segni da cogliere, argine da edificare, futuri da costruire
i Minori nella crisi della famiglia legittima e di fatto

Avv. Claudio Bossi – Avv. Elena Buscaglia

Bambino

Armato e disarmato in una foto

Senza felicità

Sfogliato e impaginato in questa vita

sola

Che non ti guarirà

Crescerò e sarò un po' più uomo

ancora

Un'altra guerra mi cullerà

Crescerò combatterò questa paura

Che ora mi libera

P.Turci - Bambino

Premessa

Occuparsi di temi che riguardano i minori è, indubitabilmente, di gran moda.

I giornali, ma soprattutto la televisione, appuntano, spesso in maniera davvero fastidiosa, la loro attenzione su questo mondo, facendovi incursioni che sembrano, sempre di più per il modo in cui sono condotte, vere e proprie scorrerie piratesche, protette però dalla dichiarata intenzione di voler comprendere, capire, analizzare per evitare che "l'esecrabile tragedia" possa ripetersi.

E cosi il mondo dei minori, un mondo che dovrebbe essere protetto e tutelato, anche per espressa volontà del Legislatore, finisce con l'essere da un canto costantemente illuminato dalle "luci della ribalta" e, dall'altro, campo di battaglia in cui si consumano gli odi e le tensioni dei duellanti.

Duