante lettura sul tema: F. Di Muzio, La testimonianza della vittima "vulnerabile" nel sistema delle garanzie processuali.

improntato alla tutela dell'imputato. Tuttavia, negli anni e soprattutto grazie ai continui stimoli europei, la persona offesa è andata acquisendo sempre maggiore spazio all'interno del processo e le sono state riconosciute sempre maggiori facoltà, quali ad esempio gli atti di sollecitazione probatoria, di impulso processuale o partecipativi.

3. *Misure di prevenzione e protezione della vittima vulnerabile: la sentenza Talpis c. Italia del 2 marzo 2017*

Con la sentenza Talpis c. Italia del 2 marzo 2017, la Prima sezione della Corte europea per i diritti dell'uomo condannava l'Italia ad un risarcimento dei danni - per la verità irrisorio nel *quantum* ma dal forte valore simbolico - per la mancata adozione di misure di protezione a tutela di una giovane donna e del proprio figlio dalla violenza omicida del marito.

Riferendo solo i tratti salienti, la vicenda aveva ad oggetto ripetuti episodi di maltrattamenti ai danni di una cittadina moldava, residente nella provincia udinese, ad opera del coniuge suo connazionale e sfociata con la tragica uccisione del figlio nella notte del 26 novembre 2013.

In realtà, il primo episodio risaliva al giugno 2012 quando Andrei Talpis, sotto l'effetto di alcool, picchiava con calci e pugni moglie e figlia. La denuncia tuttavia non veniva mai presentata, nonostante l'intervento delle forze dell'ordine, perché le due donne, dopo alcune ore di attesa al Pronto Soccorso, si allontanavano prima della visita. Circa due mesi più tardi, la signora Elisaveta Talpis, rientrando a casa, trovava nuovamente il marito ubriaco. Anche in questa occasione lui la aggrediva e la minacciava con un coltello, costringendola con la forza ad uscire per *'passarla di mano in mano'* ai propri amici. Durante il tragitto in auto, la donna attirava l'attenzione di una pattuglia della Polizia che interveniva e la conduceva al nosocomio più vicino dove veniva messa in contatto con un Centro antiviolenza, in grado di fornirle ospitalità e supporto per sporgere denuncia-querela (contenente la richiesta di adozione urgente di misura cautelare idonea a prevenire la reiterazione della condotta criminosa). In data 15 ottobre 2012 il pubblico ministero delegava la Polizia Giudiziaria all'escussione della signora Talpis - oltre ad eventuali

persone informate sui fatti - al fine di accertare se vi fossero stati ulteriori episodi di violenza. Gli accertamenti tuttavia vennero portati avanti assai a rilento, tanto che la Talpis - sentita a distanza di molti mesi - ridimensionava le precedenti dichiarazioni e ritrattava il contenuto della querela. A fronte di ciò, il pubblico ministero formulava richiesta di archiviazione parziale sulla base dell'avvenuta ritrattazione e del difetto del requisito dell'abitudine della condotta. Il 25 novembre 2013, nel corso di una colluttazione, il signor Talpis accoltellava mortalmente il figlio, intervenuto a difesa della madre, e feriva gravemente quest'ultima. Il processo penale si concludeva con la condanna di Andrei Talpis alla pena dell'ergastolo per l'omicidio del figlio e il tentato omicidio della moglie e per i maltrattamenti commessi nei confronti dei familiari.

Sulla scorta dei fatti, la signora Talpis presentava ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ex art. 34 Cedu, lamentando l'omessa protezione da parte delle autorità italiane contro le violenze domestiche subite.

A seguito di una preliminare analisi sulle fonti del diritto e sulle prassi nazionali e internazionali, la Corte europea affermava la sussistenza di obblighi positivi di protezione gravanti sulle autorità statali nei confronti delle persone vulnerabili, sia attraverso un sistema di prevenzione efficace, sia attraverso procedure investigative tempestive, e ravvisava - nella condotta accertata - una violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti) e 14 (divieto di discriminazione) Cedu.

In primo luogo, la Corte ravvisava in capo a ciascuna autorità nazionale l'onere di dotarsi di un adeguato sistema di norme, aventi finalità preventive e repressive. La tutela del diritto alla vita implica per lo Stato non solo l'obbligo negativo di astenersi dal provocare la morte in maniera volontaria ed illegale, ma anche l'obbligo positivo di adottare misure preventive in grado di proteggere la vita delle persone che sono sottoposte alla sua giurisdizione. L'obbligo positivo di proteggere l'integrità fisica dell'individuo investe anche l'effettività dell'indagine penale che deve essere condotta con celerità e diligenza ragionevole. Quindi, affinché possa dirsi che lo Stato si è dotato di un quadro normativo adeguato a fini preventivi e repressivi, quest'ultimo deve consentire da un lato l'applicabilità di misure adeguate per prevenire l'attuazione di una minaccia grave di un rischio immediato e dall'altro la conduzione dell'indagine in termini di rapidità e diligenza.

Nel caso di specie, come chiarito dalla Corte, le autorità italiane non hanno adeguatamente protetto la ricorrente, non avendo posto in essere nessuna misura preventiva a seguito della denuncia e avendo tardato a porre in essere indagini approfondite volte ad una valutazione concreta dei rischi che la situazione comportava.

Incombeva, dunque, alle istanze nazionali di tener conto della situazione di precarietà e di vulnerabilità - morale, fisica e materiale - in cui versava la persona offesa e di apprestarle adeguato sostegno. Esse, invece, non hanno valutato i rischi che la stessa correva e non agendo rapidamente dopo la denuncia, hanno svuotato questa di qualsiasi efficacia, creando un 'contesto di impunità' favorevole alla reiterazione degli atti di violenza da parte di Andrei Talpis, culminati nell'azione omicidiaria. La Corte ha evidenziato che la mancata messa in atto di misure ragionevoli, che avrebbero potuto cambiare il corso degli eventi o quantomeno attenuare il pregiudizio causato, è sufficiente a impegnare la responsabilità dello Stato.

Più delicata la questione relativa alla violazione del divieto di tortura. La Corte ha ritenuto la ricorrente "persona vulnerabile", qualificando come maltrattamenti le violenze da essa subite ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. In questo caso, le autorità non hanno agito prontamente né adeguatamente, visto il lungo periodo intercorso tra la denuncia e l'inizio delle indagini. Così, anche alla luce dell'articolo 3 Cedu, la mancanza di diligenza da parte delle autorità nazionali ha privato il ricorso penale di ogni efficacia, contribuendo a creare un contesto di impunità favorevole alla ripetizione degli atti di violenza.

Infine, la Corte ha rammentato che il venir meno, anche involontario, di uno Stato all'obbligo di protezione delle donne contro le violenze domestiche si traduce in una violazione del loro diritto ad un uguale protezione di fronte la legge ed è pertanto intrinsecamente discriminatorio. La giurisprudenza europea è da sempre chiara nello stabilire che il mancato rispetto da parte dello Stato dell'obbligo di proteggere le donne contro la violenza domestica, costituisce una violazione del divieto di discriminazione. Nel caso di specie, tale violazione deriverebbe dalla combinazione di tutti gli elementi esaminati, a dimostrazione che, sottovalutando con la loro inerzia la gravità della violenza, le autorità italiane l'avevano sostanzialmente causata. L'applicazione del diritto penale nella fattispecie non aveva avuto l'effetto dissuasivo richiesto per prevenire le violazioni

all'integrità personale della ricorrente e del figlio e le violenze inflitte all'interessata dovevano essere considerate come basate sul genere, costituendo pertanto una forma di discriminazione. Per tutte queste ragioni, la ricorrente era stata vittima, in quanto donna, di una discriminazione contraria all'articolo 14 della Convenzione.

Un richiamo deve essere infine effettuato alla '*partially dissenting opinion*' del giudice Spano⁸, il quale si è dissociato dalle conclusioni della maggioranza della Corte, in ordine alla violazione dell'articolo 2 Cedu e, a fondamento della propria riflessione, ha richiamato i casi *Osman c. Regno Unito*⁹ e *Opuz c. Turchia*¹⁰, laddove richiedevano che, per affermare

⁸ Róbert Ragnar Spanó è un giurista italoislandese, oggi presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo

⁹ Nella sentenza del caso *Osman c. Regno Unito* del 1998 (ricorso n. 23452/94) sono stati enucleati dei parametri per valutare la sussistenza della responsabilità di uno Stato per l'omissione di misure, previste dall'articolo 2 della Cedu, a protezione della persona che ha subito violenze. La vicenda vede coinvolto un insegnante che compie comportamenti persecutori e molesti nei confronti di un allievo, per il quale nutre un'ossessione morbosa. Dopo l'allontanamento e il licenziamento, l'uomo aggredisce il giovane allievo ferendolo gravemente, ne uccide il padre, poi ferisce il direttore della scuola e ne assassina il figlio. Il ricorso del giovane allievo e della madre ha ad oggetto l'indifferenza delle autorità, che non sono riuscite a proteggerli dalla minaccia a cui erano esposti, nonostante le denunce, le indagini delle forze dell'ordine e il licenziamento dell'aggressore. La Corte doveva, pertanto, valutare se le autorità conoscevano o avrebbero dovuto conoscere la situazione di pericolo, ed avrebbero potuto impedire la concretizzazione di un pericolo immediato per il ragazzo e la sua famiglia. A parere della Corte le denunce della famiglia e della scuola alle autorità non potevano far presagire gli eventi tragici successivamente verificati, in quanto prima dell'aggressione fisica e dei due omicidi l'uomo si era limitato ad atti persecutori non violenti, in merito ai quali, peraltro, aveva negato ogni responsabilità. Egli era stato, inoltre, sottoposto a varie visite psichiatriche, in conseguenza alle quali era stata esclusa qualsivoglia patologia mentale e soprattutto una pur minima propensione alla violenza. La Corte giunge, così, alla conclusione che le autorità non sapevano o non avrebbero potuto sapere della minaccia imminente sui ricorrenti e sulla loro famiglia, dubitando altresì che la giustizia nazionale avrebbe potuto, in base agli elementi in possesso prima del drammatico epilogo, emanare provvedimenti cautelari, nel rispetto del principio della presunzione di innocenza.

¹⁰ Cfr. sentenza *Opuz c. Turchia*, in cui la Corte ha condannato la Turchia per l'indifferenza delle autorità nei confronti delle richieste di aiuto di una donna vittima di violenze domestiche, nell'ambito di un contesto sociale improntato sulla discriminazione di genere e sulla tolleranza nei confronti della violenza domestica. La vicenda vede coinvolta una donna vittima di violenze e atti persecutori, perpetrati per molti anni dal coniuge più volte denunciato e culminati con l'uccisione della propria madre, ritenuta dall'uomo responsabile dell'allontanamento della moglie. Dopo il conseguente processo l'uomo era stato condannato, ma immediatamente posto in libertà in attesa dell'appello, ed aveva continuato a minacciare la moglie e l'attuale compagno della stessa. La donna aveva, così, presentato ricorso alla Corte, lamentando di correre un rischio immediato dovuto all'inerzia e all'indifferenza delle autorità. Il Governo turco aveva eccepito che la remissione delle querele non aveva permesso alle autorità di adottare misure di protezione, sostenendo che non vi fosse prova tangibile che la vita della madre della ricorrente si trovasse in pericolo reale e immediato. Secondo la Corte, infatti, anche in caso di remissione di querela, l'autorità giudiziaria ha comunque il compito di proteggere le vittime di violenza accertata, grave, concreta e reiterata. L'atteggiamento di disinteresse delle autorità aveva creato un ambiente di impunità per il

la violazione da parte delle autorità nazionali del loro obbligo positivo di proteggere il diritto alla vita *“si deve stabilire in modo convincente che le autorità fossero a conoscenza, o avrebbero dovuto essere a conoscenza in quel momento, dell’esistenza di un pericolo reale e immediato per la vita di uno o più soggetti identificati a causa degli atti criminali di terzi e che esse non abbiano adottato le misure nell’ambito delle loro competenze che, considerate ragionevolmente, avrebbero potuto probabilmente evitare tale rischio.”*¹¹

In buona sostanza, l’analisi dei fatti andrebbe condotta sulla base del cosiddetto ‘test di Osman’, consistente nella valutazione degli elementi di immediatezza e realtà del pericolo nella misura in cui erano ragionevolmente prevedibili dalle forze dell’ordine.

A una tale conclusione si era già giunti in un precedente arresto relativo al caso Rumor c. Italia¹²: la Corte esaminava la vicenda sotto l’angolo di applicazione dell’art. 3 Cedu, ribadendo che il maltrattamento dovesse raggiungere un livello minimo di gravità, la cui valutazione dipende da tutte le circostanze del caso, quali la natura e il contesto del

marito, che anche dopo l’omicidio della madre della moglie, aveva continuato a minacciarla. Di conseguenza la Corte ha riconosciuto la violazione degli articoli 2, 3 e 14 Cedu, in quanto gli Stati devono adottare, attraverso repressione e prevenzione, una legislazione e delle misure idonee a proteggere concretamente le vittime di violenza e a dissuadere gli aggressori.

¹¹ Nel caso di specie, secondo Spano, non sussisterebbe il requisito dell’intervallo di tempo che permette di concludere che vi fosse immediatezza del pericolo. Quanto alla realtà del pericolo, le aggressioni precedenti e ripetute, poi parzialmente ritrattate, nei confronti della ricorrente non avevano determinato con certezza quella conoscenza costruttiva nelle autorità nazionali, costituente presupposto perché potesse essere identificabile un profilo di responsabilità dello Stato.

¹² Causa Rumor contro Italia (ricorso 72964/2010, sentenza definitiva 27 agosto 2014), nella quale una donna ricorre alla Cedu, lamentando di non aver ricevuto protezione dalle autorità nazionali in violazione dell’articolo 3 Cedu. Nel novembre 2008 accadeva che un uomo percuoteva, minacciava con coltello e forbici e privava della libertà la ricorrente. Costui veniva arrestato per tentato omicidio, sequestro di persona, violenza aggravata e minacce, e condannato in primo grado alla pena della reclusione di anni 4 e mesi 8, ridotta in appello ad anni 3 e mesi 4. Nel ricorso, la donna lamentava la concessione degli arresti domiciliari all’uomo da parte della Corte d’appello, da scontarsi in un centro di accoglienza situato a pochi chilometri dall’abitazione in cui la donna viveva con i figli, mettendone così a rischio l’incolumità e causandole stati d’ansia ed angoscia. In applicazione dei principi della Convenzione, la Corte riconosceva tuttavia che le autorità avevano adempiuto all’obbligo di protezione previsto dalla Carta: l’aggressore veniva infatti immediatamente arrestato e sottoposto a custodia cautelare. La decisione dell’autorità di concedere gli arresti domiciliari non aveva comportato gravi rischi per la donna, in quanto l’ex compagno non era più incorso in episodi di violenza o minaccia. La Corte, pertanto, rigettava il ricorso ritenendo che l’intervento delle autorità italiane fosse stato “effettivo nel punire l’autore del reato di cui la ricorrente era stata vittima e nell’impedire il ripetersi di violenti attentati alla sua integrità fisica”.

trattamento, la durata, gli effetti fisici e mentali e, in alcuni casi, il sesso, l'età e le condizioni di salute della vittima. Stante l'obbligo positivo di assicurare alle persone sottoposte alla loro giurisdizione protezione da qualsiasi forma di maltrattamento, è compito della Corte assicurare che l'obbligo dello Stato di proteggere le persone sia adeguatamente adempiuto, in omaggio alla Convenzione che mira a garantire non diritti teorici o illusori, ma diritti pratici ed effettivi.

Nella valutazione del caso Rumor c. Italia, la Corte riteneva che *“le autorità avevano posto in essere un quadro giuridico che consentiva loro di adottare delle misure nei confronti delle persone accusate di violenza domestica e che tale quadro era stato effettivo nel punire l'autore del reato di cui la ricorrente era stata vittima e nell'impedire il ripetersi di violenti attentati alla sua integrità fisica”* e che pertanto non vi era stata violazione della Convenzione.

4. *L'importanza della giurisprudenza europea nella tutela della persona vulnerabile. Il rapporto Grevio*

Le sentenze Pupino e Talpis, seppur ormai risalenti nel tempo, hanno fornito spunti di riflessione utili per comprendere quali fossero le carenze dell'ordinamento italiano, quali gli interventi necessari e come meglio utilizzare le più recenti innovazioni legislative.

Nella sentenza Pupino, la Corte si sbilanciava in favore del diritto della vittima vulnerabile, con un'interpretazione additiva della norma codicistica; al contrario nella successiva sentenza la Corte decideva attribuendo un maggior *favor* alla posizione dell'indagato, nell'ottica di un bilanciamento tra i diritti delle diverse parti processuali. Queste due decisioni portano ad una considerazione sulla necessità di contemperare da un lato l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'indagato/accusato (priorità dei diritti procedurali¹³) e dall'altro di favorire l'accesso della vittima, ancor più se vulnerabile, all'interno del circuito processuale (priorità dei diritti delle vittime).

Nel caso Talpis, in particolare, viene formulato il principio secondo cui la negligenza delle autorità pubbliche configura una responsabilità dello Stato, per la quale quest'ultimo viene chiamato a rispondere – in ragione di azioni commesse da terzi – della passività non del

¹³ Cfr. Direttiva UE 2016/800 e direttiva UE 2016/1919)

legislatore ma delle autorità competenti che sapevano o avrebbero dovuto sapere che una determinata persona era minacciata in maniera effettiva e immediata nella sua vita e, ciononostante, non hanno adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, da un punto di vista ragionevole, avrebbero senza dubbio ovviato a tale rischio. In tal modo, il giudice sovranazionale ha sollecitato una sempre maggiore attenzione da parte degli Stati all'adozione di misure efficaci sotto il profilo della prevenzione e della protezione, prima ancora che sanzionatorie.

Oggi il parterre di garanzie apprestate per la vittima è ampio e si snoda in una molteplicità di direzioni che vanno dagli strumenti di prevenzione agli obblighi formativi, di assistenza e di protezione, ai diritti partecipativi nel procedimento penale e sono costantemente oggetto di riflessione per una effettiva implementazione di misure di protezione e di sostegno da adottarsi ad opera dello Stato.

Le modifiche normative che hanno riguardato negli ultimi anni il tema della persona offesa e il ruolo dalla stessa rivestito all'interno del processo hanno profondamente modificato la fisionomia del processo.

Infine, per concludere, appare opportuno segnalare che, per verificare l'evoluzione del sistema di tutela delle persone vulnerabili, è stato costituito il Gruppo di Esperti contro la violenza sulle donne e la violenza domestica (GREVIO), un organo indipendente formato da 15 esperti indipendenti e imparziali, selezionati per le loro competenze in campo di diritti umani, uguaglianza di genere e violenza contro le donne, che monitora l'implementazione della Convenzione di Istanbul negli ordinamenti degli Stati aderenti.

Il rapporto GREVIO del 13 gennaio 2019 ha valutato l'attuazione da parte dell'Italia della Convenzione di Istanbul: se, da un lato, si accoglie con favore l'adozione di una serie di riforme legislative innovative che hanno consentito l'introduzione di misure concrete per porre fine alla violenza sulle donne e per dare adeguata attuazione della convenzione di Istanbul, dall'altro si esorta l'Italia ad adottare maggiori misure per

- garantire l'applicazione delle disposizioni di legge relativa ai reati di maltrattamenti in famiglia;
- garantire che politiche e misure siano ugualmente indirizzate a prevenzione, protezione, indagini e punizione secondo i dettami della Convenzione di Istanbul;

- garantire che le politiche orientate al contrasto della violenza verso le donne siano realizzate e monitorate mediante un effettivo coordinamento tra autorità locali, regionali e nazionali.
- stanziare finanziamenti adeguati ed elaborare soluzioni che permettano di fornire una risposta coordinata e interistituzionale alla violenza, basate sul forte coinvolgimento delle autorità locali e sulla partecipazione di tutti gli attori interessati, in particolare le ONG femminili che offrono strutture di accoglienza;
- garantire adeguate risorse umane e finanziarie a sostegno e incremento dei servizi specializzati in favore delle donne;
- educare, formare professionisti del settore consentano di superare quei comportamenti sessisti e culturalmente basati sull'inferiorità delle donne¹⁴.

Avv. Serena Gentili

¹⁴ Il legislatore nazionale è intervenuto con la l. n.69/2019, cd. Codice Rosso, sebbene permangano talune perplessità sull'effettiva implementazione delle misure contemplate dalla norma.

Figli e figliastri, ovvero il colpevole sonno del legislatore ed una ferita aperta

Indice: 1. La vicenda 2. La sentenza CEDU 3. Il processo penale 4. Il sonno del legislatore 5. La ricaduta normativa 6. Il mancato vaglio costituzionale 7. La “ferita aperta” ovvero conclusioni autobiografiche

La vicenda Talpis, nel complesso del suo dipanarsi, è stata realmente epocale probabilmente anche al di là della pur rilevante attenzione mediatica che solitamente viene offerta a fatti di questa drammaticità.

Lo è stata per la eccezionale ricaduta sul piano normativo, ed anche per chi scrive, perché ha lasciato una ferita aperta sulla mia esperienza di patrono di parte civile, unitamente alla bravissima Collega Samantha Zuccato di Udine.

1. La vicenda

Nella notte tra il 25 ed il 26 novembre 2013 a Remanzacco (Udine) il muratore Andrei Talpis, era tornato a casa ubriaco e aveva avuto un alterco con la moglie. Il figlio adottivo Ion era intervenuto in difesa della madre e frapponendosi dinanzi al colpo fendente a lei diretto, era rimasto colpito mortalmente, attinto dalla lama di un coltello da cucina, riportando altresì numerose altre ferite.

Si è forse evitato il circo barnum di certa “tivvù spazzatura” giacché questo *figlicidio* ha visto l'immediato riconoscimento del colpevole o probabilmente perché le articolate vicende giuridiche che ne sono derivate non sono parse rilevanti per i palati televisivi “di grana grossa”, pomeridiani o serali che siano, evidentemente poco attenti alla tutela dei diritti ed alla uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, così come, d'altronde, il legislatore.

Infatti, questa tristissima storia, pur chiara nello sviluppo degli eventi e nella individuazione del reo, ha germinato due importanti sentenze, sia penalmente che in sede comunitaria, ambedue congiunte nella constatazione della inadeguatezza della tutela apprestata dallo stato italiano.

Di tali vicende è doveroso illustrare brevemente i percorsi giudiziari.

2. La sentenza CEDU

La Prima Sezione della Corte E.D.U., con sentenza del 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*, ha condannato l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha contestato allo Stato italiano la mancata adozione degli obblighi positivi scaturenti dagli art. 2 e 3 della Convenzione ed è pervenuta alla condanna dell'Italia per violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani e degradanti, nonché del divieto di discriminazione in quanto le autorità italiane, sebbene allertate da varie denunce e provvedimenti amministrativi, non sono intervenute per proteggere una donna e i suoi figli vittime di violenza domestica perpetrata da parte del marito, avallando di fatto tali condotte violente protrattesi fino al tentato omicidio della ricorrente e all'omicidio del giovane Ion.

La vicenda assume aspetti di rilevante importanza, soprattutto sul piano specialpreventivo che esorbitano dall'aspetto strettamente processualpenalistico, ma che devono essere richiamati, sia pure "*per indicem*", pur permanendo nel compasso argomentativo che ci occupa.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha individuato la violazione degli artt. 2 e 3 Cedu, che implicano, per lo Stato, l'obbligo positivo di proteggere le persone vulnerabili, fra cui rientrano le vittime di violenze domestiche.

Il tutto a condizione che il disagio e l'allarme risultino portati a conoscenza della A.G. e che tale situazione sia documentalmente provata.

Già solo questo determina, a carico delle autorità nazionali, l'insorgere dell'obbligo di apprestare l'immediata protezione che la situazione di vulnerabilità richiede.

Ciò non si è verificato nella vicenda *Talpis* e, in funzione del ritardato scrutinio della denuncia, si è determinato un contesto d'impunità per il marito, tale da favorire la ripetizione degli atti di violenza nei confronti della moglie e della sua famiglia, culminati poi con l'omicidio del figlio e il tentato omicidio della sventurata Elisaveta.

Questo in relazione alla violazione degli artt. 2 e 3 CEDU che la Corte Europea ha, sul piano della responsabilità, coniugato in sincrono anche con la violazione dell'art. 14 CEDU, rinvenendosi nella mancata tutela apprestata alla denunciante, una vera e

propria discriminazione di genere. Si è trattato, pertanto, di una condanna decisa e radicale.

3. Il processo penale

In data 08/01/2015 Andrei Talpis, in sede di giudizio abbreviato, è stato condannato dal G.U.P. di Udine alla pena dell'ergastolo per l'omicidio del figlio Ion, oltre che per il tentato omicidio della moglie, i maltrattamenti commessi nei confronti di quest'ultima e della figlia, nonché per porto d'armi vietate. A tale condanna si era pervenuti tramite il riconoscimento dell'aggravante di cui all'art. 577, comma 1, n. 1), c.p.

La Corte d'Assise d'Appello aveva confermato la sentenza di prime cure, rideterminando un risarcimento di 400 mila euro alla moglie Elisaveta che, nel processo, si era costituita parte civile.

La Corte di Cassazione, alla udienza del 26.9.2017, ha successivamente accolto il ricorso del difensore annullando la sentenza senza rinvio, limitatamente alla aggravante di cui al n. 1) del comma 1 dell'art. 577 c.p., disponendo il rinvio dinanzi alla Corte di Assise di Appello di Venezia, indicando altresì dei limiti tassativi per la rideterminazione della pena comunque non inferiore al minimo assoluto di anni sedici e giorni 3 di reclusione.

La Corte d'Assise d'Appello di Venezia, il 18 settembre 2018, ha pertanto condannato l'imputato a 20 anni di reclusione, non prendendo in considerazione l'eccezione di incostituzionalità sollevata.

L'assenza del legame di sangue, secondo i giudici, ha di fatto precluso l'applicazione dell'aggravante che in sede di merito aveva portato alla condanna dell'ergastolo e ciò in base ad una letterale, inattaccabile lettura del codice sostanziale.

Il rapporto tra il giudizio rescindente e quello rescissorio cristallizza inequivocabilmente l'orientamento giurisprudenziale in forza del quale, nel caso di specie, non possa applicarsi la circostanza aggravante speciale dell'omicidio del consanguineo poiché il ragazzo era stato formalmente adottato dalla coppia in Moldavia, appena quattro anni prima.

Non si trattava, quindi, di un discendente in senso biologico, per cui la pena non doveva essere quella dell'ergastolo.

Infatti, l'art. 577 comma 1, al tempo vigente, stabiliva applicarsi l'ergastolo per l'omicida del discendente e dell'ascendente. L'art. 577, comma 2, invece, puniva con la reclusione da 24 a 30 anni l'omicidio di una serie di congiunti, fra i quali il figlio adottivo.

Nello specifico, pertanto, al *tempus commissi delicti* l'art. 577 c.p., nella originaria formulazione del "codice Rocco" (al netto della modifica da pena di morte in ergastolo) testualmente recitava:

"Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso:

1) contro l'ascendente o il discendente

2) col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso;

3) con premeditazione;

4) col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1) e 4) dell'articolo 61.

2. La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta."

Più tecnicamente, la Corte di Cassazione ha escluso l'applicabilità dell'aggravante prevista dall'art. 577, comma 1 n. 1), c.p., nella sua vecchia formulazione, che invece era stata riconosciuta dai giudici di merito perché il ragazzo era figlio adottivo e non biologico.

Sempre secondo la Cassazione, il divieto di analogia ha impedito all'epoca di considerare "discendente" il figlio adottivo.

Applicabile, invece, l'aggravante al tempo prevista dall'art. 577, comma 2 c.p., con i relativi effetti sulla quantificazione della pena irrogabile.

Escluso, dunque, l'ergastolo e applicabile, come pena base la reclusione da 24 a 30 anni.

La Corte di Assise di Appello di Venezia, quale giudice del rinvio, operando la diminuzione del rito abbreviato ed applicando la continuazione per gli altri reati contestati, ha definitivamente condannato l'imputato alla pena complessiva di anni venti di reclusione, non prendendo in considerazione la articolata eccezione di incostituzionalità sollevata dalla parte civile.

4. Il sonno del legislatore

Si è trattato di una esperienza molto frustrante per noi difensori di parte civile, costretti a combattere, in assenza di alcun precedente, contro un anacronistico ma granitico blocco del codice di rito, ovvero la formulazione dell'art. 577 c.p. al tempo vigente.

Non si può dire, infatti, che la decisione adottata dalla Corte di Cassazione appaia improntata a criteri di anacronistica difesa del codice del 1930.

Valga sul punto considerare come fossero precluse al buon Alfredo Rocco le capacità medianiche di individuare la ricaduta sul diritto sostanziale penale di istituti del diritto di famiglia sopravvenuti dopo molti decenni.

Nello stesso modo certamente, non potrà revocarsi in dubbio il fatto che, in una prospettiva costituzionalmente orientata la Cassazione abbia applicato una interpretazione rigida che direttamente promana dal principio di legalità, ribadendo che non è consentita alcuna interpretazione analogica che possa portare ad un ampliamento della fattispecie prevista dalla legge penale.

Nel giudizio di legittimità abbiamo sostenuto una tesi che era asseverata da prestigiosa dottrina, ovvero che la aggravante di cui all'allora vigente primo comma dell'art. 577 c.p. dovesse essere applicata anche al rapporto di filiazione adottiva e non solo a quello di filiazione biologica.

Tanto non in funzione di una spregiudicata valutazione di merito, ovviamente inammissibile in quella sede, quanto in relazione all'intervenuta modifica del codice civile, ove l'equiparazione tra figli naturali ed adottivi era già stata sancita sin dal 1983.

Infatti, nei commenti dell'epoca si leggeva "Mai più figli divisi in categorie di serie a e di serie b".

Questo per quanto previsto dal Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 pubblicato in Gazzetta Ufficiale 8 gennaio 2014, n. 5, recante *"modifica della normativa vigente al fine di eliminare ogni residua discriminazione rimasta nel nostro ordinamento fra i figli nati nel e fuori dal matrimonio, così garantendo la completa eguaglianza giuridica degli stessi"* in applicazione della legge delega approvata dal Parlamento il 28 novembre e pubblicata dalla Gazzetta Ufficiale n. 293 del 17.12.2012.

Il testo del provvedimento, fra l'altro, stabiliva l'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio, anche adottivo, e conseguentemente l'eliminazione dei riferimenti presenti nelle norme ai figli "legittimi" e ai figli "naturali" e la sostituzione degli stessi con quello di "figlio".

Ciò comportò modifiche a tutti i codici sostanziali e di rito, nonché alle leggi speciali in materia di filiazione ove era presente la distinzione tra figli naturali e legittimi.

Per quanto strettamente attinente alla materia penalistica, il predetto decreto legge, contemplava agli artt. 93 e 94 le conseguenti modifiche ai codici di rito e sostanziale.

All'art. 94 si disponevano, relativamente al codice di procedura penale le seguenti modifiche in materia di filiazione *"All'articolo 288 del codice di procedura penale, nella rubrica e nel comma 1, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale"*.

L'art. 93, invece compendia le modifiche al codice penale e specificatamente:

"1. Al codice penale furono apportate le seguenti modificazioni, fedelmente trascritte:

a) all'articolo 19, primo comma, numero 6), le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

b) all'articolo 32, secondo comma, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

c) all'articolo 34, nella rubrica e nel testo dell'articolo, le parole: "potestà dei genitori" e la parola: "potestà", ovunque presenti, sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

d) all'articolo 98, secondo comma, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

e) all'articolo 111, secondo comma, la parola: "potestà" è sostituita dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

f) all'articolo 112, terzo comma, la parola: "potestà" è sostituita dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

g) all'articolo 146, secondo comma, la parola: "potestà" è sostituita dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

h) all'articolo 147, terzo comma, la parola: "potestà" è sostituita dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

i) all'articolo 540, primo comma, la parola: "illegittima" è sostituita dalle seguenti: "fuori del matrimonio" e la parola: "legittima" è sostituita dalle seguenti: "nel matrimonio"; nel secondo comma, la parola: "illegittima" è sostituita dalle seguenti: "fuori del matrimonio";

l) all'articolo 564, quarto comma, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

m) nella rubrica dell'articolo 568 le parole: "fanciullo legittimo o naturale riconosciuto" sono sostituite dalla seguente: "figlio"; al primo comma le parole: "legittimo o naturale riconosciuto" sono sostituite dalle seguenti "nato nel matrimonio o riconosciuto";

n) all'articolo 569, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

o) all'articolo 570, primo comma, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

p) all'articolo 573, primo comma, le parole: "potestà dei genitori" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

q) all'articolo 574, primo comma, le parole: "potestà dei genitori", ovunque presenti, sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

r) all'articolo 574-bis, le parole: "potestà dei genitori" e le parole: "potestà genitoriale", ovunque presenti, sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

s) all'articolo 583-bis, quarto comma, numero 1), le parole: "potestà del genitore" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

t) all'articolo 600-septies, primo comma, numero 1), le parole: "potestà genitoriale" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale";

u) all'articolo 609-nonies, primo comma, numero 1), le parole: "potestà del genitore" sono sostituite dalle seguenti: "responsabilità genitoriale".

Come si vede, si tratta di modifiche lessicali, certo di relevantissimo valore ma, in buona sostanza, un adeguamento estetico di scarsa rilevanza e nessuna concreta efficacia penalistica che, soprattutto, non compendiava l'art. 577 c.p.

La questione passò nel dimenticatoio, così come venne destinato all'oblio legislativo un disegno di legge emendativo e, in carenza di casistica, ivi permase.

Non vi è dubbio alcuno che, all'atto del crimine, il legislatore avrebbe già dovuto essersi affrettato a correggere una norma fuori dal tempo, forse già opinabile in origine, e di certo non più accettabile nel punto in cui perpetuava distinzioni che il codice civile e (in parte) quello penale, ma che soprattutto la coscienza sociale aveva già da tempo cancellato.

Ed il legislatore è stato pigro anche successivamente, in quanto l'odiosa differenziazione è rimasta intatta a seguito della L. 11 gennaio 2018, n. 4 intestata come *“Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici.”*

E ciò nonostante fosse stata presentata la proposta di legge n. 4688 del 9.10.2017 (dichiaratamente sull'onda del clamore mediatico suscitato dalla sentenza di annullamento della Cassazione e prima ancora del deposito della motivazione) intestata a numerosi ed eterogenei presentatori bipartisan denominata *“Modifiche all'articolo 577 del codice penale concernenti l'abolizione della differenza fra figli adottivi e naturali nella determinazione delle circostanze aggravanti dell'omicidio”* e consistente in un unico, telegrafico articolo di seguito trascritto.

“All'articolo 577 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo comma, numero 1), dopo le parole: «il discendente» sono aggiunte le seguenti: «, anche adottivi»;

b) al secondo comma, le parole: «il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo,» sono soppresse.”

Ora, mette conto precisare che in quanto *ius superveniens* peggiorativo, anche la eventuale adozione delle modifiche proposte nulla avrebbe spostato rispetto al processo Talpis, tuttavia posso serenamente affermare che la aberrazione giuridica posta in essere per la grossolana inerzia dello sciatto legislatore, è risultata offensiva in quanto diretta espressione di un principio giuridico penale profilato su norme residue di una logica familiare non più attuale, palesemente ingiusta e superata da decenni dal diritto vivente e dal comune sentire.

Una norma peraltro contraria non solo alla riforma di famiglia ma anche, come è stato fatto notare, espressione di una inaccettabile differenza, in continuità con quel percorso teso ad annullare ogni discriminazione fra i vari tipi di filiazione, ben stabilito e indirizzato dalla volontà della Costituzione e delle normative internazionali, *in primis* la Convenzione

dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata il 20 novembre 1989 a New York, resa esecutiva dal nostro Paese già nel 1991.

Ciò nulla toglie alla circostanza che il vaglio costituzionale avrebbe comunque messo spalle al muro la sciatteria e l'inadeguatezza del legislatore sul piano sistematico e istituzionale, come emerge nella drammaticità del riscontro cronologico ove solo si ponga mente al mancato coordinamento con la riforma di famiglia del 1983, con la mancata modifica del Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (che pure arrivava esattamente dopo un anno dalla pubblicazione della legge delega) ed alla spedizione nel dimenticatoio della proposta di legge n. 4688 del 9.10.2017!

Il tutto, beninteso anche in violazione di accordi e convenzioni quali quella ONU di New York del 1989, già citata, o la Convenzione di Lanzarote, entrata in vigore il 1° luglio 2010 e ratificata con la L. 172/2012.

5. La ricaduta normativa

La L. 19 luglio 2019 n. 69, pubblicata sulla G.U. del 25.7.2019, enfaticamente denominata “Codice Rosso”, ha finalmente risolto normativamente il problema dell’art. 577 c.p.

Infatti, l’art. 11 denominato “*Modifiche all'articolo 577 del codice penale*” testualmente recita:

1. All'articolo 577 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma, numero 1, dopo le parole: «o il discendente» sono inserite le seguenti: «anche per effetto di adozione di minorenne» e le parole: «o contro la persona legata al colpevole da relazione affettiva e con esso stabilmente convivente» sono sostituite dalle seguenti: «o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva»; b) al secondo comma, dopo le parole: «l'altra parte dell'unione civile, ove cessata,» sono inserite le seguenti: «la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate,» e dopo le parole: «la sorella,» sono inserite le seguenti: «l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del codice civile,»; c) dopo il secondo comma è aggiunto il seguente: «Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 62, numero 1, 89, 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma, non possono essere ritenute prevalenti rispetto a queste».

Vorrei sottoporre alla pazienza di chi legge il contrasto tra la sostanziale e telegrafica essenzialità di questa norma ed il contrasto con la colpevolmente omissiva formulazione

del Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, su cui ci siamo a lungo soffermati, tesa a modifiche in materia penale che erano, in realtà, mero adeguamento stilistico alla riforma di famiglia.

E l'adeguamento dell'art. 577 c.p. sarebbe comunque consistito in una semplicissima correzione di coordinamento.

Sia ben chiaro che non è mia intenzione debordare dall'esame della norma, posto che tanto il "Codice Rosso" quanto la negletta proposta di legge n. 4688 del 9.10.2017 appaiono intestate ad una amplissima e trasversale platea di sottoscrittori e che, quindi, stiamo parlando di modifiche normative condivise e non ascrivibili ad una sola parte politica.

Rilevo però che questa modifica è certamente figlia della parte penale della vicenda Talpis e che la nuova previsione normativa mitiga in parte le sofferenze degli artefici e dei loro avvocati.

Sempre in materia di "Codice Rosso" è evidentissimo come le modifiche introdotte all'art. 1 "obbligo di riferire al PM", all'art. 3 "obbligo per la PG delegata di procedere senza ritardo" siano invece figlie della parte comunitaria della vicenda Talpis e della durissima reprimenda che quella sentenza ha mosso nei confronti dell'Italia, in particolare nel rapporto tra i mesi intercorsi nella ordinaria amministrazione gestionale delle denunce della Talpis Elisaveta e nella sostanziale omessa tutela di una situazione portata a conoscenza della A.G.

Nello stesso solco e nel medesimo DNA della sentenza Talpis sembrerebbe porsi anche l'art. 2 della L. 69/2019, nella parte in cui impone al pubblico ministero di assumere informazioni dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa.

Si tratta, come ben sappiamo, di una norma di difficile attuazione e di scarsa applicazione, posto che, nella pratica, appare veramente difficile per le procure adempiere a tempi tanto stretti e considerato che, nella pratica quotidiana, si tratta di un adempimento delegato a chi ha ricevuto la querela, quindi una mera reiterazione di atti appena compiuti.

Una riforma, sul punto, demagogica e che crea difficoltà a tutti gli operatori del diritto senza in concreto apportare sostanziali benefici alla persona offesa anzi, al contrario, spesso inquinandone la genuinità dell'originario racconto, senza renderle un concreto beneficio.

Ecco, per parafrasare il titolo, se le modifiche introdotte con gli artt. 1, 3 ed 11 della L. 69/2019 possono ritenersi “figlie” della vicenda Talpis, l'onere imposto dall'art. 2 potrà ben definirsi “figliastro”.

6. Il mancato vaglio costituzionale

Al tempo, in particolare su alcuni giornali quotidiani, fu data grande rilevanza al mancato accoglimento di una questione di legittimità costituzionale proposta nell'interesse della persona offesa, per indurre una pronunzia sull'art. 577 c.p. nella parte in cui prevedeva la disparità di trattamento tra figli naturali e figli adottivi.

In realtà, per quello che abbiamo visto, a fronte della questione dedotta dall'avv. Roberto Mete, difensore dell'imputato, la parte civile ha avuto armi spuntate.

Pertanto, la questione dell'art. 577, secondo comma, c.p. è stata sollevata per la prima volta innanzi alla Corte di Cassazione ed è stata considerata ammissibile.

Ciò ha comportato per la parte civile anche la limitazione di un contraddittorio contratto, con tutto ciò che ne consegue.

D'altronde la questione era logica e ben prospettata e quindi, superata la problematica della ammissibilità, è stata correttamente accolta.

Quindi innanzi alla Corte di Cassazione, unica argomentazione residuale sostenibile *a contrariis* in sede di legittimità è stata quella della tacita abrogazione, che sicuramente esprimeva giuridicamente buonsenso ma che avrebbe richiesto uno sforzo di creatività, ovvero superare la soggezione del giudice alla legge sancita dagli artt. 25 e 101 Cost., che la Corte non ha ritenuto di fare, d'altronde in piena coerenza con la essenzialità della succinta motivazione.

La questione costituzionale è stata riproposta anche in sede di rinvio, ma la Corte di Assise di Appello veneziana non ha ritenuto di prenderla in considerazione.

Sul punto occorre per obiettività considerare come il giudizio rescissorio fosse esclusivamente finalizzato alla nuova e più favorevole quantificazione della pena, così come espressamente indicato dalla Cassazione, peraltro con espressa indicazione in punto di dosimetria.

Tuttavia, proprio questa limitatezza del rinvio non avrebbe precluso alla Corte veneziana la possibilità di vagliare diversamente e favorevolmente accogliere la questione di costituzionalità, afferente proprio alla misura della pena.

Ma, in ogni caso, sarebbe stata dirimente la impossibilità della dedotta questione di incidere in concreto nel giudizio in cui è stata sollevata.

Come abbiamo già detto, anche una declaratoria di incostituzionalità avrebbe dovuto soggiacere al principio della successione delle leggi nel tempo.

La originaria formulazione dell'art. 577 c.p. è rimasta immutata nel codice penale per oltre trentasei anni dalla modifica del diritto di famiglia e, all'atto della commissione del delitto, era vigente.

E, sul punto, la parte civile ha dovuto rassegnarsi.

Impossibile appellarsi a ragioni di uguaglianza o ad istanze di garanzia “endopenalistiche”, in questo quadro complessivo non è consentito valutare il mancato accoglimento come una limitazione dei diritti della vittima.

7. La ferita aperta ovvero conclusioni autobiografiche

Ho più volte utilizzato questa espressione, ma non esagero quando parlo di una “ferita aperta” che, sulla base del quadro complessivamente esposto, resterà tra i ricordi più marcati di tutta la mia esperienza professionale.

Non giovano la “postuma” serenità sul lavoro effettuato e neppure la constatazione che “ad impossibilia nemo tenetur”.

Ed è anche superfluo ribadire che questa sensazione non è conseguenza (superfluo anche scriverlo) di una battaglia di scarso interesse giuridico e/o morale sulla quantificazione della pena o sulla durata della detenzione, perché con la toga addosso il “fine pena mai” è un concetto che ti mette i brividi anche se sei parte civile.

La “ferita aperta” è, piuttosto, la sensazione di aver lottato contro un inestricabile ginepraio di piana esecuzione di principi di diritto, condizionati dalla inadeguatezza e dalla sciatteria del legislatore, a fronte del quale unica arma, peraltro poco potente, è stata la tesi della tacita abrogazione.

Come detto, questa antinomia è stata ormai superata, almeno normativamente, con il cd “Codice Rosso”.

Ho già trattato la questione e lanciato, sul punto, il sassolino delle mie umilissime critiche. Ma una sentenza di questo genere sarà certo conforme all’applicazione del rito, ma non potrà mai definirsi una sentenza “giusta”.

Per alcuni una decisione può essere giusta e nel contempo apparire ingiusta ad altri.

Ma tutto deve ruotare attorno alla valutazione del Giudice in base ai percorsi normativi disposti dal Legislatore.

Uccidere il figlio appena nato è psicologicamente differente che ucciderlo quando vi è stata una lunga convivenza e si sono intrecciati legami derivanti anche dalla comunanza di vita. E questo era stato differenziato già nel codice Zanardelli con la previsione dell’infanticidio e riportato nel codice Rocco nella fattispecie differente dell’art. 578 c.p.

Ma ci sono volute matasse di pelo sullo stomaco nel doversi arrendere a fronte del permanere nel diritto penale vigente di una differenziazione espulsa dal diritto positivo sin dal 1983 e constatare che tale decisione è stata corretta.

La speranza è che nessun difensore debba in futuro patire una analoga frustrazione di rabbiosa impotenza.

A questo sincero auspicio deve però, contestualmente, coniugarsi la amara constatazione che, attualmente, alla furia iconoclasta sui principi garantisti del codice di rito non corrisponda una adeguata sensibilità sul diritto sostanziale: non basta limitarsi ad aumentare le pene quando piuttosto si dovrebbe coordinare il meccanismo di sanzione/precepto con la concretezza della stretta contingenza della attualità.

Ma se è vero che “tempus regit actum”, non possiamo che auspicarci a stretto giro un migliore “tempus” futuro di efficienza, preparazione e garantismo.

Avv. Giuseppe Campanelli

La vittima vulnerabile:
inquadramento normativo, definizione e ruolo dell'esperto.

L'attenzione alla vittima è in crescita da vari decenni a livello internazionale e, più recentemente, ha evidenziato importanti cambiamenti nei modi e nella qualità attraverso cui le vittime vengono prese in considerazione nelle leggi e nelle prassi giudiziarie e istituzionali.

Un processo analogo si è verificato anche in Italia negli ultimi quindici anni. Basti pensare alle numerose innovazioni normative che il legislatore ha introdotto a tutela della vittima; ad esempio nel processo penale minorile, attraverso lo strumento della mediazione penale (art.28 D.P.R. 448/88)¹; ma soprattutto nel contesto degli abusi sessuali, attraverso lo strumento dell'audizione protetta (art.141 L. n.66/96)², così pure per quanto concerne la pedopornografia, lo sfruttamento sessuale e la tratta dei minori (L. n. 269/98)³, la legge n. 172 de 2012 (con l'introduzione della figura dello psicologo e del neuropsichiatra infantile per l'ascolto del minore testimone), la ratifica del Trattato di Istanbul (L. n. 27/13) sulla violenza contro le donne come reato contro l'umanità, la recente legge n. 69/19 (il cosiddetto Codice Rosso, che impone al P.M. un intervento tempestivo in caso di violenza contro le donne), solo per citarne alcune.

Tali innovazioni legislative hanno recepito in parte le numerose risoluzioni ed indicazioni provenienti dagli organismi della Comunità Europea e della Nazioni Unite che sostengono lo sviluppo di una cultura della vittima quale soggetto attivo, portatore di diritti particolari; quale quello ad essere ascoltata in modo competente, in ogni fase e grado del processo giudiziario e penale (Risoluzione Consiglio d'Europa n. 99 del '99) e il diritto ad essere tutelata dalla giustizia e dalla società

La Risoluzione del Parlamento europeo A5-0126 del 2000 sulle "Vittime di reati nell'Unione Europea" pone l'attenzione su alcuni rilevanti criteri definitivi per l'intervento a livello giuridico e giudiziario. A questo proposito: 1) viene richiesta "una definizione

¹ Pisapia, Antonucci, 1998; De Leo, Volpini, Miozzi, 2000; De Leo, Volpini, 2003.

² De Leo, 1996; Dèttore, Fuligni, 1999.

³ Pastore 1999; Censis, 2000.

uniforme e concordata del termine vittima in tutta l'Unione Europea, quale “presupposto per garantire la giustizia” (lett. B); 2) sottolinea che “alcune categorie sociali, quali donne, bambini, anziani, migranti, omosessuali e minoranze in genere rischiano maggiormente di essere vittime di reati” (lett. C); 3) ribadisce “la necessità di adottare misure in materia di prevenzione, di assistenza alle vittime, di possibilità per le vittime di agire in un procedimento penale” e di essere “risarcite, informate ecc.” (lett. E); 4) sostiene che “le misure di protezione delle vittime nel corso di un procedimento penale possono basarsi sull'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni” (lett. I); e che si possono eliminare “gli ostacoli al corretto svolgimento dei provvedimenti civili, promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabile agli Stati Membri” (lett. J).

La stessa Risoluzione mette in evidenza il concetto di “duplice danno” per la vittima; da una parte in quanto soggetto che ha subito un reato, dall'altra come vittima di un sistema che non la tutela adeguatamente (lett. D c.2); sottolinea anche il ruolo dello “scambio delle migliori prassi”, per ridurre il numero delle vittime attraverso un'attenta valutazione dei rischi legati alla sicurezza urbana e promuovendo politiche di prevenzione (lett. D c.3); ritiene necessarie che si sviluppino iniziative basate “sull'elaborazione di norme minime per la protezione delle vittime” (lett. D c.5.1.); chiede alla Commissione Europea (art.6) iniziative per: 1) il riconoscimento della condizione di vittime anche ai familiari o alle persone a carico delle vittime e ai testimoni; 2) l'assistenza materiale, medica, psicologica e sociale necessaria da parte del governo, dei volontari, dei servizi locali o dei privati; 3) la realizzazione di corsi di formazione e di campagne informative per le forze di polizia, per i magistrati inquirenti, per le autorità giudiziarie e il personale dei servizi pubblici interessati; 5) fornire informazioni alle vittime nella loro lingua madre sui loro diritti quanto ai servizi sanitari, alla sicurezza sociale e alle altre forme di assistenza a loro disposizione e creazione di canali e strutture informative di facile accesso; 6) la costituzione di strutture intese a informare le vittime sui loro diritti e a metterle in condizione di essere informate su ciascuna fase del procedimento e del loro ruolo nel medesimo; 7) l'obbligo di videoregistrare l'interrogatorio di minori, per evitare che questi ultimi siano costretti ad affrontare più di una volta tale esperienza traumatica; 8) la creazione di una rete europea

di fondi per il risarcimento delle vittime della criminalità, incluso il terrorismo. Infine, sollecita a prestare un'attenzione particolare alla necessità di provvedere alla formazione delle forze di polizia e della magistratura e invita alla creazione di un sistema coordinato europeo di programmi di servizi a disposizione delle vittime per l'assistenza legale, psicologica (art.7).

Anche uno dei Paesi Membri dell'Unione ha legiferato in materia attraverso lo "*Youth Justice and Criminal Evidence Act*" del 1999 che recepisce e sintetizza parte della normativa europea, dando una definizione dei criteri per la tutela della vittima intesa come vittima vulnerabile o vittima intimidita.

Per questa particolare condizione, viene sottolineata la necessità: di un'identificazione pratica; di misure di protezione; di un ruolo della polizia focalizzato sui "bisogni del testimone"; di metodi di interrogatorio appropriati; di misure di supporto durante la fase investigativa, pre-processuale, processuale e successiva al processo; della creazione di un servizio di sostegno dei "testimoni vulnerabili".

Com'è evidente la parola chiave attraverso la quale vengono giustificate e promossi questi importanti cambiamenti è "vulnerabile", riferito in generale alla "vittima" ed in particolare alla "vittima testimone": tale vulnerabilità è ancora oggetto di un lavoro più preciso e analitico di definizione per poter essere diffuso e accettato in termini più vasti, articolati ed efficaci.

Essa ha almeno due fondamentali valenze: la prima come vulnerabilità preesistente al crimine, legata alle caratteristiche psicofisiche e psicosociali di chi risulta maggiormente esposto al reato per età (minori, anziani), per sesso (donne, omosessuali), condizioni fisiche (handicappati), condizioni mentali (presenza di problemi psicopatologici o psichiatrici), culturali (migranti, minoranze in genere); la seconda come vulnerabilità conseguente al reato, ai danni che ne derivano e alle difficoltà e rischi specifici legati alle procedure investigative, giudiziarie, comprese quelle relative ai riti processuali più severi, come il contraddittorio, l'esame e il controesame dei testimoni.

Lo studio degli strumenti idonei e efficaci di intervento con le vittime del crimine, rappresenta un filone di ricerca e di ricerca-intervento in ambito psicologico-giuridico che si è particolarmente incrementato in questi anni.

Un primo obiettivo è quello senz'altro di costruire e/o testare strumenti in grado di interrogare la vittima adulta e minorenni favorendo la ricostruzione del fatto nel modo più ampio e attendibile, attraverso l'uso di specifici strumenti scientifici di intervista e di valutazione della testimonianza, che abbiano consistenza e validità accettabili secondo i criteri propri della giustizia.

Le vittime vulnerabili atipiche costituiscono una categoria di persone da individuare in concreto sulla base delle indicazioni fornite dall'art. 90 *quater* c.p.p. che fornisce gli indici sintomatici e rivelatori della condizione di vulnerabilità.

La norma opera altresì un richiamo alle ipotesi in cui il fatto sia commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo anche internazionale o di tratta di esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, se la persona offesa è effettivamente psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato.

E' necessaria una valutazione individualizzata caso per caso, a partire dalla domanda giudiziaria della norma e da uno stato di vulnerabilità innanzi tutto da un punto di vista psicosociale.

Il ruolo dell'esperto è quello di supportare il P.M. nella definizione della vulnerabilità atipica soggettiva.

A questo livello sarebbe utile poter definire un quesito standard condiviso dai diversi attori processuali: Procura, Tribunale, avvocatura ed esperti. Il quesito potrebbe mirare ad accertare: "se e quali siano le caratteristiche individuali e relazionali della vittima che la pongono in una condizione di vulnerabilità atipica e se la vittima sia capace di testimoniare".

La finalità è quella della ricostruzione del profilo psicologico della vittima:

- 1) ricostruzione anamnesi personale sia biografica che clinica, rispetto al suo stato di salute mentale;
- 2) valutazione psicodiagnostica;
- 3) valutazione del rapporto con il presunto autore del reato in riferimento allo stato di soggezione e dipendenza: ci sono peraltro specifiche caratteristiche funzionali rispetto alla personalità dipendente;

4) ricostruzione del fatto: analisi dell'azione deviante comunicativa: comportamento osservabile, cognizioni consapevoli, significati sociali.

E' importante ricordare il ruolo della Carta di Noto (di cui la sottoscritta è uno degli estensori), nel fornire strumenti e metodi.

Per la valutazione della capacità a testimoniare è utile distinguere la capacità generica e capacità specifica, laddove la vittima venga valutata come vulnerabile.

A tal proposito la carta di Noto all'art. 16 chiede che questa valutazione debba avvenire prima dell'ascolto del soggetto in incidente probatorio.

La valutazione della capacità generica consiste dell'analisi della suggestionabilità, della memoria autobiografica, della personalità.

Per la valutazione della capacità specifica è fondamentale analizzare il contesto all'interno del quale è emersa la denuncia e se la vittima sia stata sottoposta ad un contesto familiare e/o di ascolto suggestivo.

Altra raccomandazione è che l'esperto che proceda alla valutazione della capacità a testimoniare, sia diverso da quello che ascolti il teste in incidente probatorio (art. 7 della Carta).

Per l'ascolto è utile procedere con mnemotecniche per evitare inquinamento della prova testimoniale, astenendosi dalle domande suggestive, ma soprattutto non introducendo nell'intervista temi e argomenti che la vittima non ha trattato.

Risulta fondamentale la specializzazione degli esperti che applichino soprattutto i protocolli esistenti per questo tipo di vittime.

Anche l'intervento degli operatori sociali, delle forze dell'ordine e della giustizia, risulta strategico per ridurre le conseguenze post-traumatiche da stress derivate da un crimine, o per evitare la vittimizzazione secondaria dovuta a metodi che non tengono sufficientemente in considerazione gli aspetti psicologici della vittima.

Molto importante è la possibilità di sviluppare percorsi di intervento a supporto delle vittime, potenziando competenze ed attenzione alla vittima, sin dai primi momenti della vittimizzazione, durante il processo penale e, successivamente a questo, fornendo ascolto competente, informazioni e una rete di servizi in grado di accogliere la vittima con le sue diverse esigenze, indirizzandola verso forme efficaci di intervento.

Ciò richiede, evidentemente, un profondo e sistematico adeguamento delle competenze professionali e “di sistema” ai cambiamenti via via più specifici e “sensibili” delle norme nazionali e internazionali e, soprattutto, all’emergere dei nuovi bisogni e problemi nel complesso rapporto tra reato, vittime e giustizia.

Il che significa rendere più specifiche e mirate le competenze delle forze dell’ordine in merito agli strumenti e alle strategie di accoglienza, di ascolto, di comunicazione e di *problem-solving* verso le vittime, ma anche di attivazione e di mantenimento delle reti interistituzionali e interprofessionali che a qualunque livello entrano in contatto con le vittime.

Si tratta di incoraggiare lo sviluppo di agenzie pubbliche e di privato sociale perché si occupino delle vittime in genere attraverso, fra l’altro, una più qualificata attività di consulenza giuridica, psicologica ed eventualmente, quando esistono le condizioni per farlo, un intervento di mediazione tra le parti.

C’è poi un obiettivo fondamentale che riguarda la prevenzione del crimine attraverso le vittime potenziali, ovvero i cittadini che possono avere una funzione rilevante di segnalazione di situazioni di rischio, di promozione di progetti di sicurezza e di legalità in un’ottica di prevenzione del crimine⁴ e possono essere supportati a sviluppare un livello di *empowerment* e di sicurezza percepita in grado di fronteggiare con strategie efficaci - quali ad esempio il potenziamento della capacità anticipatoria - il rischio di poter subire un reato o un danno.

In conclusione, confrontarsi con le sfide della vulnerabilità della vittima del reato significa:

a) attuare continue verifiche sull’adeguatezza e la sensibilità delle leggi rispetto al problema, con la disponibilità a modificarle - si assiste infatti oggi ad uno scarto tra l’evoluzione delle norme nazionali ed internazionali, i sistemi operativi e le prassi; b) soprattutto generare una nuova cultura e una vasta progettualità formativa per produrre e riprodurre le competenze e i sistemi di intervento necessari per rispondere alle nuove domande di servizio che stanno emergendo; c) infine, sviluppare nuove forme di comunicazione sociale per incidere sui tenaci stereotipi e pregiudizi che caratterizzano l’immagine della

⁴ De Leo, Malagoli Togliatti, 2000

vittima nella cultura di massa e nel senso comune, perché è questo potente nucleo di rappresentazioni diffuse e implicite che alimenta continuamente, a tutti i livelli, atteggiamenti e comportamenti disfunzionali, dannosi, ambivalenti nei confronti di chi subisce reati e vittimizzazioni.

Bibliografia

A.A. La Carta di noto (2017) versione IV.

De Leo G., (1996); Psicologia della responsabilità, Laterza, Roma.

De Leo G., Malagoli Togliatti M.,(2000) Il rischio della delinquenza e la sua prevenzione, in (a cura di) G.V. Caprara, A.Fonzi “L’età sospesa”. Giunti, Firenze.

De Leo G., Volpini L., Miozzi V., (2000); La vittima nella giustizia penale minorile: dall’esperienza del reato all’interazione con il processo. Una ricerca presso il tribunale per i minorenni di Roma, in Rassegna Italiana di Criminologia, Anno XI, Fasc.3/4, (pp.387-406).

De Leo G., Volpini L., (2003); E’ possibile pensare ad una mediazione per la famiglia e tra le istituzioni nell’interesse del minore?, in Mediores, N.2, (pp.25-37).

Dèttore D., FuligniC., (1999) L’abuso sessuale sui minori, McGraw-Hill, Milano.

Camerini G.B., Gulotta G. (2014) Le linee guida nazionali per l’ascolto del minore. Giuffrè, Milano.

Pastore F., (1999) L’azione Internazionale per la lotta al traffico di persone: tendenze e problemi, In Pastore F.; Romani P.; Sciortino G., “L’Italia nel sistema internazionale del traffico di persone”, Commissione Per Le Politiche Di Integrazione Degli Immigrati.

Pisapia G.V., Antonucci D., (a cura di), (1998); La Sfida della Mediazione, CEDAM, Padova.

Rapporto Censis (2000), Contro la tratta degli esseri umani, Editalia, Roma.

Dott.ssa Laura Volpini

Psicologa Giuridica e Forense. Criminologa e Psicoterapeuta.

Perito e Consulente. Docente presso “La Sapienza” Università di Roma

Dalla legittima difesa alla difesa legittima della vittima vulnerabile:
un caso pratico

Indice: 1. Introduzione 2. Analisi della nuova legittima difesa 3. Brevi considerazioni in ottica comunitaria 4. Plausibili declinazioni dell'istituto 5. Un caso particolare di sovente ricorrenza

1. Introduzione

Come noto, con la legge n. 36 del 2019 il legislatore è intervenuto modificando l'art. 52 del codice penale che disciplina la legittima difesa del soggetto che agisce per tutelare la propria o l'altrui incolumità psicofisica in caso di aggressione, con particolare riferimento alle ipotesi di aggressioni nell'ambito domiciliare.

A ben vedere è proprio la protezione del domicilio del cittadino e con esso della proprietà privata che ha scatenato il dibattito intorno a questa parziale riforma, la quale, pur non mutando gli aspetti principali dell'istituto, presenta delle questioni potenzialmente problematiche, sia in relazione all'orientamento della Consulta, che della Giurisprudenza della CEDU, soprattutto per l'ambiguità della nuova formulazione letterale del comma 2 dell'art. 52 c.p.

Alcuni aspetti della riforma, infatti, aprono a letture ed orientamenti confliggenti: vi è chi, per esempio, da un lato rileva come la *ratio* della norma sia rimasta pressoché invariata e chi, giudicando eccessivamente punitivo il tenore della riforma, si preoccupa della sua armonizzazione con il diritto comunitario.

Innanzitutto, ad una prima lettura, si nota come le modifiche apportate all'art. 52, comma 2, c.p. hanno come conseguenza materiale un inasprimento del trattamento sanzionatorio di alcune figure delittuose: per la violazione di domicilio, la rapina e il furto in abitazione, invero, sono previste delle pene più severe e un innalzamento del minimo edittale.

Per quanto riguarda la violazione di domicilio, poi, non aggravata, disciplinata dall'art. 614, comma 1, c.p., c'è un innalzamento sia del minimo che del massimo edittale, che prevede la reclusione da uno a quattro anni.

All'art 628 c.p., con riguardo alla fattispecie delittuosa della rapina, aumenta il minimo edittale da quattro a cinque anni per la rapina semplice e da cinque a sei anni per l'ipotesi aggravata; infine, per il furto in abitazione *ex art. 624 bis c.p.* la precedente pena che prevedeva la reclusione da tre a sei anni viene innalzata da quattro a sette anni, mentre per l'ipotesi aggravata di cui al comma terzo c'è un inasprimento del minimo edittale in cinque anni, mentre il massimo edittale rimane a dieci anni¹.

Tuttavia, il *punctum pruriens* della modifica legislativa in commento è l'aver aggiunto, al secondo comma dell'art. 52 c.p. che, come noto, disciplina l'istituto della legittima difesa, l'avverbio “*sempre*”, decretando che il rapporto di proporzione tra l'aggressione e la reazione di difesa sussisterebbe appunto a prescindere dall'accertamento in concreto della proporzionalità tra offesa e difesa, nonché tra gli strumenti per procurare l'una o l'altra.

Già le proposte legislative precedenti all'odierna riforma avevano tracciato la strada per una diversa concezione dell'istituto giuridico, tentando di sostituire l'espressione “legittima difesa”, con quello di diritto di difesa e preannunciando una modifica senza dubbio dalla parte della vittima, la quale, in questo particolare frangente, pur diventando potenzialmente autore di un delitto a tutti gli effetti, viene legittimato ad esercitare un potere di azione normalmente attribuito dallo Stato per mezzo degli agenti di Pubblica Sicurezza per tutelare la propria o l'altrui incolumità.

2. Analisi della nuova legittima difesa

Segnatamente, se l'aggressione si consuma con la violenza o la minaccia di uso di armi o altri mezzi atti ad offendere o se si verifica in determinati luoghi, come quelli destinati all'abitazione o al lavoro, il soggetto è legittimato a difendere la propria incolumità, quella dei soggetti presenti nel domicilio e anche i propri beni materiali, utilizzando un'arma legittimamente detenuta o altro oggetto idoneo.

L'elemento che giustifica e sul quale si basa questo rapporto di proporzionalità tra la condotta offensiva e la tutela del domicilio emerge dalla parziale modifica dell'art. 55

¹ Gazzetta Ufficiale, l. 26 aprile 2019, n.36, art. 4,5,6.

c.p. che statuisce come criterio “*il grave turbamento derivato dalla situazione di pericolo in atto*”. Il pericolo, come nella formulazione precedente, deve essere attuale e concreto; non solo, si deve comunque presentare, come si evince dal testo della lettera del Presidente Mattarella che ha accompagnato il 26 aprile 2019 la promulgazione della Novella sulla legittima difesa, il carattere della necessità. L’interpretazione suggerita, dunque, poggia su un fondamento costituzionale che riconferma la *ratio* della legittima difesa, cioè la necessità di difendersi da un pericolo concreto e attuale, anche quando metta a rischio la vita del soggetto all’interno del proprio domicilio.

L’intervento del Presidente della Repubblica poc’anzi accennato, con il palese intento di limitare la portata della modifica legislativa mediante una sua lettura costituzionalmente orientata, riconferma il fondamento della esimente e delinea il tipo di interpretazione consona all’istituto, che nulla ha a che vedere con la discrezionalità del giudice in sede di analisi delle circostanze del fatto².

Nonostante alcuni commentatori abbiano posto l’attenzione sull’inasprimento delle pene e sulla spinta punitiva alla base della proposta di modifica, rimangono fermi, a prescindere dai proclami politici di dimensione populistica, i principali punti cardine dell’istituto; i presupposti di un’eventuale scusante, invero, sottostanno al principio di legalità e devono essere accertati dal giudice investito nel caso concreto.

Permane, altresì, l’applicabilità dell’eccesso colposo *ex art. 55 c.p.* ma la modifica legislativa in discussione prevede un’esclusione della punibilità secondo i parametri ordinari di valutazione; ciò che rileva, in sede di giudizio, non è lo spostamento del confine della legittimità dell’azione difensiva, ma la responsabilità penale del soggetto. Una difesa è legittima in costanza dei requisiti della necessità e del concreto ed attuale pericolo, che costituiscono ragione e limite di elisione dell’antigiuridicità della condotta violenta; vi è, in tal senso, alla lettera, una sorta di rafforzamento della presunzione di proporzionalità tra difesa e offesa, che nella realtà giudiziaria, in verità, non modifica di un millimetro lo sforzo d’interpretazione, di accertamento e motivazione dell’autorità giudiziaria.

² www.quirinale.it, Lettera del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella inviata ai Presidenti del Senato, della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri

La nuova formulazione della tutela all'interno del domicilio prevede un'accezione estensiva di quest'ultimo - ricomprendendo anche il luogo in cui un soggetto svolge la propria attività lavorativa - un'esclusione della responsabilità penale e, infine, un alleggerimento del procedimento penale a carico del soggetto autore³. La responsabilità penale del soggetto coinvolto in questa fattispecie, una volta accertata la legittimità della condotta difensiva e la presenza reale di un turbamento psicologico, viene elisa dalla presenza della scusante in commento.

Vale la pena, ora, approfondire brevemente uno dei punti più discussi della riforma, che riguarda il sopramenzionato "grave turbamento". Esso consta in quello stato psicologico di paura, ansia, terrore, nel quale deve trovarsi un soggetto per poter attuare una difesa che sia poi considerata legittima. La giurisprudenza della Consulta propone una lettura restrittiva anche di questo concetto, talvolta difficilmente individuabile. A partire da una sentenza riguardante il reato di *stalking*, sono state precisate alcune caratteristiche riconducibili allo stato di grave turbamento, che aiutano nell'interpretazione dell'art. 55, comma 2, c.p.: *"trattandosi di eventi che riguardano la sfera emotiva e psicologica, essi debbono essere accertati attraverso un'accurata osservazione di segni e indizi comportamentali, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell'agente, che denotino una apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima"*⁴.

Un caso emblematico, che addirittura può considerarsi l'input che portò alla modifica della normativa in questione, è quello che riguarda Angelo Peveri, il quale tentò di uccidere un ladro di gasolio, sparandogli a bruciapelo dopo avergli sbattuto a terra la testa numerose volte e ferendo il suo complice; l'uomo fu condannato per tentato omicidio e lesioni, dal momento che non fu ritenuto sussistente nel caso il requisito della proporzionalità (i due ladri non erano armati) e fu giudicata eccessivamente aggressiva la reazione. Nonostante l'odierna modifica operi, giusto il principio del *favor*

³ G. Gatta, Diritto Penale Contemporaneo, La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento, 1 aprile 2019

⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 172 del 2014, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 612 bis c.p., per l'asserito contrasto con il principio di determinatezza di espressioni quali "perdurante e grave stato di ansia e di paura" e "fondato timore per l'incolumità"

rei, retroattivamente, la Cassazione ha confermato le condanne dei gradi precedenti, non ravvisando alcuna scriminante in grado di giustificare il Peveri⁵.

Questo caso di cronaca, assieme a molti altri, se dal punto di vista mediatico aveva aperto la strada verso una riforma di carattere punitivo nei confronti dell'aggressore, dal punto di vista strettamente giuridico-interpretativo riconferma i criteri di valutazione del caso concreto di cui il giudice deve tenere conto in sede di responsabilità penale; secondo la giurisprudenza di legittimità, quindi, il grave turbamento creato dalla violazione del domicilio non può essere il presupposto per una reazione sproporzionalmente violenta e durante il procedimento penale il giudice ha il dovere di esaminare, oltre che le modalità del singolo episodio in sé considerato, tutti gli elementi fattuali antecedenti all'azione, anche in relazione a quelli che possano aver avuto concreta incidenza sull'insorgere dell'erroneo convincimento di dover difendere sé o altri da un'ingiusta aggressione⁶.

3. Brevi considerazioni in ottica comunitaria

Se dal punto di vista formale non sono evidenti i mutamenti dell'istituto, eccezion fatta per la scelta di utilizzare l'avverbio “sempre”, il quale pone delle problematiche a livello concettuale ed interpretativo in ogni ambito giuridico, non possono essere trascurate le problematiche, di ordine più generale, sollevate rispetto all'orientamento della giurisprudenza delle Corte di Strasburgo, con particolare riferimento all'art. 2, comma 2, lett. a) Cedu⁷.

⁵ G. Aimi, M. Pisa, www.repubblica.it, “Caso Peveri”, 27 febbraio 2019.

⁶ Cfr. Sez. 4, Sentenza n. 24084 del 28/02/2018 Ud. (dep. 29/05/2018) Rv. 273401; In senso conforme Sez. 1, Sentenza n. 3148 del 19/02/2013 Ud. (dep. 23/01/2014) Rv. 258408; Sez. 1, Sentenza n. 13370 del 05/03/2013 Ud. (dep. 21/03/2013) Rv. 255268, la giurisprudenza ha puntualizzato come nella ponderazione degli elementi a disposizione del Giudice non possano avere ingresso gli stati d'animo e i timori personali, di conseguenza non dovrebbe presentarsi la pericolosa ipotesi di un'interpretazione troppo approssimativa del cosiddetto “grave turbamento”.

⁷ Così, art. 2 C.E.D.U. “*Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario: (a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; (b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; (c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione*”.

Il diritto alla vita, posto come principio cardine dell'ordinamento, riguarda l'essere umano in generale -anche se reo- e deve essere tutelato in ogni ordinamento democratico.

Così come ribadito nella sentenza "*Mastromatteo contro Italia*", nella quale si aggiunge, al punto 67, che l'obbligo dello Stato va al di là del suo dovere primario di garantire il diritto alla vita, introducendo efficaci disposizioni di diritto penale per dissuadere la commissione di reati contro la persona e poggiando su di un meccanismo di applicazione della legge diretto alla prevenzione e alla repressione delle violazioni di tali disposizioni; e al punto 89 la Corte ribadisce che gli obblighi positivi stabiliti nella prima frase dell'articolo 2, comma 2, lett. a) della Convenzione esigono implicitamente anche il fatto che si debba creare un sistema giudiziario efficiente ed indipendente che consenta di stabilire la causa di un omicidio e di punire i colpevoli.

Il nostro ordinamento, adottando questa riforma, in realtà, si pone in linea con altri ordinamenti comunitari, come quello tedesco, nel quale il requisito della proporzionalità è un dato implicito, o come quello francese, che è stato di ispirazione alla modifica ad oggi in essere.

La giurisprudenza comunitaria, tuttavia, continua ad insistere sulla rigida applicazione dei principi alla base della legittima difesa: la proporzionalità tra offesa e difesa, l'assoluta necessità dell'uso della forza e, soprattutto, la salvaguardia del diritto alla vita. Lo Stato, inteso in quest'ottica, dovrà sempre operare un bilanciamento orientato a tutelare il diritto alla vita e all'incolumità psicofisica del soggetto, anche qualora questo ponesse una condotta antigiuridica.

4. Plausibili declinazioni dell'istituto

Un aspetto che potrebbe essere in grado di dare una lettura inedita della "nuova" legittima difesa riguarda l'ambito dei maltrattamenti in famiglia e delle violenze perpetrate ai danni dei soggetti vulnerabili in genere, spesso messe in atto in ambito domestico o comunque familiare. Il soggetto che agisce per difendere la propria e l'altrui incolumità, minate da un familiare o convivente, esercita a pieno quel diritto enunciato dall'art. 52 del codice penale⁷.

Nell'ipotesi da ultimo accennata, la vittima di maltrattamenti o di violenza privata o altro delitto contro la persona in una situazione, appunto, di grave turbamento che si manifesta, come sopra specificato, in uno stato di ansia, panico, terrore concreto e attuale, in sede di giudizio, potrà godere, pertanto, dell'applicazione della scusante suddetta, quando vi sia proporzionalità tra offesa e difesa. Ciò può accadere quando si reagisce con strumenti domestici, come un coltello da cucina ad esempio, immediatamente reperibili nella casa abitata dallo stesso nucleo familiare. Si obietterà a tale inedita interpretazione che, nell'ipotesi accennata, lo stesso aggressore, alla lettera del comma secondo dell'art. 52 c.p. da ultimo novellato, è "*..legittimamente..*" presente, tuttavia, tanto non vale, evidentemente, a disconoscere alla vittima di violenze domestiche una signoria assoluta in alcuni luoghi della medesima abitazione e di conseguenza uno *ius excludendi alios* in alcune pertinenze della stessa, che renderebbe illegittima l'intrusione dello stesso convivente che ivi si intrattiene perpetrando delitti. Quanto sopra enunciato, a voler evidenziare taluni effetti salvifici della riforma, probabilmente imprevisi dallo stesso legislatore riformatore ove il domicilio, da luogo di protezione e sicurezza per antonomasia, diventa addirittura un posto pericoloso per la propria incolumità psicofisica, ove si legittima una tutela rafforzata allo *ius defendendi* di quei soggetti deboli che trovano la forza per reagire. Così, anche fuori dai confini nazionali⁸, le Istituzioni si sono mobilitate per sollecitare un intervento legislativo che in maniera organica si appresti a garantire tutela alle vittime vulnerabili, che oltre alla vita rischiano di perdere, altresì, la propria libertà personale.

⁸ Nel 2016 una donna francese condannata a dieci anni per omicidio, Jacqueline Sauvage, uscì di prigione dopo aver ottenuto la grazia dall'allora presidente François Hollande. Sauvage si trovava in carcere dal 3 dicembre 2015: tre anni prima aveva ucciso il marito Norbert Marot, dopo che, durante i 47 anni di convivenza, lei e le sue figlie avevano subito violenze e abusi sessuali. Sauvage era stata condannata per omicidio e non le era stata riconosciuta la legittima difesa, perché tra l'ultima aggressione ricevuta e la sua reazione era passato qualche minuto. Il suo caso aveva tuttavia portato a un grandissimo dibattito in Francia e alla richiesta di modificare il codice penale e ridiscutere cosa si intenda per "legittima difesa". Nel settembre 2019, la deputata Marine Brenier (Les Républicains) ha presentato una proposta di legge – che deve ancora iniziare il suo iter parlamentare – per introdurre nel codice penale francese «una presunzione di legittima difesa in caso di violenza domestica» che – come per altri casi specifici – implica l'inversione dell'onere della prova.

Altro caso, stavolta di un regime giuridico di common law ove nel 2012, all'interno di una revisione generale della definizione di legittima difesa, il Canada ha deciso di includere l'esperienza delle donne vittime di violenza.

Non sfugge, in conclusione, all'attenzione del lettore, che nelle pieghe della riforma in narrativa vi sia la tensione, se non l'intenzione, di voler mettere sullo stesso piatto della bilancia due beni giuridici che hanno pesi specifici ben distinguibili, ovverosia la vita e l'incolumità individuale con la proprietà privata, nella misura in cui il *locus commissi delicti*, laddove sia domicilio o posto di lavoro, varrebbe a scriminare *ipso facto* l'azione violenta, quando ciò non è compatibile con i valori del nostro ordinamento giuridico, per ragioni tanto ovvie che non occorre evidenziare ulteriormente, almeno sin quando rimarrà in vigore la nostra Carta Costituzionale.

5. Un caso particolare di sovente ricorrenza

Partendo dall'analisi di un caso giudiziario realmente trattato, si vuol far cenno a quel fenomeno antropologico, sociale, culturale, psicoanalitico, oltre che giuridico naturalmente che, nella concomitante interazione di diversi fattori, pone la vittima, la parte fragile di un rapporto, il soggetto vulnerabile, innanzi alla scelta di capitolare passivamente di fronte ad un male ingiusto ed aberrante per sé o per i suoi discendenti od ascendenti, nell'assenza dei necessari presidi preventivi di pubblica sicurezza, prima ancora che giudiziari, ovvero, molto più spontaneamente e nell'immediatezza, difendersi con ogni propria energia vitale.

Dal punto di vista giuridico il tema di disamina è evidentemente quello delle scriminanti della responsabilità penale, già oggetto di approfondimento nei paragrafi precedenti, in quelle fattispecie in cui l'autore dell'azione criminosa potenzialmente scriminata, si

Nel maggio del 1990, la Corte Suprema del paese assolse Angélique Lyn Lavallée, che nel 1986 aveva ucciso il compagno violento mentre lui le dava le spalle e stava per uscire dalla stanza, situazione che metteva in discussione i criteri di attualità, proporzionalità e necessità. Sul corpo di lei c'erano ematomi e ferite e negli anni della loro relazione lei era stata più volte in ospedale per le conseguenze della violenza subita. Dopo lo sparo, le prime parole di Lavallée mentre veniva portata via dalla polizia furono: «Mi ha detto che se non lo avessi ucciso, mi avrebbe ucciso lui...mi ha detto che mi avrebbe uccisa quando gli ospiti se ne sarebbero andati».

Durante il processo di primo grado, l'assoluzione si era basata sulla testimonianza di uno psichiatra esperto di violenza di genere che aveva descritto il meccanismo degli abusi domestici e che aveva riconosciuto in Lavallée la "sindrome da donna maltrattata". La richiesta di un processo di appello si basava proprio sul fatto che senza la testimonianza dello psichiatra e il riconoscimento della "sindrome da donna maltrattata", la giuria non avrebbe accettato l'argomento della legittima difesa. Ma la giudice Bertha Wilson, pronunciando la sentenza unanime della Corte Suprema, confermò il giudizio di assoluzione modificando, di fatto, l'interpretazione della legittima difesa.

muove in un contesto di grave degrado familiare, ove anche il disagio sociale, culturale ed umano dei protagonisti della vicenda conduce inesorabilmente a deprecabili capitolazioni, tuttavia non sempre evitabili altrimenti, in assenza di strumenti efficaci di prevenzione.

In particolare, il caso prende le mosse dalla condotta gravemente violenta, persecutoria e minatoria nei confronti di due donne da parte del convivente di queste, compagno della madre di colei che poi, come di qui a breve vedremo, verrà incriminata per una grave azione delittuosa - 56, 575 c.p.- ai danni dell'uomo, attinto da un fendente potenzialmente mortale.

Nel descrivere l'antefatto immediatamente antecedente il caso trattato, merita osservarsi come, per l'intero arco temporale della giornata precedente l'episodio culminante, l'asserita vittima del procedimento penale incardinato inizialmente, in uno stato di accertata intossicazione da assunzione di bevande alcoliche, procurava lesioni personali refertate alla propria convivente, umiliava la medesima con sputi ed epiteti gravemente lesivi della dignità personale, minacciando con un grosso coltello da cucina sia l'una che l'altra donna, madre e figlia, quest'ultima giovanissima, che veniva anche privata del proprio telefono mobile ed insieme con esso della facoltà di comunicare con il mondo esterno, la quale attonita ed in preda al panico assisteva spaventata a morte ed impotente in un angolo della casa alla scena, reiterata, di sua madre vittima della furia del proprio compagno.

La giovane ragazza, poco più che ventenne, la quale sferrava un fendente potenzialmente mortale all'altezza dell'emitorace destro (provocando, tra l'altro, uno pneumotorace) del compagno della madre, veniva arrestata e sottoposta a misura cautelare intramuraria, con l'imputazione provvisoria di tentato omicidio, per aver posto in essere atti idonei tesi in maniera non equivoca a cagionare la morte dell'uomo. Tuttavia in tale sede non interessa analizzare specificamente la causalità dell'azione difensiva e/o lesiva rispetto al comportamento circoscritto scatenante dell'uomo, quanto piuttosto vagliare il contesto ambientale in cui tale evento si sia concretizzato, mostrando come il fatto delittuoso originariamente contestato sia stato solo una conseguente reazione, giustificata, nonostante i gravissimi esiti, anche dalla situazione

socio-familiare contingente, oltre che dal temperamento violento del soggetto poi neutralizzato dal colpo di coltello.

Ciò che si intende sottolineare è come in casi dal genere, meno infrequenti di quanto l'opinione pubblica già non dica, la ricorrenza della causa di giustificazione della legittima difesa, a limite putativa come anche presupposto dal Giudicante delle Indagini Preliminari procedente nel caso di specie, imponga l'applicazione del comma secondo dell'art. 273 c.p.p., in quanto “... *il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione* ...”, e meno evanescente di quanto in altri casi sarebbe possibile dire, ergo già nitidamente accertabile sul piano giudiziario in tutti i suoi requisiti, fattuali e psichici. In particolare, si ricorda, il comma quarto dell'art. 59 del c.p., recita “... *se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo* ...”, di talché, tali cause di giustificazione dovranno essere valutate a favore dell'agente come se esistessero realmente.

Ragionevolmente, pertanto, la punibilità, in tal caso, dovrà essere esclusa, secondo le opinioni maggiormente diffuse in Dottrina ed in Giurisprudenza, in relazione all'assenza di dolo in capo al soggetto agente, “... *che non può ravvisarsi in capo a chi erri in ordine alla presenza degli elementi costitutivi di una scriminante* ...”⁹.

Inoltre, come noto, la norma in esame è comunemente ritenuta simmetrica rispetto a quella dell'art. 47 comma 1 c.p., proprio in quanto, in ambedue le ipotesi non sussistono gli estremi dell'elemento psicologico doloso¹⁰ dove si precisa che “...*una parte minoritaria della dottrina, nel solco di un orientamento diffuso nell'ambito della dottrina tedesca, sostiene che l'errore*

⁹ Così in: (Così, in LATTANZI-LUPO – codice penale – rassegna di giurisprudenza e di dottrina – pp. 649; per un approfondimento, sui rapporti tra dolo e scriminante si veda il contributo di A. CAVALIERE, L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica, JOVENE, 2000, 505 ss.).

¹⁰ Così, tra i tanti, sui rapporti tra dolo e scriminanti v. Marinucci, in fatto e scriminanti, cit., 1242 ss.; cfr. De Vero, in Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1998, 773 ss., spec. 809 ss.; Cavaliere, Già cit., in L'errore sulle scriminanti, 505 ss. Fiandaca-Musco, in Diritto penale – Parte Generale, p. 230 e ss.,

*sulle scriminanti non incida sul dolo del fatto, che rimarrebbe integro, ma determinerebbe un errore sull'illiceità valutabile autonomamente nell'ambito della colpevolezza...*¹¹.

In altri termini e calando le deduzioni giuridiche nel caso di specie, alcun rimprovero, in termini di colpevolezza, potrà essere mosso nei riguardi di una giovane ragazza investita da una serie di accadimenti sconvolgenti, la quale agiva per legittima difesa, a limite putativa.

In particolare, agli occhi della ragazza accusata di tentato omicidio, ma anche a quelli di un attento osservatore esterno o di un lettore interessato, la reazione ipotizzata, che come abbiamo sin qui scritto è stata, comunque, quella di proteggere se stessa e la mamma, appariva innanzitutto necessaria per salvaguardare il bene giuridico posto in pericolo, ovvero la propria e/o l'altrui integrità psico-fisica, in quel momento attentata da un uomo violento che la sovrastava anche fisicamente.

L'autrice dell'asserito delitto contestato, dinanzi all'alternativa tra reagire al male minacciato e/o presunto e subire, non ha potuto evitare il pericolo se non reagendo¹² e, quindi, senza voler arrecare lesioni di alcun tipo al suo antagonista ed al sol fine di guadagnare la fuga.

Ancora, in episodi di siffatta guisa, quando l'autore del delitto contestato, agisce sulla base di presupposti di fatto¹³ inequivocabili, che la inducano ragionevolmente a ritenere di essere caduta vittima di una aggressione, in base ad elementi idonei a far percepire a chiunque una situazione di gravissimo pericolo, effettivamente in atto, per la propria e l'altrui incolumità, non potrà dubitarsi che l'*animus* dell'agente, non sarà *necandi*, ma *defendendi*.

Tale intenzionalità veniva altresì confermata dall'esperto della difesa che, nel caso di specie, nel ricostruire gli elementi utili nella determinazione della criminogenesi e della

¹¹ Secondo quest'ultima impostazione vedi anche Santamaria, in Lineamenti, 87 e ss; Fiore, in Diritto Penale, Parte Generale, I, Napoli, 1993, 415 ss; Donini, in Illecito e Colpevolezza, 524 e ss.)

¹² Vedi, in tal senso, CASS. Pen., del 18 aprile 1977, in Riv. Pen., 1977, 833.

¹³ Si veda, sul punto, FIANDACA-MUSCO, in Diritto Penale, Parte Generale, p. 231 e ss., ove si specificano i criteri secondo i quali la giurisprudenza di legittimità ritiene operante la scriminante putativa della legittima difesa, in particolare, ove si riscontrino, come nel caso di specie, i requisiti aggiuntivi dell'errore in cui versò il soggetto agente, della ragionevolezza, della logica giustificazione e della scusabilità in base ai dati di fatto.

criminodinamica del fatto, riferiva, per quanto qui interessa che “... Non c’è dubbio, pertanto, che la ragazza, trovatasi catapultata in una situazione di maltrattamenti psicologici subiti dalla madre inizialmente e successivamente anche da lei - ad opera di un sostanziale sconosciuto – dopo un atteggiamento conciliatore e volto ad evitare qualsiasi scontro, vistasi inerme di fronte alla ingiustificata crescente violenza del *****, abbia potuto reagire per proteggere la propria incolumità e quella della madre ...”, evidenziando nel corpo dell’elaborato di come la c.d. “Sindrome da Maltrattamento”¹⁴ della madre con l’obiettivo vessatorio delle condotte dell’uomo abbiano pressoché ineluttabilmente condotto al grave epilogo.

Da altro angolo visuale, senza velleità di completezza in questa sede, si rammentano i principali indici sintomatici della volontà omicida dell’agente secondo i canoni offerti dal costante orientamento giurisprudenziale di legittimità, ove la valutazione circa l’esistenza o meno dell’*animus necandi* “...è normalmente e prevalentemente affidata alle peculiarità estrinseche dell’azione criminosa...”¹⁵ quali “...il comportamento antecedente e susseguente al reato[a], la natura del mezzo usato[b], le parti del corpo della vittima attinte[c], la reiterazione dei colpi[d], nonché tutti quei dati che, secondo l’id quod plerumque accidit, abbiano un valore sintomatico ...”.

Conclusivamente, nel caso in narrativa, come in diversi altri¹⁶ che si è reputato utile descrivere sommariamente, vi è il paradosso di una violenza di genere sempre più spesso evocata da mass media e talk show, oltre che dalla più diffusa editoria di cronaca nazionale, ove l’aguzzino, il violento, il persecutore e molestatore di donne, realmente tale, capitola, oltre che nella realtà fattuale, travolto dalla sua stessa violenza riflessa e restituita empiricamente da una delle sue vittime, anche sul piano giudiziario, ove, evidentemente, la magistratura requirente chiamata in un primo momento ad istruire un’indagine per tentato omicidio, a poco a poco, dall’attenta disamina dei dati investigativi, non per ultimo attraverso la lettura combinata del punto di vista difensivo, finisce per incriminare l’asserita parte lesa dell’episodio originariamente investigato.

¹⁴ Vedi Baldry 2014, Burgess 2003, Walker 1978.

¹⁵ Così in Cass. Pen, Sez. I[^], n. 26878/2012. In Foro It.

¹⁶ Tra i più recenti, si pensi al Caso SCIAQUATORI, in cui una ragazza per salvare la madre e la nonna accoltellava il padre violento, uccidendolo, ottenendo, ciò non di meno, l’archiviazione della sua posizione dal GIP presso il Tribunale di Tivoli.

Così dall'indagine incardinata per maturare elementi di prova utili a dimostrare in giudizio la configurazione del più grave dei delitti contro la persona previsti dal Codice Penale, seppur mitigato dall'ipotesi attenuata, si è giunti, poi ineccepibilmente, alla contestazione ed alla condanna¹⁷ di primo grado in capo alla presunta vittima del reato poc'anzi menzionato, per il delitto p. e. p. dall'art. 572 c.p. ove è parte lesa, evidentemente, la convivente vittima di tante, gravi e reiterate condotte minatorie, ingiuriose e violente.

6. Riflessioni conclusive

In definitiva, la riforma commentata, ad opinione della più autorevole Dottrina, della Magistratura e dell'Avvocatura nazionali, ancora prima che entrasse in vigore, si mostrava inidonea a scongiurare ciò che prometteva, cioè l'impunibilità *ipso iure* dell'autore di un reato violento se avvenuto all'interno del domicilio, per insuperabili principi, irrinunciabili in uno stato di diritto, prima ancora che per questioni di carattere etico o morale, di cui si è fatto cenno nel corso dell'elaborato. Tuttavia, nel bilanciamento degli interessi di rango comunitario e costituzionale, per la salvaguardia di alcune vittime di taluni reati violenti e/o di genere, determinati istituti di recente introduzione, come la legittima difesa "allargata", meritano una estensione, interpretativa, quantomeno, sino a quando non sia il legislatore ad occuparsene debitamente.

Del resto, giungendo alle considerazioni conclusive ed in prospettiva *de iure condendo*, l'assenza di previsioni normative, di cui si auspica una pronta elaborazione e l'introduzione, atte a garantire una tutela tempestiva da parte dello Stato, rendono le vittime di taluni odiosi reati ancor più vulnerabili dinanzi ai propri aguzzini, tanto disarmate dal punto di vista degli strumenti giuridici e alle volte costrette ad armarsi per difendersi, al sol scopo di guadagnare, non di rado, la sopravvivenza, con l'inevitabile esposizione, di cui sin qui si è dato conto, alla sofferenza, ove non si modulino gli istituti

¹⁷ Vedi Sent. n. 16286/2019 – Tribunale di Roma – I^a Sez. Pen. – Giudice dott.ssa Marisa MOSETTI.

ad oggi a disposizione dell'interprete, con adeguata prospettiva di protezione anticipata dei soggetti deboli.

Avv. Ivano Ragnacci

Atti del convegno **LA FAMIGLIA NEL SISTEMA PENALE – 2 LUGLIO 2020**: *Evoluzione storico culturale e mutamento del modello familiare*, **Avv. Lorian Longo**; *La famiglia nel sistema penale*, **Avv. Denise Varone**; *Il pluralismo dei modelli familiari*, **Avv. Clotilde Pichierri**; *Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale e best interests of the child*, **Dott. Jacopo Burato**; *La maternità surrogata. Profili di rilevanza penale*, **Avv. Margherita Piccardi**

Evoluzione storico culturale e mutamento del modello familiare

La famiglia oggetto delle attuali forme di tutela costituisce la naturale evoluzione della *familia* così come inquadrata nel diritto romano dell'età classica, sopravvissuta, pressochè immutata, per tutto il Medio evo e fino all'età moderna.

Per secoli infatti il diritto di famiglia non ha compiuto particolari progressi, rimanendo immutati gli elementi che avevano contraddistinto la *familia* del diritto romano: *patria potestas* del pater su tutta tutti i componenti la *familia*, assoggettamento totale della moglie, dei figli e degli altri membri, valutati nel loro insieme come beni di cui il pater familias poteva disporre, anche esercitando lo *jus vitae necisque*.

Ebbene, ancora nel codice civile del 1865 sopravvivevano negli articoli 134/137¹ le disposizioni, mutate dal Code Napoleon ² che stabilivano l'incapacità della moglie di donare, acquistare beni, riscuotere capitali, effettuare transazioni o stare in giudizio senza la preventiva autorizzazione del marito.

Su finire del 19° secolo, nel 1883 la Corte di Appello di Torino emetteva una sentenza che veniva confermata dalla Cassazione, con cui si annullava l'iscrizione all'ordine degli avvocati dell'avvocato Lidia Poet ³ con la seguente motivazione:

«La questione sta tutta in vedere se le donne possano o non possano essere ammesse all'esercizio dell'avvoceria (...). Ponderando attentamente la lettera e lo spirito di tutte quelle leggi che possono aver rapporto con la questione in esame, ne risulta evidente esser stato sempre nel concetto del legislatore che l'avvoceria fosse un ufficio esercibile soltanto da maschi e nel quale non dovevano punto immischiarsi le femmine (...). Vale oggi ugualmente come allora valeva, imperocché oggi del pari sarebbe disdicevole e brutto veder le donne discendere nella forense palestra, agitarsi in mezzo allo strepito dei pubblici giudizi, accalorarsi in discussioni che facilmente trasmodano, e nelle quali anche, loro malgrado, potrebbero esser

¹Art. 134: «la moglie non può donare, alienare i beni immobili, sottoporli a ipoteca contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito.»

²Il primo codice civile moderno, opera di una commissione incaricata da Napoleone nel 1800 e pubblicato nel 1804.

³Lidia Poet, nata a Perrero nel 1855, fu la prima donna italiana ad iscriversi ad un Ordine degli avvocati. L'iscrizione fu revocata dalla Corte di Appello di Torino, su istanza del procuratore generale che aveva denunciato il fatto, con pronuncia che divenne definitiva a seguito del rigetto del ricorso per Cassazione, determinando la cancellazione dell'iscrittura dall'albo professionale.

tratte oltre ai limiti che al sesso più gentile si conviene di osservare: costrette talvolta a trattare ex professo argomenti dei quali le buone regole della vita civile interdicono agli stessi uomini di fare motto alla presenza di donne oneste. Considerato che dopo il fin qui detto non occorre nemmeno di accennare al rischio cui andrebbe incontro la serietà dei giudizi se, per non dir d'altro, si vedessero talvolta la toga o il tocco dell'avvocato sovrapposti ad abbigliamenti strani e bizzarri, che non di rado la moda impone alle donne, e ad acconciature non meno bizzarre; come non occorre neppure far cenno del pericolo gravissimo a cui rimarrebbe esposta la magistratura di essere fatta più che mai segno agli strali del sospetto e della calunnia ogni qualvolta la bilancia della giustizia piegasse in favore della parte per la quale ha perorato un'avvocatessa leggiadra (...). Non è questo il momento, né il luogo di impegnarsi in discussioni accademiche, di esaminare se e quanto il progresso dei tempi possa reclamare che la donna sia in tutto eguagliata all'uomo, sicché a lei si dischiuda l'adito a tutte le carriere, a tutti gli uffici che finora sono stati propri soltanto dell'uomo. Di ciò potranno occuparsi i legislatori, di ciò potranno occuparsi le donne, le quali avranno pure a riflettere se sarebbe veramente un progresso e una conquista per loro quello di poter mettersi in concorrenza con gli uomini, di andarsene confuse fra essi, di divenirne le uguali anziché le compagne, siccome la provvidenza le ha destinate»⁴.

Nel 1895 Famiglia Cristiana pubblicava il manifesto ecclesiastico ⁵



L'istituto dell'autorizzazione maritale sopravvisse fino al 1919, quando la legge Sacchi ⁶ sancì la piena capacità giuridica della donna, ammettendola all'esercizio di tutte le professioni e consentendo all'Avvocata Poet di tornare ad esercitare la professione, all'età di 65

⁴Ivana Enrica Pipponzi, La caparbieta e la determinazione di Lidia Poet, la prima donna avvocatessa. In CF 2/2019.

⁵Famiglia Cristiana, 1985.

⁶La legge 1176 del 1919, nota come Legge Sacchi, stabilì la capacità giuridica della donna, abrogando l'autorizzazione maritale, e le consentì l'accesso alle professioni pur negandole l'accesso a posizioni di potere (art. 7).

anni.

Nel 1926, in relazione all'accrescimento del numero di donne che avevano conseguito titoli di studio superiore, veniva emanato un Regio Decreto che riservava il diritto di insegnare ai Licei ai soli uomini, lasciando alle donne la possibilità di insegnare negli Istituti Magistrali⁷.

L'età fascista continuò ad esaltare il valore della famiglia come un nucleo di cui la donna era coprotagonista, ma pur sempre assoggettata alla figura maschile; basti pensare che la tassa sul celibato⁸, istituita nel 1927 per promuovere la formazione di nuove famiglie, venne imposta agli uomini e giammai alle donne, oggetto passivo della scelta maschile.

La tassa era rivolta agli uomini celibi tra i 25 ed i 65 anni di età, modulata in modo da crescere proporzionalmente all'età del celibe, ed i suoi ricavi venivano devoluti all' "Opera nazionale maternità ed infanzia", nata per supportare le "famiglie virtuose" (rectius numerose) che, di converso, ricevevano pubblici riconoscimenti, premi in denaro ed una serie infinita di agevolazioni.

Al contempo la protezione, la valorizzazione e l'educazione dei minori, rispondeva ad un'importante funzione pubblica, assolta per mezzo di organi ed istituti ad hoc, con l'adozione di forme di assistenza ai minori abbandonati e, non ultimo attraverso la famiglia.

Il padre era un "delegato" dello Stato nell'educazione dei figli, futuri soldati, sottoposto dunque ad un ferreo controllo pubblico.

I figli, al pari delle mogli, nel medio evo prima e nell'età moderna poi, avevano avuto un ruolo marginale e funzionale alla realizzazione delle determinazioni del padre.

Sicché, mentre le punizioni corporali erano considerate parte integrante dell'educazione che il padre era

⁷Regio Decreto 2480 del 9 dicembre 1926, art. 11 " Ai concorsi e agli esami di abilitazione sono ammessi indistintamente gli uomini e le donne, fatta eccezione dei concorsi delle classi IV, V (limitatamente ai concorsi per l'istituto tecnico) VI e VII (limitatamente ai concorsi per il liceo classico e il liceo scientifico) di cui all'annessa tabella, che sono riservati agli uomini, e dei concorsi e degli esami di abilitazione per maestra giardiniera negli istituti magistrali, che sono riservati alle donne.

⁸Il 13 febbraio 1927 in Italia entra in vigore la tassa sul celibato, il cui contenuto venne anticipato dalla stampa il 10 febbraio.

"I Celibi pagheranno:

L.35 da 25 a 35 anni

L.50 da 35 a 50 anni

L.25 da 50 a 65 anni

Più un quarto dell'imposta complementare da valutare in base al reddito..."

tenuto ad impartire, i figli di volta in volta venivano mandati a lavorare fin dalla primissima infanzia, sulla spinta della povertà venivano ceduti, indotti all'accattonaggio, talora persino mutilati per suscitare maggiore pietà. Per di più, con l'avvento dell'industrializzazione, iniziò a crescere in modo esponenziale il numero dei bambini e dei neonati abbandonati. Frequentemente venivano lasciati nelle "ruote" dei conventi o delle chiese affinché altri ne avessero cura, ma le cronache del 1800 usualmente parlano di rinvenimenti di neonati morti, la cui sorte non sembrava suscitare un particolare clamore.

Con l'affermarsi dell'ideologia fascista, mutato il concetto di famiglia alla quale si attribuì uno scopo di natura pubblicistica, si pose una particolare attenzione alla tutela dei minori.

Erano ancora molto frequenti il ricorso all'aborto o all'abbandono dei bambini, sia nel caso in cui fossero nati in seguito ad uno stupro, che nell'ipotesi di povertà o di gravidanza indesiderata o persino frutto di una relazione clandestina.

Nel 1925 venne pertanto fondata l'Opera Nazionale Maternità e Infanzia, il cui scopo era assistere e tutelare madri e bambini nati al di fuori di una famiglia allo scopo di ridurre il tasso di mortalità dei figli illegittimi, in un'ottica di crescita demografica finalizzata al raggiungimento degli obiettivi imperiali del fascismo.

La collocazione codicistica di taluni reati nel codice Rocco è sintomatica del mutamento di prospettiva: dalla sezione dei reati contro la persona, in cui li aveva collocati il codice Zanardelli, l'aborto venne ricompreso tra i delitti contro l'identità della stirpe, mentre l'abuso dei mezzi di correzione o i maltrattamenti in famiglia, entrarono a far parte dei delitti contro la famiglia.

In tale contesto politico e socio-culturale il Codice Rocco ripropose alcuni concetti del Codice Zanardelli, da cui scaturirono singolari figure di reato.

Il matrimonio riparatore, previsto all'art. 549 c.p., che estingueva il reato di violenza sessuale, anche compiuta in danno di minorenne, ed il delitto d'onore, previsto all'art. 587 c.p.: «Chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni. Alla stessa pena soggiace chi, nelle dette circostanze, cagiona la morte della persona che sia in illegittima relazione carnale col coniuge, con la figlia o con la sorella».

⁹“Per i delitti preveduti dal capo primo e dall'art. 530, il matrimonio, che l'autore del reato contragga con la persona offesa, estingue il reato, anche riguardo a coloro che sono concorsi nel reato medesimo; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”.

Il 18 maggio 1928 Annibale Mazzone uccide la moglie Carmela Cimarosa, colpevole, a suo giudizio, di averlo tradito con un maestro di musica durante la sua permanenza in America per motivi di lavoro. Il processo si svolge al tribunale di Gerace, nella Locride, nell'arringa conclusiva difensiva, l'avvocato Casalnuovo, principe del foro, si rivolge così ai giudici: *«Il disonore ci sconvolge, ci devasta, ci annienta: ci rende folli ed irresponsabili. C'è da noi come un imperativo categorico più forte di noi: "Se sei tradito, uccidi!". Te lo gridano i tuoi avi da tutti i millenni; te lo gridano i tuoi morti da tutte le fosse; te lo grida la tua gente da tutte le case prossime e lontane. — Uccidi, che ' se no, sei disonorato due volte! Non chiedo di assolvere per una ragione d'onore o di assolvere perchè dovete credere al disonore. Assolvete, noi vi diciamo, come assolvereste dei pazzi. Per aver l'uomo che agisca volontariamente, è necessario trovare in lui libertà e padronanza di volontà: chi è tutto pieno di veleno, ha dentro di sé "il tossico che l'uccide, non la volontà che lo dirige. E chi è senza volontà è senza colpa. Compiangetelo, signori giurati. Compiangetelo ed assolveretelo!»*.¹⁰

L'imputato venne assolto.

Nel 1965 i Beatles suonarono per la prima ed unica volta in Italia. Tennero 3 concerti, Milano, Genova e Roma. Il loro fenomeno era già ampiamente esploso nel mondo, avevano inciso nove 45 giri e quattro album, gli Stati Uniti erano ai loro piedi. In Italia ebbero un'accoglienza talmente tiepida da indurli a non tornare mai più.

Nello stesso anno, all'età di 18 anni, Franca Viola venne rapita ad Alcamo, in provincia di Trapani; rifiutò le nozze riparatrici e denunciò il suo rapitore, Filippo Melodia, in odor di mafia, e i suoi complici. Il caso sconvolse l'opinione pubblica e in particolare quella siciliana: non si era mai vista una "disonorata" sottrarsi al "matrimonio riparatore" violando una consuetudine che dava per scontata la sottomissione delle donne a questo tipo di violenza. Malgrado le intimidazioni e le difficoltà opposte dall'ambiente sociale, Franca Viola non tornò indietro: il processo contro Filippo Melodia e i suoi dodici complici si concluse nel dicembre 1966 con una condanna ad undici anni per lui, cinque assoluzioni e pene minori per gli altri. Sembra impossibile, ma il matrimonio riparatore ed il delitto d'onore sopravvissero alla Costituzione ed alla riforma del diritto di famiglia, e solo la Legge 442 del 1981 li cancellò dal nostro ordinamento¹¹.

¹⁰Il Dubbio News- 1 luglio 2018.

¹¹La Legge 442 del 1981 abrogò la rilevanza penale della causa d'onore.

Nel 1946, durante i lavori dell'assemblea costituente, non poche discussioni vennero dedicate all'art. 29, che stabiliva l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Persino il progressista Piero Calamandrei obiettò che la disparità tra marito e moglie costituiva l'unica garanzia di una buona gestione del nucleo familiare e che, peraltro, la formulazione di tale articolo induceva un concetto di parità in assoluto contrasto con la normativa vigente.

La storia gli diede ragione: di fatto la parità tra i coniugi continuò ad essere una chimera, e solo dopo 10 anni, nel 1956, la Cassazione abolì lo *jus corrigendi* del capofamiglia¹².

Nell'anno 1969, il 20 luglio Neil Armstrong fu il primo uomo a mettere piede sulla luna. Il 18 agosto si tenne a Woodstock il più importante concerto di musica rock della storia, durato tre giorni.

Mentre altrove si vivevano momenti che avrebbero segnato la storia dell'umanità in Italia erano ancora in vigore gli articoli 559 e 560 del codice Rocco, che punivano la moglie adultera ed il correo, mentre per il marito non esisteva il reato di adulterio, ma solo quello di concubinaggio.

Solo nel novembre di quell'anno la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 147, avrebbe evidenziato la disparità di trattamento tra i coniugi e dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli in questione¹³.

¹²Con sentenza del 22 febbraio 1956 la Cassazione elimina il potere del capofamiglia di "educare" anche attraverso la coazione e la violenza fisica la moglie ed i figli.

¹³Corte Costituzionale, sentenza 147 del 27 novembre 1969: "La Corte ha già affermato (sent. n. 126 del 1968) che ai fini del controllo di legittimità costituzionale dei diritti o degli obblighi conferiti o imposti dalla legge al marito ed alla moglie occorre far riferimento non già all'art. 3, ma all'art. 29 della Costituzione, ed ha interpretato quest'ultima disposizione (sentenza n. 127 dello stesso anno) nel senso che la Costituzione direttamente impone che la disciplina giuridica del matrimonio - col solo limite della unità della famiglia - contempli obblighi e diritti eguali per l'uomo e per la donna. Ribadendo questi principi, si deve ritenere che in generale nella regolamentazione dei rapporti tra i coniugi nascenti dal matrimonio è vietato al legislatore di dar rilievo a ragioni di differenziazione diverse da quelle concernenti la predetta unità. Per la materia qui in esame non possono, perciò, spiegare influenza tutte quelle valutazioni che si connettono alla supposta maggior gravità della condotta infedele della moglie od al diverso atteggiamento della società di fronte all'infedeltà dell'uomo e della donna. Tutto il sistema desumibile dagli artt. 559 e 560 del Codice penale - come in occasione del controllo di legittimità costituzionale del reato di adulterio la Corte ebbe già ad osservare - reca l'impronta di un'epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali. Non sta alla Corte verificare se e quali modificazioni in questo campo il nostro tempo abbia portato nella coscienza sociale. Ma è compito indiscutibile della Corte accertare l'insanabile contrasto fra quella disciplina, quale che ne sia stata la giustificazione originaria, ed il sopravvenuto principio costituzionale e dichiarare l'illegittimità di tutte

Il vero colpo fatale al tradizionale concetto di nucleo familiare ed al suo assetto interno si materializzò negli anni settanta, con la promulgazione della Legge 898 del 1970 istitutiva del divorzio, con il naufragio del referendum abrogativo del 1974¹⁴, seguita nel 1975 dal riassetto generale del diritto di famiglia¹⁵ e nel 1978 dalla Legge sull'aborto¹⁶.

Con questi provvedimenti si sciolse il giogo che aveva legato tante donne ad unioni divenute intollerabili, ma inscindibili, e si affrancarono molti minori da situazioni di violenza domestica causati dalla difficile convivenza tra coniugi i cui rapporti erano ormai degenerati, ed il cui legame era ormai costituito unicamente dall'indissolubilità del vincolo coniugale.

Nei rapporti genitori/figli, poi la potestà diventava finalmente parentale, con una piena bititolarità del padre e della madre e un sempre più incisivo interventismo giudiziario. Scompareva il dovere di onorare i genitori, troppo 'sacrale' e autoritario, mentre restava il riferimento a un generico rispetto, che pareva implicare un rapporto paritario e non il nesso gerarchico implicito nell'idea di onore¹⁷.

Ma la strada da compiere era ancora tutta in salita.

La violenza sessuale rimase un reato contro la morale pubblica sino al 1996, quando finalmente venne inclusa tra i delitti contro la persona. Prima della legge 66/1996, che dettava nuove norme per la violenza sessuale, lo stupro era un delitto che non offendeva principalmente la persona, coartandola nella sua libertà, ma ledeva una generica moralità pubblica. Il bene tutelato era non tanto la persona quanto il buon costume sociale, secondo il quale la donna non era libera di disporre di alcuna libertà nel campo sessuale.

Nell'arco del ventesimo secolo si stravolgono dunque irreversibilmente tre dati che erano rimasti pressochè immutati per secoli: il concetto di famiglia, la figura femminile, i diritti dei minori.

quelle disparità di trattamento fra coniugi che non siano giustificate dall'unità familiare: vale a dire dall'unico limite che la Costituzione prevede...".

¹⁴Il 60% circa dei votanti si dichiarò favorevole al mantenimento dell'istituto.

¹⁵La Legge 151 del 1975, ha adeguato ai principi costituzionali l'intero campo del diritto di famiglia, con la piena uguaglianza giuridica dei coniugi nei rapporti personali e patrimoniali, il matrimonio e le cause di invalidità, la separazione dei coniugi, le successioni e la potestà genitoriale.

¹⁶La legge 194 del 1978, nel depenalizzare e regolamentare le interruzioni volontarie di gravidanza, determinò l'abrogazione degli articoli 545 e ss. Codice Rocco.

¹⁷Marco Cavina. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Treccani, il diritto di famiglia.

Un cambiamento tanto epocale ha comportato conseguenze non meno rilevanti, facendo emergere l'incapacità dell'uomo di gestire la perdita di controllo e di dominio atavicamente insite nel ruolo maschile, l'inadeguatezza dell'apparato legislativo, in uno con un'acquisita pretesa di giustizia in campo femminile ed una accresciuta sensibilità verso le esigenze dei minori.

Da qui le importanti innovazioni legislative e giurisprudenziali del 21° secolo, ultima tra tante la Legge 69/2019 “Codice Rosso.”

Molte voci si levano sull'attuale persistente inadeguatezza delle risposte che il sistema offre a quella che, ad oggi, rappresenta ancora un'emergenza.

A fronte di garanzie e tutele senz'altro migliorabili, non si può tuttavia non sottolineare come siano trascorsi meno di 60 anni da quando il grande regista Pietro Germi ironizzava sulla realtà socio/cultural/giudiziaria del nostro paese nel capolavoro “Divorzio all'italiana”.

Il Barone Fefè, nel mettere a punto il piano per liberarsi della moglie si era recato a Palermo dove la Corte d'Assise stava processando Mariannina Terranova, una sua compaesana accusata di aver ucciso il marito adultero.

L'avvocato difensore di Mariannina, nel declamare la sua arringa dinanzi ad un pubblico che gridava *“bene facisti Mariannina”*, dopo aver contestualizzato l'ambiente in cui si era consumato il delitto invoca la benevolenza della Corte descrivendo il viaggio in treno di Mariannina che si recava a compiere il delitto come un *“incubo incessante, dove risuonava il ritmico fragore delle ruote e degli stantuffi alle orecchie deliranti della povera Mariannina Terranova: disonorata, disonorata, disonorata, disonorata, disonorata, disonorata, disonorata, disonorata, disonorata, disonorata.”*¹⁸

Avv. Lorian Longo

¹⁸Pietro Germi, Divorzio all'italiana, 1961

La famiglia nel sistema penale

L'idea di famiglia che ha mosso le scelte originarie dei compilatori del Codice Rocco era ben diversa da quella che si è venuta a declinare nei decenni successivi, mutando di conseguenza le esigenze di tutela penale ad essa connesse.

Nel 1930, in linea con l'ideologia autoritario-statualistica dell'epoca, la famiglia assurgeva ad oggetto di protezione penale secondo una dimensione pubblicistica, che la valorizzava come bene giuridico autonomo ed indipendente dagli interessi propri dei soggetti che la compongono.

L'intento del legislatore era quello di preservare sia i fondamenti morali e giuridici sia le finalità essenziali della famiglia in quanto rappresentatrice del primo nucleo della società e, pertanto, considerata come il centro dell'educazione di un popolo. Ne conseguiva che la sua tutela non era funzionale alla salvaguardia degli interessi dei singoli componenti – i quali ben potevano essere sacrificati - bensì all'autonomo organismo che si occupava della formazione dei futuri cittadini dello Stato.

Tale concezione era emblematicamente rappresentata – fino al non lontano 1981¹ – dalla fattispecie, prevista dall'abrogato art. 544 c.p.², del c.d. matrimonio riparatore che il reo contraeva con la vittima e che operava come causa speciale di estinzione dei reati contro la libertà sessuale – si pensi all'allora violenza carnale³ - finanche a scriminare le condotte di coloro i quali avessero concorso nel medesimo reato. In questo caso, la costituzione stessa di una famiglia permetteva di superare anche l'evidente disvalore sociale di condotte

¹ Legge del 5 agosto 1981 n. 442 “Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore”, GU Serie Generale n. 218 del 10-08-1981.

² Art. 544 c.p. - Causa speciale di estinzione del reato -: “*Per i delitti preveduti dal capo primo e dall'articolo 530, il matrimonio, che l'autore del reato contragga con la persona offesa, estingue il reato, anche riguardo a coloro che sono concorsi nel reato medesimo; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali*”.

³ Art. 519 c.p. – Della violenza carnale -: “*Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia; 3) è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole; 4) è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.*” (Articolo Abrogato con legge 5 febbraio 1996, n. 66).

aberranti e fortemente lesive – moralmente e fisicamente - della persona offesa la quale, in siffatti casi, si ritrovava legata al proprio carnefice.

Numerose altre erano le fattispecie che rispondevano alla medesima idea di famiglia, in cui la tutela di quest'ultima in quanto tale diveniva primaria rispetto agli interessi, ai diritti ed alle libertà dei singoli individui che la componevano: si pensi ai reati – ormai abrogati – di adulterio (art. 559 c.p.)⁴ o di concubinato (560 c.p.)⁵.

Ancora oggi, è possibile rintracciare nel codice penale alcune reminiscenze di una siffatta concezione di famiglia. A tal proposito, particolarmente significativa è la causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p., laddove è previsto che non siano punibili i soggetti che commettono reati contro il patrimonio in danno di congiunti⁶, salvo talune eccezioni. È evidente – anche in questo caso - la supremazia dell'esigenza di protezione dell'istituzione familiare a discapito del singolo componente, il quale, invece, ben potrebbe avere interesse alla punizione del soggetto che attenta al proprio patrimonio, sia anche un familiare; anzi, dall'opposta visuale, proprio tali fatti e condotte sarebbero in grado di testimoniare l'esistenza di una disgregazione familiare e, quindi, la conseguente esigenza di tutela.

La suddetta concezione di famiglia dovrà però fare i conti con le importanti innovazioni legislative extrapenali, che la trasformeranno quasi radicalmente.

Il Codice Rocco, infatti, entrava in vigore sotto la vigenza del Codice Civile del 1865 e, pertanto, i suoi compilatori delineavano le varie fattispecie di reato rifacendosi al modello di famiglia legittima fondata sul matrimonio, in cui, peraltro, il marito ricopriva il ruolo di capofamiglia ed alcun altro legame affettivo extrafamiliare era ritenuto meritevole di tutela.

⁴Art. 559 c.p. – Adulterio -: *“La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. Il delitto è punibile a querela del marito.”*

⁵Art. 560 c.p. – Concubinato -: *“Il marito, che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni. La concubina è punita con la stessa pena. Il delitto è punibile a querela della moglie”.*

⁶Ai sensi dell'art. 649 c.p. sono congiunti: il coniuge non legalmente separato; la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; gli ascendenti, discendenti o affini in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; il fratello o la sorella conviventi.

Tale concezione, sulla quale si basava l'intero Titolo XI del c.p.⁷, si confrontava e scontrava prima con l'idea di famiglia che emergeva dal nuovo Codice Civile del 1942, secondo cui la famiglia diveniva propaggine dello Stato e, solo pochi anni dopo, nel 1948, con i principi costituzionali che ne modificavano radicalmente il disegno, da quel momento ispirato dal principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi⁸ e dalla conseguente introduzione della potestà dei figli.

Un'altra forte "scossa" veniva arrestata con la legge n. 898 del 1970⁹ che, con l'introduzione del divorzio, faceva crollare il pilastro della indissolubilità del matrimonio su cui fino ad allora si era retta l'idea tradizionale di famiglia ed a cui si erano adeguate le esigenze di tutela penale.

Nel 1975, con la legge n. 151, il diritto di famiglia veniva definitivamente riscritto e la normativa civilistica adeguata ai principi costituzionali.

Nonostante il radicale cambiamento della cornice giuridica che riguardava la famiglia, sia nel diritto costituzionale che in quello civile, il legislatore non apportava, invece, alcuna sostanziale modifica al codice penale, tanto che, ad oggi, il Titolo dedicato ai delitti contro la famiglia risulta per molti versi anacronistico. Ciò nonostante, un così mutato contesto normativo, nonché i mutati fattori sociali e culturali, non potevano non determinare delle conseguenze sotto il profilo della tutela penale.

Seppure molte fattispecie restavano - e restano ancora oggi - le medesime, a mutare è stata la concezione stessa di famiglia e con essa l'idea del bene giuridico tutelato. Si è passati dal considerare la famiglia in sé quale oggetto specifico di tutela in quanto istituto di ordine pubblico ed elementare nucleo coniugale e parentale – quindi quale complesso di beni morali e spirituali – al considerare le singole situazioni soggettive dei suoi componenti

⁷Titolo XI c.p. rubricato "Dei delitti contro la famiglia" – artt. da 556 a 574ter -, composto da: Capo I "Dei delitti contro il matrimonio; Capo II "Dei delitti contro la morale familiare"; Capo III "Dei delitti contro lo stato di famiglia"; Capo IV "Dei delitti contro l'assistenza familiare".

⁸Art. 29 Cost.: "*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*".

⁹Legge 1 dicembre 1970, n. 898 (GU N. 306 DEL 03/12/1970) "Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio".

meritevoli di specifica tutela, come complesso di diritti e doveri che la legge pone in capo ad un soggetto in quanto membro di un aggregato familiare.

Dal primato della famiglia sui suoi singoli componenti si è giunti quindi al primato dei singoli membri sulla famiglia, pertanto ad una concezione familiare rinnovata in senso personalistico, in cui la tutela degli interessi ed i diritti dei singoli vengono preposti alla tutela della famiglia in quanto tale. Si è arrivati, dunque, a ritenere che gli effettivi titolari degli interessi protetti dalle norme incriminatrici siano i singoli individui e non la famiglia in quanto tale.

Sotto il profilo pratico, emblema dell'allontanamento da una visione pubblicistica della famiglia è costituito, ad esempio, dalla perseguibilità a querela di parte del delitto di cui all'art. 570 c.p. (come da riforma del 1981¹⁰).

È stata però soprattutto la giurisprudenza – di fronte alla pressoché totale inerzia del legislatore – ad innescare un vero e proprio processo di adeguamento del diritto alla realtà dinamica della famiglia. Un ruolo importantissimo è stato ricoperto dalla Corte Costituzionale¹¹, la quale ha dovuto leggere ed interpretare i mutevoli costumi sociali dichiarando illegittime alcune fattispecie non più conformi al modello di famiglia secondo la coscienza sociale.

Compresa la realtà dicotomica della famiglia, ricostruibile cioè secondo due modelli contrapposti ed antagonisti, quello pubblicistico-istituzionale, ormai minoritario, e quello individual-personalistico, decisamente prevalente, possiamo analizzare la definizione di famiglia nel codice penale.

¹⁰ Legge 24 novembre 1981, n. 689 - Modifiche al sistema penale – che all'art 90 - Modifica dell'art. 570 del codice penale in materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare – stabilisce che “*All'art. 570 del codice penale dopo il secondo comma è inserito il seguente: Il delitto è punibile a querela della persona offesa salvo nei casi previsti dal n. 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal n. 2 del precedente comma*”.

¹¹ Emblematiche, tra le tante, sono le sentenze n. 126 del 19 dicembre 1968 e n. 147 del 3 dicembre 1969 con le quali la Consulta dichiara incostituzionali gli artt. 590 e 560 c.p. ritenendo che “*Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita - più o meno severamente - rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo; mentre il trattamento differenziato in tema di adulterio è rimasto immutato, nonostante che in alcuni stati di avanzata civiltà sia prevalso il principio della non ingerenza del legislatore nella delicata materia*” seppure nel tentativo di garantire primariamente l'unità familiare”.

Va, innanzitutto, rilevato come nella legislazione penalistica, sia codicistica che *extra codicem*, non si rinvenga alcuna norma che detti un'univoca definizione di famiglia in grado di avere una portata generale ed uniforme, tale da renderla indistintamente applicabile a tutte le fattispecie che si riferiscono al consorzio familiare.

Le uniche disposizioni di valenza definitoria generale sono contenute negli articoli 307 e 540 c.p.

L'art. 307 c.p.¹² nel prevedere, tra i delitti contro la personalità dello Stato, il reato di assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, al comma terzo esclude la punibilità per chi commette il fatto descritto al fine di aiutare un prossimo congiunto. Ecco allora che, al comma successivo, l'articolo in commento fornisce un elenco dei prossimi congiunti di portata generale e dunque non circoscritta unicamente a questa fattispecie: ascendenti, discendenti, coniuge, fratelli, sorelle, affini dello stesso grado, zii e nipoti, con la precisazione che andranno espunti dalla cerchia dei prossimi congiunti gli affini quando sia morto il coniuge e non vi sia prole.

L'art. 540 c.p.¹³, anche esso fuori *sedes materiae*, stabilisce – in maniera innovativa ed anticipando interventi legislativi successivi – che la filiazione naturale è equiparata a quella legittima quando questa sia considerata elemento costitutivo o circostanza aggravante o attenuante o causa di non punibilità. Per effetto delle modifiche apportate dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 oggi dalla suddetta norma vengono, invece, equiparate la filiazione fuori dal matrimonio e la filiazione nel matrimonio.

Mutuare dal diritto civile una nozione unitaria di famiglia, che non si rinviene nel diritto penale, pare anch'esso compito effettivamente arduo, per il semplice fatto che tale nozione unitaria non esiste nemmeno nel ristretto ambito civilistico. Le varie norme privatistiche,

¹²Art. 307 c.p. – Assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata –, commi 3 e 4: “Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto. Agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole”.

¹³Art. 540 c.p. – Rapporto di parentela -: “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. Il rapporto di filiazione fuori del matrimonio è stabilito osservando i limiti di prova indicati dalla legge civile, anche se per effetti diversi dall'accertamento dello stato delle persone.

nel determinare di volta in volta diritti ed obblighi derivanti dai rapporti di coniugio, affinità, parentela, etc., delineano, infatti, in modo sempre diverso la conformazione dell'ambito familiare, sicché un rinvio al diritto civile risulterebbe operazione di fatto vana. Questo aspetto, peraltro, rafforza l'idea di una nozione di famiglia autonoma e peculiare nell'ambito penale, nonostante non si possa prescindere dagli esiti privatistici e costituzionali. Si pensi ai prossimi congiunti indicati nell'art. 307 c.p. in cui sono ricompresi rapporti, come quello di coniugio o di discendenza, per la cui interpretazione deve necessariamente farsi ricorso al codice civile.

A fronte della totale assenza di una definizione del concetto di famiglia da parte del legislatore, della difficoltà di individuare il perimetro del bene famiglia, nonché considerata la naturale mutevolezza di tale aggregato, appare superfluo cercare un significato unitario del termine famiglia, in quanto – qualora mai si raggiungesse - non potrebbe valere in assoluto ed in ogni epoca.

Vista inoltre la portata diversa che l'espressione famiglia e quelle ad essa correlate assumono nelle diverse formulazioni normative, in ragione degli scopi di volta in volta perseguiti dal legislatore, non resta che cercare di capire a cosa esattamente questi faccia riferimento nel momento in cui pone delle norme penali a tutela della famiglia o fa discendere effetti giuridici dalla sussistenza di rapporti di natura familiare; in conclusione, dunque, partendo dal dato testuale è necessario di volta in volta individuare quale sia il modello di aggregato familiare sotteso alle singole norme.

Avv. Denise Varone

Il pluralismo dei modelli familiari

Le unioni civili e le unioni di fatto nel codice penale

Indice: 1. Profili generali alla luce della legge n. 76/2016 2. Le unioni civili 3. Le unioni di fatto 3.1. L'art. 384 comma 1 c.p., al vaglio delle SS.UU. 3.2. Le unioni di fatto nell'art. 649 c.p. 3.3. La convivenza intesa come coabitazione ai fini di cui all'art. 572 c.p. 3.4. Aspetti processuali 4. Rettificazione di sesso

1. Profili generali alla luce della legge n. 76/2016

Recita l'art. 29 Cost.: “*La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*”.

La Costituzione, dunque, riconosce l'unica forma di società naturale nella famiglia, intesa come l'intrecciarsi di relazioni affettive durature, stabili e costanti, fondata sul matrimonio. Agevolmente si comprende come oggi, la famiglia così intesa, coesista con forme alternative di aggregazione.

Le spinte propulsive ed innovative sono pervenute, prepotentemente, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, molti anni prima che il nostro Parlamento rispondesse adeguatamente e si uniformasse a quanto accadeva nel resto dell'Europa.

Basti pensare che, da più di un decennio, tra i 47 paesi europei, ben 11 avevano già esteso il “matrimonio” a soggetti dello stesso sesso e 18 avevano istituito le “unioni civili” tra persone “*the same sex*”.

Le nostre Corti Superiori, la Corte Costituzionale¹ e la Suprema Corte di Cassazione, ancor prima della Corte di Strasburgo, avevano evidenziato la necessità di adeguamenti, per vero mal visti da una parte della dottrina, nonché auspicato un intervento del legislatore che ritardava ad arrivare.

Un grave e pesante monito è venuto dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo con la

¹ Corte Cost., sent. n. 138 del 2010, in www.cortecostituzionale.it; Corte cost., sent. n. 170 del 2014, *ivi*.

sentenza del 21 luglio 2015², nel caso “*Oliari e altri c. Italia*”, che ha condannato “Italia per la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, difettando nel nostro ordinamento, la previsione - nonostante i numerosi solleciti - di un istituto giuridico, diverso dal matrimonio, che riconoscesse la relazione tra persone dello stesso sesso³.”

L'Italia, infatti, è stata accusata di essere incorsa in “eccesso di apprezzamento”, inteso nel senso che segue. L'adeguamento della disciplina interna alla CEDU è lasciato alla discrezionalità degli Stati membri, che godono, appunto, di un “margine di apprezzamento” nell'applicazione della Convenzione, al fine di armonizzarla con il diritto interno. Ebbene, l'Italia è stata accusata di un “eccesso di quell'apprezzamento”, nel non aver istituito altre forme di unione giuridicamente riconosciute e fonte di diritti e doveri, a tutela delle unioni diverse dal matrimonio, in totale disarmonia con la maggior parte degli altri Stati membri. L'Italia aveva tre mesi per la presentazione di un eventuale ricorso contro la sentenza *de qua*, alla Grande Camera, ma il Governo, molto opportunamente, ha ritenuto del tutto insensato appellare, nel momento in cui il Parlamento italiano procedeva ad incardinare il disegno di legge sulle Unioni civili, la legge n. 76/2016, c.d. Legge Cirinnà. La legge n. 76/16 opera su due aree, la convivenza di fatto e le relazioni affettive tra persone dello stesso sesso. Se da una parte ha istituito, con effetto costitutivo, le unioni

² Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 21 luglio 2015 - Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11 - *Oliari e altri c. Italia*, su www.giustizia.it. Si segnala la traduzione dei paragrafi della sentenza da 159 a 188, di DE FELICE, in www.articolo29.it.

³ Sentenza *Oliari e altri c. Italia*, cit. “Da quanto sopra consegue che la tutela attualmente disponibile non soltanto appare carente di contenuto, in quanto omette di provvedere per le necessità basilari che sono rilevanti per una coppia in una relazione stabile e duratura, ma è anche non sufficientemente stabile - dipende dalla coabitazione, come anche dall'atteggiamento del giudice o talvolta dell'autorità amministrativa nel contesto di un Paese che non è vincolato dal sistema del precedente giudiziario180. La Corte nota che in Italia alla necessità di riconoscere e tutelare tale relazione è stato dato un alto profilo dalle supreme autorità giudiziarie inclusa la Corte costituzionale e la Corte di cassazione. Si fa in particolare riferimento alla sentenza della Corte costituzionale numero 138 del 2010 nella causa dei due primi ricorrenti, le conclusioni della quale furono ribadite in una serie di decisioni successive negli anni seguenti (v. alcuni esempi al paragrafo 45 *supra*). In tali casi la Corte Costituzionale ha ripetutamente ed esplicitamente invocato il riconoscimento giuridico dei diritti e dei doveri relativi alle coppie omosessuali (v., *inter alia*, il paragrafo 16 *supra*), una misura che potrebbe essere adottata solo dal Parlamento. La Corte ritiene che questa ripetuta scelta del legislatore di non tener conto delle pronunce della Corte costituzionale o delle raccomandazioni alla coerenza con la Costituzione, potenzialmente indebolisce le responsabilità del potere giudiziario e lascia le persone interessate in una situazione di incertezza giuridica che deve essere presa in considerazione”.

civili tra persone dello stesso sesso, con diritti e obblighi propri, dall'altra, per le coppie di fatto, si è limitata ad una funzione meramente descrittiva e definitoria.

2. Le unioni civili

L' art. 1 comma 20 della legge n. 76/16 – c.d. clausola di adeguamento automatico - ha dato la stura alla codificazione delle unioni *same sex*, estendendo le disposizioni normative che si riferiscono al matrimonio - e contenenti la parola “coniuge”, “coniugi”, o termini equivalenti - alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, con l'effetto di una equiparazione integrale agli obblighi, diritti e doveri tra coniugi⁴. Su questo punto sono emerse criticità per il difficile coordinamento tra la clausola di adeguamento automatico di cui all'art. 1 comma 20 della Legge n. 76/2016 e le norme penali, queste ultime rette dal principio tassatività e determinatezza.

Stante lo sbarramento operato dall'art. 14 delle preleggi, si è infatti posto il problema dell'efficacia della disposizione *de qua* all'interno del codice penale, atteso che la clausola di coordinamento è espressamente limitata agli effetti, civili, amministrativi, tributari, giuslavoristici.

Il legislatore, pertanto, ha provveduto ad utilizzare la delega riconosciuta al Governo dal comma 28 dell'art. 1 della legge n. 76/2016, in riferimento al coordinamento delle norme penali sostanziali con le costituite unioni civili. Attraverso il d.lgs. n. 6/2017, il coordinamento del diritto penale con l'istituto delle unioni civili è così avvenuto grazie all'introduzione dell'art. 574 *ter* c.p. ed alla modifica dell'art. 307 comma 4 c.p.⁵,

⁴ Le parti dell'unione civile – che possono stabilire di assumere un cognome comune, scegliendolo tra i loro – acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri; hanno l'obbligo della reciproca assistenza materiale e morale e della coabitazione; sono tenute, ciascuna in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, a contribuire ai bisogni comuni; concordano tra loro l'indirizzo della «vita familiare» e fissano la residenza comune; definiscono tra di loro il regime patrimoniale che, in assenza di diversa convenzione, è costituito dalla comunione dei beni. In via di principio – e con alcune significative esclusioni, a partire dalla disciplina in materia di adozione – la *ratio* della legge Cirinnà è di operare un riconoscimento di effetti ad ampio raggio – all'interno della coppia e nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i terzi in genere – che colloca le unioni civili in posizione sostanzialmente equiparata al matrimonio.

⁵ In linea con quanto già disposto con la Direttiva n. 849/2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini del riciclaggio per il quale è da accogliere il concetto di familiari ampio “coniuge o persona equiparata”.

arricchendo ed ampliando la nozione di prossimo congiunto, comprensiva dei concetti di unione civile, *same sex*.

Con l'inserimento dell'art. 574 *ter* c.p., le unioni civili vengono riconosciute a pieno titolo in ambito penale, nelle cause di non punibilità, nelle circostanze aggravanti ed attenuanti previste per i coniugi, superando ogni impedimento o limite derivante dal divieto di analogia e dal ricorso all'interpretazione estensiva.

La modifica della definizione di cui all'art. 307 comma 4, c.p., come si legge nella Relazione al D. Lgs n. 7/16, inevitabilmente si riflette su quelle disposizioni penali in cui ricorre il concetto di "prossimo congiunto".

Nella parte generale del codice penale, i diritti e obblighi giuridici nascenti dalle unioni civili integrano una nuova posizione di garanzia (ex art. 40 cpv. c.p.), al pari di quella riconosciuta ai coniugi, ai sensi dell'art. 143 c.c., con le conseguenze che ne discendono, in termini di responsabilità, sotto il profilo del nesso eziologico tra condotte ed evento e dell'elemento psicologico che le sorregge.

Numerose sono, altresì, le ripercussioni nella parte speciale del codice penale. Si estendono, infatti, alle unioni civili, rispettivamente, le previsioni di cui agli artt. 323 c.p., stante l'obbligo di astensione per il pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, in presenza di un prossimo congiunto (obbligo non esteso al convivente), 386, comma 3, c.p. con diminuzione di pena se a commettere il fatto è un prossimo congiunto (beneficio non esteso al convivente) e 390 c.p. (che richiama l'art. 386, sopra citato). Nonché agli artt. 270, comma 3, 558, 576, 577, comma 2, 583-*bis*, 585, 597, comma 3, (con preclusione per i conviventi), 600, 602 *ter*, comma 6, e 605, comma 2, c.p.

E l'incidenza, per gli effetti *in bonam partem* può cogliersi nelle circostanze attenuanti per la procurata evasione, ex art. 386, comma 4, c.p. e per la procurata inosservanza di pene o misure di sicurezza ex artt. 390, comma 2 e 391, comma 1, c.p. Come pure per la scusante relativa ai delitti contro l'amministrazione della giustizia di cui all'art. 384 c.p. (preclusa al convivente). E, ancora, per le cause di non punibilità relative ai fatti di assistenza ai partecipi di cospirazione o banda armata, o agli associati per delinquere, ex artt. 307, comma 3, e 418, comma 3, c.p.

Sono, peraltro, configurabili, nei confronti delle "unioni civili" i delitti di bigamia, ex art.

556 c.p. e di induzione al matrimonio mediante inganno ex art. 558 c.p. - recentemente introdotto dal Codice Rosso. Nonché le aggravanti previste in caso di omicidio (art. 577, comma 2, c.p., richiamato, per le lesioni personali, le mutilazioni genitali femminili e l'omicidio preterintenzionale dall'art. 585 c.p.), di abbandono di persone minori o incapaci (art. 591, comma 4, c.p.), di violenza sessuale e *stalking* (art. 609 *ter*, comma 5 *quater* e 612, comma 2, c.p.), di prostituzione minorile, pornografia minorile, riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 *ter*, comma 6, c.p.); sequestro di persona (art. 605, comma 2, c.p. - da cui sono esclusi, invece, i conviventi). E devono ritenersi estese alle unioni civili, alla luce del dato testuale, le cause di incompatibilità di cui agli artt. 35 e 36 c.p.p. (precluse, invece, i conviventi).

Il reato di bigamia si immuta così in bigamia propria quando:

- 1) una persona legata da matrimonio costituisce una unione civile tra persone dello stesso sesso,
- 2) una persona legata da una unione civile tra persone dello stesso sesso contrae un matrimonio,
- 3) una persona legata da unione civile costituisce altra unione civile.

Si configura, invece, la bigamia impropria laddove una persona, non vincolata da un matrimonio o da una unione civile, costituisca una unione civile con una persona che ha, in precedenza, formato altra unione civile.

La nuova disciplina del reato di bigamia trova applicazione anche nelle unioni celebrate all'estero ed aventi effetto in Italia. La necessità/opportunità di ampliare la previsione del reato di bigamia trova, d'altra parte, conferma in ambito sovranazionale, in cui si è operata una estensione applicativa a tali rapporti della corrispondente fattispecie incriminatrice. È il caso, in Germania, del § 172 StGB, modificato nel 2015 (*Doppelehe; doppelte Lebenspartnerschaft* «Doppio matrimonio; doppia unione civile») e, in Svizzera, dell'art. 215 del codice penale («*Matrimonio o unione civile registrata plurimi*»).

La Relazione illustrativa al d.lgs. n. 7/2016 riconosce anche l'applicazione del comma 2 dell'art. 649 c.p. nel caso in cui l'unione civile si sciogla. La legge n. 76/2016 non disciplina lo “scioglimento contenzioso” dell'unione civile, limitandosi ad una dichiarazione, anche disgiunta, innanzi all'Ufficio dello Stato Civile. Orbene, il suddetto comma 2 dell'art. 649

c.p. prevede la procedibilità a querela di parte nel caso in cui i reati contro il patrimonio siano commessi nei confronti del coniuge legalmente separato. Nel caso di richiesta unilaterale di cessazione degli effetti dell'unione civile e prima che lo scioglimento sia stato pronunciato, la parte resistente, può avvalersi della causa di non punibilità di cui al comma 1 dell'art. 649 c.p. Di contro, la parte ricorrente, prima che lo scioglimento sia dichiarato, è soggetta alla procedibilità a querela di parte, al pari di quanto accade tra coniugi legalmente separati.

In ambito processuale, la clausola di adeguamento di cui all'art. 1, comma 20, Legge n. 76/2016 opera direttamente, svincolata da qualsivoglia divieto di interpretazione analogica, intervenendo sull'art. 199 comma 3 c.p.p., estendendo la facoltà di astensione dalla deposizione testimoniale ai fatti appresi in costanza di unione civile, nei limiti ivi previsti.

3. Le unioni di fatto

La legge Cirinnà non ha dato alla convivenza *more uxorio* la medesima attenzione prestata alle unioni civili. C'è chi in proposito ha rilevato come altrimenti non si poteva fare, in quanto si è voluto lasciar liberi i soggetti di vivere “liberamente insieme”, “di scegliersi ogni giorno”, di “revocare il consenso in ogni momento”, rispettando la loro volontà⁶ di sottrarsi ad obblighi giuridici, non formalizzando alcuna unione. La legge n. 76/2016, non

⁶MERLI, *Note introduttive al tema: “La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio”*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 5/17. Probabilmente è proprio a tutela di tale diritto che si può spiegare la scelta del legislatore del maggio 2016 di non regolamentare le convivenze di fatto “in senso stretto”, vale a dire le convivenze omosessuali non celebrate e quelle omo o eterosessuali non registrate, in relazione alle quali non sorgono per i conviventi né diritti né doveri reciproci. Una scelta condivisibile perché, lasciando alle parti la facoltà di non accedere a tali istituti (senza che si possa così individuare una carenza normativa nella tutela e/o nella disciplina delle convivenze di fatto), valorizza l'autonomia dei singoli nel rapporto di coppia non legalizzato, sia per gli aspetti della loro vita personale che per quelli di carattere patrimoniale. Che non esclude, però, la necessità, quanto alla parificazione del convivente al coniuge, di una disciplina in campo penale per ogni forma di convivenza non matrimoniale diversa dalla famiglia fondata sull'unione civile. La stessa previsione, da parte della legge in commento, di alcuni effetti giuridici delle «convivenze di fatto» (registrate), che, a differenza di altri effetti, che si verificano automaticamente, per espressa scelta del legislatore, si producono non *ex lege* bensì per volontà delle parti attraverso la sottoscrizione di un contratto di convivenza, che disciplina i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune e alla sua cessazione (comma 50 della legge), pare elaborata proprio per assicurare ai conviventi di fatto, omo o eterosessuali – rimarcandone la diversità, rispettivamente, dalle parti dell'unione civile e dai coniugi – uno spazio di libertà nel quale l'autonomia privata possa liberamente esplicarsi. Cfr. MERLI, *op. cit.*, 92.

a caso, non fa sorgere diritti e obblighi dalla convivenza di fatto, limitandosi ad un compito definitorio⁷ e delineando alcuni profili di matrice civilistica⁸.

A differenza della disciplina delle unioni civili, per le quali la legge n. 76/2016 costituisce vincoli, obblighi, doveri, diritti, reciproci, che rientrano nel cono d'ombra dell'art. 40, comma 2, c.p., non è così in tema di convivenza⁹. Il d.lgs. n. 7/2016 è legge di coordinamento solo ed esclusivamente delle unioni civili e non fa alcun riferimento alla convivenza di fatto.

In ambito penale, l'unico ampliamento normativo è previsto nell'art. 1, comma 38 della legge n. 76/2016, in base al quale *“i conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'Ordinamento Penitenziario”*. Il richiamo è alla legge n. 354/75 ed al relativo regolamento di esecuzione D.P.R. n. 230/2000 reg. o.p.

Per vero, l'Ordinamento Penitenziario aveva già parificato, a diversi effetti, i diritti del convivente a quelli del coniuge. È così, ad esempio, per quanto riguarda i colloqui (art. 37 o.p.), anche in caso di sorveglianza speciale (art. 14 *quater* o.p.) e nel contesto del regime

⁷ Art. 1 comma 36: *“Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”*.

Comma 37: *“Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223”*.

Comma 38: *“I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario.*

Comma 39: *“In caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate, previste per i coniugi e i familiari”*.

Comma 40. *“Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati”*.

⁸ Il riconoscimento riguarda diversi ambiti e, in particolare, quelli dell'assistenza sanitaria, della casa e del lavoro. In particolare, quanto all'assistenza sanitaria, in caso di malattia e di ricovero la l. n. 76/2016 prevede non solo il diritto reciproco di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali, secondo le stesse regole previste per i coniugi e i familiari, ma si spinge ben oltre, attribuendo a ciascun convivente la facoltà di designare l'altro convivente quale rappresentante per le decisioni in materia di salute – in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere – e per la donazione degli organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie, in caso di morte. Quanto ai rapporti tra i conviventi, la legge stessa ha infine previsto la possibilità di regolare i rapporti patrimoniali attraverso un “contratto di convivenza”.

⁹ GATTA G.L., *Unioni civili: profili penalistici della riforma*, in Treccani, Il Libro dell'Anno del diritto 2017, secondo il quale: *“È vero che si potrebbe pensare che la legge Cirinnà, nel definire le convivenze di fatto, abbia riconosciuto, in capo ai conviventi, un reciproco obbligo di assistenza materiale e morale, analogo a quello che grava sui coniugi, rilevante ex art. 40, co. 2, c.p.; senonché a noi pare che ciò debba escludersi, limitandosi l'art. 1, co. 36, a fotografare una situazione di fatto (l'esistenza, appunto, tra i conviventi, di un reciproco vincolo di assistenza materiale e morale) e non a imporre un corrispondente obbligo giuridico.”*

del c.d. carcere duro (art. 41 *bis* o.p.), la corrispondenza telefonica (art. 39 o.p.), i permessi al detenuto/a per far visita al coniuge o convivente in imminente pericolo di vita o, comunque, in casi di particolare gravità (art. 30 o.p.), ovvero affetto da grave disabilità (art. 21 *ter* o.p.), l'invio di parte del peculio da parte del detenuto (art. 25 o.p.; art. 57 reg. o.p.). L'efficacia innovativa della citata disposizione di cui all'art. 1 comma 38 della l. n. 76/2016, sembra, a conti fatti, limitata all'art. 57 o.p., che estende la legittimazione per la richiesta di alcune misure alternative alla detenzione¹⁰ (affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, liberazione anticipata) ai prossimi congiunti del condannato, compreso, pertanto, il coniuge, a mente dell'art. 307, comma 4, c.p. e ora, per l'appunto, il convivente di fatto, ai sensi dell'art. 1, comma 38, della legge n. 76/16.

Promette, invece, di avere una significativa ricaduta penalistica, in tema di consenso nell'attività medicochirurgica e di scelte di fine-vita, la disposizione della l. n. 76/2016 che consente, ove la malattia comporti l'incapacità di intendere e di volere, di designare l'altro convivente come proprio rappresentante per le decisioni in materia di salute, donazione organi, fine vita, con poteri pieni o limitati. Previsione molto criticata per il fatto che il legislatore ha riconosciuto tali facoltà, espressamente, per i conviventi, allorquando per i coniugi non esiste in alcuna disposizione di legge.

La legge Cirinnà lascia alla libera volontà dei conviventi la possibilità di registrare la convivenza presso l'Ufficio dello Stato Civile. La registrazione non è un elemento costitutivo del rapporto di fatto, ma uno strumento privilegiato di prova dello stato di convivenza.

Per l'accertamento della stabile convivenza, *prima facie*, si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lett. b) del comma 1 dell'art. 13 del regolamento di cui al D.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

L'effetto pragmatico è quello di dare esistenza giuridica alla convivenza, con la conseguenza che la registrazione costituisce una prova privilegiata di una realtà fattuale, facilmente aggredibile tramite testimonianze di segno contrario. La registrazione consente inoltre di accedere, sempre su base volontaria, ai vari patti di convivenza previsti dalla

¹⁰ GATTA G.L., *op. cit.*

novella.

Si è così frantumata la disciplina della convivenza in tre diverse fattispecie: la convivenza di “mero” fatto, la convivenza registrata e all’interno di quest’ultima la convivenza contrattualizzata. Nel diritto penale esiste, solo, una convivenza ed è la convivenza *more uxorio* senza distinzioni, sul piano sistematico, tra convivenza registrata e non, ovvero convivenza libera, convivenza contrattualizzata.

La violazione da parte dei conviventi di quei patti di convivenza non potranno mai rientrare tra i delitti di cui agli artt. 570 e 570-*bis* c.p., in quanto il vincolo reciproco tra i conviventi ha natura convenzionale, non coperto da una norma giuridica. Sicché, il prezzo pagato dall’intero ordinamento per garantire quel “liberi di scegliersi ogni giorno” è una importante disomogeneità e vuoto normativo in ambito penale.

A titolo esemplificativo: nel reato di sequestro di persona di cui all'art. 605, comma 2, n. 1 c.p., in cui è prevista l’aggravante nel caso in cui la vittima sia il coniuge (o l'unito civilmente) e non anche il convivente; nel favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione commessi dal marito (legge L. 75/58 art. 3 e 4), in cui non è prevista la figura del convivente; nell'abbandono di persone incapaci di cui all’art. 591 c.p., dove al comma 2, si prevede l’aggravante se il reato è commesso nei confronti del solo coniuge e non anche quando ne è vittima la parte convivente.

Rispetto alle fattispecie di cui all’art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare), o all’ art. 570*bis* c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio) (vd. d.Lgs. 1.3.2018, n. 21), qualsiasi tentativo di estensione alla violazione dei patti di convivenza è destinato a fallire. La violazione, infatti, può essere commessa solo dai soggetti su cui gravano obblighi normativamente previsti. I vincoli tra conviventi, omo ed etero, non derivano *ex lege*, bensì da un atto di volontà, sempre ed in ogni momento revocabile.

Orientamento, questo, che si fonda sul dato costituzionale, riconducendo, rispettivamente, le unioni di fatto agli artt. 2 e 3 Cost e la famiglia all'art. 29 Cost. Il che ha consentito, a parte della dottrina, di sostenere la ragionevolezza di una disciplina disomogenea.

Specificamente, l’art. 570*bis* c.p., che ha abrogato l’art. 12-*sexies* L. 898/70 e l'art. 3 L. n. 54/2008, si configura, necessariamente, anche in caso di violazione degli obblighi di natura

patrimoniale, stabiliti nei confronti dei figli minori, nati da genitori non legati da un vincolo formale di matrimonio¹¹, per il fatto che un'interpretazione letterale della norma, che non include i conviventi, si porrebbe in contrasto con l'equiparazione tra figli nati in costanza di matrimonio e figli nati fuori il matrimonio in ambito civile¹².

Vero è che le spinte sovranazionali richiedono una tutela giuridica, se non equiparata, quanto meno non dissimile da quella prevista per la famiglia fondata sul matrimonio, stante il contesto sociale e culturale nel quale le convivenze di fatto rappresentano un'alta percentuale delle affezioni personali. Ed è proprio tale affezione - sottolinea la Corte di Strasburgo - a dover essere tutelata. Nonostante ciò, non sono mancate pronunce di legittimità coraggiose che hanno esteso l'applicabilità delle cause di non punibilità ai conviventi¹³.

La legge n. 69/2019 all'art. 11, (c.d. Codice rosso), ha introdotto il comma 2 dell'art. 577 c.p., che prevede, in caso di commissione del reato di omicidio, l'aggravante speciale dell'ergastolo nei confronti del convivente legato da una relazione stabile nonché di chi abbia una relazione affettiva (eludendo, in questo caso, il dato della coabitazione).

Il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'aggravante in questione, ravvisando una disparità di trattamento tra coppie di fatto e coniugi, anche legalmente separati. In caso di omicidio, infatti, per i primi l'aggravante viene meno se separati, mentre nel matrimonio persiste anche dopo la separazione, fino alla sentenza di divorzio.

Nell'ambito dello stesso processo, la difesa ha sollevato ulteriore questione di legittimità sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza e della funzione rieducativa della pena, sostenendo che la pena più grave dell'ergastolo si atteggi a circostanza aggravante soggettiva, incentrandosi sulle qualità soggettive dell'imputato anziché

¹¹ Cfr. Cass. pen. 24 ottobre 2018, n. 55744; Cass. 22 febbraio 2018, n. 14731

¹² Cass. pen. Sent. n. 18701/2018, in cui si è osservato che l'interpretazione letterale dell'art. 570-*bis* c.p. tra la posizione dei figli nati da genitori conviventi rispetto alla prole nata in costanza di matrimonio, si pone in netta antitesi con la piena equiparazione realizzata nell'ambito del diritto civile. In tale contesto normativo e di successione di disposizioni, si deve affermare pertanto che l'unica interpretazione sistematicamente coerente e costituzionalmente compatibile e orientata è quella dell'applicazione dell'art. 570-*bis* c.p. anche alla violazione degli obblighi di natura economica che riguardano i figli nati fuori dal matrimonio.

¹³ Cass. pen. Sez. II, Sent. n. 34147 del 2015.

sull'efferatezza del delitto commesso. Se invece l'imputato - ed è qui il *vulnus* del sistema - ha commesso l'omicidio della ex convivente ed accusato, al contempo, del reato di cui all'art. 612 *bis* c.p., si applica l'aggravante de qua, che assume una connotazione di natura oggettiva.

3.1. L'art. 384 comma 1 c.p., al vaglio delle SS.UU.

L'art. 384 c.p. prevede una causa di non punibilità, ritenuta, da taluni, una *species* della causa di giustificazione dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., ovvero “il soccorso di necessità”, da altri l'estrinsecazione del principio della “inesigibilità della condotta”.

La norma, al comma 1, esclude la punibilità dei prossimi congiunti nelle fattispecie di reato ivi indicate. Il comma 2, invece, solo per talune fattispecie di reato - restringendo il campo rispetto a quelle elencate al comma 1 - esclude la punibilità di chi, per legge, non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone o, comunque, di chi doveva essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni o testimonianza. Tra questi rientra chi pur non essendo coniuge dell'imputato come tale conviva o abbia convissuto il medesimo.

Dunque, il comma 2 dell'art. 384 c.p. conferisce rilievo ai conviventi, seppur indirettamente in forza del richiamo all'art. 199 comma 3 c.p.p., garantendo loro l'impunità, ma solo per taluni delitti contro l'amministrazione della giustizia, di cui agli artt. 371-*bis* c.p. (False informazioni al PM), 371 *ter* c.p. (False informazioni al difensore), 372 c.p. (Falsa testimonianza), 373 c.p. (Falsa perizia e interpretazione), nei casi in cui sia stata violata la disposizione del comma 3 dell'art. 199 c.p.p.

Di contro, il comma 1 dell'art. 384 c.p. esclude i conviventi dalla causa di non punibilità, prevedendo solo i prossimi congiunti per la gran parte dei reati contro l'amministrazione della giustizia, di cui agli artt. 361 c.p. (omessa denuncia di reato da parte di un pubblico ufficiale) 362 c.p. (omessa denuncia da un incaricato di pubblico servizio) 363 c.p. (omessa denuncia aggravata) 364 c.p. (omessa denuncia di reato da parte di un cittadino) 365 c.p. (omissione di referto) 366 c.p. (rifiuto di uffici legalmente dovuti) 369 c.p. (Autocalunnia) 373 c.p. (Falsa perizia o interpretazione) 374 c.p. (Frode processuale) 378 c.p. (Favoreggiamento personale). Convive, pertanto, nello stesso art. 384 c.p. la mancata

considerazione dei conviventi per alcuni fini (non punibilità prevista dal comma 1) e la loro rilevanza per altri (non punibilità prevista dal comma 2). Ciò è stato da taluno definito la punta dell'iceberg dell'incoerenza dello statuto penale della famiglia di fatto¹⁴.

Con l'ordinanza di rimessione n. 1825/2020 emessa dalla Sez. VI penale della Suprema Corte di Cassazione, le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere il contrasto interpretativo sull'ambito applicativo dell'art. 384 comma 1 c.p., nello specifico se la norma rilevi nei casi di convivenza *more uxorio*. Secondo un primo orientamento, non può essere applicata al convivente *more uxorio* la causa di non punibilità operante per il coniuge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 384 comma 1 c.p. e 307 comma 4 c.p., in quanto tali norme non includono nei prossimi congiunti il convivente.

A sostegno di tale assunto si è sostenuto che non vi è violazione dell'art. 3 Cost., laddove la stessa Corte Costituzionale si è sempre espressa nel senso della diversità di trattamento tra le unioni di fatto, tutelate dall'art. 2 e 3 Cost. e le unioni fondate sul matrimonio, tutelate dall'art. 29 Cost.¹⁵. Dunque, la diversità di trattamento è giustificata dal differente rinvio alle norme costituzionale, atteso che la famiglia trova una tutela diretta ed immediata nell'art. 29 Cost., mentre la convivenza fruisce della tutela indiretta e mediata apprestata dall'art. 2 Cost., in quanto riconducibile nell'area dei diritti inviolabili dell'uomo. Con la conseguenza che ogni identità di disciplina rientra nell'esclusiva discrezionalità del legislatore.

Solo per la famiglia, secondo il richiamato orientamento, esiste un'esigenza di tutela, non solo delle relazioni affettive ma anche e soprattutto della istituzione familiare, così come dispone l'art. 29 Cost., a differenza dalla tutela di cui all'art. 2 Cost.

Tale distinzione giustifica il diverso grado di tutela e la disomogeneità, all'interno della quale può inserirsi solo una valutazione di ragionevolezza della Corte costituzionale. Invero, la giurisprudenza di legittimità maggioritaria, da sempre, esclude tale estensione. L'argomento più utilizzato muove dalla premessa del carattere eccezionale della norma

¹⁴ Cfr. PRUDENZANO, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. co. 1 ai conviventi more uxorio*, nota a Cass. pen., Sez. II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

¹⁵ Cfr. BERGONZINI, *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale (note a ritroso all'indomani della Corte cost. n. 148/2009)*, in *Studium iuris*, 2010, 1 ss.

prevista dall'art. 384 c.p., che è norma di favore, per sostenere l'impossibilità di estenderla a fattispecie non espressamente richiamate dal legislatore, pena la violazione del divieto di analogia previsto per le norme penali e per le norme eccezionali di favore.

L'opposto indirizzo¹⁶ si basa su alcune pronunce della Corte di Cassazione che hanno applicato, attraverso una interpretazione estensiva in *bonam partem*, l'art. 384 comma 1 c.p. alla famiglia di fatto, sulla base dell'art. 8 CEDU e di alcune pronunce della Corte costituzionale, che hanno accolto un concetto dinamico di famiglia, non fondata sul matrimonio ma, in forza delle unioni civili, sulla convivenza.

All'udienza del 26 novembre 2020 le SS.UU, con l'informazione provvisoria n. 22/2020, hanno adottato la soluzione affermativa sull'applicabilità della causa di non punibilità dell'art. 384 comma 1 c.p. al convivente *more uxorio*.

3.2. Le unioni di fatto nell'art. 649 c.p.

L'art. 649, comma 1, c.p. prevede una causa di non punibilità soggettiva in favore del coniuge, dei fratelli e sorelle conviventi, dell'adottante e dell'adottato, del coniuge non legalmente separato, del facente parte di una unione civile, nonché degli ascendenti, dei discendenti e degli affini in linea retta. Non sono mancate le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, in ordine all'esclusione delle convivenze di fatto, soprattutto, alla luce dell'entrata in vigore della Legge n. 76/2016 e della previsione dell'art. 649 comma 1-*bis* c.p., introdotto dal D. lgs. n. 6/2017, che estende, appunto, la causa di non punibilità alle unioni civili. La Corte Costituzionale¹⁷ ha sempre rigettato le questioni, sulla base del principio della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. La Corte, seppur non dichiarando la norma incostituzionale, si è espressa auspicandone una sua abrogazione. La protezione indiscriminata dei componenti il nucleo familiare, rispetto all'intervento punitivo dello Stato, spetta al ponderato intervento del legislatore, non sostituibile attraverso l'ablazione costituzionale.

La Corte auspica un radicale aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio

¹⁶ Cass. pen., Sez., VI, 22 gennaio 2004 n. 22398, in *C.E.D. Cass.* n. 229676; Cass. Pen., Sez II, 30 aprile 2015, n. 34147.

¹⁷ Corte Cost. Ord. n. 57/2018; Corte cost. Sent. n. 352/2000; Cass. Pen., Sez. 5, n. 28638 del 21 settembre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 267367.

commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare, i cui caratteri tradizionali si sono persi nel tempo. La protezione assoluta stabilita intorno al nucleo familiare, a prezzo dell'impunità per fatti lesivi dell'altrui patrimonio, non è più rispondente all'esigenza di garantire i diritti individuali e gli stessi doveri di rispetto e solidarietà, che proprio all'interno della famiglia dovrebbero trovare miglior compimento¹⁸.

In conclusione, le problematiche che accomunano gli artt. 649 e 384 c.p. in tema di coppie di fatto consistono, principalmente, nella loro natura di norme di favore, di carattere eccezionale.

3.3. La convivenza intesa come coabitazione ai fini di cui all' art. 572 c.p.

La Legge n. 172/2012 ha esteso l'art. 572 c.p. ai conviventi, in attuazione della Convenzione di Lanzarote, siglata il 25 ottobre 2007, estendendo la tutela ivi apprestata alle unioni di fatto, e valorizzando l'elemento della coabitazione.

La celebrazione del matrimonio conferisce all'unione stabilità e durata. I maltrattamenti tra coniugi o ex coniugi esisteranno finché esistono obblighi reciproci ed il reato si configurerà fintanto che non sia stato pronunciato il divorzio. Viceversa, la prova della stabilità del vincolo nella convivenza di fatto, della solidarietà affettiva ed economica, della comunione di vita ed interessi, è data da altri fattori, tra i quali la coabitazione rappresenta, forse, l'indice più importante, secondo *id quod prelumque accipit*.

E', però, lasciato al giudicante il compito di indagare, sulla base di elementi di fatto, la ricorrenza della stabilità, della solidarietà materiale e morale tra conviventi, anche al di là, spesso, del dato coabitativo. La giurisprudenza non è univoca sul punto. Chiamata a valutare la stabilità del rapporto affettivo, non sempre giunge a soluzioni univoche: se talvolta il dato dell'attualità della coabitazione è elemento imprescindibile, altre volte prevale il dato della filiazione, in assenza del requisito di fatto della coabitazione, per

¹⁸ Corte cost., Sent. n. 223/2015.

mantenere obblighi reciproci e, quindi, giustificare l'applicazione dell'art. 572 c.p.

La giurisprudenza sovranazionale, però, sollecita gli Stati membri ad abbandonare il fattore della coabitazione, anche alla luce di legami, che per ragioni di lavoro, si basano su rapporti a “rapporto a distanza”.

Con sentenza n. 345/2019 la Suprema Corte Cassazione ha analizzato la questione di una coppia di fatto con figli, all'interno della quale venivano commessi maltrattamenti durante la coabitazione e dopo la cessazione della stessa. Il ricorrente lamentava la rubricazione dei fatti come maltrattamenti per le violenze successive alla cessazione della coabitazione. Al riguardo, la Corte ha adottato un concetto di famiglia dinamico ed innovativo, stabilendo che, in quanto genitori di prole minore, la cessazione della coabitazione non poteva e non può far venir meno gli obblighi reciproci di rispetto tra ex conviventi e la stessa stabilità del rapporto. In quanto genitore, dunque, l'imputato è stato ritenuto responsabile del reato di cui all'art. 572 c.p., anche per i fatti successivi alla coabitazione¹⁹. Altra decisione, in senso opposta, trattava il caso di due ragazzi, mai conviventi, seppur legati da un rapporto di lunga durata e uniti da interessi economici e di vita, nonché genitori di una figlia minore, in cui la Corte di Cassazione²⁰ si è posta il problema se la mancanza *ab origine* del requisito della stabile coabitazione fosse ostativo alla configurazione dei maltrattamenti contro familiari e conviventi, di cui all'art. 572 c.p.

La Corte di Cassazione ha sostenuto che, sebbene la relazione sentimentale sia stata lunga e gli incontri non saltuari, nonostante la nascita di un bambino, evento del quale non si

¹⁹Cfr. Cass. pen. Sent. n. 25498/2017. Certamente può condividersi il principio secondo cui l'esistenza di prole all'interno della famiglia determini, attesa anche l'equiparazione della filiazione naturale a quella legittima suggellata in campo civilistico dalla riforma L. 10 dicembre 2012, n. 219, la permanenza degli obblighi di mantenimento, educazione, istruzione ed in generale di assistenza morale verso i figli, per il cui adempimento i genitori, seppur non più conviventi, sono chiamati a relazionarsi ed a cooperare, discendendo proprio da tale rapporto la permanenza del dovere di reciproco rispetto. Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2014, sent. n. 33882 in *C.E.D. Cass.* n. 262078, secondo cui è configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia anche in danno di persona non convivente o non più convivente con l'agente, quando quest'ultimo e la vittima siano legati da vincoli nascenti dal coniugio o dalla filiazione.

²⁰ Cass. pen., Sez. III 7 gennaio 2019, Sent. n. 345, in cui si afferma che “*Ai fini della configurabilità del reato di maltrattamento contro familiari e conviventi è necessaria la frequentazione metodica ed un'assidua cadenza tale da lasciar presumere che l'uno dei due partner conti sull'assistenza morale e materiale dell'altro malgrado eventuale distanza. Ne consegue che non è configurabile il reato de quo, se la relazione tra due soggetti si fonda su incontri saltuari ed intermittenti finalizzati alla condivisione del solo tempo trascorso insieme che non imprime alla relazione sentimentale fra soggetti non conviventi la connotazione di unione improntata alle caratteristiche proprie di un legame familiare che costituisce il presupposto applicativo in assenza di convivenza*”

conosce se sia stato voluto o accidentalmente accaduto, in assenza *ab origine* del requisito della coabitazione, il rapporto sentimentale non poteva identificarsi in un progetto comune di vita, di solidarietà reciproca e stabilità, che solo la convivenza, intesa come coabitazione, garantisce in assenza dell'unione matrimoniale²¹. Ragione per cui non si è ravvisata l'ipotesi criminosa di cui all'art. 572 c.p., norma che richiama e protegge il legame familiare, che in assenza di convivenza – coabitazione, non può essere astrattamente configurato.

4. Aspetti processuali

La Suprema Corte di cassazione²² si è occupata della facoltà per il convivente di proporre opposizione all'archiviazione, ex art. 410 c.p.p., in caso di morte della persona offesa/convivente. Prendendo spunto dalla giurisprudenza europea sull'art. 8 CEDU, dall'analisi dell'art. 74 c.p.p., che prevede l'azione civile per il risarcimento del danneggiato e dei successori universali, si è pronunciata in senso favorevole, includendo tra i prossimi congiunti, ex art. 307, comma 4, c.p.p., il convivente.

Il convivente, in caso di decesso della persona offesa, in conseguenza di reato, dunque, ha diritto a presentare opposizione alla richiesta di archiviazione ed a ricorrere per Cassazione. Precludere la suddetta possibilità, avrebbe significato ostacolare la facoltà riconosciuta dall'art. 74 c.p.p. Ciò in ragione, anche, della modifica del 3 comma dell'art. 90 c.p.p., in cui si estendono le facoltà ivi previste a colui che sia legato da una relazione affettiva con la vittima e con essa stabilmente convivente (cfr. L. n. 212/2015 del 15 dicembre 2015, entrata in vigore il 20 gennaio 2016, attuativa della Direttiva Europea n. 29 del 25 ottobre 2012).

Sul fronte delle unioni civili, la Relazione al D. lgs n. 7/2016 sottolinea come, in materia processuale, il necessario coordinamento sia assicurato:

a) dalla modifica della nozione di “prossimo congiunto” di cui all'art. 307, comma 4, c.p.,

²¹“Non è ... sufficiente la protratta durata del rapporto, né la nascita di una figlia ad imprimere ad una relazione sentimentale fra soggetti non conviventi la connotazione di unione improntata alle caratteristiche proprie di un legame familiare che costituisce in ultima analisi il presupposto applicativo del reato di cui all'art. 572 c.p. in assenza di convivenza”: è quanto si afferma in Cass. Pen., 27 novembre 2019, n. 345.

²²Cass. Pen., Sez. I, 29 marzo 2016, n. 12742.

che avrebbe effetti non solo sostanziali ma anche processuali, incidendo sulle disposizioni del codice di rito che si riferiscono ai prossimi congiunti (artt. 90, comma 3, 96, comma 3, 199, comma 1, 597, comma 3, 632, 681, c.p.p.);

b) dalla clausola di adeguamento automatico di cui all'art. 1, comma 20, L. n. 76/2016, che opererebbe indubbiamente nel settore del diritto processuale penale, svincolato dal divieto di analogia, a partire dalla materia delle incompatibilità di cui agli artt. 35 e 36 c.p.p., conseguenti al rapporto di coniugio, che devono ritenersi estese al vincolo costituito con un'unione civile tra persone dello stesso sesso.

Di contro, le suddette incompatibilità di cui agli artt. 35 e 36 c.p.p. non si estendono ai casi di convivenza, comportando un deficit di tutela per il cittadino innanzi alla giustizia, a fronte del giudice naturale convivente di una parte del processo, o che ha interessi indiretti con il proprio convivente, oppure giudici conviventi *more uxorio* svolgenti medesime funzioni.

Del tutto anacronisticamente, infine, il D.P.R. n. 115/2002 ha preso in considerazione la convivenza *more uxorio*, prevendendo il cumulo dei redditi tra conviventi, eccettuata l'ipotesi di lesioni di diritti fondamentali all'interno del nucleo familiare.

5. Rettificazione di sesso

L'art. 1, comma 27, L. n. 76/2016 ha introdotto, dopo il monito europeo, la norma in forza della quale, a seguito di rettificazione anagrafica per cambio di sesso, cui segue *ex lege* l'effetto solutorio del matrimonio, se i coniugi intendono proseguire il legame di coppia, il rapporto si trasforma, automaticamente, in unione civile. Anche in questo caso il legislatore giunge molto tempo dopo la Corte Costituzionale (cfr. Corte cost. Sentt. n. 170/2014 e n. 138/2010) e dopo la Corte di Strasburgo (cfr. Sent. "Oliari e altri contro Italia" del 21 luglio 2015). La Corte Costituzionale aveva già dichiarato, in riferimento all'art. 2 Cost., l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982 n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, non consenta, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in

vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato, con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, attraverso modalità da statuirsi dal legislatore. Nelle unioni civili, il comma 26, invece, nel caso di rettificazione di sesso all'interno di una unione civile, prevede lo scioglimento automatico del rapporto sul piano giuridico. La Corte Edu ha ritenuto che nella nozione di «vita familiare» possano rientrare anche la relazione stabile tra un individuo sottopostosi ad un intervento di mutamento di sesso, il partner di sesso biologicamente uguale (femminile) ed il figlio di quest'ultima. Il figlio nato da tale relazione è *ipso iure* parte di quel nucleo “familiare”, dal momento e per il fatto stesso della nascita. Con la sentenza della Grande Camera del 16 luglio 2014 (Hamalainen contro Finlandia), la Corte Edu ha sottolineato la possibilità di esigere la trasformazione del matrimonio in un'unione registrata, come prerequisito per il riconoscimento giuridico del nuovo genere acquisito da una transessuale a seguito del passaggio dal sesso maschile a quello femminile. Per la Corte europea, ai fini dell'applicazione dell'art. 8 par. 1 CEDU, che riconosce e tutela il diritto al rispetto della “vita privata e familiare”, è irrilevante che il rapporto familiare sia garantito dall'accordo matrimoniale.

Avv. Clotilde Pichierri

**Automatismi punitivi in tema di responsabilità genitoriale
e best interests of the child**

INDICE: 1. Un chiarimento preliminare 2. Le censure della Corte costituzionale 3. Il giudice più adatto all'accertamento del migliore interesse del minore 4. Considerazioni finali sui vigenti automatismi punitivi in materia di responsabilità genitoriale

1. Un chiarimento preliminare

Con la pronuncia in epigrafe¹, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 574-bis, terzo comma, del codice penale, «nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale»².

Prima di entrare nel cuore delle motivazioni del Giudice delle Leggi, appare opportuno un chiarimento sul contesto giurisprudenziale in cui la sentenza è stata pronunciata e sulla sua esatta collocazione all'interno del medesimo.

¹ Segnaliamo tra i primi commenti alla sentenza PITTARO, *La sospensione della responsabilità genitoriale come pena accessoria: incostituzionale se automatica*, in *Fam. dir.*, 10/2020, 898 ss.; RUSSO, *Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale: incostituzionale l'automatica applicazione della pena accessoria (nota a Corte Costituzionale 29 maggio 2020, n. 102)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 22 giugno 2020; LEO, *Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale*, in *www.sistemapenale.it*, 1° giugno 2020.

² Ulteriori questioni sono state dichiarate inammissibili. In particolare, segnaliamo qui le questioni di legittimità costituzionale concernenti l'art. 34, comma 2, c.p., sospettato di incostituzionalità per l'automatica sospensione della responsabilità genitoriale in caso di delitto commesso con abuso della stessa – com'è qualificabile il reato di sottrazione internazionale di minore – e per la predeterminazione della durata della medesima misura accessoria, pari al doppio della pena principale irrogata. Tale sistema sanzionatorio è stato portato all'attenzione della Consulta per sospettato contrasto con l'esigenza di una necessaria valutazione del migliore interesse del minore nel caso concreto e con il principio di proporzionalità della sanzione penale. L'inammissibilità è stata ritenuta, sotto il profilo dell'*an* della pena, in virtù dell'inapplicabilità dell'art. 34 c.p. nel processo *a quo*, essendo *lex generalis* rispetto all'art. 574-bis, comma 3, c.p. (*lex specialis*); il *quantum* della misura inflitta, invece, non è stato oggetto di ricorso per cassazione.

Se si pone attenzione ai repertori di giurisprudenza costituzionale, ne risulta, per anni, una certa timidezza della Consulta nel sindacato in ambito penale. Negli ultimi tempi, però, l'approccio della Corte è sensibilmente mutato, dovendosi registrare un'incisività che, in punto di ragionevolezza della reazione sanzionatoria, è andata progressivamente emancipandosi dall'intervento sostitutivo "a rime obbligate"³, e, complessivamente, ha mostrato «un maggior rigore nel controllo di legittimità, quasi a contraltare delle lacerazioni – sempre più frequenti – inferte da leggi incalzate ed approvate, ormai, “a furor di popolo”»⁴.

Particolarmente significative, in questo rinnovato contesto costituzionale, sono, ad esempio, le note pronunce n. 222 del 2018⁵ e n. 40 del 2019⁶, in materia, rispettivamente, di pene fisse e minimi edittali manifestamente sproporzionati e pertanto in contrasto con gli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost. La sentenza qui commentata, invece, non può iscriversi in questo diverso e più ampio interventismo in materia di pena, rappresentando, più semplicemente, un ulteriore sviluppo, che pur ha profili di sicuro pregio, di quell'opera

³ Ciò è avvenuto quantomeno a partire dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2016, in *www.cortecostituzionale.it*. In riferimento a tale sentenza, v. i commenti di VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2017, 61 ss.; PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2017, 48 ss.; COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2017, 473 ss.; MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2105 ss.; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1956 ss.; INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 1/2017, 176 ss.

⁴ MANES e MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2020, 24. Gli Autori fanno presente come diverse siano «le pronunce con cui la Corte costituzionale, di recente, ha impresso una evoluzione significativa alla propria giurisprudenza, e molte quelle che hanno affrontato – anche in materia penale – temi tradizionali in modo innovativo, promuovendo un deciso innalzamento nella tutela di principi e valori che contrassegnano il “volto costituzionale” del sistema penale, e un maggior rigore nel controllo di legittimità, quasi a contraltare delle lacerazioni – sempre più frequenti – inferte da leggi incalzate ed approvate, ormai, “a furor di popolo”».

⁵ Corte cost., sent. n. 222 del 2018, in *www.cortecostituzionale.it* e in *Dir. pen. cont.*, con nota di GALLUCCIO, *La sentenza della consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, 10 dicembre 2018. È proprio con tale pronuncia che la Corte costituzionale, sviluppando quanto già ritenuto dalla sentenza n. 236 del 2016, supera inequivocabilmente il meccanismo di intervento “a rime obbligate”.

⁶ Corte cost., sent. n. 40 del 2019, in *www.cortecostituzionale.it* e in *Dir. pen. cont.*, con nota di BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, 18 marzo 2019.

di bonifica del sistema penale dagli automatismi punitivi concernenti la responsabilità genitoriale inaugurata con la decisione n. 31 del 2012⁷ e poi proseguita con la sentenza n. 7 del 2013⁸.

Difatti, in linea con le due pronunce appena indicate, le cui argomentazioni esprimono l'esigenza che, in conformità a un principio sovranazionale e costituzionale, ogni provvedimento riguardante un minore tenga conto, caso per caso, del suo migliore interesse⁹, la sentenza in commento ha dichiarato illegittimo il meccanismo sanzionatorio impugnato perché contrastante con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione, interpretati alla luce del diritto comunitario e internazionale in materia di protezione del fanciullo¹⁰. Conseguentemente è stato ritenuto assorbito l'ulteriore aspetto in riferimento al quale era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, ossia la violazione del principio di proporzionalità della pena¹¹.

⁷ Corte cost., sent. n. 31 del 2012, in *www.cortecostituzionale.it*. In merito a tale pronuncia, segnaliamo i commenti di LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2012, 597 ss.; LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà di genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2012; MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1/2012, 377 ss.; FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1585 ss.; FEDERICI, *Alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 8-9/2012, 1873 ss.; TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4909 ss.; FINOCCHIARO, *Il giudice deve avere la possibilità di valutare sull'interesse del minore nel caso concreto*, in *Guida dir.*, 15/2012, 73 ss.; CHICCO, *Se protegge un figlio diventa una condanna: la Corte costituzionale esclude l'automatismo della perdita della potestà genitoriale*, in *Fam. e dir.*, 5/2012, 443 ss.

⁸ Corte cost., sent. n. 7 del 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, a commento della quale segnaliamo MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013; MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull'art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*, in *Giur. cost.*, 1/2013, 176 ss.; LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2013, 554 ss.; APRILE, *Osservazioni a Corte cost. n. 7 del 2013*, in *Cass. pen.*, 4/2013, 1466 ss.

⁹ Ricordiamo che la Corte costituzionale, con l'ord. n. 723 del 1988, già si era pronunciata sulla perdita automatica della responsabilità (all'epoca "potestà") genitoriale prevista dall'art. 569 c.p. in caso di condanna del genitore per il delitto di soppressione di stato. In quella sede, la Consulta, con una sensibilità evidentemente diversa e con un diritto sovranazionale ancora debole in materia di tutela del minore, si era espressa nel senso della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 30 Cost.

¹⁰ La pronuncia in commento, a differenza della sent. n. 7 del 2013, utilizza le fonti internazionali e comunitarie presenti in materia solo come strumento interpretativo delle garanzie costituzionali e non come parametro interposto rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. Il giudice *a quo* ha infatti invocato come parametro costituzionale l'art. 10, in relazione alla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, e la Corte ha dovuto pertanto dichiarare, sotto questo profilo, inammissibile la questione sollevata, non riferendosi tale norma al diritto internazionale pattizio (v. § 3.2). Per un elenco dei testi sovranazionali generalmente citati (non solo nella sentenza in commento), v. nota 19.

¹¹ Il giudice rimettente, sul presupposto che le «pene accessorie hanno una funzione orientata alla prevenzione speciale che risulta compatibile con l'art. 27, comma 3, Cost., a condizione che esse non

Quanto sopra non intende minimamente smussare gli entusiasmi per una pronuncia che, per la materia trattata, per le argomentazioni addotte e per importanti spunti di riflessione in essa contenuti risulta degna di approfondita attenzione, tra l'altro stimolo per ulteriori possibili questioni di legittimità costituzionale. Si è voluto fin da subito precisare, però, che, sebbene consista in una declaratoria di illegittimità in merito all'an di una pena accessoria, la sentenza in commento non può iscriversi in quella svolta interventista della Corte costituzionale, dovendosi invece spiegare – come già le due precedenti decisioni sopra menzionate – «alla luce dello spessore e del peso del controinteresse compromesso dall'automatismo legale»¹², ossia il “migliore interesse del minore”.

2. Le censure della Corte costituzionale

Il *decisum* della Consulta sul terzo comma dell'art. 574-bis c.p. non era scontato. Non mancava, infatti, dottrina che, valorizzando il sintagma “in danno¹³ del figlio minore” contenuto nel testo della disposizione attenzionata, propendeva per una declaratoria di infondatezza della questione sollevata, essendo la sanzione accessoria in questione ancorata a un concreto pregiudizio cagionato dal soggetto agente al proprio figlio¹⁴.

Diverso il ragionamento della Corte costituzionale. A differenza dei delitti di alterazione e soppressione di stato (attenzionati nelle pronunce n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013), il reato di sottrazione internazionale di minore è stato considerato di «elevata gravità»¹⁵ (§ 5.1) e «intrinsecamente offensivo»¹⁶ (§ 5.2) non solo dell'interesse dell'altro genitore al rapporto con

siano sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato [...] o, comunque, non scollegate da tale disvalore», sospettava l'illegittimità del meccanismo sanzionatorio in esame perché contrastante proprio «con il menzionato art. 27 Cost. – per il quale le pene devono tendere alla rieducazione del condannato – nei casi in cui il delitto ex art. 574-bis cod. pen. sia stato motivato dalla finalità di preservare il figlio da pregiudizi che potrebbero essergli arrecati dall'altro genitore; infatti, in tale situazione il condannato non potrebbe ricavare una rieducazione dalla sospensione della sua potestà genitoriale» (Cass., Sez. VI, ord. del 21 giugno 2019, iscritta al n. 209 del registro ordinanze 2019 e pubblicata in G.U. 1^a Serie Speciale - Corte costituzionale n. 48 del 27 novembre 2019, § 7).

¹² MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto”* (art. 117, comma primo, Cost.), cit., 4. Secondo l'Autore, le due pronunce n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013 non potevano ritenersi espressione di un “nuovo interventismo” della Corte costituzionale in materia di ragionevolezza della pena, essendo spiegabili alla luce del peso e dello spessore del controinteresse compromesso dall'automatismo punitivo, ossia il “superiore interesse del minore”.

¹³ [corsivo nostro]

¹⁴ BONFANTI, *Aspetti penali*, in *La sottrazione internazionale di minori*, a cura di Cagnazzo, Bari, 2019, 237. L'Autrice parla di «chiarezza semantica» del terzo comma dell'articolo 574-bis c.p.

¹⁵ [corsivo nostro]

¹⁶ [corsivo nostro]

il proprio figlio, ma anche del diritto del minore al mantenimento di quelle relazioni familiari per lui essenziali ai fini di un'armoniosa crescita, anche nel caso di un suo eventuale e legittimo consenso al trasferimento o al trattenimento all'estero¹⁷.

L'intrinseca offensività del reato in esame non giustificerebbe, però, «l'automatica applicazione della pena accessoria in questione in caso di condanna a pena non sospesa» (§ 5.2). A nostro parere, infatti, il cuore della censura di incostituzionalità risiede nell'impossibilità di negare al giudice di merito il potere di accertare se, nel caso concreto e al momento del giudizio, la pena in questione sia conforme a quei *best interests of the child*¹⁸ di fondamentale rilievo nei testi sovranazionali¹⁹ e nella Carta costituzionale (artt. 2, 30, 31). Ciò vale – è questo il punto – anche laddove il genitore, con la sua condotta, abbia cagionato un *danno* al proprio figlio.

La Consulta, approfondendo quanto già ritenuto con le sentenze n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013, si è rivelata consapevole che il minore stringe con il genitore un rapporto fondamentale per il suo sviluppo e di quanto in taluni casi pregiudizievole possa essere una decisione che, a distanza di anni dal fatto, sospenda la responsabilità genitoriale, anche

¹⁷ In realtà, subito dopo, la stessa Corte precisa che, sebbene ogni valutazione spetti sempre all'autorità giudiziaria all'esito di un'accurata istruttoria, possono comunque esserci, al di là delle ipotesi in cui ricorra lo stato di necessità, situazioni di aspra conflittualità, fonte di pericolo per il minore, in cui il genitore agisce, semmai, proprio per la tutela del figlio.

¹⁸ Per un'approfondita ricostruzione del principio, v. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2016. Sulla rilevanza del concetto in ambito internazionale e sulle sue diverse declinazioni, v. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari*, in www.cde.unict.it, 29 maggio 2014. In merito al progressivo sviluppo del concetto *best interests of the child* in seno alla giurisprudenza della Corte EDU, v. anche WOOLF, *Coming of Age? – The Principle of “The Best Interests of the Child”*, in [2003] *E.H.R.L.R.*, 2, 205 ss. Per un'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sul principio dei *best interests of the child*, v. LONG, *Il principio dei best interests e la tutela dei minori*, in *Questione Giustizia*, La Corte di Strasburgo, 1/2019, 413 ss. Esprime considerazioni critiche sul concetto di *best interest of the child* nella giurisprudenza della Corte EDU VENTURI, *Il principio dei best interests of the child nel caso Gard tra paternalismo, autonomia e indeterminatezza*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 3/2017, 6 s.

¹⁹ I testi sovranazionali generalmente richiamati sono la Dichiarazione universale dei diritti del fanciullo del 1959, la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (art. 3), la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24), le Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una “giustizia a misura di minore” del 17 novembre 2020, l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v. Grande Camera, sentenza 6 luglio 2010, Neulinger e Shuruk contro Svizzera).

nell'ipotesi in cui il genitore abbia in maniera più o meno grave offeso gli interessi del minore²⁰.

Il problema maggiore, ad avviso della Corte, risiedeva «*nella cecità di questa conseguenza [la pena accessoria impugnata] – concepita in chiave sanzionatoria dal legislatore – rispetto all'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra il figlio minore e il genitore autore del reato medesimo*»²¹ (§ 5.3.2). Se l'obiettivo deve essere la soluzione ottimale per il minore, al quale è riconosciuto il diritto di mantenere relazioni con entrambi i genitori²², questa non può che essere ricercata avuto riguardo alle circostanze del caso concreto nel momento in cui la misura deve essere applicata. Tali circostanze, ha specificato la Corte, «*ben potrebbero, infatti, aver evidenziato come il mantenimento del rapporto con il genitore autore della sottrazione o trattenimento all'estero non risulti pregiudizievole per il minore, e anzi corrisponda a un suo preciso interesse, che lo Stato avrebbe allora il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penales*»²³ (§ 5.3.2).

In presenza di un impianto normativo che, con un contesto criminologico oltretutto assai variegato in punto di gravità²⁴, effettivamente precludeva al magistrato la possibilità di vagliare, *case-by-case*, se la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale fosse effettivamente la soluzione migliore per il minore, inevitabile per la Corte era allora una

²⁰ Degno di nota è il rilevato contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost., investendo la sanzione anche una persona diversa dal colpevole. Precisa la Corte come ciò avvenga *de iure* e non solo *de facto*, come può invece accadere con altre pene.

²¹ [corsivo nostro]

²² Si rinvia ai riferimenti normativi e giurisprudenziali sovranazionali contenuti nella sentenza in commento (v. § 4.2). Nell'ordinamento costituzionale italiano, il diritto trova riconoscimento tanto nell'art. 30, che nella parte in cui sancisce il dovere dei genitori di educare i figli «non può che presupporre il [...] diritto del minore a essere educato da entrambi i genitori» (§ 4.2), quanto nell'art. 2, in quanto diritto inviolabile dell'uomo che la Repubblica riconosce e garantisce «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». A livello di legislazione ordinaria, invece, il diritto in questione trova oggi tutela negli articoli 315-*bis* e 337-*ter* c.c.

²³ [corsivo nostro]

²⁴ La Consulta si è mostrata consapevole che la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 574-*bis* c.p. è diversa, in punto di gravità, da quella del secondo comma, caratterizzata dal consenso del minore che abbia compiuto quattordici anni alla condotta del genitore autore della sottrazione o del trattenimento. Oltretutto, anche all'interno delle ipotesi previste dal primo comma – ha precisato la Consulta – la casistica può essere variegata, essendo possibile che la condotta delittuosa venga posta in essere dal genitore in contesti di elevata conflittualità familiare.

dichiarazione di incostituzionalità del meccanismo punitivo impugnato²⁵. Ad esso è subentrata una discrezionalità per il giudice che potremmo definire “*positiva*”, in quanto è richiesto, in sede di cognizione, un espresso pronunciamento per l’applicazione della sanzione. Trattasi di ipotesi opposta a quella discrezionalità “*negativa*” prevista dall’art. 32, comma 3, c.p., il cui esercizio è invece indispensabile per *escludere* l’applicazione di una pena accessoria (la sospensione della responsabilità genitoriale durante l’esecuzione della pena) che altrimenti consegue *ope legis*.

In conclusione, con riguardo all’*an*, sarà necessario che il giudice esprima la propria decisione in merito all’applicazione, nel caso concreto, della misura in questione; in riferimento al *quantum*, invece, continuerà a operare il meccanismo di cui all’art. 34, comma 2, c.p. e la pena accessoria avrà pertanto una durata pari al doppio della pena principale irrogata²⁶.

3. Il giudice più adatto all’accertamento del migliore interesse del minore

Chiedersi, a questo punto, come in via di *obiter* ha fatto la Corte costituzionale, se il giudice *penale* sia autorità giurisdizionale adatta a valutare il concreto interesse del minore in merito all’applicazione di una misura con effetti diretti sul suo diritto a mantenere relazioni con entrambi i genitori, è un interrogativo che dovrebbe stimolare un’opportuna riflessione non solo del legislatore, ma, prima ancora, dello stesso giudice del processo penale²⁷. Quest’ultimo, infatti, privo di competenze socio-psicopedagogiche, si ritrova a operare in un campo che non gli è proprio, con il serio rischio di soluzioni inopportune specialmente in quei contesti relazionali di non agevole valutazione.

La questione, *de iure condito*, rimane aperta, ma il giudice penale, e il sistema giudiziario nel suo complesso, farebbero bene a non trascurare la raccomandazione della Corte

²⁵ Va precisato che la Corte costituzionale ha ritenuto violato, dall’automatismo punitivo in questione, anche l’art. 3 Cost., «che vieta irragionevoli equiparazioni di trattamento di situazioni differenziate» (§ 4.4).

²⁶ Segnaliamo, però, Trib. Lecce, 12 febbraio 2019 (ud. 11 gennaio 2019), n. 66, in *Plusplus24 Diritto*. La sentenza, una volta applicata la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale, ne ha determinato la durata secondo un criterio di equità.

²⁷ Sul punto, si vedano le interessanti osservazioni di RUSSO, *Sottrazione di minori e sospensione dalla responsabilità genitoriale*, cit.

costituzionale a un coordinamento con le autorità giurisdizionali – tribunale per i minorenni o, se del caso, tribunale ordinario civile – già investite della situazione.

Oltretutto, è obbligo internazionale l'ascolto del minore dotato di sufficiente discernimento, cui si accompagna il dovere di tenere in considerazione la sua opinione in tutte le vicende che lo riguardano²⁸. Sul punto, tanto in ambito civile (art. 336-*bis* c.c.) quanto in ambito penale (art. 498 c.p.p.) vi sono cautele, tra cui fondamentale è la possibilità di avvalersi di esperti del settore, per una testimonianza che non sia fonte di pregiudizio.

Per quel che concerne specificatamente il procedimento penale, il codice di rito ripone una particolare fiducia nella figura del giudice e ad esso, infatti, attribuisce il compito di condurre, su domande e contestazioni di parte, l'esame testimoniale del minore, con ciò derogando alle regole ordinarie in materia di *cross examination* (art. 498, comma 4, c.p.p.). Si spera, allora, che perizia sia presente non solo nell'accertamento del reato, ma, altresì, nelle valutazioni in merito alla pena accessoria in esame.

Insomma, *onori* ma anche *oneri* per il giudice penale, specialmente nelle ipotesi in cui vi sia un clima di elevata conflittualità tra l'imputato e l'altro genitore costituitosi parte civile.

4. Considerazioni finali sui vigenti automatismi punitivi in materia di responsabilità genitoriale

Le considerazioni della Corte costituzionale in merito al reato di sottrazione o trattenimento di minore all'estero consentono di ritenere che neppure da un reato «*intrinsecamente offensivo*»²⁹ e di «*elevata gravità*»³⁰, commesso in pregiudizio del figlio, è possibile presumere, in maniera assoluta, un *immanente* rischio per la sana crescita del minore derivante dal mantenimento, in capo al reo, della responsabilità genitoriale³¹.

²⁸ Art. 12 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, ratificata dal Presidente della Repubblica e resa esecutiva con l. 27 maggio 1991, n. 176; artt. 3 e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996, ratificata dal Presidente della Repubblica e resa esecutiva con l. 20 marzo 2003, n. 77.

²⁹ [corsivo nostro]

³⁰ [corsivo nostro]

³¹ Significativo è il seguente passaggio della sentenza: «non è ragionevole assumere che la sospensione dalla responsabilità genitoriale di chi si sia in passato reso responsabile del delitto di cui all'art. 574-bis

Invero, non solo la personalità del genitore potrebbe essere mutata successivamente al fatto, ma anche i rapporti tra lo stesso e il figlio al momento del giudizio potrebbero essere tali da evidenziare come la permanenza della responsabilità genitoriale corrisponda proprio a un interesse del minore, «che lo Stato avrebbe [...] il dovere di salvaguardare, in via preminente rispetto alle stesse esigenze punitive nei confronti di chi abbia violato la legge penale» (§ 5.3.2).

Stimoli non trascurabili verso il superamento degli automatismi punitivi in materia di responsabilità genitoriale provengono, altresì, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, anche in riferimento a reati particolarmente offensivi della persona del minore (per es. maltrattamenti), si è mostrata contraria a un sistema sanzionatorio rigido che non tenga conto delle esigenze di tutela emerse nel caso concreto³². La disposizione di riferimento è l'art. 8 della CEDU, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare. Come noto, trattasi di norma piena di contenuti nell'individuazione dei quali centrale è stata l'attività ermeneutica della stessa Corte EDU³³. Pertanto, se il principio che deve ispirare l'ordinamento è la ricerca, caso per caso, della soluzione ottimale per il minore, non può che ritenersi sospetto di incostituzionalità il trattamento sanzionatorio di tutti quei reati ai quali è riconnessa, quale pena accessoria, la

cod. pen. costituisca sempre e necessariamente, come pare presupporre il legislatore, la soluzione ottimale per il minore» (§ 5.3).

³² Particolarmente significativa è Corte EDU, 17 luglio 2012, M.D. and Others v. Malta, ric. n. 64791/10, in *www.echr.coe.int*, a commento della quale v. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU. Riflessioni a partire dal caso M.D. and Others v. Malta*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 186 ss. Importante, sul punto, è il passaggio della pronuncia in cui la Corte afferma che «The deprivation of parental rights is a particularly far-reaching measure which deprives a parent of his or her family life with the child and is inconsistent with the aim of reuniting them. Such measures should only be applied in exceptional circumstances and can only be justified if they are motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests» (§ 76). E con specifico riguardo alla legislazione maltese, «the Court notes that the application of Article 197 is automatic and thus it escapes scrutiny by the domestic courts in relation to whether it is in the best interests of the child to apply such a measure at the date of conviction. Indeed, in circumstances where many Contracting States face considerable backlogs in their overburdened justice systems, leading to excessively long proceedings, it cannot be precluded that the situation relevant to an accused may have changed between the date of the commission of the offence and the date of sentencing» (§ 77). Indubbiamente, le particolarità della legislazione dello Stato coinvolto influiscono molto sul giudizio della Corte EDU; ciò non toglie rilievo, tuttavia, al dato “culturale” espresso dall'autorevole Tribunale, guida dei legislatori degli altri ordinamenti. Sull'effetto “culturale” delle pronunce della Corte EDU, v. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 21 – Seminario 2010*, Torino, 137.

³³ FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 190.

decadenza o la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale *senza* la possibilità per il giudice di valutarne la necessità per la tutela del minore stesso³⁴.

Tra i delitti che richiederebbero un'accurata riflessione, troviamo, ad esempio, quelli elencati all'art. 609-*nonies* c.p., alla condanna³⁵ per i quali la norma in questione fa scattare in via automatica la perdita della responsabilità genitoriale quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato³⁶. Inevitabilmente il pensiero corre a delitti come quelli di violenza sessuale (609-*bis* c.p.) e di atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), per cui è prevista, tra l'altro, a testimonianza di come diversificato sia il sostrato empirico delle fattispecie, la circostanza attenuante del fatto di "minore gravità"³⁷. Trattasi di reati riprovevoli che possono dar luogo anche a sanzioni sicuramente non tenui; ciò nonostante, la ricerca del migliore interesse del minore, specialmente se compiuta a distanza di anni dal fatto, potrebbe concludersi con la necessità che in capo al genitore autore del delitto permanga la responsabilità genitoriale³⁸.

In conclusione, si resta in attesa che il Legislatore dia accuratamente seguito all'invito della Corte costituzionale a rivedere l'intero sistema delle pene accessorie³⁹, prendendo in seria

³⁴ In questo senso, in riferimento alla pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale, già dopo la sentenza n. 7 del 2013 della Corte costituzionale, anche LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, cit., 560: «è facile prevedere che, tramite ulteriori interventi della Corte costituzionale, la pena accessoria della perdita della potestà dei genitori, ove prevista, verrà corretta nel suo regime applicativo imponendosi di valutare sempre l'interesse del minore».

³⁵ Alla condanna è equiparata l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.

³⁶ Con riguardo, invece, al reato di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.), prospetta dubbi di legittimità costituzionale della decadenza automatica dall'esercizio della responsabilità genitoriale RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in *www.giurcost.org*, 17 marzo 2014, 8 ss.

³⁷ In realtà, non è pacifica l'applicazione della circostanza in questione allorché parte offesa sia il figlio del genitore autore del delitto. Nel senso di una preclusione assoluta, v. Cass., Sez. III, 6 dicembre 2016 (ud. 8 settembre 2016), n. 51895, ric. G +1, in *DeJure*; nel senso, invece, dell'inesistenza di un'astratta incompatibilità, Cass., Sez. III, 7 settembre 2012 (ud. 12 luglio 2012), n. 34236, ric. A., in *DeJure*.

³⁸ Si veda, però, la considerazione del giudice *a quo* nell'incidente di costituzionalità che ha poi dato luogo alla sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 2012 in materia di alterazione di stato. Si evidenziava, in quella sede, che, a differenza del reato di alterazione di stato, il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p. è «di per sé sintomatico di una generalizzata pericolosità del genitore», con la conseguente legittimità dell'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale comminata (Trib. Milano, ord. del 31 gennaio 2011, iscritta al n. 141 del registro ordinanze 2011 e pubblicata in *G.U.* 1^a Serie Speciale - Corte costituzionale n. 28 del 29 giugno 2011).

³⁹ Corte cost., sent. n. 134 del 2012, in *www.cortecostituzionale.it* e in *Dir. pen. cont.*, con nota di VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, 1° giugno 2012.

considerazione, per quel che qui ci riguarda, l'idea di estromettere dall'elenco delle sanzioni penali complementari ogni interdizione che incida sulla responsabilità genitoriale⁴⁰. Nel frattempo, non rimane che all'interprete prima, e se del caso, alla Consulta poi, porre attenzione a quegli automatismi punitivi⁴¹ ancora presenti in materia di responsabilità genitoriale e valutarli alla luce del principio dei *best interests of the child*.

Dott. Jacopo Burato

**Il presente lavoro costituisce rielaborazione e approfondimento delle tematiche affrontate dall'Autore nel corso del convegno "La famiglia nel sistema penale" tenutosi il 2 luglio 2020 sulla piattaforma Google*

⁴⁰ In merito, v. FERLA, *La pena accessoria della decadenza dai parental rights e la Corte EDU*, cit., 203 s., che segnala l'opzione abolizionista prospettata nell'ambito del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso. L'Autrice precisa come a un'eventuale eliminazione delle sanzioni penali in materia di responsabilità genitoriale dovrà corrispondere la promozione di una differente strategia di tutela da attuare tramite risorse personali ed istituzionali, nonché strumenti normativi presenti in ambito civile.

⁴¹ In riferimento agli automatismi in materia penitenziaria, ci limitiamo a segnalare, in questa sede, Corte cost., sent. n. 174 del 2018, in www.cortecostituzionale.it, a commento della quale v. APRILE, *Osservazioni a C. Cost.*, 23.7.2018, n. 174, in *Cass. pen.*, 11/2018, 3691 s.; CESARIS, *Un'ulteriore erosione degli automatismi preclusivi penitenziari per una più efficace tutela della genitorialità dei condannati detenuti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1798 ss.; FIORENTIN, *Tutela genitorialità, una "messa a punto" costituzionale*, in *Guid. dir.*, 38/2018, 74 ss.; MARRA, *La Corte costituzionale prosegue l'opera di smantellamento delle preclusioni "rigide" all'accesso ai benefici penitenziari*, in *ilPenalista.it*, 22 ottobre 2018; SAPORITO, *Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2019, 67 ss.; SCHIRÒ, *L'interesse del minorenne ad un rapporto quanto più possibile "normale" con il genitore: alcune considerazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 174 del 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2018, 105 ss.; PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in www.forumcostituzionale.it. La Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 21-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui, con riferimento alle detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, della medesima legge, non consentiva l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, a meno che non ricorresse la condotta collaborativa prevista dall'art. 58-ter (stessa legge). L'illegittimità è stata accertata per contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., che tutela l'interesse del minore a un rapporto quanto più possibile normale con la propria madre. Al rigido meccanismo impugnato è subentrato il prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza. Pertanto, anche nell'ambito dell'esecuzione della pena, registriamo un'analoga contrarietà della Consulta ad automatismi che non tengano conto della protezione accordata al fanciullo dall'ordinamento internazionale e costituzionale. Le logiche che qui entrano in gioco sono differenti, non essendo possibile parlare propriamente di "preminenza" dell'interesse del fanciullo rispetto a esigenze di difesa sociale. Ciò nonostante, è significativo il *vulnus* dovuto a presunzioni assolute cieche ai bisogni del minore in tenera età.

Meet. L'occasione per le presenti riflessioni è costituita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2020, della quale tale contributo rappresenta un commento.

Il lavoro è stato pubblicato sulla rivista Penale, Diritto e Procedura (fasc. 3/2020). Si ringrazia l'Editore per aver autorizzato la pubblicazione anche in questa sede.

La maternità surrogata. Profili di rilevanza penale

Il 30 aprile 2020, con un video diffuso, a livello globale, dai responsabili della clinica *Biotexcom* di Kiev, in cui viene praticata la maternità surrogata, è stata documentata la presenza di quarantasei neonati, collocati in una sala dell'attiguo Hotel Venezia¹. Le immagini, che hanno mostrato culle allineate con puericoltrici preposte all'accudimento dei predetti, in attesa dei cd. genitori intenzionali, sono state accompagnate da un messaggio vocale² che, pur perseguendo lo scopo di rassicurare i committenti, ha ingenerato un effetto mediatico antitetico, disvelando, ancor più, le insuperabili criticità del fenomeno dell'utero in affitto³, *business* di milioni di euro, in costante crescita.

Segnatamente, scaduti con il parto i contratti stipulati con le madri surrogate, i genitori intenzionali stranieri (coppie francesi, inglesi, spagnole ed italiane), a causa dell'emergenza Covid-19 e del conseguente blocco delle frontiere, si sono trovati nell'impossibilità di raggiungere l'Ucraina⁴. Di qui l'emersione delle problematiche concernenti, rispettivamente, l'effettiva appartenenza di questi neonati, il loro *status* giuridico e la loro tutela.

L'evidenziata pratica non concerne, peraltro, solo l'Ucraina, in cui operano numerose agenzie di servizi di intermediazione. Ogni anno, infatti, mediamente duemila coppie

¹ MARIANI, *Lockdown. Video-choc dall'Ucraina: i figli dell'utero in affitto parcheggiati in hotel*, in www.arvenire.it, 7 maggio 2020; VETRI, *Il video shock con decine di bambini ammassati in attesa di chi li ha "ordinati"*, in www.famigliacristiana.it, 28 maggio 2020.

² "Cari genitori, se ora non potete attraversare il confine e venire in Ucraina per prendere il vostro bambino, non disperate" - dice una giovane, con il volto coperto da una mascherina, nella versione italiana del video - "Alcuni Stati sono già andati incontro ai propri cittadini ed hanno avviato il processo". Cfr. sul punto SCALISE, *Utero in affitto, in Ucraina i bambini come pacchi in giacenza (VIDEO-CHOC)*, in www.provitaefamiglia.it, 12 maggio 2020.

³ Fenomeno che se, per un verso, sembra stia regredendo nei Paesi asiatici (in Thailandia, Nepal, Laos Cambogia è stato proibito, mentre in India sono state imposte stringenti restrizioni), per l'altro, nell'area europea è in crescita esponenziale (in Albania, Georgia, Grecia, Paesi Bassi, Regno Unito, Russia e, soprattutto in Ucraina. in ragione delle tariffe concorrenziali ivi praticate).

⁴ FRIGERIO, *Lo scandalo dei bimbi dell'utero in affitto bloccati in Ucraina*, in www.lanuovabq.it, 9 maggio 2020. In proposito si segnala che la Rete Italiana contro l'Utero in Affitto, insieme di associazioni femministe, ha sollecitato l'intervento dell'ambasciatore italiano in Ucraina, Davide La Cecilia, nonché notiziato il Ministro degli Esteri, Luigi Di Maio, formulando richiesta di accertamento delle «effettive condizioni di salute dei bambini e quanti e chi siano gli italiani clienti di Biotexcom e di altre cliniche». Al contempo, segnalando come la gestazione per altri in Italia integri reato, al pari della pubblicizzazione e della commercializzazione di gameti e, come, conseguentemente, non dovesse essere «concesso alcun permesso speciale, in deroga al lockdown, per recarsi a "ritirare" i bambini».

straniere, in prevalenza costituite da uomini, si rivolgono a madri surrogate statunitensi⁵. Ed essendo anche negli USA, in data 14 marzo 2020, scattato il *travel ban*, senza previsione di esenzione alcuna per i genitori intenzionali di bambini non ancora nati, circa duecento coppie, come segnalato dall'Avv. Melissa Brisman, titolare dell'agenzia di intermediazione *Reproductive Possibilities*, attraverso il sito *Nbcnews.com*, si sono trovate in una situazione di limbo, con altrettanti bambini assistiti da organizzazioni caritative, in attesa di ricongiungersi ai loro genitori committenti.

Analoga situazione, avuto riguardo a quindici coppie 15 internazionali, con bambini nati dopo il *lockdown*, si è inverata presso la *Circle Surrogacy* di Boston, il cui Presidente, Sam Hyde, ha riferito al *New York Times*, che soltanto alcune di queste sono riuscite a entrare prima del *travel ban*, anche se poi bloccate per la quarantena. Mentre altre hanno dovuto interrompere il viaggio in una tappa intermedia⁶.

Parimenti Will Helm dell'*International Reproductive Law Group*, ha rappresentato al *New York Times* le possibili soluzioni, da applicarsi in ordine sequenziale, al problema che ne è disceso, specificando: «*il Piano A è che i genitori committenti riescano a entrare negli Stati Uniti prima del parto per partecipare al lieto evento. Se non faranno in tempo, passeremo al piano B, C e D*». Concernenti, questi ultimi, la possibilità di ricorrere, nell'ordine, ad amici o familiari residenti negli Stati Uniti, o ad operatori professionali a cui affidare il neonato sino all'allattamento delle restrizioni imposte. O ancora, alle madri surrogate, sebbene prive di oneri legali a carico, secondo la regolamentazione contrattuale tipica del fenomeno *de quo*. Le sopra indicate circostanze - pur se dettate dalla contingenza epidemica - hanno reso e rendono stringente l'esigenza di porre attenzione alla surrogazione della maternità. Modalità procreativa in virtù della quale due persone unite da un legame affettivo, impossibilitate ad avere figli, si rivolgono ad una donna estranea alla coppia, affinché porti avanti una gestazione per loro conto, affidandogli il nuovo nato dopo il parto⁷.

⁵ MARIANI, *Lockdown. Video-choc dall'Ucraina: i figli dell'utero in affitto parcheggiati in hotel*, cit.

⁶ MARIANI, *Lockdown. Video-choc dall'Ucraina: i figli dell'utero in affitto parcheggiati in hotel*, cit.

⁷ DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, in *www.neldiritto.it*.

Più esattamente, nella maternità surrogata *stricto sensu* intesa, l'embrione risulta dall'interazione di gameti maschili di un membro della coppia e gameti femminili della gestante. Può anche avvenire, però, che la fecondazione avvenga con spermatozoi riferibili da un terzo donatore. Come pure che la madre surrogata non abbia alcun legame genetico con il neonato, limitandosi a condurre la gravidanza, a seguito dell'impianto di un ovulo già fecondato, formato dall'unione di cellule riproduttive appartenenti alla coppia c.d. committente, oppure a terzi donatori.

Correlativamente, nella letteratura giuridica, per sottolineare la differente origine biologica del concepito – anche se l'essenza della procedura è invariata - si parla di surrogazione di maternità o di maternità surrogata se il neonato ha un legame genetico con l'uomo committente e con la madre surrogante⁸. Si utilizza, invece, l'espressione locazione d'utero, ovvero utero in affitto, maternità surrogata gestazionale o gestazione per altri, quando l'embrione, fecondato all'esterno dell'organismo della surrogante, tramite ovulo fornito dalla committente o da un'altra donna, viene successivamente trasferito nell'utero della surrogante.

Convenzionalmente, però, per utero in affitto s'intende un accordo fra due o più parti, in forza del quale una donna s'impegna, dietro compenso oppure a titolo gratuito, a farsi fecondare, o a farsi impiantare un ovulo fecondato, al fine di portare a compimento una gravidanza, per conto di uno o più committenti, nonché a consegnare loro il bambino dato alla luce, rinunciando a vantare qualsivoglia diritto sul medesimo.

Scopo di tale pattuizione è quello di supplire all'infertilità dei committenti e, quindi, di soddisfare il loro desiderio di maternità-paternità.

I possibili soggetti coinvolti⁹ nella pratica *de qua* sono:

- la madre surrogante che presta il proprio utero. Al riguardo, si segnala come l'utilizzo dell'espressione madre surrogata debba ritenersi, poiché la surrogante è colei che sostituisce la donna infertile o assente e si presta, in sua vece, a portare

⁸ *Utero in affitto: come funziona il business della maternità surrogata*, in www.provitaefamiglia.it, 27 settembre 2019; GARRO, *La rilevanza penale della "surrogazione di maternità"*, in www.salvisjuribus.it, 3 aprile 2017.

⁹ *Utero in affitto: come funziona il business della maternità surrogata*, in www.provitaefamiglia.it, cit.

avanti la gravidanza. La surrogata, invece, è colei che viene sostituita e che riceverà il bambino;

- i committenti, ossia i c.d. genitori intenzionali (coppie eterosessuali, omosessuali e singoli, nel caso in cui la legge lo consente) che si rivolgono, tramite intermediari, alla surrogante, per ottenere un bambino;
- l'eventuale venditrice dell'ovulo. Nel caso in cui, per ottenere l'embrione, non si sia fatto ricorso ai gameti della surrogante e, tanto meno, a quelli della surrogata, deve ravvisarsi una terza figura genitoriale, che fornisce il proprio materiale biologico per la fecondazione. Trattasi della madre biologica dal punto di vista genetico, mentre la surrogante – pur intrattenendo con il bambino un rapporto di natura biologica - lo è unicamente sotto il profilo gestazionale e
- l'eventuale venditore del seme. Laddove lo sperma non sia del committente, subentra un'ulteriore figura genitoriale: il padre biologico.

In proposito, preme, altresì, sottolineare che l'utilizzo della denominazione venditori di gameti, in luogo di donatori, deriva dal fatto che non ricorre mai la cessione a titolo gratuito, intercorrendo tra le parti sempre una compravendita.

E, ancora, devono considerarsi:

- gli intermediari, cioè enti specializzati che gestiscono la procedura, in autonomia o di concerto con cliniche e studi legali convenzionati, curandone sia l'aspetto medico (mediante l'approvvigionamento di gameti, la fecondazione artificiale, l'impianto dell'embrione e l'assistenza alla gravidanza), che quello giuridico (attraverso la predisposizione del contratto) ed
- il bambino, oggetto della pattuizione, il quale potrebbe ritrovarsi ad avere fino a cinque genitori, dei quali nessuno lo è in senso proprio. Precipuamente, il padre e la madre intenzionali, che possono divenire genitori adottivi, nonché il padre e la madre biologici (dai quali proviene l'ovulo fecondato) e, infine, la madre partorienti che lo ha dato alla luce.

Sebbene una regolamentazione normativa disciplinante il contratto di utero in affitto, nei Paesi ove detta pratica è consentita, sia necessaria per delinearne una perimetrazione legale, non esclude la possibile perpetrazione abusi in danno delle surrogate.

Dall'analisi di un contratto-tipo¹⁰, considerando a titolo esemplificativo, quelli che si stipulano in California, può agevolmente evincersi, innanzitutto, come, nell'*incipit*, vengano indicati i nomi, rispettivamente, dei committenti e della surrogante e mai si utilizzi il termine 'madre'.

Segue la dichiarazione che è tenuta a rilasciare la surrogante, con cui attesta di essere stata resa edotta di tutti i profili afferenti alla pratica *de qua*, come pure di non essere intenzionata a far valere, in alcun momento, diritti genitoriali. Formalmente l'oggetto del contratto non è rappresentato, dunque, dall'acquisto di un bambino, né dal consenso della surrogante alla consegna del medesimo per l'adozione, sebbene sostanzialmente ciò è quanto in concreto accade.

Vi è poi la previsione dell'obbligo per la surrogante di sottoporsi a test, *screening* medici e psicologici. E, talvolta, si dispone, anche per i committenti, la previa sottoposizione ad una valutazione di idoneità al ruolo da assumere.

Vengono poi stabiliti i termini del pagamento e le spese rimborsabili (come l'indennità per l'abbigliamento, per la benzina e per il chilometraggio per le visite mediche, nonché gli importi salariali persi qualora la surrogante debba assentarsi dal lavoro o smettere di lavorare a causa di complicazioni legate alla gravidanza).

E, ancora, possono essere inserite clausole aggiuntive, concernenti tutti i *desiderata* dei compratori, i quali possono effettivamente controllare la vita privata della surrogante fino al momento del parto. Ragione per cui, l'uso dell'intero corpo della donna, per la durata della gravidanza, diviene oggetto di commercio. Nella maggior parte dei contratti, infatti, si pattuisce, il controllo da parte dei committenti della dieta, dell'esercizio fisico, dello stile di vita, dei viaggi e di tutte le attività della surrogante. E, talvolta, si conviene che quest'ultima (ed il suo eventuale marito) si impegnino a non intrattenere alcuna relazione genitore-figlio con il bambino.

Nell'accordo, peraltro, appare evidente come le norme sulla riservatezza dei dati sensibili concernenti le condizioni di salute fisica e psichica personale della surrogante vengano

¹⁰ POLEGGI, *Utero in affitto: leggiamo qualche contratto tipo*, in www.provitaefamilia.it, 24 ottobre 2018; BATIA, *Il contratto di "maternità surrogata". Riflessioni sul primo caso italiano e considerazioni sullo stato legislativo attuale*, in www.diritto.it, p. 1 ss.

disattese, potendo i committenti accedere direttamente ai referti ed alle cartelle cliniche della stessa.

Nel contratto si dispone anche della vita sessuale della predetta, che si impegna a non avere rapporti sessuali con alcuno, oppure ad averne solo con il proprio partner, il quale ultimo deve, a sua volta, sottoporsi a determinati test medici.

Sovente nella pattuizione viene, altresì, inserita una clausola di aborto e/o risoluzione dell'accordo. I compratori si riservano cioè il diritto di fare interrompere la gravidanza entro diciotto settimane. Diritto che possono esercitare in modo discrezionale ed assoluto, senza dovere addurre giustificazione di sorta. *A fortiori*, il diritto all'aborto - non della donna incinta, bensì dei committenti - è legittimato in caso di anomalie genetiche del nascituro, nonché in termini sesso-selettivi. Come pure i committenti si riservano il diritto di eliminare eventuali embrioni in eccesso, prima della ventesima settimana di gestazione. Nondimeno, a fronte di una fatalità per la surrogante, il testamento biologico dalla stessa eventualmente predisposto deve ritenersi privo di rilevanza, essendo i compratori gli unici a decidere se tenerla in vita - qualora la gravidanza sia nel secondo o terzo trimestre - per il tempo necessario a raggiungere la vitalità del feto, in ragione dell'interesse e del benessere del bambino. Potendo il marito o un parente più prossimo della surrogante decidere per il distacco dei macchinari o altri interventi sulla paziente, unicamente dopo il parto.

Infine, sono previste nel contratto, a carico della surrogante, per inosservanza delle pattuizioni¹¹:

- l'obbligo di restituzione dei pagamenti ricevuti e di rinuncia a quelli da ricevere;
- la responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dell'accordo;
- l'obbligo di risarcimento - salvo maggior danno - dei costi per la fecondazione artificiale, le commissioni dell'agenzia intermediaria, gli onorari del procuratore, i farmaci e le spese di viaggio.

Parimenti, restano a carico esclusivo della predetta la cura ed i costi da sostenere per il bambino, nato contro la volontà dei compratori, fino al compimento della maggior età.

¹¹ Cfr. *Utero in affitto: come funziona il business della maternità surrogata*, in www.provitaefamiglia.it, cit.; POLEGGI, *Utero in affitto: leggiamo qualche contratto tipo*, in www.provitaefamiglia.it, 24 ottobre 2018, cit.

È incontroverso, pertanto, come la surrogazione di maternità costituisca una reificazione tanto della donna, trattata come incubatrice, quanto del bambino, oggetto di compravendita - ma lo stesso varrebbe se oggetto di donazione - anche qualora sia attuata con fine altruistico¹².

In entrambi i casi il neonato viene trasferito a chi non lo ha concepito o, comunque, non lo ha portato in grembo. Ciò per soddisfare il desiderio di diventare genitori dei soggetti committenti, che non possono far nascere un bambino, e non sono disposti, o non sono idonei ad adottare un orfano.

Ragione per cui qualsivoglia fine altruistico perseguito si risolve unicamente nell'intento satisfattivo dei genitori intenzionali, non certo del bambino, il quale è, fin da subito, sottoposto ad uno stress psico-fisico per la separazione dalla madre che lo ha partorito, con la quale ha instaurato, durante la gravidanza, un rapporto di *cross-talk*. Per poi subire, crescendo, gli effetti della frammentazione identitaria e patire un'offesa della propria dignità personale, in quanto "oggetto da trasferire" in un rapporto contrattuale tra privati. Il fondamento della maternità surrogata, pertanto, si coglie non già nel diritto alla procreazione, bensì esclusivamente in un asserito diritto alla filiazione. Mentre il primo integra un diritto naturale ed incompressibile dell'individuo, il diritto al figlio non esiste, integrando l'arrivo di un figlio un evento imponderabile, legato, per la filiazione naturale, a condizioni rigorosamente biologiche e, per quella adottiva, a connotazioni psicologiche ed economico-sociali. E, quindi, non può ritenersi configurabile.

Ciò anche al fine di evitare pericolose distorsioni. Sostenerne l'esistenza comporterebbe, invero, l'individuazione del suo oggetto-contenuto nel figlio stesso, in spregio del proprio *status* giuridico di soggetto di diritto, in quanto persona e non oggetto di diritti.

È indubbio il contrasto etico che discende dalla possibilità offerta dalla scienza di realizzare tale peculiare modalità procreativa. Sussistono, infatti, concezioni antitetiche al riguardo¹³. C'è chi ritiene che la stessa non tenga conto dei diritti dei bambini, ma esclusivamente di un egoistico desiderio degli adulti. Ragione per cui gli Stati civili moderni non dovrebbero

¹² *Utero in affitto: come funziona il business della maternità surrogata*, in www.provitaefamiglia.it, cit.

¹³ DI BENEDETTO, *La maternità surrogata: le principali questioni bioetiche*, in www.diritto penale.it, 18 dicembre 2019.

consentirne la praticabilità, in quanto obbligati a salvaguardare i diritti di chi non può, in alcun modo, difendersi e proteggersi. Vieppiù che trattasi di una tecnica di deplorable sfruttamento del corpo femminile¹⁴.

L'opposto orientamento rivendica, invece, la libertà di scelta di una donna nel decidere di portare in grembo una vita per altri, nonché la libertà delle persone che desiderano avere un figlio di diventare genitori, con tutti i diritti e le responsabilità che ne conseguono. Ne discende che la pratica *de qua* non deve essere intesa come un abuso, una forma di violenza o di schiavitù, potendo la donna liberamente decidere cosa fare del proprio corpo. Pratica in Italia espressamente vietata dall'art. 12, comma 6, Legge 19 febbraio 2004, n. 40¹⁵, che commina la reclusione tra tre mesi a due anni e la multa da € 600.000,00 a un milione di

¹⁴ Il movimento delle femministe "*Se non ora quando-Libere*" ha fortemente censurato il fenomeno, sostenendo che: "*Non possiamo accettare, solo perché la tecnica lo rende possibile, e in nome di presunti diritti individuali, che le donne tornino ad essere oggetti a disposizione: non più del patriarca ma del mercato*".

¹⁵ L'art. 12 (*Divieti generali e sanzioni*) della Legge 19 febbraio 2004, n. 40 "*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*" recita: "*1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.*

(Vd. Corte Cost., Sent. n. 162/2014, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita)

2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.

3. Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

4. Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.

5. Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro.

6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.

8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.

10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata".

euro a “*chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità*”, in quanto contraria alle disposizioni in materia di adozione e di tutela dei minori, perché, dopo la nascita, il neonato viene consegnato alla coppia committente e la portatrice non acquisisce alcun diritto e dovere connesso alla maternità, essendone estranea sia legalmente che biologicamente.

A fronte di tale limite ostativo, persistente anche a seguito della declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, con sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 2014, n. 162¹⁶, numerose coppie italiane hanno fatto ricorso a pratiche di c.d. turismo procreativo, per avvalersi presso centri esteri di procreazione medicalmente assistita di trattamenti ivi riconosciuti come leciti, quali la donazione di gameti, la produzione di embrioni in soprannumero con eventuale crioconservazione, la surrogazione di maternità e la diagnosi di preimpianto sull’embrione.

Al riguardo, occorre, innanzitutto, soffermarsi sulla rilevanza penale della condotta del medico italiano rispetto al fenomeno in esame¹⁷. Può, infatti, ravvisarsi una responsabilità penale del medesimo nel caso in cui consigli ai propri pazienti di rivolgersi ad un centro estero per trattamenti vietati dalla citata Legge n. 40 del 2004. Così integrando, ex art. 110 c.p., una forma di concorso morale nel reato, avente come autore il medico che opera nel centro estero. La legge penale italiana è in tale ipotesi applicabile, dovendosi considerare il reato commesso in Italia, essendosi una parte della fattispecie concorsuale realizzata nel territorio dello Stato italiano.

Ai sensi dell’art. 115 c.p., la responsabilità del medico italiano può ravvisarsi laddove i propri pazienti, accogliendone il consiglio, si siano effettivamente rivolti ad un centro estero, presso cui abbiano ricevuto il trattamento, penalmente vietato dalla legge italiana. Riserve sussistono laddove all’indicazione di recarsi all’estero suggerita non segua alcuna adesione, sebbene la giurisprudenza propenda per l’estensione punitiva. Ciò in quanto il

¹⁶ CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 1117 ss.; SANFILIPPO, *Dal 2004 al 2014: lo sgretolamento necessario della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2014. Sul punto anche POGGI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014 Quanto la sentenza rispetta il senso originario del dettato costituzionale?*, in *www.bioeticanews.it*, luglio 2016.

¹⁷ DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 27 ss.

consiglio fornito a pazienti, nel corso di colloqui individuali, non dovrebbe ritenersi idoneo ad integrare una condotta di “*pubblicizzazione*”. Vieppiù che l’oggetto del divieto di tale condotta, di cui al citato art. 12, comma 6, Legge n. 40 del 2004 è limitato alla cessione a pagamento di gameti o di embrioni ed alla surrogazione di maternità, non concernendo altre forme di trattamento di PMA, pur vietate dalla legge italiana.

Può, peraltro, accadere che un medico italiano, dopo aver concordato con i pazienti, presso il proprio studio professionale in Italia, una pratica procreativa illecita per il nostro ordinamento, lo pratichi personalmente in un centro estero.

Anche in questo caso deve ritenersi applicabile legge italiana, trattandosi di reato commesso nel territorio dello Stato. Reato integrato in concorso dal medico e dai pazienti. *Per converso*, sussistono ipotesi in cui non sorge alcuna responsabilità a carico del predetto professionista: in alcuni Stati dell’Europa dell’Est si eseguono fecondazioni in vitro, con donazione di ovociti, senza che la coppia si rechi sul posto, procedendo all’invio del seme. È possibile così che l’embrione, ottenuto nel laboratorio di tali Stati, pervenga per spedizione in Italia per essere impiantato nell’utero della donna.

Ed il medico italiano che ivi effettua il trasferimento dell’embrione - prodotto all’estero e, successivamente, importato – si ritiene non debba incorrere in alcuna responsabilità, penale o amministrativa¹⁸. Più precisamente, non integra l’illecito amministrativo di cui all’art. 12, comma 11, Legge n. 40 del 2004 la condotta di utilizzo a fini procreativi di gameti di soggetti estranei alla coppia è stata realizzata (e si è esaurita) all’estero, ad opera di medici e biologi stranieri. E, nel nostro ordinamento, non esiste una previsione normativa che precluda il trasferimento nell’utero della donna di un embrione ottenuto con gameti forniti da soggetti estranei alla coppia¹⁹.

¹⁸ *Relazione sulla PMA, legge 40 del 2004*, in www.fondazioneforensefirenze.it, p. 25 ss.

¹⁹ Di contro, laddove il medico italiano sopprimesse l’embrione o lo crioconservasse, commetterebbe il delitto di cui all’art. 14, comma 1 e comma, 6 della richiamata legge, che recita: “1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell’evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall’articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell’utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

Né può ritenersi integrato il reato di ricettazione ex art. 648 c.p., non essendo l'embrione, prodotto all'estero e ricevuto dal medico italiano, *res* proveniente da delitto.

Tanto meno può ravvisarsi la responsabilità penale per un medico italiano che, operando presso un centro estero di PMA, pratici un trattamento vietato in Italia, ma lecito per la legislazione del Paese ospitante, ove destinataria del trattamento sia una coppia con la quale il medico italiano non abbia avuto precedenti contatti.

Infatti, anche nel caso in cui la legge italiana configura quel fatto come delitto e prevede una pena detentiva, il medico non è punibile. Trattandosi di delitto commesso all'estero, l'applicabilità della legge italiana è subordinata, accanto ai requisiti espressamente contemplati nell'art. 9 c.p., a quello tacito della doppia incriminazione²⁰.

In secondo luogo, è necessario evidenziare - per i riflessi sulla responsabilità penale che ne discendono - che, se nei Paesi in cui la surrogazione della maternità è lecita, viene

4. *Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.*

5. *I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero.*

6. *La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.*

7. *È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo.*

8. *È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto.*

9. *La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro*". La Corte Costituzionale, con sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2, limitatamente alle parole «*ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre*») e, dunque, del limite massimo di embrioni impiantabili e del divieto, quasi assoluto, di crioconservazione, nonché del comma 3 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. Originariamente si prevedeva, invero, che nei trattamenti volti alla procreazione medicalmente assistita, fosse possibile la formazione di un numero limitato di embrioni - fino ad un massimo di tre - da impiantare contestualmente, consentendo, solo per grave e documentata causa di forza maggiore, afferente allo stato di salute della donna, la crioconservazione degli embrioni, fino alla data del trasferimento, da realizzare appena possibile. La sentenza *de qua*, richiamando il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di salvaguardia della salute della donna (art. 32 Cost.), ha stigmatizzato l'irragionevolezza dell'imposizione del suddetto limite da parte del legislatore, che si è sostituito a valutazioni di peculiare spettanza di medici. Affinché i trattamenti di procreazione medicalmente assistita abbiano possibilità di successo, occorre, infatti, accertare una serie di fattori, come l'età della donna e le proprie condizioni di salute. Fattori che influiscono sulle possibilità di produrre embrioni idonei a svilupparsi in feto. Porre un limite massimo di tre embrioni e precludere la crioconservazione di quelli in eccesso, può comportare che la donna sia costretta, per insuccesso del trattamento, a sottoporsi a nuovi interventi di stimolazione ovarica e di prelievo chirurgico degli ovociti.

²⁰ Come si legge nei Lavori Preparatori del c.p., per l'applicabilità della legge penale italiana al delitto commesso all'estero occorre che il fatto costituisca reato anche per la legge del luogo in cui fu commesso.

consentita, a determinate condizioni, la formazione di un atto di nascita attributivo della genitorialità mediante tale pratica procreativa alla coppia committente, la trascrivibilità del medesimo nei registri italiani dello stato civile è controversa, alla stessa stregua del riconoscimento della responsabilità penale a carico di coloro che tentino di ottenerla.

Precipuamente, per aggirare il divieto imposto dal nostro legislatore, molte coppie italiane, omosessuali ed eterosessuali, si recano nei Paesi dove la pratica è consentita per poi tornare in Italia e chiedere la trascrizione dell'atto di nascita nei registri dello Stato civile italiani. In pratica, il bambino viene registrato dall'Ufficiale dello Stato civile estero dove è avvenuta la nascita che rilascia ai genitori un atto dove si attesta la genitorialità, che poi dovrà essere trascritto nello Stato di provenienza. Senza la trascrizione, lo Stato non può riconoscere al bambino lo *status* di figlio.

Negli ultimi anni la Corte di Cassazione si è espressa più volte sulla validità di questa procedura adottando orientamenti contrastanti. Inizialmente orientata a non riconoscere la validità della trascrizione nei registri italiani, considerandola un raggirio alle leggi vigenti, ha mutato avviso in talune più recenti pronunce, non ritenendo che la trascrizione integri il reato di contraffazione e di dichiarazione mendace.

Per la dottrina dominante, si ritiene, preliminarmente, che chi ricorre alla maternità surrogata, in uno Stato che ammette tale pratica, non integra la fattispecie criminosa di cui al succitato art. 12, comma 6. Ciò in considerazione del fatto che la punibilità del cittadino per reati commessi all'estero deve ritenersi subordinata al requisito della c.d. doppia incriminazione²¹. Requisito che, pur non essendo espressamente contemplato dall'art. 9 c.p., si evince dal principio di legalità in materia penale, che impone che le persone siano poste in grado di conoscere l'illiceità dei propri comportamenti nei luoghi ove vengono compiuti. Vero è, però, che il presupposto applicativo del suddetto art. 9 c.p. della c.d. doppia incriminabilità non è considerato indefettibile in giurisprudenza. E, rispetto a contrapposti indirizzi ermeneutici, in una recente pronuncia della Suprema Corte si è evidenziato come proprio la compresenza di orientamenti comporti la *“impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato”*, atta ad in generare l'inevitabilità dell'errore

²¹ TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 435.

sulla legge penale, ex art. 5 c.p., come risultante dalla nota pronuncia della Corte Cost. n. 364 del 1988²².

Tuttavia, si assume, in prevalenza, che le coppie che tentano di ottenere la trascrizione di un atto di nascita che attribuisce loro la genitorialità di bambini, nati mediante maternità surrogata, possono incorrere nei reati di alterazione di stato ex art. 567, comma 2 c.p. ed in quella di false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali ex art. 495, comma 2, n. 1 c.p. Fattispecie incriminatrici che sanzionano le indebite interferenze sulla formazione degli atti dello stato civile²³.

Il delitto di alterazione di stato ex art. 567, comma 2 c.p., che commina *“la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità”*, ha recentemente conosciuto una rinnovata attenzione, dopo un lungo periodo di tempo contraddistinto da una serie di pronunce a Sezioni Unite del 1960, deputate a rivedere l’orientamento in precedenza maggioritario che ne affermava la ravvisabilità in caso di denuncia, da parte del genitore celibe, di figli nati da relazioni adulterine in costanza di matrimonio (riconosciuti come figli del marito della partorientente ai sensi dell’art. 231 c.c.)²⁴.

Come si desume da plurime sentenze di merito, negli ultimi anni, stante il concreto rischio di diniego del riconoscimento in Italia del legame parentale instaurato all’estero, i c.d. genitori committenti si presentano all’Autorità consolare quali genitori genetici del bambino, per ottenere la trasmissione dell’atto di nascita, redatto all’estero, agli uffici di stato civile italiani. E, non di rado, è la stessa Autorità consolare stabilita in Paesi che ammettono il ricorso alla maternità surrogata a sospettare che l’atto di nascita concerna

²² Cfr. Sez. V, 10 marzo 2016 (dep. 5 aprile) 2016, n. 13525, in www.neldiritto.it. Pronuncia in cui si afferma: *“Oggi, peraltro, tale valore assume rilievo anche alla luce della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e del principio di prevedibilità del significato della legge. Come anche di recente ribadito dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo (Contrada c. Italia, 14/04/2015, 78, n. 66655/13), l’art. 7 della Convenzione non si limita a proibire l’applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell’imputato, ma sancisce anche, in maniera più generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene - ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ - con la conseguenza che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono”*.

²³ LIGUORO, *Maternità surrogata: cosa prevede l’ordinamento italiano alla luce degli sviluppi della giurisprudenza Cedu* in www.iusinitinere.it, 18 aprile 2018, aggiornato il 22 maggio 2019; DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

²⁴ TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all’estero*, cit., p. 435.

minori venuti al mondo in forza di tale pratica. Con conseguente segnalazione della circostanza all'Autorità nazionale che esercita l'azione penale.

Circa la punibilità ex art. 567, comma 2, c.p. *“una sembra la condotta rilevante, consistente nell'attività di falsificazione, e due per contro gli eventi: la formazione dell'atto di nascita 'falsato' per effetto della suddetta condotta da un lato, e l'attribuzione dello status filiationis falso dall'altro; per contro, nessun riferimento, almeno formalmente, viene effettuato relativamente all'inserimento (iscrizione, trascrizione) dell'atto di nascita nei pubblici registri”*²⁵. Mentre risulta incerta la definizione degli eventi censurati dalla norma, mediante ricorso ad elementi normativi che rinviano alla disciplina civilistica, contraddistinta da profili controversi in ordine ai casi di trascrizione di atto di nascita redatto all'estero.

Di qui l'esigenza di definire quando possa configurarsi un'alterazione dello stato civile di figlio²⁶ e di stabilire se la norma intenda preservarne la conformità alla legge italiana, o la rispondenza all'ordinamento straniero che lo governa, a cui sembra, peraltro, rimandare l'art. 15 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, che assoggetta l'atto di nascita alla legge del luogo. Optando per quest'ultimo approccio ermeneutico, la formazione di un atto di nascita conforme alla legge estera non può integrare l'art. 567 c.p. Di contro, se si ritiene che la fattispecie *de qua* tuteli la corrispondenza dello *status* con la legge italiana, il reato può dirsi consumato ogni qual volta venga trascritto un atto che riconosce un bambino mediante maternità surrogata come figlio di soggetti sprovvisti di qualsivoglia legame genetico con lo stesso. Non essendo alterato lo *status* del minore in difetto di trascrizione, ove quest'ultima non avvenga per cause indipendenti dalla volontà dei soggetti, in presenza degli ulteriori elementi costitutivi ex art. 567 c.p. il reato deve considerarsi integrato nella forma del tentativo.

Analoga problematica concerne poi l'interpretazione del riferimento normativo alla *“formazione dell'atto”*, essendo dubbio se tale locuzione afferisca alla costituzione dell'atto all'estero o al solo atto di stato civile italiano derivante dalla trascrizione. Con i correlati

²⁵ TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, cit., p. 21 ss.

²⁶ DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

effetti sulla valenza *dichiarativa* o *costitutiva* propria di quest'ultima. Aderendo alla prima soluzione, nel caso in cui l'atto sia correttamente formato secondo la legge estera (in difetto di qualsivoglia falsa dichiarazione), il delitto di cui all'art. 567, comma 2, c.p. non è configurabile, difettandone un elemento costitutivo, anche ove l'atto venga poi trascritto nei registri italiani²⁷. Qualora, invece, l'atto risulti formato in violazione della legge estera (a titolo esemplificativo, a fronte della falsa dichiarazione di riferibilità del patrimonio genetico ad uno dei genitori committenti, occorre effettuare una distinzione. Un orientamento colloca la consumazione del reato all'estero, riconoscendone la punibilità secondo la legge italiana ai sensi dell'art. 9 c.p., allorché l'autore si trovi in Italia e sussista il requisito della doppia incriminazione. Mentre, un diverso indirizzo ne ravvisa la consumazione in Italia, riferendosi l'art. 567, comma 2, c.p. all'attribuzione dello *status filiationis* secondo la legge italiana e, avuto riguardo al criterio dell'ubiquità ex l'art. 6 c.p., considerando il reato commesso nel territorio italiano, anche se sia ivi avvenuta “*una minima parte dell'azione o dell'omissione, anche se priva dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo*”²⁸.

La dottrina prevalente attribuisce natura costitutiva alla trascrizione dell'atto di nascita e, nell'interpretare l'art. 567 c.p. come funzionale ad evitare alterazioni dello stato civile secondo la disciplina italiana, esclude la rilevanza dell'atto estero ai fini della consumazione del delitto *de quo*. L'atto di nascita estero che riconosce i committenti come genitori del nato mediante maternità surrogata è falso per l'ordinamento interno, poiché attribuisce lo *status* di genitori a soggetti naturalisticamente sprovvisti di tale qualità. Ciò senza che rilevi, in alcun modo, che l'ordinamento estero consenta la formazione di detto rapporto familiare mediante ricorso ad una *fictio iuri*²⁹.

Né favorisce una conclusione diversa il succitato art. 15 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 che, provvisto di natura regolamentare, non può derogare alle norme di legge vigenti. Pur assoggettando alla *lex loci* le dichiarazioni relative alle nascite avvenute all'estero, infatti, la

²⁷ TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, cit., p. 437.

²⁸ Sez. VI, 4 giugno 2015, Sent. n. 38339.

²⁹ TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, cit., p. 6 ss.

disposizione appare inidonea a configurare un rapporto di filiazione derivante da fatti distinti da quelli designati dalla legge ordinaria e dalla Costituzione. Diversamente la previsione sarebbe illegittima e, tale, quindi, da essere disapplicazione ai sensi dell'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E.

Tale approccio non ravvisa la consumazione dell'art. 567, comma 2 c.p. in ogni caso di trascrizione in Italia dell'atto redatto all'estero. Ciò non avviene, invero, laddove i genitori committenti rappresentino di avere fatto ricorso alla surrogazione di maternità all'autorità consolare, nonché all'ufficiale di stato civile e, nonostante ciò, quest'ultimo dia seguito alla trascrizione, non riscontrandone la contrarietà alcuna all'ordine pubblico. Difetta, in tale ipotesi, la condotta falsificatrice e, dunque, non sussiste responsabilità penale ascrivibile a carico dei genitori³⁰.

Alla stessa stregua, si ritiene priva di rilevanza penale la domanda di trascrizione di un atto che riconosce come genitore unicamente il membro della coppia dotato di legame genetico con il nato. Prima di qualsivoglia condotta falsificatrice, difetta l'alterazione dello *status* del neonato, riconosciuto come figlio del soggetto c.d. committente anche in base all'ordinamento italiano³¹.

Nella giurisprudenza di merito si è palesata una spiccata propensione per l'insussistenza della fattispecie di alterazione di stato *ex art.* 567 c.p.³², almeno ogni qual volta l'atto redatto all'estero risulti conforme alla legge ivi vigente³³. Ed il relativo esito assolutorio ha,

³⁰ TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, cit., p. 13 ss.

³¹ DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

³² Cfr. Trib. Pisa, 19 giugno 2015, Sent. n. 687; Trib. Milano, 8 aprile 2014 e 14 aprile 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 413 ss. con nota di TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, cit.; Trib. Varese, 8 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2014, con nota di TRINCHERA, *Maternità surrogata all'estero e responsabilità penale: il dibattito prosegue con una sentenza del Tribunale di Varese che si adegua ai principi espressi dalla Corte EDU e assolve gli imputati*; Trib. Milano, Sez. V, 15 ottobre 2013, in www.penalecontemporaneo.it, 21 febbraio 2014, con nota di TRINCHERA, *Alterazione di stato e maternità surrogata all'estero: una pronuncia assolutoria del Tribunale di Milano*.

³³ Cfr. Trib. Brescia, Sez. II, 26 novembre 2013, in www.penalecontemporaneo.it, 17 marzo 2014, con nota di TRINCHERA, *Ancora in tema di alterazione di stato e procreazione medicalmente assistita all'estero: una sentenza di condanna del Tribunale di Brescia*.

generalmente, rinvenuto la propria *ratio* fondante nel rilievo che l'art. 15 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 assoggetta le dichiarazioni di nascita alle “*norme stabilite dalla legge del luogo*”.

Ne discende che, fatta salva la possibilità di rifiutare la trascrizione in Italia, ove risulti contraria all'ordine pubblico, l'atto che attribuisce al nato mediante maternità surrogata lo *status* di figlio dei c.d. committenti va ritenuto regolarmente formato. Di qui l'irrilevanza delle falsità commesse alla presenza dell'autorità consolare o dell'ufficiale di stato civile in ordine al reato di cui all'art. 567 c.p., giacché “*costituisce principio pacifico quello secondo il quale il reato di alterazione di stato di cui all'art. 567, comma secondo c.p., non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona, rese quando l'atto di nascita è già formato, potendo tale condotta rientrare invece nella previsione dell'art. 495, comma terzo, n. 1 cod. pen. (v. Cass. Sez. VI, sentenza n. 35806 del 5.5.2008)*”³⁴.

Si è, inoltre, esclusa - secondo distinti assunti argomentativi - anche la consumazione del reato *ex art. 495 c.p.*, che punisce con la reclusione da uno a sei anni “*chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona*”, stabilendo la pena della reclusione non inferiore a due anni “*se si tratta di dichiarazioni in atti dello stato civile*” (così il comma 2, n. 1). Si è, al riguardo, affermato che l'esigenza di coordinamento sistematico tra tale fattispecie criminosa e la previsione di cui all'art. 567, comma 2 c.p. impone di circoscriverne la portata alle condotte compiute successivamente alla formazione dell'atto di nascita, riconducendo le falsità poste in essere anteriormente al delitto di alterazione di stato nella forma del tentativo, qualora le falsità idonee e dirette in modo non equivoco ad alterare un atto di nascita non raggiungano lo scopo.

Come pure si è sostenuto che non è ravvisabile la responsabilità *ex art. 495 c.p.* di coloro che, nel presentare l'atto di nascita all'autorità consolare, abbiano lasciato intendere la propria qualità di genitori biologici del nato da maternità surrogata, risultando il delitto interamente commesso all'estero, con procedibilità in Italia solo a seguito di richiesta del

³⁴ Cfr. Trib. Varese, 8 ottobre 2014, cit., ove peraltro si specifica espressamente che “*ad avviso di questo Tribunale la trascrizione in esame, in quanto successiva alla formazione dell'atto di nascita, ha natura ed effetto di mera pubblicità nei registri dello stato civile italiano di quanto formatosi all'estero e non è costitutiva dello stato di figlio*”.

Ministro della Giustizia, in base all'art. 9, comma 2 c.p., per i reati puniti con pena inferiore a tre anni nel massimo³⁵.

E, ancora, si è affermato che, nonostante il fatto di reato sia da ritenersi compiuto in Italia, giacché ivi “*premeditato*” ex art. 6 c.p., lo stesso non può dirsi consumato, “*perché tale condotta non può cagionare alcun nocumento al bene giuridico tutelato dalla norma penale. Infatti, a seguito delle pronunce della Corte EDU nei casi Mennesson e Labassee, lo Stato non può negare il riconoscimento al rapporto di parentela, validamente formatosi in un Paese straniero, tra l'uomo e la donna che hanno fatto ricorso alla maternità surrogata e il bambino nato dalla donna che ha messo a disposizione il proprio utero per la gravidanza, perché ciò costituirebbe una lesione intollerabile all'identità del minore; e lo Stato non ha d'altra parte introdotto alcun obbligo per i genitori che hanno fatto ricorso all'estero alla maternità surrogata di segnalare tale circostanza alle autorità nazionali perché non è prevista alcuna disciplina finalizzata alla conservazione delle informazioni concernenti i rapporti biologici tra genitori e figli*”³⁶.

Vero è, però, che talune pronunce di assoluzione per il reato di cui all'art. 567 c.p. hanno ritenuto configurabile la fattispecie tracciata dall'art. 495 c.p., “*se l'uomo e la donna che hanno fatto ricorso al trattamento di procreazione medicalmente assistita dichiarano davanti all'ufficiale dell'anagrafe, al momento della richiesta di trascrizione del certificato di nascita nei registri dello stato civile italiano, di essere i genitori del bambino perché tale falsa dichiarazione sottrae al patrimonio conoscitivo del pubblico ufficiale un elemento potenzialmente valutabile ai fini del rifiuto della trascrizione, ai sensi dell'art. 18 d.P.R. n. 396 del 2000, per contrarietà all'ordine pubblico*”³⁷.

Ciò non senza riserve, destando la responsabilità ex art. 495, comma 2 c.p. perplessità di ordine sistematico, stante la correlata possibile irrogazione di una pena detentiva superiore a quella comminata dall'art. 12, comma 6, della citata Legge n. 40 del 2004³⁸.

La prima pronuncia della Cassazione intervenuta sul tema³⁹ ha aderito all'indirizzo minoritario della giurisprudenza di merito, soffermandosi nel motivare, in via preliminare

³⁵ Trib. Milano, 14 aprile 2014, cit.

³⁶ Trib. Varese, 8 ottobre 2014, cit. Sul punto DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

³⁷ Trib. Milano, 14 aprile 2014, cit.

³⁸ TRINCHERA, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero*, cit., p. 438.

³⁹ Sez. VI pen., 11 novembre 2015 (dep. 26 febbraio 2016), Sent. n. 8060, reiettiva del ricorso proposto dal Procuratore generale presso la Corte di appello di Bologna avverso una sentenza assolutoria, emessa nei confronti di due soggetti che, presentatisi come genitori biologici di un minore, nato mediante

e dirimente, sulla struttura e sul bene giuridico tutelato dal reato previsto dall'art. 567, comma 2, c.p., sostenendo che *“si concreta in un falso ideologico funzionale ad una alterazione dello status di filiazione ascrivibile al neonato. Alterazione che viene a realizzarsi in esito ad una registrazione anagrafica resa, grazie al falso, in termini distonici rispetto al naturale rapporto di procreazione. Ad essere tutelato è il complesso interesse sotteso allo stato di filiazione, in relazione al quale si intersecano momenti diversi: alcuni immediatamente correlati alla situazione di fatto determinata dalla procreazione, intimamente legati, dunque, allo sviluppo della personalità del neonato ed ai rapporti familiari, sia genitoriali che parentali che dalla prima dipendono; altri strettamente correlati al fascio di situazioni giuridiche che l'ordinamento fa discendere dalla iscrizione anagrafica del neonato quanto alla individuazione dei relativi genitori”*. Così facendone derivare che, *“per dare luogo alla alterazione di stato, dunque, occorre che la condotta di falso si muova all'interno della formazione dell'atto di nascita, concretandosi il reato con la registrazione dell'atto stesso. La registrazione anagrafica costituisce dunque lo spartiacque essenziale tra le possibili valutazioni interpretative inerenti la medesima condotta di falso ... Non rilevano al fine, in ragione di tanto, le condotte di falso successive alla formazione dell'atto di nascita, in genere ricondotte da questa Corte all'interno dell'ipotesi normativa di cui all'art. 495 c.p., comma 2. Per contro, quelle antecedenti la registrazione anagrafica (tipiche, pur se scolastiche, le ipotesi legate alle dichiarazioni di nascita cui non sia seguita poi la iscrizione anagrafica per fatti indipendenti dalla volontà dell'autore della dichiarazione non coincidente al vero) vanno ricondotte all'egida del tentativo del reato ex art. 567 c.p., comma 2 e si distinguono dalla ipotesi di reato di cui all'art. 495 c.p., comma 2 perché colorate dal quel quid pluris offerto dal momento di realizzazione della condotta decettiva, la formazione dell'atto di nascita in funzione della acquisizione dello status filiationis”*.

Di qui l'affermazione che *“la condotta di alterazione di stato presuppone la registrazione anagrafica in Italia, risultando collegata indefettibilmente a questo momento la nascita dell'insieme di situazioni giuridiche che l'ordinamento riconosce allo stato di filiazione”*. Ragione per cui *“la formazione dell'atto di nascita in esito a condotte viziate da falsità ideologica che non esondano i confini dello stato nel quale si sono formate non rilevano ai fini della ritenuta consumazione del reato di cui all'art. 567 c.p., comma 2*

maternità surrogata all'estero, a seguito di avvertimenti da parte dell'autorità consolare, avevano convertito la formulata richiesta di trascrizione dell'atto di nascita in un'istanza diversa, preordinata a far risultare come genitore il solo marito, provvisto di un legame genetico con il nato. A fronte di ciò, l'ufficiale di stato civile, pur edotto di tali circostanze, aveva autonomamente proceduto a trascrivere l'atto che qualificava il neonato come figlio di entrambi i coniugi.

... al più le stesse possono rilevare quali condotte funzionali a riscontrare in forma tentata il reato in questione laddove la mancata trascrizione in Italia sia conseguenza di scelte estranee alla volontà del dichiarante (ad esempio perché l'Ufficiale dello stato civile non provveda a trascrivere perché l'atto è contrario all'ordine pubblico)".

E ne consegue l'irrilevanza della coerenza dell'atto di nascita formato neo Stato estero alle disposizioni normative ivi vigenti, laddove quanto emerge dall'iscrizione anagrafica non coincida con la verità in fatto della procreazione, atteso che *"Si confondono, in parte qua, i piani afferenti momenti di accertamento affini ma diversi. Segnatamente si confonde:*

- la valutazione sottesa alla trascrizione dell'atto formato all'estero, vincolata, salvo il limite dell'ordine pubblico, dalla coerenza alla lex loci anche quando la distonia tra dati costitutivi reali (la discendenza secondo natura) e quelli rassegnati dall'atto siano favoriti da possibili finzioni normative (a voler ricondurre il tutto alla legislazione ucraina, le ipotesi di surrogazione di maternità assentite dal quell'ordinamento);

*- con la valutazione legata al giudizio sulla responsabilità penale, che prende le mosse dall'idea in forza alla quale lo stato di filiazione nell'ordinamento italiano presuppone a monte la coincidenza tra discendenza naturale ed emergenza documentale sottesa alla formazione dell'atto di nascita sì che, ogni qual volta quest'ultima risulti sfalsata in fatto da effetti distonici anche legittimi in forza di quanto previsto dall'ordinamento straniero, resta ferma la violazione del precetto penale che mira, come si è detto, a tutelare non solo le situazioni giuridiche consequenziali alla iscrizione anagrafica ma anche quelle in fatto legate alla verità naturale della procreazione"*⁴⁰.

Nella pronuncia *de qua* la Cassazione ha, dunque, ritenuto integrato l'art. 567, comma 2 c.p. allorquando, all'esito di dichiarazioni mendaci dei c.d. committenti, risulti trascritto un atto di nascita finalizzato ad attribuire la genitorialità a persone prive di legami genetici con il nato, a prescindere dall'esistenza di un atto di nascita estero che si esprima in tal senso. Ciò pur non ravvisando, nella fattispecie, alcun profilo di responsabilità penale a carico degli imputati, in considerazione del fatto che avevano eliso gli effetti dell'originaria condotta mendace, rilasciando un'ulteriore dichiarazione conforme al vero, mettendo

⁴⁰ DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

l'ufficiale di stato civile in condizione di decidere se procedere o meno alla trascrizione nella consapevolezza dell'effettiva situazione fattuale.

Sostanzialmente, la prima dichiarazione era priva di rilevanza penale in quanto integrante un *falso innocuo*, in ossequio al principio di offensività, risultando il fatto inoffensivo del bene giuridico tutelato, identificato nella conformità al vero dello stato di filiazione.

In tal modo la Corte ha operato una netta distinzione tra la responsabilità penale e la disciplina civile, evidenziando l'estraneità rispetto all'integrazione dell'art. 567 c.p. della *“questione legata alla correttezza della decisione assunta dall'ufficiale di stato civile che ha provveduto alla trascrizione in ragione di una ritenuta coerenza dell'atto di nascita formatosi in Ucraina all'ordine pubblico siccome filtrato ed interpretato alla luce dei principi della Cedu e delle decisioni della Corte Edu”*.

Pur potendo l'ufficiale di stato civile decidere di trascrivere integralmente l'atto di nascita redatto all'estero (ritenendosi vincolato della richiamata giurisprudenza della Corte Edu), i soggetti che omettano di essere ricorsi alla maternità surrogata, possono incorrere nella contestazione di cui all'art. 567, comma 2, c.p.

Indirizzo interpretativo, questo, che pecca di coerenza sistematica e tende surrettiziamente a modificare l'oggetto della tutela. Più che deputata a salvaguardare la conformità dello *status filiationis* alla procreazione naturale, la previsione *de qua* risulterebbe, infatti, preposta alla tutela della libertà del giudizio dell'ufficiale di stato civile e della genuinità del patrimonio conoscitivo, perseguendo le condotte che precludono al medesimo compiuta valutazione di tutti gli elementi di fatto rilevanti.

Perplessità che non possono essere, allo stato, agevolmente superate, stante anche l'incertezza che permea i profili giuridici della surrogazione di maternità all'estero.

Ciò anche alla luce di un'altra pronuncia della Suprema Corte⁴¹ che, orientata in senso conforme all'opinione maggioritaria nella giurisprudenza di merito, ha escluso che il reato di cui all'art. 567 c.p. possa essere integrato da un atto di nascita che *“risulta perfettamente legittimo alla stregua della normativa nella quale doverosamente è stato redatto”*.

Dato incontrovertito, rispetto all'evidenziato contrasto ermeneutico è che la normativa italiana sulla trascrizione degli atti di nascita formati all'estero discende dal combinato

⁴¹ Sez. V, 10 marzo 2016 (dep. 5 aprile) 2016, Sent. n. 13525.

disposto degli artt. 15, 17 e 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 con l'art. 65 della Legge 31 maggio 1995, n. 218.

Specificamente si prevede che le dichiarazioni di nascita devono “*farsi secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, se ciò è imposto dalla legge stessa*”, con immediato inoltre all'autorità diplomatica o consolare competente ex art. 15 D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, che, a sua volta, trasmette gli atti all'ufficiale dello stato civile del comune italiano pertinente ai sensi del successivo art. 17. Quest'ultimo provvede alla relativa trascrizione, eccettuato l'ipotesi in cui ravvisi la contrarietà dagli atti all'ordine pubblico ex art. 18 D.P.R. n. 396/2000 cit. Limite, quest'ultimo, confermato dall'art. 65 Legge 31 maggio 1995, n. 218, in relazione all'idoneità dei “*provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia*” a produrre effetti nel nostro Paese.

E, alla stregua di tale disciplina, le prime pronunce di merito della giurisprudenza civile si sono espresse in senso favorevole alla trascrizione dell'atto di nascita.

Una prima sentenza della Corte di Appello di Bari del 2009 (chiamata a pronunciarsi sugli effetti in Italia di provvedimenti giudiziali inglesi attestanti la genitorialità dell'attrice nei confronti di due bambini nati da madre surrogata) ha riconosciuto efficacia giuridica al rapporto parentale ammesso in un Paese estero, proprio rilevandone la non contrarietà all'ordine pubblico. In particolare, quest'ultimo è stato identificato con “*i valori condivisi dalla comunità internazionale*”, con i quali non contrasta “*la maternità surrogata ... ammessa da alcuni Stati dell'Unione Europea, sì che non è contraria all'ordine pubblico internazionale, essendo evidente che essa non collide con le esigenze (comuni ai diversi ordinamenti statali) di garanzia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, o in valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale*”⁴².

Sempre in termini di parametrizzazione all'ordine pubblico si è espresso il Tribunale di Napoli, Sez. I, con sentenza emessa il 1° luglio 2011⁴³. Mentre, il Tribunale di Forlì, con pronuncia del 25 ottobre 2011 ha parzialmente annullato il rifiuto opposto dall'ufficiale di

⁴² App. Bari, 13 febbraio 2009, in *Giur. merito*, fasc.2, 2010, 358 ss. con nota di DELL'UTRI, *Maternità Surrogata, dignità della persona e filiazione*. In argomento DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

⁴³ In *Giur. merito*, 2011, p. 2695.

stato civile alla trascrizione di un atto di nascita riferito ad un bambino nato mediante maternità surrogata, ritenendolo illegittimo avuto riguardo all'instaurazione di una relazione giuridica con il padre committente, al quale era riconducibile il seme per la fecondazione, E, in relazione alla madre - tale risultante dall'atto di nascita – ha sostenuto che *“il principio di tutela della maternità previsto dall'art. 31, 2° c., Cost. non può prescindere da un legame di tipo naturale fra madre e figlio dato dalla gestazione. ... La trascrizione in parte qua degli atti di nascita in parola si pone infatti in contrasto con l'ordine pubblico, dal momento che l'istante non è né la madre gestante e partoriente i minori, né comunque ha arrecato alcun apporto al processo di fecondazione”*.

Trattasi di pronuncia conforme alla sentenza della suprema Corte, Sezione I civile, dell'11 novembre 2014, n. 24001, con cui è stata negata la trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di nascita formato in Ucraina, che attribuiva la genitorialità di un bambino nato da maternità surrogata ad una coppia sprovvista di legami biologici con il minore⁴⁴. Ivi la Cassazione ha ritenuto legittima la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, riconosciuto *“privo di assistenza materiale e morale da parte dei genitori”*, identificati con la madre surrogata e con il donatore di gameti maschili, privi della qualità di genitori secondo la legge ucraina, oltre che non identificabili.

Così ritenendo, nel confermare quanto statuito nei precedenti gradi di giudizio, la trascrizione dell'atto di nascita di un bambino (nato in Ucraina mediante maternità surrogata), *“contrario all'ordine pubblico”* ai sensi dell'art. 65 Legge n. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. E, di contro, respingendo i motivi di gravame fondati sulla tutela del prevalente interesse del minore, alla luce della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e sulla necessità di assicurare la conservazione del rapporto di affezione instauratosi tra il bambino e gli stessi genitori fin dalla nascita. Ciò in quanto l'interesse del minore deve realizzarsi attribuendo la maternità a colei che lo ha partorito, diversamente ricorrendo all'istituto dell'adozione, che consente una genitorialità disgiunta dal legame biologico. Così salvaguardando il principio, consolidato

⁴⁴ In contrasto con la stessa normativa ucraina, che consente la surrogazione di maternità unicamente quando il patrimonio genetico del bambino corrisponda almeno per il 50% a quello dei committenti. Sul punto, TRANQUILLO, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 novembre 2015, p. 3 ss.

nella giurisprudenza interna, della prevalenza della maternità biologica rispetto a quella genetica.

Nella fattispecie, essendosi realizzata una surrogazione di maternità eterologa, il bambino non aveva alcun legame genetico e biologico con la coppia committente. E non poteva essere adottato dalla stessa, per eccedenza di limiti di età utili e per la dichiarazione di inidoneità.

Peraltro, si è addivenuti all'affermazione del concetto di ordine pubblico, non solo alla stregua del diritto comunitario ed internazionale, ma anche dei principi del nostro ordinamento, stante la previsione del trattamento punitivo a tutela, oltre che della dignità della gestante, anche dell'interesse del minore.

Certamente non può disconoscersi come la soluzione assunta dalla Corte di legittimità appaia in contrasto con le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 26 giugno 2014 (*Mennesson e Labassee c. Francia*). In tal caso, però, il gamete maschile utilizzato per la procedura procreativa apparteneva alla coppia committente e, essendo il nascituro geneticamente legato ad uno dei componenti della coppia, si è concluso in senso favorevole al riconoscimento del rapporto di filiazione. Differentemente argomentando, del resto, vi sarebbe stata una palese violazione dell'art. 8 CEDU, concernente il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La Corte di Strasburgo si è, peraltro, nuovamente pronunciata in materia di maternità surrogata nella sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia* del 27 gennaio 2015, condannando l'Italia per aver negato la trascrizione dell'atto di nascita estero e disposto l'allontanamento del bambino dai genitori surrogati, affidandolo ai servizi sociali.

La Grande Camera, però, con pronuncia del 2017, ha ribaltato detta decisione, ritenendo la legislazione italiana non in contrasto con la Convenzione. All'uopo, ha affermato la Corte, “È legittimo sottrarre un bambino concepito con maternità surrogata alla coppia che lo aveva commissionato, tenuto conto dell'assenza di qualsiasi legame biologico tra il bambino e i ricorrenti” e “per soddisfare il desiderio di diventare genitori è imprescindibile “un legame biologico o un'adozione legale”, non essendo la maternità surrogata idonea a realizzare tale fine.

A sua volta, la Cassazione⁴⁵ ha affrontato la questione della trascrivibilità di un atto di nascita spagnolo, in cui come madri erano indicate due donne omosessuali, unite in matrimonio in Spagna, una delle quali era la madre uterina del minore, mentre l'altra quella genetica, avendo fornito gli ovuli utilizzati, per il concepimento, con gameti maschili di un donatore esterno.

Orbene, nel richiamare la giurisprudenza comunitaria, la Corte ha ritenuto trascrivibile l'atto di nascita, in quanto non in contrasto con l'ordine pubblico e non integrante un caso di "maternità surrogata", bensì di "bigenitorialità materna," riconducibile alla fecondazione eterologa.

In tal modo valorizzando, ancora una volta il concetto di ordine pubblico, quale unico limite per la trascrivibilità di un atto pubblico straniero, *rectius*: di ordine pubblico internazionale, da intendersi quale complesso di principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e riconducibili ad una categoria sovraordinata alla legislazione ordinaria. Principi che devono ritenersi coincidenti con quelli previsti dalla Costituzione, per cui nessuna modifica è concessa al legislatore ordinario.

In altri termini, il parametro per legittimamente valutare il contrasto con l'ordine pubblico è dato dai principi costituzionali e, solo in caso di violazione dei suddetti, deve negarsi la trascrizione dell'atto straniero e gli effetti che discendono dallo stesso.

Ne consegue che il divieto di maternità surrogata, espresso nella sopra citata Legge n. 40 del 2004, non preclude la trascrizione di un atto di nascita validamente formatosi all'estero, non potendosi ritenere in contrasto con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non è riconosciuta nel nostro ordinamento, in forza di una scelta discrezionale del legislatore. E, indubbiamente, il legislatore gode di un ampio potere, in ordine - come affermato dalla Corte Costituzionale con Sent. n. 162 del 2014 - a "*temi eticamente sensibili, in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra le*

⁴⁵ Sez. I civ., 30 settembre 2016, Sent. n. 19599.

*contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del Legislatore*⁴⁶.

Ma la differenza tra il contenuto della legge spagnola rispetto a quella italiana non è causa di violazione dell'ordine pubblico, a meno che non si provi che la Legge n. 40/2004 contenga principi fondamentali e costituzionalmente obbligati.

Pertanto, il principio, dominante nel nostro ordinamento, in base al quale la maternità uterina prevale su quella genetica, non incide sulla trascrivibilità dell'atto di nascita, non assurgendo a rango costituzionale, bensì esprimendo una scelta operata dal legislatore.

Dunque, l'atto di nascita validamente emesso in uno Stato estero non può considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico, per il fatto che la surrogazione di maternità non è ammessa nell'ordinamento italiano dalla citata Legge 40 del 2004, rappresentando quest'ultima *“una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente orientate”*⁴⁷.

L'atto di nascita straniero è trascrivibile, quindi, in Italia, sempre che il nato sia portatore del patrimonio genetico di almeno un componente della coppia, prescindendo dalla tecnica procreativa utilizzata.

Rispetto a tale assunto corre l'obbligo richiamare la sopra indicata pronuncia del Tribunale di Varese⁴⁸. Ivi, il giudice di prima istanza, a fronte di un atto validamente formato nello Stato in cui il nascituro era nato, ha negato la configurabilità dei reati di alterazione di stato e di falsa attestazione su qualità personali, ritenendo che la condotta posta in essere dai genitori trascriventi integrava esclusivamente un falso innocuo, atteso che il pubblico ufficiale, pur avendo conoscenza delle informazioni nascoste, non avrebbe avuto, comunque, motivi per rifiutare la trascrizione.

Lo Stato è tenuto, dunque, a riconoscere valore giuridico al rapporto di parentela validamente formatosi in un Paese estero, anche se il bambino è stato concepito da una

⁴⁶ C. Cost., Sent. 9 aprile 2014 (dep. 10 giugno 2014) n. 162, che ha rimosso il divieto di fecondazione eterologa in Italia.

⁴⁷ DI BIASI, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.

⁴⁸ Trib. Varese, 8 ottobre 2014, cit.

donna che ha messo a disposizione il proprio utero, essendo “*divenuto sostanzialmente ininfluyente - secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani- il metodo di concepimento della prole quale presupposto per il riconoscimento della maternità e della paternità*”. A prescindere dalla tecnica a cui i soggetti agenti abbiano fatto ricorso per la fecondazione, l'ufficiale giudiziario avrebbe dovuto trascrivere l'atto, assolvendo ai suoi pubblici doveri.

Ammettere la trascrizione dell'atto di nascita comporta il riconoscimento, in capo ai genitori surrogati, del diritto di essere tali. Il diritto del minore alla propria vita privata costituisce, quindi, un bene giuridico fondamentale, ragione per cui ogni condotta che sia capace di tutelarlo deve essere concessa e rispettata.

Alla base della richiamata pronuncia vi è la qualificazione dell'atto di nascita come contrario all'ordine pubblico, inteso diversamente rispetto a quanto affermato dalla succitata giurisprudenza di merito, com'è dato evincere dal passaggio motivazionale in cui si evidenzia che: “*è certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno*’. L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna; dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purché fondamentali e (perciò) irrinunciabili. È peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale”⁴⁹.

La contrarietà all'ordine pubblico viene, invero, desunta da più ordini di ragioni. Innanzitutto “*va osservato che l'ordinamento italiano - per il quale madre è colei che partorisce (art. 269 c.c., comma 3) - contiene, alla L. n. 40 del 2004, cit., art. 12, comma 6, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità, ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna ... Il divieto di pratiche di surrogazione*

⁴⁹ Cass. civ. Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001. Cfr. BAREL-ARMELLINI, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2014, p. 82 ss.

*di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali*⁵⁰.

Inoltre, la maternità surrogata si pone in conflitto con *“la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l’istituto dell’adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato. ... Neppure può sostenersi che il divieto in discussione si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, da considerare preminente ‘in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi’ ai sensi dell’art. 3 della Convenzione di New York richiamata nel ricorso. Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all’istituto dell’adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto”*⁵¹.

A dirimere l’evidente contrasto interpretativo sono intervenute le Sezioni unite civili, l’8 maggio 2019, con la Sentenza n. 12193, affermando che non può essere trascritto in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione italiano.

Il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, con cui è accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel

⁵⁰ In dottrina RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa e Diritto Privato*, 2015, p. 415 ss.; CARMELO, *Cos’è la maternità surrogata? Il principio dell’Unione Europea dell’interesse superiore del minore e l’ordinamento giuridico italiano in materia di surrogazione di maternità*, in *www.diritto.it*, 3 marzo 2016, in cui si richiama Cass. civ. Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

⁵¹ DI BIASE, *La rilevanza penale della c.d. surrogazione di maternità nelle prime pronunce della cassazione in materia. Un ulteriore tassello per la ricostruzione del regime giuridico della pratica procreativa, tra i contrapposti orientamenti della cassazione civile e della corte edu*, cit.; RENDA, *La surrogazione di maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, cit.

divieto della surrogazione di maternità ex art. 12, comma 6, Legge n. 4 del 2004. Principio di ordine pubblico a presidio di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione, prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento operato dal legislatore, a cui il giudice non può sostituirsi, ma che non esclude la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici quali l'adozione in casi particolari (art. 44, comma 4, lett. d) Legge n. 184 del 1983).

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione è stata adita nell'ambito della vicenda processuale incentrata sul riconoscimento in Italia del provvedimento emesso il 12 gennaio 2011 dalla *Superior Court of Justice* dell'Ontario, in Canada, che aveva riconosciuto la genitorialità di entrambi i componenti maschi di una coppia in relazione ad un minore, nato tramite donazione di ovociti e maternità surrogata. Provvedimento straniero di cui nel 2016 la coppia italiana aveva richiesto la trascrizione all'ufficiale di stato civile presso il Comune di Trento, il quale ultimo si era rifiuto di procedere alla trascrizione.

Nel motivare, il supremo Consesso ha sottolineato il superamento di un'impostazione difensiva dell'ordine pubblico, finalizzata a filtrare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti di altri Paesi, ritenuti in contrasto con il diritto interno, optando per un approccio promozionale, volto a collegare stabilmente il sistema interno con quello internazionale, poiché *«caratteristica essenziale della nozione di ordine pubblico è infatti la relatività e mutevolezza nel tempo del suo contenuto, soggetto a modificazioni in dipendenza dell'evoluzione dei rapporti politici, economici e sociali, e quindi inevitabilmente destinato ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione, che di quella evoluzione costituiscono espressione, e che contribuiscono a loro volta a tenere vivi e ad arricchire di significati i principi fondamentali dell'ordinamento»*⁵².

Richiamando la sopra citata Sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, le Sezioni unite hanno puntualizzato che il divieto di maternità surrogata, contemplato dalla Legge

⁵² Cass. civ., Sez. un., 8 maggio 2019, Sent. n. 12193. Cfr., in dottrina, DE ANGELIS, *Le Sezioni Unite rigettano la richiesta di trascrizione dell'atto di nascita di minori nati all'estero attraverso maternità surrogata*, in www.rivistafamiglia.it, 20 maggio 2019; VITALE, *La maternità surrogata nella sentenza delle sezioni unite civili n. 12193/2019*, in www.centrostudiliviatino.it, 23 maggio 2019.

n. 40 del 2004, costituisce un principio di ordine pubblico, ben radicato, in considerazione, non solo del fatto che la volontà di diventare genitori non è priva di limiti, ma anche della facoltà riconosciuta agli Stati ed ai rispettivi ordinamenti di escludere la liceità della surrogazione di maternità, come già espressamente stabilito dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso *Mennesson e Labassee c. Francia* nel 26 giugno 2014.

Il riconoscimento del provvedimento straniero che dichiara lo *status filiationis* (la cui conservazione incontra il *favor* dell’ordinamento italiano) di un soggetto nato tramite maternità surrogata trova un limite ostativo nel divieto espressamente previsto dall’ordinamento italiano, a salvaguardia della dignità umana della gestante, nonché nell’istituto dell’adozione, che tiene conto della salvaguardia dell’interesse del minore.

Ne consegue che, pur non potendosi il rapporto genitoriale instaurarsi in Italia attraverso il riconoscimento dell’atto straniero per il divieto della maternità surrogata, si può ricorrere alla adozione in casi particolari, ai sensi della lettera d) del comma 1 dell’art. 44 Legge n. 184 del 1983. Previsione contenente una clausola di chiusura che favorisce il ricorso a tale strumento ogni qual volta sia necessario salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa del minore.

In antitesi rispetto ad un recente orientamento giurisprudenziale teso a riconoscere nel nostro ordinamento un generico diritto ad essere genitori, le Sezioni unite hanno affermato che il divieto previsto dall’art. 12, comma 6, della Legge n. 40 del 2004 racchiude un principio di ordine pubblico, come suggerisce il correlato trattamento sanzionatorio-punitivo, venendo in rilievo “*la dignità umana – costituzionalmente tutelata – della gestante e l’istituto dell’adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto, perché soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l’ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato*».

E, altresì, escludendo che detto divieto si ponga in contrasto con il c.d. *best interest of the child principle*, tutelato dall’art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (esecutiva in Italia con Legge 27 maggio 1991, n. 176), hanno sottolineato che il «*riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l’ordine pubblico, richiesta dagli artt. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995, dev’essere*

valutata alla stregua non solo dei principi fondamentali della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti, nonché dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione delle nozioni di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»⁵³.

In tal modo accogliendo una nozione di ordine pubblico, non circoscritta «ai soli principi supremi o fondamentali e vincolanti della Carta costituzionale» comuni ad altri ordinamenti, bensì interessata da ulteriori regole che, pur non essendo ricomprese nella Costituzione, «rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondamentali dell'intero assetto ordinamentale»⁵⁴.

Si è così posto uno sbarramento al tentativo di riconoscere l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un generico “diritto ad essere genitori” e, dunque, a quell'indirizzo ermeneutico della giurisprudenza di merito che, in assenza di qualsivoglia richiamo nella Costituzione ad un diritto alla genitorialità, ne ha favorito il riconoscimento, mediante un'interpretazione sistematica, per il combinato disposto dell'art. 2 con gli artt. 29, 30 e 32 Cost. e quale espressione della libertà di autodeterminazione (ex artt. 2, 3 e 31).

Del resto, come sopra evidenziato, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che *ab initio* aveva considerato i principi di ordine pubblico connessi al divieto di maternità surrogata recessivi rispetto all'interesse del minore, con la sentenza del 24 gennaio 2017, *ric. Paradiso e Campanelli c. Italia – Grande Camera –* (ricorso n. 25358/12)⁵⁵ ha, successivamente, stabilito che non costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione la decisione delle Autorità di uno Stato membro di allontanare il minore nato all'estero, ricorrendo a tale pratica procreativa, dalla coppia che ne ha fruito, quando il minore non abbia alcun legame genetico con il padre e la madre committenti. Ciò in quanto, ai fini

⁵³ PALMA, *Maternità surrogata e “diritto ad essere genitori” dopo la sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 12193 del 2019*, in www.salvisjuribus.it, 18 luglio 2019.

⁵⁴ Cass. civ., Sez. un., 8 maggio 2019, Sent. n. 12193, cit.

⁵⁵ In www.penalecontemporaneo.it, 3 febbraio 2015, con nota di TRINCHERA, *La Corte EDU condanna l'Italia in un caso di maternità surrogata all'estero*.

dell'accertamento di una vita familiare da proteggere, difettando un legame biologico col minore, non è possibile ritenere sufficiente *«l'esistenza di un progetto genitoriale e la qualità dei vincoli affettivi»*, in presenza di elementi contrari, come una breve convivenza ed una precarietà giuridica dei legami interpersonali⁵⁶.

Occorre tener conto, poi, delle conclusioni a cui è pervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 18 dicembre 2017, che partendo dall'elevato disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità, ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. chiarendo che *«l'esigenza di verità»* nella filiazione non può imporsi *«in modo automatico sull'interesse del minore»*. A tal riguardo sottolineando come il giudice, chiamato a decidere sull'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale, concepito con detta pratica, debba valutare comparativamente l'interesse alla verità e quello del minore.

E se sussistono ipotesi in cui la valutazione è *ex lege* (come per il disconoscimento del figlio concepito da fecondazione eterologa), ve ne sono altre in cui *«il legislatore impone, all'opposto, l'imprescindibile presa d'atto della verità, con divieti come quello della maternità surrogata. Ma l'interesse del minore non è per questo cancellato»*. In proposito, dovendosi puntualizzare che *«non si vede conseguentemente perché [...] il giudice non debba valutare: [...] se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»*.

A fronte della rimarcata contrarietà di detta pratica all'ordine etico-giuridico, la citata sentenza propende per riconoscimento della genitorialità legale, sulla base di un bilanciamento di alcune *«variabili»*, sostenendo che *«oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, non possono non assumere oggi particolare rilevanza, da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato»*.

E la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con parere consultivo del 15 aprile 2019, pur affermando che il diritto del minore - nato da pratiche di maternità surrogata - al

⁵⁶ PALMA, *Maternità surrogata e "diritto ad essere genitori" dopo la sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 12193 del 2019*, in www.salvisjuribus.it, 18 luglio 2019.

rispetto della vita privata, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, richiede che la legislazione nazionale preveda la possibilità di riconoscere una relazione con il genitore intenzionale, ha stabilito che ciò non deve necessariamente avvenire con la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello Stato.

Da ultimo, la Cassazione, Sezione prima civile, con l'ordinanza interlocutoria n. 8325, depositata il 29 aprile 2020, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, Legge n. 40 del 2004, dell'art. 18 del D.P.R. n. 396 del 2000 e dell'art. 64 comma 1 lett. g) della Legge n. 218 del 1995, nella parte in cui non consentono, per contrasto con l'ordine pubblico italiano, la possibilità di riconoscere il provvedimento giudiziario straniero relativo a un bambino nato all'estero attraverso la maternità surrogata e riconosciuto come figlio di una coppia dello stesso sesso⁵⁷, non ritenendo adeguata la posizione assunta dalle Sezioni unite con la richiamata sentenza n. 12193 del 2019, in quanto inconciliabile con le indicazioni espresse dalla Corte di Strasburgo. Posizione cioè ritenuta di *«ostacolo all'inalienabile diritto del minore all'inserimento e alla stabile permanenza del nucleo familiare, inteso come formazione sociale tutelata dalla Carta costituzionale»*; infatti, *«il disconoscimento del rapporto di filiazione nei confronti di uno dei due genitori legalmente riconosciuti dall'ordinamento del paese di nascita e di cittadinanza comporta la alterazione dei rapporti familiari con ripercussioni gravemente nocive nei confronti del minore che vede messa in discussione e negata la unicità ed inscindibilità della sua relazione genitoriale»*⁵⁸.

In attesa di ciò che deciderà la Consulta, la questione induce a riflettere sul superiore interesse del minore.

Né può sottacersi come la Cassazione, Sezione sesta penale, con Sentenza n.2173 emessa il 17 gennaio 2019, abbia affermato che la pratica dell'utero in affitto integra una violazione delle norme sull'adozione e, segnatamente, il reato di affidamento illegale del minore. Delitto che, peraltro, non richiede la promessa di un compenso economico, come corrispettivo della consegna del neonato, essendo lo stesso previsto come condizione di punibilità solo per chi riceve il minore in illecito affidamento.

⁵⁷ BIANCHINI, *No alla maternità surrogata: la Cassazione dubita*, in *www.salvisjuribus.it*, 6 maggio 2020.

⁵⁸ BIANCHINI, *No alla maternità surrogata: la Cassazione dubita*, cit.

Oggetto del ricorso era una pronuncia con cui la Corte d'appello di Napoli aveva confermato la condanna di primo grado di tre imputati, perché costoro avevano partecipato a un accordo con cui un ginecologo, dietro corrispettivo di una somma di danaro, pattuita in 30.000 euro, aveva promesso ad una coppia l'affidamento di un neonato partorito da un'altra donna, con l'accordo di falsificare anche i dati anagrafici del bambino, in modo da farlo risultare come figlio naturale della coppia stessa.

Uno dei gravami era stato presentato dalla madre naturale, chiedendo l'annullamento della sua condanna, poiché sosteneva di non avere partecipato alla falsa adozione e di non avere ricevuto nulla come compenso.

La suprema Corte, con provvedimento reiettivo, ha rimarcato che la fattispecie oggetto d'incolpazione *“non richiede, per colui che affida il minore, la previsione di un compenso economico come corrispettivo della consegna del minore stesso”*.

Il delitto di cui all'art. 71 della Legge n. 184/1983⁵⁹, che punisce, con la reclusione da uno a tre anni, chiunque, in violazione delle norme di legge in materia di adozione, affida a terzi con carattere definitivo un minore, ovvero lo avvia all'estero perché sia definitivamente affidato, non richiede che l'affidamento illegale del minore sia avvenuto nell'ambito di una procedura formale di adozione, né per colui che affida il minore la previsione di un compenso economico come corrispettivo della consegna del minore.

Compenso previsto - si rimarca - come condizione di punibilità per colui che riceve il minore in illecito affidamento. Unicamente per chi riceve il minore in illecito affidamento,

⁵⁹ Art. 71 *“Chiunque, in violazione delle norme di legge in materia di adozione, affida a terzi con carattere di definitività un minore, ovvero lo avvia all'estero perché sia definitivamente affidato, è punito con la reclusione da uno a tre anni.*

Se il fatto è commesso dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato per ragioni di educazione, di istruzione, di vigilanza e di custodia, la pena è aumentata della metà.

Se il fatto è commesso dal genitore la condanna comporta la perdita della relativa potestà e l'apertura della procedura di adottabilità; se è commesso dal tutore consegue la rimozione dall'ufficio; se è commesso dalla persona cui il minore è affidato consegue la inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare.

Se il fatto è commesso da pubblici ufficiali, da incaricati di un pubblico servizio, da esercenti la professione sanitaria o forense, da appartenenti ad istituti di assistenza pubblici o privati nei casi di cui all'art. 61, numeri 9 e 11, del codice penale, la pena è raddoppiata.

La pena stabilita nel primo comma del presente articolo si applica anche a coloro che, consegnando o promettendo denaro od altra utilità a terzi, accolgono minori in illecito affidamento con carattere di definitività. La condanna comporta la inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare.

Chiunque svolge opera di mediazione al fine di realizzare l'affidamento di cui al primo comma è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa da euro 258,23 a euro 2582,28”.

con carattere di definitività e, quindi, di tendenziale stabilità, la legge richiede ai fini dell'integrazione del reato che vi sia stato il pagamento di un corrispettivo economico o di altra utilità, non essendo tale elemento necessario per l'integrazione del delitto previsto per colui che ceda il minore o comunque si ingerisca nella sua consegna.

Ed il fondamento giuridico di tale assunto deve rinvenirsi nel fatto che chi affida illegittimamente il minore viola l'interesse dello stesso ad un affidamento rispettoso di tutte le condizioni poste a tutela, mentre chi lo riceve è punito se ha pagato, non essendo meritevole di sanzione penale colui che lo riceve per soddisfare un proprio desiderio naturale di genitorialità.

Dunque, nel nostro Paese la pratica dell'utero in affitto non può ritenersi consentita in quanto integra il delitto di illecito affidamento di minori. Reato alla stregua della quale si punisce sia la madre surrogata che porta a termine una gravidanza per altri, che i committenti, a prescindere che la consegna del neonato sia subordinata al pagamento di un prezzo.

Ciò in quanto viola i diritti del minore ed impedisce alla madre - ossia colei che ha portato a termine la gravidanza - di acquisire i diritti e i doveri derivanti dalla maternità.

Ebbene, a fronte di questa breve disamina, appare palese come il problema della maternità surrogata, che nonostante l'espresso divieto normativo, continua a diffondersi, solleciti interventi multidisciplinari, che coinvolgono aspetti correlati, di natura costituzionale (quali i diritti della famiglia e la tutela della salute riproduttiva), civile (come la determinazione dello *status filiationis* e la configurazione della *stepchild adoption* per coppie del medesimo sesso), penale (si pensi all'effettività del trattamento punitivo della Legge 40/2004 ed alla configurabilità del reato di falsa dichiarazione ad un pubblico ufficiale sull'identità propria o altrui), e, infine, internazionale (in ordine ai rapporti tra ordine pubblico internazionale e nazionale o all'ambito di giurisdizione penale italiana)⁶⁰.

Avv. Margherita Piccardi

⁶⁰ VITALE, *La maternità surrogata nella sentenza delle sezioni unite civili n. 12193/2019*, cit.

Atti del convegno **GIUSTIZIA RIPARATIVA. PROSPETTIVE CONCRETE NEI PROCEDIMENTI PER REATI IN AMBITO FAMILIARE** – 7 LUGLIO 2020: *La giustizia riparativa: definizione e caratteristiche*, **Avv. Maria Eugenia Mongini**; *Giustizia riparativa: alternativa alla detenzione o contenuto dell'esecuzione della pena?*, **Avv. Lavinia Rossi Espagnet**; *La Vittima nella giustizia penale*, **Avv. Silvia Oddi e Avv. Laura Filippone**

La giustizia riparativa: definizione e caratteristiche

Indice: 1. Cenni introduttivi sulla giustizia riparativa 2. Definizione di giustizia riparativa 3. Gli strumenti della giustizia riparativa 4. Caratteristiche qualitative di un programma di giustizia riparativa 5. Considerazioni finali

1. Cenni introduttivi sulla giustizia riparativa

E' intorno agli anni sessanta e settanta che, prima negli Stati Uniti e poi in Europa, si fa strada l'idea che la *mediazione penale* possa essere una modalità di soluzione dei conflitti. Alcuni giuristi statunitensi di formazione antropologica, insoddisfatti del convenzionale sistema di giustizia, volsero la loro attenzione alle modalità di regolazione delle dispute in uso in piccole comunità in Africa ed in Canada, nelle quali il percorso di mediazione è autonomo rispetto al processo penale.

Secondo questa corrente di pensiero il processo penale è rito e può essere paragonato ad un gioco a somma zero, in cui c'è sempre una parte che vince e una parte che perde. Al contrario la mediazione rifugge dalla ritualità del processo ed è piuttosto un gioco a "somma positiva", in cui nessuno perde ed anzi ciascuna delle parti vince qualcosa sia pure attraverso reciproche concessioni¹.

Vi era, poi, il concomitante fenomeno crescente dei movimenti delle vittime che aveva portato ad una "riscoperta" della vittima del reato di cui le scuole di pensiero tradizionali si erano sempre disinteressate (la Scuola Classica parte dal presupposto che il reato è un'offesa contro lo Stato; la Scuola Positiva sposta l'attenzione dal reato alla figura del colpevole).

E' in questo contesto che nasce la giustizia riparativa (*restorative justice*).

La *giustizia riparativa* si discosta dalla concezione processualpenalista tradizionale e può essere definita come un modello di giustizia che coinvolge la vittima, il reo e la comunità nella ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto generato dal fatto delittuoso, allo scopo

¹ C. CATALFAMO, *Giustizia riparativa: la mediazione "della sofferenza e del disordine"* in Diritto penale, 08/06/2018.

di promuovere la riparazione del danno, la riconciliazione tra le parti e il rafforzamento del senso di sicurezza collettivo.

La sfida che essa lancia è quella di superare la logica del castigo, muovendo da una lettura relazionale del fenomeno criminoso.

Alla base della giustizia riparativa vi è la concezione che il reato non dovrebbe più essere considerato soltanto un illecito commesso contro la società e che incrina l'ordine costituito – e che richiede una pena da espiare – bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alle vittime privazioni, sofferenze, dolore e persino la morte e che richiede, da parte del reo, principalmente l'attivazione di forme di riparazione². La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25/10/2012 - che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato – nell'ambito di un contesto più ampio di indicazioni e statuizioni a tutela della vittima di reato, individua anche l'istituto della *giustizia riparativa* (art. 2, comma 1 lett. d) e art. 12) e nel considerando 9 sottolinea il fatto che “*il reato non è solo un torto verso la società ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime*”.

Le questioni fondamentali per la *giustizia riparativa* non sono più “chi merita di essere punito” e “con quali sanzioni”, bensì “chi soffre” e “cosa può essere fatto per riparare il danno”; laddove riparare non significa riduttivamente controbilanciare in termini economici il danno cagionato.

D'altro canto, l'attenzione sulla vittima non deve far venir meno la consapevolezza che il reato resta un fenomeno complesso, implicante una gamma ampia e articolata di variabili (bisogni, motivazioni, interazioni, linguaggi, diritti, aspettative, rappresentazioni) che interessano tutti gli attori coinvolti, il contesto parentale, quello ambientale e sociale, sicché la riparazione non può che essere concepita come complessivo riequilibrio, ai vari livelli, del danno nella sua dimensione globale, anche in un'ottica di prevenzione di danni futuri.³

² A. CERRETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, 2001, p. 307 e ss.

³ Stati Generali dell'Esecuzione della pena, Tavolo 13 “Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime”. Allegato 3: La giustizia riparativa. Profili definitivi; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa, 2016.

Attraverso i programmi di giustizia riparativa non si ripara il danno (in termini economici), ma si progettano (preferibilmente in spazi aperti alla relazione diretta fra le parti) azioni consapevoli e responsabili verso l'altro, che possano ridare significato, laddove possibile, ai legami fiduciari fra le persone⁴.

I programmi di giustizia riparativa hanno come obiettivo la reintegrazione della vittima e del reo, perché possano essere coinvolti nella progettazione di un'azione che guarda al futuro come persone nuovamente integre e non sminuite per sempre dall'esperienza della colpa e dell'offesa.

Questa impostazione del reato inteso anche come offesa alla vittima ha generato un certo disorientamento e spesso la Giustizia Riparativa ha incontrato notevoli resistenze nel contesto giuridico nostrano (da parte dell'avvocatura, ma anche della magistratura e del legislatore).

Il motivo di tale avversione è di carattere culturale e riguarda le origini del modello di giustizia tradizionale.

Il modello tradizionale di giustizia processualpenalista si è infatti incentrato sul rapporto pubblicistico tra Stato ed autore del reato, in quanto all'origine vi era il concetto di rimettere il potere punitivo nelle mani dell'Autorità pubblica per neutralizzare i sentimenti di vendetta del privato: a fronte di un illecito si doveva sottrarre alla vendetta del privato la punizione dell'autore.

A partire dall'età illuminista sono stati introdotti "correttivi" volti a fornire maggior tutele per l'accusato al fine di sottrarlo all'arbitrio punitivo dell'Autorità ed, infine, l'attenzione si è spostata sulla pena intesa non più solo in senso retributivo, ma anche rieducativo.

Mentre, quindi, si è assistito ad un grandioso progresso di civiltà giuridica nei confronti del reo, sul versante della vittima quasi nulla è avvenuto: l'impostazione originaria secondo cui la giustizia si basa su un rapporto pubblicistico Stato-autore di reato ha portato alla graduale emarginazione della vittima, figura ideologicamente associata al concetto di vendetta affidata alle passioni di una parte, che andava dunque disarmata per poter

⁴ BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e Riparazione*, Bruno Mondadori, 2005.

perseguire la pace fra i consociati attraverso una pena ristabilizzatrice dell'ordine sociale vulnerato dal reato.

Ma se la sottrazione del reo alla privata vendetta e poi all'arbitrio del sovrano ed, infine, la rieducazione quale finalità della pena, rappresentano un millenario, grandioso ed irreversibile progresso di civiltà giuridica, dal punto di vista della vittima/persona offesa si è assistito invece alla sua esclusione dal processo penale, nel quale si è ritrovata ad essere semplice strumento per l'accertamento del reato ed eventualmente "parte" ai fini della sola pretesa risarcitoria (spesso impossibile stante l'inconsistenza patrimoniale dell'offensore)⁵. Una vittima così vessata - talora amplificando la propria voce tramite i mass media, dai quali è spesso ancora una volta usata - non può che esprimere rancorose istanze di accertamenti sommari e di pene esemplari e finisce per orientare le politiche penali in chiave giustizialista - come avvenuto negli ultimi anni -rischiando di minare proprio quel grandioso progresso di civiltà giuridica di cui sopra.

In questo contesto la *giustizia riparativa* si pone come una rivoluzione da un duplice punto di vista: dal punto di vista della vittima perché ne riafferma la centralità in un'ottica riparativa e non vendicativa, dal punto di vista dell'autore in un'ottica rieducativa e quindi anche preventiva⁶.

2. Definizione di giustizia riparativa

Molte delle definizioni normative di fonte sovranazionale⁷, più che proporre una vera e propria definizione di *restorative justice*, tendono ad offrire una cornice in cui si collocano prassi e procedure a cui viene generalmente riconosciuto carattere riparativo (i c.d. *restorative processes*). Sono, tuttavia, da considerare quali punti di riferimento essenziali le definizioni fornite da:

⁵ G. GROSSI, Relazione svolta al convegno *Prospettive di cambiamento dell'esecuzione penale*, tenutosi il 12/09/2014, conclusivo della I edizione del Master in *Diritto Penitenziario e Costituzione* del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi – Roma Tre.

⁶ D. STASIO, Il Sole 24 Ore, 20/05/2015, p. 25, *Tempo di "restorative justice"*, intervista a Gherardo Colombo

⁷ In argomento v. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. Così, M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 170 ss.

1. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, adottati dalle Nazioni Unite il 24/07/2002: “La giustizia riparativa è qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall’illecito, generalmente con l’aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali (conferencing) e i consigli commisurativi (sentencing circles)”⁸.
2. Raccomandazione R (2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle Regole del Consiglio d’Europa in materia di *probatio* adottata il 20/01/2010: “La Giustizia riparativa comprende approcci e programmi basati su diversi postulati:
 - a. la risposta portata al reato deve permettere di riparare, per quanto possibile, il danno provocato alla vittima;
 - b. occorre portare gli autori del reato a comprendere che gli atti da loro commessi non sono accettabili e che hanno reali conseguenze per la vittima e per la società; gli autori del reato possono e devono assumersi la responsabilità delle loro azioni;
 - c. le vittime devono avere la possibilità di esprimere i loro bisogni e di essere associate alle riflessioni che mirano a determinare come l’autore di reato deve riparare, al meglio, il danno che ha causato;
 - d. la comunità è tenuta a contribuire a tale processo”⁹.
3. Direttiva 29/2012/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, art. 2 comma 1, lett. d): la “giustizia riparativa” è “qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale”.

⁸ Si riporta il testo in lingua originale “Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, an other individuals or community members affected by the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles”. L’organizzazione che l’ha emanata – le Nazioni Unite – e l’intrinseca struttura definitoria conferiscono a questa definizione rispettivamente autorevolezza e affidabilità scientifica, sicché essa è da considerare riferimento essenziale ed imprescindibile in materia.

⁹ Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle “Regole del Consiglio d’Europa in materia di probation”, adottata dal comitato dei Ministri il 20/01/2010 nel corso della 1075^a riunione dei Delegati dei Ministri. La citazione è tratta dall’Appendice II alla Raccomandazione CM/Rec(2010)1 – Glossario dei termini utilizzati.

4. Sono pure da ricordare le linee-guida per la *Better Implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe*, dove si fa riferimento ai *restorative justice processes* (inclusa la mediazione) che possono servire come alternativa alla giustizia convenzionale e come strumento per la gestione dei conflitti, stanti le loro potenzialità riparative e di prevenzione-contenimento della recidiva¹⁰.

3. Gli strumenti della giustizia riparativa

La Direttiva 29/2012/UE individua quali servizi di giustizia riparativa, a titolo di esempio, “*la mediazione vittima-autore del reato, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi*” specificando che devono essere prima di tutto “*di grande beneficio per le vittime*” e “*richiedono garanzie volte ad evitare la vittimizzazione secondaria e ripetuta, l'intimidazione e le ritorsioni*” (considerando 46).

Gli strumenti di giustizia riparativa sono di diverso genere e possono essere strumenti con componenti riparative o strumenti pienamente riparativi o strumenti riconciliativi e mediatori. I principali sono:

- la *mediazione autore-vittima* (*victim-offender mediation*: strumento principale, definito dalla Raccomandazione 19(1999) del Consiglio d'Europa come quel “*procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)*”¹¹.

La *mediazione* può essere effettuata anche *con vittima aspecifica*: essa contempla un incontro di mediazione fra l'autore di un determinato reato e la vittima di una vicenda criminosa diversa, ma conseguente alla commissione di un reato della stessa specie. In altre parole, la fattispecie di reato è la stessa, ma il reo si confronta non

¹⁰ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Better implementation of mediation in the member States of the Council of Europe*. Le linee guida sono relative all'applicazione delle seguenti Raccomandazioni: R(98)1 sulla mediazione familiare; R(2002)10 sulla mediazione in materia civile; R(99)19 sulla mediazione in materia penale; R(2001)9 sulle alternative al processo tra autorità amministrative e privato cittadino.

¹¹ In Italia la mediazione autore di reato-vittima viene svolta con risultati positivi già dalla metà degli anni 90 presso gli uffici per la mediazione penale minorile sparsi sul territorio nazionale ed è stata sperimentata tra il 2009 e il 2012 anche nell'ambito dell'esecuzione penale adulti ad opera dei mediatori penali incaricati dall'Osservatorio per la Giustizia riparativa presso il DAP. Si precisa che tale attività ha riguardato, sia nel contesto minorile che degli adulti, anche persone coinvolte in reati di gravità medio alta.

con la vittima diretta o indiretta, bensì con la vittima di un reato diverso ancorché qualitativamente omogeneo a quello commesso. Tale pratica assume particolare valore perché offre, laddove non sia praticabile l'ipotesi di un incontro diretto fra la vittima e il reo, uno spazio di narrazione e di riflessione sulle conseguenze generate da determinati comportamenti illeciti evidenziando il bisogno di riparazione delle vittime.

- Le *scuse formali* (*apologies/makingamends*) alla vittima da parte dell'autore del reato: spesso tramite una lettera in cui l'autore del fatto descrive il proprio comportamento e dichiara di esserne responsabile. La pratica dell'invio di una lettera alla vittima è la modalità adottata nelle situazioni nelle quali non è stato possibile ottenere il consenso a un incontro diretto autore-vittima ma l'autore ha espresso il desiderio di un gesto riparativo seppur unilaterale e la vittima ha manifestato la disponibilità a ricevere una comunicazione indiretta da lui. Naturalmente è di fondamentale importanza l'accompagnamento del mediatore per far sì che tale scambio dialogico indiretto avvenga su base consensuale, nel rispetto dei desideri e dei vissuti di entrambe le parti e non crei effetti di vittimizzazione secondaria (non rappresentano giustizia riparativa le iniziative unilaterali di avvocati o operatori sociali che hanno in carico l'autore del reato i quali, anche se in buona fede, a volte si fanno promotori dell'invio di lettere alle vittime senza che sia rispettato il principio di volontarietà e di reciprocità, in questi casi nessuno chiede alla vittima se desidera ricevere una lettera dall'autore del reato).
- Gli *incontri tra vittime e autori di reati analoghi a quello subito dalle vittime* (*victim/community Impact Panel*): una specie di forum nel quale un gruppetto ristretto di vittime (4 o 5 al massimo) esprime a un piccolo gruppo di autori di reato – diversi da coloro che hanno commesso i reati nei loro confronti – gli effetti dannosi o comunque negativi sulla loro esistenza e su quella dei familiari o anche della comunità di appartenenza derivanti dalla commissione di un reato. Le vittime possono così esprimere le sensazioni, le difficoltà, il disagio derivanti dall'esperienza di vittimizzazione e gli autori possono prendere coscienza di tutti i profili di dannosità delle azioni delittuose.

- Gli *incontri di mediazione allargata*: tendono a realizzare un dialogo esteso ai gruppi parentali coinvolti dalla commissione di un reato (*family group conferencing*).
- *Conference groups* (può essere tradotto in “gruppi di discussione”) che può essere vista come una modalità operativa del dialogo guidato da un mediatore, esteso ai gruppi parentali e/o ai gruppi del territorio.

Esempi in tal senso sono le esperienze che un gruppo di mediazione di Milano (Centro per la Giustizia Riparativa e per la Mediazione di Milano) ha realizzato presso la Casa di Reclusione di Milano Bollate, presso la Casa Circondariale di Torre del Gallo a Pavia e presso la Casa Circondariale di Vigevano. Si tratta di esperienze di dialogo allargato fra gruppi di detenuti, gruppi di operatori e gruppi di cittadini dei territori limitrofi al carcere, quali rappresentanti della collettività lesa dal reato, mediante l'accompagnamento e la facilitazione di mediatori esperti. Tali percorsi hanno permesso ai condannati di giungere a definire e poi svolgere attività riparative di vario genere (verso la vittima, verso una vittima aspecifica, verso la collettività) a partire da una approfondita riflessione sui significati del riparare maturata all'interno di una dimensione dialogica con le vittime e in stretta connessione con gli operatori sociali di riferimento (si trattava di vittime aspecifiche di reati contro il patrimonio, ma anche contro la persona (lesioni e omicidio) ed anche autori di reati di atti persecutori e di violenza sessuale).

Un esempio interessante di giustizia riparativa è stato quello seguito da alcuni familiari delle vittime degli “anni di piombo” e alcuni responsabili della lotta armata. Il lungo percorso si è svolto sotto la direzione di tre mediatori/facilitatori: un criminologo (Adolfo Ceretti), un gesuita (Guido Bertagna) e una giurista (Claudia Mazzucato) e vedeva tra i partecipanti Franco Bonisoli (ex membro del comitato esecutivo delle Br e componente del commando che rapì Moro e uccise gli uomini della scorta), l'ex Br Adriana Faranda che partecipò alla gestione del sequestro, Agnese Moro figlia del leader democristiano assassinato, Sabina Rossa figlia dell'operaio Guido Rossa ucciso dalle Br del 1979, Manlio Milano marito di Livia Bottardi una delle vittime della strage di piazza della Loggia a Brescia nel '74. Tale esperienza doveva essere riportata all'interno delle lezioni sulla giustizia riparativa della Scuola superiore della magistratura, ma fu avversata da diversi

magistrati che ritennero inopportuno far partecipare degli ex terroristi ad un corso di formazione per la magistratura¹².

Questo dimostra la resistenza culturale anche da parte della magistratura all'introduzione nel nostro ordinamento della G.R. vista come una forma di indebolimento della garanzia punitiva da parte dello Stato.

4. Caratteristiche qualitative di un programma di giustizia riparativa

Secondo le direttive fornite dalle fonti sovranazionali (Raccomandazione R (2010)¹ del Comitato dei Ministri agli Stati Membri; Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters elaborati dalle NU nel 2002) perché un programma possa essere considerato come percorso di giustizia riparativa, sono imprescindibili:

1. la *partecipazione attiva di reo e vittima e comunità* alla gestione degli effetti distruttivi prodotti dal comportamento deviante e alla soluzione del conflitto nascente dal reato. Si tratta, per le persone coinvolte di riappropriarsi della capacità di parola, partecipando a un percorso dialogico di riconoscimento nel quale viene restituita dignità ai vissuti e alle narrazioni di ciascuno, come premessa per fondare o rifondare la capacità di progettare e impegnarsi in un'azione che ripara;
2. il *riconoscimento della vittima e la riparazione dell'offesa nella sua dimensione globale*: è perciò da considerare anche la dimensione emozionale dell'offesa, i sentimenti sociali che ne derivano e che causano in chi è vittima la perdita del senso di fiducia negli altri e la nascita di un vissuto di insicurezza individuale tale da indurre persino a modificare le abitudini di vita;
3. l'*autoresponsabilizzazione del reo*: il percorso prospettato dovrebbe condurre il reo a rielaborare il conflitto e i motivi che lo hanno causato, a maturare un concetto di responsabilità "verso" l'altro, ad avvertire la necessità di riparazione; gli autori di reato coinvolti nei percorsi di giustizia riparativa hanno la possibilità di esplorare il significato e il contenuto della norma violata in modo concreto e non astratto attraverso l'ascolto della narrazione dell'esperienza esistenziale della vittima;

¹² D. STASIO, "Faranda alla scuola dei magistrati, è polemica", in Il Sole 24 Ore del 3 febbraio 2016, p. 19 e "La scuola della magistratura annulla la lezione con la Faranda", in Il Sole 24 Ore del 4 febbraio 2016, p. 8.

4. il *coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione*, non soltanto quale destinataria di politiche di riparazione ma anche quale attore sociale nel percorso di pace che muove dall'azione riparativa del reo. La qualità del coinvolgimento dell'opinione pubblica è dunque essenziale anche per far maturare l'idea di una nuova "sicurezza" da non cercare necessariamente nella repressione;
5. la *consensualità*: i programmi di giustizia riparativa richiedono il consenso consapevole, informato, spontaneo e revocabile delle parti;
6. la *confidenzialità della mediazione*: l'incontro di mediazione è protetto ed è impedita qualsiasi forma di diffusione all'esterno dei suoi contenuti; questo permette un dialogo pieno tra le parti in un clima di fiducia, la trattazione del conflitto nel suo complesso e in tutte le sue implicazioni, facilitando forme di riconoscimento reciproco e di riparazione;
7. la *volontarietà dell'accordo raggiunto tra le parti*: gli accordi che nascono dai programmi di Giustizia Riparativa debbono essere conclusi volontariamente sebbene sotto la guida dei mediatori e non possono scaturire da decisioni prese altrove (per esempio dall'autorità giudiziaria); gli impegni riparatori devono rispondere ai criteri di ragionevolezza e proporzione.

Sulla scorta di tali indicazioni la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio Europeo del 25/10/2012 all'articolo 12 definisce gli elementi essenziali su cui deve poggiare un percorso di giustizia riparativa:

- a) ricorso a servizi di giustizia riparativa solo se nell'interesse della vittima e se basati sul suo consenso libero ed informato, che può essere revocato in qualsiasi momento;
- b) prima di acconsentire a partecipare al procedimento di Giustizia Riparativa, la vittima riceve informazioni complete e obiettive in merito al procedimento e al suo potenziale esito, nonché informazioni sulle modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo;
- c) l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali (non si tratta di una ammissione di colpa). Nel considerando 12 si dice che "*Il termine "autore del reato" si riferisce a una persona che è stata condannata per un reato*" e "*Tuttavia, ai fini della presente direttiva, esso si*

referisce altresì a una persona indagata o imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna e fa salva la presunzione di innocenza");

- d) ogni accordo è raggiunto volontariamente e può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore;
- e) le discussioni non pubbliche, nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa sono riservate e possono essere divulgate solo con l'accordo delle parti.

5. Considerazioni finali

Se questa è la giustizia riparativa come delineata dalle fonti sovranazionali, si tratta ora di vedere se e con quali modalità essa possa trovare ingresso del nostro ordinamento.

Durante gli Stati Generali dell'Esecuzione penale, voluti dall'allora Ministro della Giustizia Orlando nel 2016, il Tavolo 13 dedicato a "*Giustizia Riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato*" aveva concluso i lavori con delle proposte per una riforma volta ad introdurre in Italia programmi di Giustizia Riparativa limitatamente alla fase dell'esecuzione della pena: modifiche all'ordinamento penitenziario legge 26/07/1975, n. 354; modifiche al regolamento di esecuzione D.P.R. n. 230 del 2000; modifiche all'art. 176 c.p. (Liberazione condizionale) e modifiche all'artt. 656, commi 1 e 5 c.p.p.¹³

A tutt'oggi tali proposte non risultano trasfuse in disegni di legge.

Avv. Maria Eugenia Mongini

¹³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 13 Giustizia Riparativa, mediazione e tutela delle vittime. Allegato 5 Proposte di riforma dell'ordinamento penitenziario, del relativo regolamento di esecuzione, del codice penale e del codice di procedura penale. Fra le altre si segnala la proposta di introdurre dopo l'art. 15 ord. pen. l'art. 15bis Giustizia riparativa. 1. In qualsiasi fase dell'esecuzione, i condannati e gli internati per tutti i tipi di reato, compresi quelli elencati all'art. 4bis, possono accedere ai programmi di giustizia riparativa attraverso le strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

2. Ai programmi di giustizia riparativa i condannati e gli internati, previa adeguata informazione, accedono su base volontaria.

3. Le dichiarazioni rese e le discussioni effettuate nell'ambito di un programma di giustizia riparativa sono confidenziali e possono essere divulgate esclusivamente con l'accordo delle parti.

4. Ai fini della concessione dei benefici penitenziari non si tiene conto della mancata effettuazione o dell'esito negativo dei programmi di giustizia riparativa.

La giustizia riparativa: alternativa alla detenzione
o contenuto dell'esecuzione della condanna?

Il ricorso ai “servizi di giustizia riparativa” è, da tempo, stato raccomandato da molteplici disposizioni comunitarie e sovranazionali.

Ciò nonostante, questo ha trovato spazio, principalmente, solo all'interno di due sottosistemi normativi: il procedimento penale minorile e il procedimento penale davanti al giudice di pace.

Nel sistema processuale minorile ha trovato ingresso la mediazione, attraverso due distinte modalità: la prima consente di incardinare la mediazione nella fase delle indagini preliminari; la seconda si instaura a processo già iniziato.

Nella prima ipotesi¹, si procede ad un accertamento in ordine alla personalità, alla sfera familiare e sociale del minore, volto a verificare la predisposizione del medesimo ad affrontare un percorso di tipo riparativo e riconciliativo. In caso positivo, vittima e indagato possono incontrarsi e confrontarsi alla presenza di un operatore dell'Ufficio per la Mediazione. Nei casi procedibili d'ufficio, l'esito positivo del percorso mediativo può essere valutato ai fini del riconoscimento della particolare tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p. o della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p. (quando sia stato raggiunto un accordo riparatorio risarcitorio)*².

L'art. 28 del D.P.R. n. 448/1988 contiene la seconda “valvola di apertura”, che consente il ricorso agli interventi di mediazione. Essa stabilisce, infatti, che il giudice possa sospendere il processo per affidare il minore “*ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo*

¹ L'art. 9 del D.P.R. n. 448 del 1988 dispone che “1. Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.

2. Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità”. Come osservato da SYLVA D'AMATO, “La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale”, in *Archivio Penale* 2018, n. 1, p. 18, la disposizione in esame ha subito nel tempo una interpretazione estensiva, tale da attribuire copertura normativa ad una forma di “mediazione extraprocessuale”, attivabile nella fase delle indagini preliminari.

² S. SESSA, *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano* in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 10.

svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno”, e possa contestualmente “impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenni con la persona offesa dal reato”³.

La sospensione potrà sfociare poi nella dichiarazione di estinzione del reato ove il giudice, “tenuto conto del comportamento del minorenni e della evoluzione della sua personalità” valuti positivamente gli esiti della prova⁴.

Non si prevede, dunque, espressamente il ricorso alla mediazione come modalità di soluzione del conflitto, ma la si richiama implicitamente, lasciando, peraltro, ampia discrezionalità al giudice nella scelta relativa ad opportunità, tempi e modalità di attuazione della stessa.

La giustizia riparativa appare nel sistema penale minorile funzionale alla rapida estromissione del minore dal circuito penale ed al processo educativo, piuttosto che rispondente ad istanze riparative e riconciliative.

La sospensione del processo con messa alla prova è stata introdotta anche per gli imputati adulti solo con la Legge n. 67 del 28 aprile 2014⁵, per rispondere ad esigenze ad un tempo deflative e rieducative.

Filo conduttore del nuovo istituto è costituito dalla prova delle tre erre: riparazione, rieducazione e retribuzione⁶.

³Art. 28 - Sospensione del processo e messa alla prova: 1. Il giudice, sentite le parti, può disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenni all'esito della prova disposta a norma del comma 2. Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi, per un periodo non superiore a un anno. Durante tale periodo è sospeso il corso della prescrizione. 2. Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenni ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenni con la persona offesa dal reato. 3. Contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore. 4. La sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato. 5. La sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte.

⁴ Dispone l'art. 29 - Dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova: 1. Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minorenni e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo. Altrimenti provvede a norma degli articoli 32 e 33.

⁵La relativa disciplina è collocata agli artt. 168 bis e ss. c.p. e 464 bis e ss. c.p.p.

⁶ DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, in *La deflazione giudiziaria*, a cura di Triggiani, Torino, 2014, 110.

L'ambito applicativo comprende: i reati puniti con la sola pena pecuniaria; i reati puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a 4 anni, sola o congiunta o alternativa alla pena pecuniaria; i delitti per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio *ex art. 550*, comma 2, c.p.p.

A differenza di quanto previsto per la messa alla prova minorile, che non conosce limiti oggettivi, agli imputati adulti l'istituto è, pertanto, accessibile solo per i reati di minore gravità. Per quanto riguarda i contenuti, la messa alla prova consiste in prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché, ove possibile, nel risarcimento del danno dallo stesso cagionato⁷ e nella prestazione di lavoro di pubblica utilità.

Si rinviene, dunque, un primo ingresso della mediazione nel sistema processuale penale ordinario. Tuttavia, con importanti limiti oggettivi e, in particolare, con effetti preclusivi rispetto ai reati in ambito familiare, che presentino una cornice edittale più elevata.

Nella prospettiva di una più ampia valorizzazione della giustizia riparativa sarebbe, allora, più opportuno che il legislatore perseguisse scelte più coraggiose, che portino ad un innalzamento dei limiti della pena per l'applicabilità della messa alla prova, avendo come obiettivo anche quello dell'effettivo recupero sociale dell'autore del reato ed il soddisfacimento degli interessi della vittima.

Il primo riconoscimento normativo della mediazione per gli imputati adulti si è avuto, invero, con la riforma del 2000, che ha regolamentato la competenza del giudice di pace nel processo penale.

L'art 2, comma 2, D. lgs. n. 274/2000⁸ prevede che *nel corso del processo il giudice deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti.*

⁷ Ai sensi dell'art. 464, comma 4 c.p.p., il programma di trattamento in ogni caso prevede:

- a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile;
- b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale;
- c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

⁸ Decreto Legislativo 28 agosto 2000, n. 274, "Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468"

L'art. 29, comma 4, dello stesso decreto dispone che *il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti...può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio.*

Per non ledere il principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, il legislatore ha previsto il divieto di utilizzazione delle dichiarazioni rese dalle parti durante la mediazione ai fini della deliberazione.

È poi previsto un secondo istituto riconducibile al paradigma riparativo, ovvero quello dell'*estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie.*

L'art 35 prevede, infatti, che il giudice possa dichiarare estinto il reato qualora l'imputato abbia provveduto, prima dell'udienza di comparizione, a riparare il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e sia ritenuta congrua la somma, in ragione delle esigenze di riprovazione (per le quali la condotta riparativa deve essere proporzionata alla gravità del danno, quasi in una logica di tipo retributivo) e di prevenzione (che può essere intesa nel senso che la riparazione debba aver portato alla riconciliazione tra vittima e autore del reato). Qualora l'imputato dimostri di non aver potuto provvedere in precedenza alla riparazione del danno e, tuttavia, manifesti l'intenzione di adempiere alle condotte risarcitorie e restitutorie, il giudice può sospendere il processo per tre mesi.

Ci troviamo di fronte ad una forma embrionale di giustizia riparativa, forse ancora troppo lontana dai principi della *restorative justice* imposti dalle fonti sovranazionali.

Ancor meno ispirato a tali principi appare l'istituto dell'*Estinzione del reato per condotte riparatorie* disciplinato dall'art. 162 *ter* c.p.⁹, introdotto dalla L. 23 giugno 2017 n. 103 (la c.d. Riforma

⁹Art. 162 *ter* c.p.: *“Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.*

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi di cui all'articolo 612 bis”.

Orlando), che va inserito in un più ampio disegno di snellimento della giustizia penale e riduzione della durata dei processi.

L'ambito di applicazione del nuovo istituto è limitato ai reati procedibili a querela, in cui la querela può essere soggetta a remissione: sono così esclusi non solo i reati procedibili d'ufficio, ma anche quelli procedibili a querela irrevocabile. Con la legge n. 172 del dicembre 2017 è stata, inoltre, esclusa l'applicabilità di tale causa di estinzione al reato di atti persecutori. Netta è la differenza rispetto agli strumenti di *restorative justice*, che mirano alla ricomposizione tramite le attività riparatorie della frattura causata dal reato ed alla riconciliazione attraverso un percorso di mediazione e comprensione del torto commesso.

Possibile terreno fertile per l'introduzione di strumenti di giustizia riparativa poteva essere rappresentato dall'intervento legislativo del 2019. La legge n. 69 del 2019, introducendo un nuovo comma all'art. 165 c.p., ha stabilito che, nel caso di condanna per il delitto di maltrattamenti e violenza di genere la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupino di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati¹⁰. Tra le note stonate della nuova legge si inserisce, all'art. 21, la clausola dell'invarianza finanziaria, che pone difficoltà all'attuazione degli strumenti risarcitori, formativi e trattamentali previsti.

Nella trepidante attesa di assistere ad un intervento legislativo maggiormente incisivo ed efficace, si è posta la questione circa l'efficacia di un sistema di giustizia riparativa come contenuto dell'esecuzione della pena definitiva.

Alcuni ritengono che siano i dubbi di legittimità costituzionale degli strumenti di giustizia riparativa a rappresentare il principale ostacolo all'introduzione degli stessi¹¹.

In particolare, vengono richiamati il principio di obbligatorietà dell'azione penale ex art 112 Cost. ed il principio di non colpevolezza ex art. 27 comma 2 Cost.

¹⁰ Dispone il comma 5: "Nei casi di condanna per i delitti di cui agli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 612 bis, nonché agli articoli 582 e 583 quinquies nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata alla partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati".

¹¹S. SESSA, *La giustizia riparativa nell'ordinamento penale italiano* in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 10.

L'inoperatività della presunzione di innocenza nella fase esecutiva della condanna definitiva renderebbe, allora, lo stesso terreno fertile per la sperimentazione di pratiche di giustizia riparativa.

Quest'ultime, anzi, troverebbero maggiore occasione per il raggiungimento di plurimi obiettivi, accanto a quello meramente ristorativo degli interessi della vittima: abbassare la recidiva, favorire la rieducazione del condannato e, dunque, la reintegrazione nel tessuto sociale.

Nel contesto dell'esecuzione della pena, non si porrebbero problemi rispetto alle garanzie dell'imputato.

Inoltre, una delle precondizioni per l'avvio di percorsi di giustizia riparativa, ossia la comune visione sulla sussistenza del reato, potrebbe essere più facilmente raggiunta in quanto il reo è già stato condannato e lo scambio comunicativo tra le parti sarebbe favorito da una ricostruzione storica che l'accertamento giudiziale ha cristallizzato.

Concependo la mediazione come alternativa al processo penale, l'ipotetico autore imputato potrebbe essere indotto alla riparazione del danno con il fine precipuo di sottrarsi strumentalmente alla minaccia della condanna e della sanzione, come la vittima potrebbe accentuare la propria contrarietà alla soluzione mediatrice per dar seguito ai propri intenti vendicativi.

Giustizia riparativa, dunque, non come alternativa alla detenzione (come avviene in altri paesi) ma quale contenuto dell'esecuzione della pena definitiva inflitta al reo adulto, da svilupparsi all'interno del carcere o in misura alternativa.

L'ordinamento penitenziario accanto al paradigma retributivo e rieducativo, sembra accogliere anche la prospettiva riparativa.

Un primo e timido ingresso lo troviamo nell'art. 47 Legge 354/1975 (O.P.) (affidamento in prova al servizio sociale) che stabilisce al comma 7 che *“nel verbale che descrive le prescrizioni imposte dal giudice per accedere all'affidamento in prova, debba stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare”*.

Purtroppo, la disposizione normativa si è rivelata (più) una mera postilla priva di valore reale.

Un secondo intervento avviene soltanto nel 2000, con l'emanazione del nuovo regolamento di esecuzione (D.P.R. 230/2000) il cui art. 27 chiarisce l'aspetto legato al modello riparativo

delineando la competenza degli operatori del trattamento a dare impulso e sostegno al condannato affinché questi sviluppi una riflessione critica sul proprio reato e sulle ricadute provocate alla persona offesa¹².

Siffatto strumento dovrebbe condurre ad una riflessione critica e all'autoresponsabilizzazione del reo, non necessariamente richiamando in causa la vittima del reato (considerando che l'accesso alla misura alternativa può avvenire a distanza di anni dalla commissione del reato), ma, ad esempio, entrando in relazione con associazioni di vittime. Il tutto senza mai perdere di vista l'ottica individualizzante, sulla scorta della quale deve essere sviluppato il percorso rieducativo e riparativo.

Tali obiettivi hanno ricevuto nuovamente attenzione un anno e mezzo fa con interventi normativi che avrebbero potuto essere espressivi di scelte più coraggiose in tema di giustizia riparativa.

Il 2.10.2018 sono stati emanati tre decreti legislativi di riforma dell'O.P., in attuazione della delega contenuta nella legge n. 103 del 2017.

Data la vastità delle tematiche interessate, queste sono state scorporate in quattro distinti schemi.

L'ultimo apportava nuove disposizioni in tema di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima.

Si tratta dell'Atto di Governo n. 29, sul quale le Commissioni giustizia di Camera e Senato hanno, tuttavia, espresso parere contrario.

Di particolare interesse risulta l'art. 6 dello schema di decreto in esame, recante i programmi di giustizia riparativa e che prende in considerazione l'incontro guidato dal mediatore tra gruppi di autori e di vittime aspecifiche dello stesso tipo di reato, oltre alla mediazione reo-vittima¹³.

¹²Cfr comma 1 art. 27: *“L'osservazione scientifica della personalità è diretta all'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto, connessi alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione. Ai fini dell'osservazione si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento. Sulla base dei dati giudiziari acquisiti, viene espletata, con il condannato o l'internato, una riflessione sulle condotte anti-giuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa”*.

¹³Art. 6: (Programmi di giustizia riparativa) *I programmi di giustizia riparativa possono consistere:*

Non si può non rilevare, tuttavia, la presenza di una nota stonata all'interno dello stesso schema, rappresentata dalla clausola di invarianza finanziaria contenuta nell'art. 9.

I nuovi strumenti contenuti nell'Atto di Governo n. 29 avrebbero potuto vincolare l'osservazione trattamentale prescritta dall'O.P. nell'ottica riparativa.

La giustizia riparativa, fa solo timidamente capolino nel nuovo art. 13 O.P., il cui terzo comma recita: *nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione*" (comma modificato dall'art. 11 comma 1 lettera d) del DLgs 2.10.2018 n. 123).

Ancora una volta non si è colta l'occasione di interventi più coraggiosi e concreti in materia.

Avv. Lavinia Rossi Espagnet

a) nella mediazione reo-vittima, in cui l'autore del reato incontra la vittima. Qualora non sia possibile un incontro diretto fra le parti la mediazione può avvenire anche per il tramite del mediatore.

b) nella mediazione reo-vittima aspecifica, in cui l'autore del reato incontra la vittima di un altro reato lesivo del medesimo bene giuridico;

c) nell'incontro guidato dal mediatore tra gruppi di autori e di vittime aspecifiche dello stesso tipo di reato. ·

2. Nel rispetto delle disposizioni del presente decreto, i programmi di giustizia riparativa possono essere strutturati anche in modo diverso dalle ipotesi indicate nel comma 1, con il coinvolgimento, quando possibile, della comunità. ·

3. I programmi di giustizia riparativa possono essere applicati per la gestione dei conflitti all'interno degli istituti penali.

La vittima nella giustizia penale.

La Giustizia Riparativa in Europa e nel nostro ordinamento

Ostacoli attuali e culturali alla concreta attuazione di efficaci strumenti di giustizia riparativa.

Aspettative scetticismi e criticità

La ricerca di soluzioni inedite, tese a deflazionare il carico processuale, unitamente alla esigenza e alla necessità di offrire un giusto spazio e la giusta considerazione alle vittime di reato, come richiesto dalla Direttiva 2012/29/UE, hanno fatto emergere, dapprima timidamente e poi sempre con maggior forza, le potenzialità dell'istituto della Giustizia Riparativa, di cui, negli ultimi anni, si è iniziato a parlare sempre più spesso.

Già nei primi anni 2000 il Consiglio di Europa ha studiato come i paesi membri avevano recepito la raccomandazione del '99, scoprendo così che, già venti anni fa, vi erano dei paesi all'avanguardia e altri che facevano fatica a “ricevere” la normativa europea.

Il nostro Paese, ad esempio, a differenza di altri Stati dell'Unione Europea, non ha attuato la Decisione-quadro del 2001 e tantomeno accolto le precedenti Raccomandazioni del Consiglio d'Europa e, così, non ha creato spazi strutturati all'interno della giustizia penale per significative esperienze di giustizia riparativa, che altrove invece hanno portato a indicare la necessità di rimedi alle relative cattive prassi.

Ciò inevitabilmente ha riverberato i suoi effetti anche all'indomani della direttiva del 2012 ed ancora oggi, in realtà, l'Italia sconta il ritardo con cui ha recepito la normativa Europea. Il legislatore italiano, recentemente, ha provato a spiegare cosa si intendesse per giustizia riparativa e in che cosa consistesse, con la riforma Orlando (art. 1 c. 85 lett. F in cui si parlava di percorso di recupero sociale).

Il decreto legislativo non è stato, però, approvato.

Mentre negli altri paesi membri sin da subito la situazione è apparsa molto diversa.

Una definizione interessante del concetto di Giustizia Riparativa nel contesto europeo, puntando l'attenzione sul coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione, ci è

stata data da Ivo Aertsen, Professore di Criminologia dell'Università Cattolica di Louvain, durante il Convegno internazionale svoltosi il 20 e il 21 gennaio 2017 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento¹.

Considerata la Giustizia Riparativa come approccio orientato alla risoluzione di problemi, il relatore sottolineava la novità di essa nella considerazione delle parti come soggetti portatori di istanze morali, in una prospettiva di ascolto non oggettivizzante, ma che, valutati i bisogni dei singoli, ponesse attenzione al significato soggettivo dell'accaduto.

In questo senso la Giustizia Riparativa è stata vista come opportunità di dialogo, indipendentemente dalla natura del reato e dalla fase processuale e indipendentemente dal risultato raggiunto, avente come punto focale il coinvolgimento della comunità di riferimento, nel processo di riparazione.

Dai paesi anglosassoni (in particolare Nuova Zelanda), la Giustizia Riparativa si è estesa in Europa a partire dall'esempio della giustizia penale minorile, caratterizzata dalla priorità delle finalità educative e dal principio di sussidiarietà, per poi estendere il suo punto focale verso le istanze vittimologiche, nell'ottica di una ricerca di armonizzazione a livello europeo.

Per comprendere come i vari paesi membri abbiano iniziato a confrontarsi con la mediazione e, quindi, per capire quali siano stati i suoi "esordi", un aiuto ci viene fornito dal Criminological Scientific Council del Consiglio d'Europa che, grazie ad un follow-up condotto negli anni 2000, ci ha fatto capire come le indicazioni fornite dalla Raccomandazione sono state recepite, adottate e messe in pratica nei Paesi membri del Consiglio. I paesi che hanno recepito la raccomandazione sono stati divisi in diverse tipologie/modelli:

Paesi all'avanguardia

Paesi che non hanno preso in considerazione la Raccomandazione perché non la ritenevano necessaria (Austria, Norvegia).

Questi Paesi hanno introdotto la mediazione basandosi su una legislazione in materia già esistente negli anni '80.

¹ S. PAIUSCO, Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione, in www.penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2017

In Norvegia il reclutamento dei mediatori è stato introdotto su base volontaria.

In Austria, invece, da subito si è imposta la necessità di prevedere figure professionali con lunghi periodi di formazione (queste differenti scelte sono il riflesso della diversa storia sociale e politica e delle aspettative differenti nei confronti del sistema di giustizia dei cittadini di questi due paesi: in Norvegia fare volontariato è un'espressione di responsabilità verso la comunità stessa, inoltre i soggetti coinvolti nel processo di mediazione preferiscono confrontarsi con un mediatore che appartiene alla propria comunità piuttosto che con un professionista che sentono più lontano dai propri interessi; in Austria, al contrario, c'è molta fiducia nei professionisti e c'è un senso di comunità poco sviluppato).

Paesi dove la Raccomandazione è servita come un importante strumento nel fornire un orientamento e un supporto e ha lasciato il segno negli sviluppi della legislazione

Rientrano in questa tipologia Finlandia, Slovenia, Cipro, Polonia, Belgio e Spagna.

La Slovenia ha implementato un programma di mediazione nazionale nel 2000 (a seguito della realizzazione di diversi progetti pilota); la mediazione, in questo caso, è stata considerata una misura alternativa che vedeva il Pubblico Ministero come autorità inviante (l'invio può avvenire in qualsiasi momento del procedimento penale fino alla sentenza), nei seguenti casi:

1. il caso coinvolge un autore minore e la sanzione prevista per il reato non è superiore a cinque anni di reclusione;
2. indipendentemente dall'età dell'autore, il reato in questione è un danno fisico grave, un furto con scasso, l'occultamento di una proprietà di importante valore o il danneggiamento della proprietà altrui (tutti questi reati possono essere puniti con la reclusione fino a cinque anni) o un danno fisico estremamente grave (la sanzione non è superiore a 10 anni di reclusione).

In Slovenia il numero di invii in mediazione è stato sin dall'inizio piuttosto alto e i positivi effetti della mediazione hanno avuto dei riflessi sul sistema di giustizia (con riduzione del numero di udienze preliminari), ma non sono state molte le mediazioni che si sono concluse con successo. Ci si è chiesti se il motivo sia da rintracciare nel fatto che i mediatori sono volontari non specializzati (anche se sono previsti corsi di formazione ed il Pubblico

Ministero supervisiona gli standard generali di conduzione dei servizi di mediazione, ma evidentemente questo non è sufficiente).

Paesi dove la Raccomandazione è stata considerata e usata prevalentemente dalle organizzazioni non governative e professionisti esterni al sistema di giustizia e di poca influenza

Facciamo riferimento ai Paesi dell'Europa dell'est, come Repubblica Ceca, Bulgaria, Albania e, per certi aspetti, la Russia.

In questo gruppo di Paesi sono le organizzazioni non governative che hanno sostenuto la mediazione penale e che sono ricorse alla Raccomandazione per rinforzare la realizzazione di programmi di mediazione e la formazione dei mediatori. Sin da subito si è però posto il problema delle poche risorse messe a disposizione delle ONG.

Paesi in cui la Raccomandazione ha contribuito all'introduzione della mediazione penale.

Infine vi sono Paesi in cui la Raccomandazione ha contribuito all'introduzione della mediazione penale. L'Olanda, la Svezia, Portogallo, e per certi aspetti anche l'Irlanda e l'Italia, fanno parte di questa tipologia.

Il Portogallo è apparso in passato restio all'adozione di qualsiasi misura alternativa ed alla mediazione; l'introduzione della mediazione è avvenuta con la Lei Tutelar Educativa – legge 166/99, per persone di età compresa tra i 12 ed i 16 anni e con l'autorità giudiziaria, il Pubblico Ministero o i Giudici, organismo di invio.

In Portogallo l'Associazione portoghese per il servizio alle vittime (insieme al Ministero della Giustizia), ha preso atto ed ha iniziato ad usare la Raccomandazione a supporto dell'attività di mediazione, vincolandola alle finalità educative e percependola prevalentemente come misura riabilitativa ed educativa.

Sulla base dell'analisi condotta e concernente la introduzione della mediazione nei vari paesi membri, si può, dunque, affermare che un modello di mediazione efficace deve raggiungere, alternativamente, i seguenti obiettivi:

- soddisfazione degli attori coinvolti;
- riduzione del grado di recidiva dell'autore del reato;
- aiuto effettivo alla vittima a superare il trauma;

- effettivo risarcimento del danno alla vittima;
- deflazione del carico di attività del sistema giudiziario costituendo una possibile alternativa al procedimento penale ed alla detenzione.

Con riferimento alle esigenze e i diritti delle vittime nella Giustizia Riparativa, Michael Kilchling, Ricercatore presso il Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht², considerata la insoddisfazione per i risultati del sistema penale tradizionalmente inteso, ha valutato due possibili approcci alla Giustizia Riparativa: uno purista, concentrato sul processo e la relazione interpersonale, l'altro massimalista, concentrato sul risultato. Kilchling sottolinea la nascita di un vero e proprio diritto alla Giustizia Riparativa in capo alle vittime di reato, considerando il combinato disposto degli artt. 4 e 12 della Direttiva 2012/29/UE.

In tal senso va l'esempio dell'approccio universalista adottato in Germania, con un modello aperto, accessibile a qualunque reo, per qualunque reato e in qualunque fase processuale.

Ma l'istituto della Giustizia Riparativa è fondamentale anche con riferimento agli autori di reato.

Partendo dalla rivoluzionaria analisi del danno da reato, quale fonte di obblighi e responsabilità/riparazione, Bruno Bertelli, Professore di Sociologia della devianza presso l'Università degli Studi di Trento, ha individuato la Giustizia Riparativa come modello di riduzione del crimine tra gli autori di reati contro la persona e quale possibile modalità di riabilitazione del reo.

A proposito di ostacoli all'attuazione, però, la circostanza che l'Italia (ancora oggi) rimanga priva di un fondamento normativo che dia piena legittimazione a tale istituto, costituisce il maggiore limite e l'origine dello scetticismo a cui si fa riferimento nel titolo dell'intervento.

L'assenza nel nostro Paese di una normativa chiara e precisa, ha impedito l'introduzione nel nostro sistema sia di regole comuni, sia dei chiarimenti necessari per consentire un

² S. PAIUSCO, Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione, in www.penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2017

ingresso unitario agli strumenti afferenti alla Restorative Justice, la cui importanza si coglie soprattutto in ambito penale minorile, dove risulta esclusivamente applicata.

In questo contesto, si possono apprezzare le potenzialità di tale istituto, così come, sempre nell'ambito della giustizia minorile, sono più forti le aspettative circa la sua concreta e più ampia attuazione.

Dunque, è auspicabile una sempre maggiore riflessione su come coniugare al meglio la Giustizia Riparativa con il sistema penale minorile, anche al fine di favorire il rispetto e l'attuazione dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Fondamentale è la previsione di mediatori appositamente formati e competenti.

A tal proposito mirabile sintesi sulla importanza della Giustizia Riparativa è fornita dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza - Autorità nazionale di garanzia per i diritti delle persone minorenni in Italia - nel documento di studio e di proposta intitolato "La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile" in cui si afferma che *“La mediazione penale, e accanto ad essa le altre forme di giustizia riparativa, può costituire quello spazio e quello strumento per non negare il conflitto, pur impegnativo, pur fonte di sofferenza, ma per affrontarlo in prima persona con coloro che vi sono coinvolti. È fondamentale in questo l'aiuto di persone competenti e appositamente formate, che hanno il compito di facilitare il processo relazionale – di cui le parti restano le sole protagoniste– sino al riconoscimento reciproco come persone e come membri di una comunità, che condividono diritti e doveri. Il fatto penalmente rilevante, da evento spesso drammatico, può divenire così occasione per ricostituire il collante sociale della fiducia reciproca”*.³

Ma l'applicazione dell'istituto della Giustizia Riparativa nel procedimento penale minorile necessita di un accertamento, seppur sommario, sull'attribuibilità del fatto al minorenne; e ciò comporta una sorta di “criptocondanna”, oltre a un cedimento col dettato costituzionale, denotando la doppia natura (accertamento della responsabilità e finalità rieducativa impropria) di tale istituto⁴. In questo senso, un aiuto viene, però, fornito dalla

³ Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza “La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documento di studio e di proposta” prof.ssa Claudia Mazzucato prof. Pasquale Bronzo dott.ssa Benedetta Bertolini (documento reperibile sul sito dell'Autorità garante www.garanteinfanzia.org).

⁴ Gabriella Di Paolo, Professoressa di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Trento - Convegno internazionale svoltosi il 20 e il 21 gennaio 2017 presso la Facoltà di Giurisprudenza di

Direttiva 29/12/UE, ispirata all'idea di responsabilizzazione ed a una diversa accezione del punire.

Anche se (tralasciando il caso dell'esito negativo) sono ancora incerte le conseguenze di un esito positivo nel caso di reati procedibili d'ufficio, ove non sia dunque possibile la remissione di querela.

Riassumendo quanto sin qui detto, la circostanza che nel nostro ordinamento manchi una legge che disciplini compiutamente la Giustizia Riparativa (come rilevato nella raccomandazione del 3.10.18 dal Consiglio di Europa), dà vita alle maggiori criticità ed è connessa a quella che è la nostra storia e la nostra cultura, in quanto nel nostro ordinamento non vi è il riconoscimento della vittima quale protagonista e il suo ruolo è relegato alle richieste risarcitorie, mentre il modello di giustizia dell'ago e del filo - e non della bilancia e della spada - viene visto come modello da seguire per mere finalità deflative.

Nella direttiva la "riparazione" è da intendersi, però, sia come significato che come direzione. Infatti è previsto il ricorso ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima: questo il valore intrinseco del procedimento di giustizia riparativa, distinto dal valore strumentale che può attribuirgli il sistema penale (ogni effetto di prevenzione speciale da questo riconosciuto è subordinato al rispetto del superiore interesse della vittima).

L'auspicio che ci sia sempre un maggiore ricorso alla Giustizia Riparativa, si può sintetizzare con le parole *"si tratta qui di rispondere al reato commesso o subito da una persona minorenne avendo a cuore il suo migliore e preminente interesse e la sua speciale protezione aspirando dunque ad assicurare il pieno sviluppo personale, la dignità, l'educazione e il reinserimento sociale del minore – autore o vittima del reato –, lungo il cammino di cittadinanza e responsabilità attive che conduce verso l'assunzione di un 'ruolo costruttivo' nel mondo (così, testualmente, la Convenzione di New York, all'art. 40), poiché attraverso il ricorso alla GR da un lato, si pone un limite ad interventi punitivi, dall'altro si spalancano le porte a forme di giustizia costruttiva, "la giustizia dell'ago e del filo" e non*

Trento (S. PAIUSCO, Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione, in www.penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2017).

quella “della bilancia e della spada”, guardando non al passato (con la ricerca delle prove), ma al futuro, non cristallizzando ciò che è stato, ma cercando di migliorare e “riparare”.⁵

Una evoluzione, nel senso di una declinazione riparatoria richiede, ovviamente, l'implementazione dell'organizzazione esistente, che si profila ardua con l'attuale qualità e quantità delle risorse impiegate dallo Stato e dagli enti locali, ma non impossibile ove si finanzino oculatamente qualificate agenzie del privato-sociale, con oneri infinitamente inferiori rispetto a quelli che andrebbero destinati alla prosecuzione dell'iter processuale o esecutivo e, nel contempo, con risultati più soddisfacenti per la vittima e la comunità. Inoltre, nel corso del tempo, sono stati più volte (e da più parti), espressi dei dubbi sulla compatibilità tra i principi della giustizia riparativa e alcuni principi costituzionali che sorreggono il processo penale.

Dubbi di legittimità costituzionale e conflitto tra l'art 112 della Cost. (l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale da parte del PM) e i principi di giustizia riparativa sussistono ancora oggi, atteso che la nostra Costituzione prevede che il Pubblico Ministero, alla chiusura delle indagini preliminari, deve sciogliere il nodo tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale. La sua scelta però non è discrezionale, in quanto egli dovrà valutare la fondatezza della notizia di reato e dovrà basarsi su un giudizio prognostico circa la sostenibilità dell'accusa in dibattimento (e, pertanto, dell'utilità del dibattimento). I casi in cui il PM può proporre al giudice l'archiviazione della notizia di reato sono tassativi e sottoposti a controlli: ciò rappresenta un ostacolo all'introduzione di istituti di flessibilizzazione in quanto si ritiene che il PM non abbia margine di scelta anche nei casi (perseguibili ex officio) in cui si sia arrivati a una preventiva conciliazione tra vittima e reo.

⁵ Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza “La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile. Documento di studio e di proposta” prof.ssa Claudia Mazzucato prof. Pasquale Bronzo dott.ssa Benedetta Bertolini (documento reperibile sul sito dell'Autorità garante www.garanteinfanzia.org). La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile" in cui si afferma che “*La mediazione penale, e accanto ad essa le altre forme di giustizia riparativa, può costituire quello spazio e quello strumento per non negare il conflitto, pur impegnativo, pur fonte di sofferenza, ma per affrontarlo in prima persona con coloro che vi sono coinvolti. È fondamentale in questo l'aiuto di persone competenti e appositamente formate, che hanno il compito di facilitare il processo relazionale – di cui le parti restano le sole protagoniste – sino al riconoscimento reciproco come persone e come membri di una comunità, che condividono diritti e doveri. Il fatto penalmente rilevante, da evento spesso drammatico, può divenire così occasione per ricostituire il collante sociale della fiducia reciproca*”.

Attualmente il principio di obbligatorietà dell'azione penale impedisce di considerare l'esito positivo della mediazione come un meccanismo impeditivo dell'azione penale e la dottrina afferma, a questo riguardo, che il PM potrebbe legittimamente chiedere l'archiviazione solo ove riuscisse *“ad individuare spazi normativi, che, all'interno del procedimento legale formale, consacrino, anche processualmente, l'eventuale esito positivo della mediazione”*⁶. In questo caso, qualora ci fossero dei presupposti conciliativi normativamente definiti ed un controllo giurisdizionale sulle decisioni della pubblica accusa, si potrebbe optare per un'archiviazione dell'azione penale basata sulla verifica dei suddetti presupposti⁷.

Non bisogna poi dimenticare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nel febbraio 1991: per la Corte, infatti, il processo non deve essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo.

Si può ritenere che un danno possa essere superfluo quando abbia perso i requisiti di offensività e lesività: la riparazione tempestiva del danno, riducendo il disvalore sociale della condotta, diminuendone le conseguenze pregiudizievoli, potrebbe portare a considerare il danno come superfluo⁸.

Un altro principio che potrebbe entrare in conflitto con la giustizia riparativa è quello dettato dall'art. 27, 2° comma della Cost., nel caso in cui la mediazione avesse esito negativo e si tornasse al rito ordinario.

Inoltre, se la mediazione esigesse la preventiva confessione dell'autore, si andrebbe contro il principio secondo cui nessuno può essere obbligato a confessare la propria responsabilità penale⁹.

Tuttavia, dalle fonti sovranazionali emerge che i requisiti per entrare in percorso mediativo non sono legati all'ammissione della colpevolezza da parte dell'imputato, ma più semplicemente al riconoscimento dei fatti essenziali del reato.

⁶ Patanè, Ambiti di applicazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione in Aa.Vv, Mediazione penale: chi, dove, come e quando, a cura di A. Mesitz, Carrocci, Roma, 2004.

⁷ F.Ruggeri, Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile, in L.Picotti, La mediazione nel sistema penale minorile, Padova 1998, p. 200.

⁸ S.Tigano, Giustizia riparativa e mediazione penale, in Rassegna penitenziaria e criminologica, n.2, 2006 p. 38.

⁹ M. Cagossi, Esperimenti di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano, In lo statuto europeo delle vittime di reato: Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali a cura di L. Luparia, Milano, 2015 p.158.

La disponibilità non può essere interpretata come ammissione di responsabilità.

Per quanto invece riguarda la pena, la Cost all'art 27, 3° comma, prevede che le pene debbano tendere alla rieducazione del condannato; si ritiene che, in questo caso, più che una frizione si possa verificare un'azione coadiuvante da parte della giustizia riparativa, atteso che le soluzioni di compromesso raggiunte dalle parti contrapposte possono produrre effetti riabilitativi oggettivamente più ampi rispetto alle sanzioni afflittive classiche; ciò sta a significare che la funzione rieducativa si potrebbe realizzare proprio attraverso i percorsi alternativi che si propongono di risocializzare l'autore del reato.

Le criticità accennate, dunque, potrebbero diventare aspettative ed opportunità integrando i principi della giustizia riparativa, opportunamente disciplinati, con il nostro ordinamento, in sintonia con la nostra Carta costituzionale.

L'incertezza e la cautela che hanno portato il nostro Legislatore a rispondere alle sollecitazioni degli organi sovranazionali sono condizionate dalla mutevole concezione della funzione della pena che attraversa il pensiero della dottrina e dei consociati, oscillando tra una valorizzazione della *funzione retributiva*, quale corrispettivo del male commesso verso l'ordinamento sociale ed applicata a causa del reato commesso (quasi come corrispettivo di esso da una parte), o della *funzione preventiva*, quale minaccia e concreta applicazione di sanzioni afflittive che devono avere un potere dissuasivo verso chi fosse tentato di commettere un reato, o della funzione *di emenda*, prevista dall' art 27 Cost., che impone che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato.

Proprio in tale ottica deve darsi una moderna interpretazione alla funzione della pena, ritenendo prevalente la teoria della prevenzione generale: la pena ha la funzione di eliminare o attenuare le cause della criminalità mediante attività di carattere legislativo, amministrativo, sociale e culturale, rivolte a tutti i consociati rendendo i cittadini convinti e partecipi dei valori sociali su cui si fonda una determinata comunità e la sua legge penale¹⁰.

Nella giustizia penale italiana la mediazione e la riparazione in favore delle vittime trovano spazio anche all'interno del procedimento penale davanti al giudice di pace.

¹⁰ Giurisprudenza Penale web, 2019.

L'art 2, comma 2, del decreto legislativo 274/2000 prevede l'intervento mediativo da parte del giudice (il giudice deve favorire per quanto possibile la conciliazione tra le parti). Il giudice di pace deve tendere all'obiettivo di ricercare una soluzione compositiva del conflitto e per farlo può scegliere tra le varie misure di tipo conciliativo/mediativo, riconducibili al paradigma della giustizia riparativa. Queste aperture, anche se in fase embrionale, denotano un passaggio positivo nell'avvicinamento ad una giustizia senza spada¹¹.

Altro istituto di portata innovativa per il processo penale italiano, introdotto con la legge n. 67 del 28 aprile 2014 a seguito del monito della Corte europea per i diritti dell'uomo¹², è la messa alla prova per adulti; la criticità è sempre da rintracciare nella mancata previsione normativa, rinvenendo nel nostro ordinamento un semplice richiamo, ex art 464, comma 4, c.p.p. lett. c), alla previsione nel programma di condotte volte ove possibile a promuovere la mediazione (sicuramente dunque l'auspicio è che si faccia molto di più per introdurre forme di Giustizia Riparativa anche per gli adulti).

E quale è la sorte in sede di conciliazione di tutti i reati che, per loro natura, non sono suscettibili di essere conciliati?

Infine, sarebbe opportuno individuare un ruolo della vittima nel lavoro di pubblica utilità e soprattutto di creare una relazione vittima-reo che vada al di là della mera corresponsione

¹¹ L'art.29 comma IV del d.lgs 274/2000 dispone che *“il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione tra le parti. In tal caso sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e di strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione»*. L'art. 35 della stessa legge prevede la estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Il giudice di pace, nel caso dell'art. 35, potrà dichiarare estinto il reato qualora l'imputato abbia provveduto, prima dell'udienza di comparizione, a riparare il danno cagionato dal reato, mediante il risarcimento e le relative restituzioni, ed il giudice ritenga congrua la somma, in ragione delle esigenze di riprovazione e di prevenzione. Qualora poi l'imputato dimostri di non aver potuto provvedere in precedenza alla riparazione del danno ma manifesti l'intenzione di adempiere alle condotte risarcitorie/restitutorie, il processo può essere sospeso per tre mesi.

¹² La Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza pilota «Torreggiani» ha constatato la condizione di sistematica violazione dei diritti dei detenuti da parte dello Stato Italiano, causata dal sovraffollamento carcerario e, nel contempo, ha imposto di introdurre forme punitive e che prescindessero dal ricorso alla sanzione carceraria, oltre alla drastica riduzione delle misure cautelari detentive

di somme di denaro a titolo risarcitorio. Inoltre, è importante porre l'accento sul delitto di relazione¹³, che sembra costituire terreno fertile per un'attività di mediazione.

Per quanto concerne la giustizia riparativa applicata per tutti i delitti in ambito familiare o di relazione (i quali sono attraversati da conflitti ingestibili direttamente dal giudice, che non può che trascurarne la essenziale componente emotiva o passionale), la Giustizia Riparativa consentirebbe un maggiore rispetto delle garanzie di entrambe le parti, poiché, da un lato, i vitali sentimenti/interessi condivisi dalle parti possono indurle ad una maggiore disponibilità alla mediazione e ad un accordo riparativo dell'offesa relazionale, idoneo a ricucire i fondamentali legami e, così, alla prevenzione di ulteriori reati, anche a parti inverse; dall'altro, la vittima, nei casi in astratto meno gravi, può essere consapevole della limitatissima rivalsa penale perseguita con il processo, percependola bensì come occasione per ulteriori offese nel suo tormentato iter.

Il delitto di relazione sembra dunque costituire terreno elettivo per un'attività di mediazione, che ridia alle parti quella possibilità di parola assente prima del passaggio all'atto aggressivo quanto repressa nel processo. In tale tipologia criminosa gli eventi in causa sono spesso il prodotto di un intreccio diacronico di variegate, bilaterali responsabilità e coloro che in vario modo ne sono coinvolti solo in un contesto mediativo accogliente e riservato possono cogliere sollecitazioni a riconoscere la propria parte nel conflitto.

¹³ Delitto di relazione sulla categoria cfr. G. Kaiser, *Criminologia*, Giuffrè, 1985, pp. 119-120, 305, 313, ove si evidenzia riguardo alla criminogenesi come sia cruciale "l'esistenza o meno di una conoscenza personale tra autore e vittima al momento della commissione del delitto" e che "un rapporto di conoscenza di tal genere si rinviene più facilmente nei delitti contro la persona e nei reati sessuali che non in quelli contro la proprietà ed il patrimonio.... fatta eccezione per l'estorsione. Per questo, per una parte dei casi sopramenzionati si parla di cd. delitti di relazione. In genere si tratta di fatti caratterizzati da un conflitto tra autore e vittima". L'illustre criminologo soggiunge: "sovente, la vera motivazione dell'omicidio può essere ricordata solo al particolare rapporto tra l'autore e la vittima. Le uccisioni di soggetti del tutto estranei si verificano, a quanto consta, solo in una esigua percentuale di casi... ragion per cui per omicidi dolosi si giunge addirittura a parlare di delitti a carattere familiare". In paradossale contraddizione con lo stereotipo invalso nell'immaginario collettivo dell'aggressore estraneo, elettivamente straniero, e se non basta clandestino e di colore, può essere utile qui anche rammentare che da un rapporto dell'OMS, su 80 Paesi del mondo, risulta che la metà delle morti violente che si verificano ogni anno sono dovute a suicidi, mentre la maggior parte degli omicidi sono commessi all'interno dei nuclei familiari e solo un quinto delle morti è causato da guerre; cfr. *World Report on violence and health*, world organization publication, Ginevre 2002.

Tutto ciò, però, sarà possibile solo dotando il nostro sistema di strumenti adeguati, in modo da consentire un accesso senza sbarramenti e preclusioni e una formazione adeguata della figura professionale centrale dei mediatori penali.

La fase esecutiva del processo in cui si favorisce la rieducazione, dunque, è e sarà terreno fertile per le forme di Giustizia Riparativa, poiché questa aiuta il reo spingendolo verso forme di responsabilizzazione, e la vittima invece vede e vedrà riconosciuta una forma di ristorazione che potrebbe aiutarla a superare il trauma scaturito dal reato.

Come sottolineato da Giovanni Maria Pavarin, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, con la recente Direttiva UE sui diritti delle vittime si è avvicinata la logica della Giustizia Riparativa anche nella fase esecutiva. Tali istanze segnano la messa in campo della vittima come soggetto vero e proprio della giustizia penale¹⁴.

In ambito minorile, invece, in mancanza di una normativa comune si è dato spazio alla introduzione della Giustizia Riparativa ricorrendo all'art 9 del D.P.R. 448/98, inserendola in una fase pre-processuale, o all'art. 27, in una fase di tipo processuale o post processuale; ricorrendo, altresì, all'art. 28 che prevede la sospensione del processo per valutare la personalità del minore all'esito di un percorso di messa alla prova (in alcuni tribunali, però, si sono adottati degli appositi protocolli con i quali si è estromesso il percorso di Giustizia Riparativa dal progetto di messa alla prova per evitare che l'esito negativo di essa possa influenzare la messa alla prova)¹⁵.

L'importanza del ricorso a tale istituto in ambito minorile si coglie considerando che la vittima nel processo minorile rimane ai margini; è dunque sempre più auspicabile un intervento normativo sul punto, che consenta di avere previsioni comuni e non rimesse alle soluzioni interpretative e alla sensibilità del singolo operatore giudiziario (il ricorso all'art. 9 costituisce una soluzione escogitata tra le righe della normativa processuale).

Anche in questo caso vi è dunque la necessità di prendere in considerazione il principio di uguaglianza, per limitare le criticità che, in base allo studio condotto dal Garante per l'adolescenza e l'infanzia a livello territoriale, sussistono in Italia e che sono connesse alle

¹⁴ S. PAIUSCO, Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione, in www.penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2017.

¹⁵ Bisogna fare però attenzione a distinguere la GR dagli istituti giuridici quali lavori di pubblica utilità o di volontariato sociale.

forti differenze territoriali: nel nostro paese vi sono, infatti, dei distretti di Corte di Appello che si sono dotati di strumenti idonei per fare in modo che tale istituto sia effettivamente operante e altri che ancora non hanno avviato neppure una fase di sperimentazione.

Una ulteriore differenza (e quindi una ulteriore disparità di trattamento) si coglie considerando l'utilizzo in una fase processuale o in un'altra della Giustizia Riparativa, in modo differente tra regione e regione (anche perché nel territorio nazionale, centri e uffici che svolgono tale servizio hanno avuto una differente espansione: ciò ovviamente comporta, in concreto, la preclusione al percorso in ragione della mera provenienza geografica).

Ca va sans dir, avviare un tale tipo di percorso in una fase avanzata del processo, a lunghe distanze temporali dai fatti per cui si procede, o procedere in un momento il più possibile vicino ai fatti, fa la differenza.

Nel documento di studio e di proposta dell'Autorità Garante per l'infanzia e l'Adolescenza è contenuta la seguente frase chiarificatrice *“La giustizia tradizionale e la giustizia riparativa mantengono la propria autonomia, ma non possono rinunciare alla ricerca e alla individuazione di momenti di connessione e comunicazione, anelli comuni di ingranaggio, iniziando dalla condivisione delle regole di partenza”*¹⁶.

Ma, nel nostro Paese, se non un immediato potenziamento, si può subito esigere almeno un investimento sulla formazione per la riqualificazione delle insufficienti risorse umane esistenti, senza la quale l'obiettivo non è neppure pensabile.

Rimangono dunque una serie di ostacoli alla concreta attuazione delle varie forme di giustizia riparativa.

Sinteticamente, infatti, affinché si possa avere un modello effettivamente funzionante e funzionale è necessario:

- procedere alla formazione dei mediatori (la Direttiva n. 29 del 2012 richiede una formazione iniziale accurata e un training costante. La formazione deve altresì insistere sulla deontologia del mediatore e sulle abilità e competenze comunicative che il mediatore mette in campo con le vittime, i rei e gli altri soggetti potenzialmente coinvolti), per i quali

¹⁶ Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza *ibidem*.

è richiesto un saper fare specifico sia in ragione della gravità dell'illecito, della vulnerabilità delle vittime, delle caratteristiche dei perpetratori, sia in riferimento alla capacità del mediatore di riconoscere e promuovere nelle parti il riconoscimento di emozioni e sentimenti spesso distruttivi e pervasivi;

- l'accesso ai programmi di giustizia riparativa deve essere effettivamente previsto per tutti i condannati e gli internati, senza sbarramenti oggettivi o preclusioni soggettive. Tutte le vittime, qualora lo richiedano, devono poter partecipare a programmi di giustizia riparativa, a prescindere dal fatto che il condannato abbia già interamente scontato la pena;
- le informative devono essere precise, unitarie e dettagliate sul significato del programma, le modalità del suo svolgimento, le finalità e gli esiti, in modo che tutte le parti accedano al programma dopo aver potuto esprimere un consenso libero e informato sul programma stesso (in ogni caso con la possibilità di revocare il predetto consenso);
- i servizi di giustizia riparativa devono essere promossi il più possibile, anche attraverso convenzioni e protocolli, ad esempio, in base ai distretti di Corte d'appello.

Le principali difficoltà si riscontrano con riferimento alla dubbia compatibilità tra la necessaria lunghezza dei tempi di una giustizia di riparazione e la ragionevole durata del processo e alla mancanza di fondi e personale in cui attualmente il settore della giustizia versa.

In attesa di una legge che disciplini l'innesto della giustizia riparativa, occorre dunque facilitare la diffusione di prassi e soluzioni processuali che – a normativa invariata – consentano l'incontro non solo tra i confliggenti, ma anche tra i due modi di cercare e praticare la giustizia.

In sintesi la maggiore criticità rintracciata discende dalla necessità di un coordinamento e di una disciplina comune (tempi, presupposti, esiti in cui il rito viene fatto confluire) per la valorizzazione di una forma di giustizia che ha finalità costruttive e che punta a educazione e reinserimento, garantendo l'incontro tra i protagonisti, il coinvolgimento libero, volontario e attivo con un mediatore /facilitatore imparziale e indipendente (e dunque mediatore/facilitatore che non devono coincidere con gli operatori dei servizi minorili per garantire l'equiprossimità prevista a livello europeo).

Ferma restando la necessità che i percorsi di giustizia riparativa siano erogati in autonomia dal procedimento penale, si auspica dunque la più ampia collaborazione possibile per la promozione e lo sviluppo dell'istituto della giustizia riparativa, così come previsto al punto 62 dell'Appendice alla Raccomandazione CM/Rec (2018)8.

Avv. Silvia Oddi e Avv. Laura Filippone

Considerazioni conclusive

L'idea di organizzare una serie di incontri telematici sul tema “*Tutela penale in ambito familiare: il Codice Rosso tra effettiva attuazione e future prospettive*” è nata in un momento di estrema difficoltà per i lavori della Commissione reati in ambito familiare della Camera Penale di Roma. Era necessario dare una risposta associativa alle limitazioni imposte dalle disposizioni governative di contrasto all'epidemia da COVID 19 che condizionavano gli spostamenti dei cittadini e di fatto impedivano la libertà di riunione. In tali condizioni, la Commissione della CPR per i reati in ambito familiare ha scelto di continuare i suoi lavori, pur nell'impossibilità di riunirsi in presenza, discutendo e confrontandosi sulle piattaforme telematiche.

L'intera Commissione era consapevole che bisognava, proprio nel difficile momento del *lockdown*, mantenere vigile l'attenzione degli operatori del settore ed istituzionali sulla violenza domestica, prevedendo che, proprio le restrizioni domiciliari, imposte dall'emergenza sanitaria, avrebbero portato ad un acutizzarsi del fenomeno. Ed allora, si sono, in brevissimo tempo, organizzati una serie di convegni che hanno affrontato temi quali: “lo stato di applicazione della L. n. 69 del 2019”, “il diritto di difesa delle persone vulnerabili”, “la famiglia nel sistema penale”, “la giustizia riparativa”. Si è voluto, in sostanza, non spegnere i riflettori su quegli illeciti in ambito familiare che rappresentano una “pandemia sommersa”, fondata su radici sottoculturali devianti, difficili da estirpare. Grazie soprattutto alla determinazione e alla costanza della coordinatrice Avv. Emma Tosi si è raggiunto l'obiettivo di rendere concreto quanto preventivato: non lasciare che su temi tanto attuali e delicati si diffondesse il silenzio del *lockdown* imposto dalla pandemia. La Commissione si è resa conto che, al di là delle aule di giustizia, ove l'estrema *ratio* del diritto penale vorrebbe trovare ragione, è nella diffusione e consapevolezza sociale e culturale dei fenomeni criminali in ambito familiare che si deve porre l'attenzione. Proprio la presente pubblicazione non si è limitata ad un esame della legislazione vigente a livello nazionale ed internazionale, richiamando la direttiva UE n. 29 del 2012, ma ne ha analizzato l'evoluzione giurisprudenziale, per giungere ad una consapevolezza storico sociologica dell'evoluzione della famiglia, offrendo spunti pratici ed analisi concrete anche sulla “giustizia riparativa”. Si è compreso, dagli articoli degli autori, che il problema sembra non

essere la necessità di nuove leggi e tanto meno di norme fin troppo dettagliate capaci di regolare ogni aspetto della vita di relazione, ma piuttosto la necessità di sensibilizzare le parti, facendo maturare la capacità di contenere i proprio istinti primari favorendo, invece, la cultura della solidarietà.

Alla fine il presente lavoro sembra aver contemplato, in giusta misura, le contrapposte matrici culturali del diritto, da una parte quella giuspositivista e dall'altra quella giusnaturalista. Nei reati in ambito familiare, infatti, non si può affidare alla sola legge positiva la soluzione delle conflittualità domestiche, senza tenere conto della necessità di giustizia sostanziale, capace di risolvere problemi senza danneggiare in modo permanente le parti in causa o generando nuove forme di conflittualità. Ed allora, forse la diffusione di una nuova cultura sociale improntata alla solidarietà verso chi ci sta accanto, verso i più vulnerabili, verso i più deboli a prescindere dal genere, che deve essere la base di partenza per affrontare e sconfiggere la devianza criminale in ambito familiare.

Avv. Fabio Federico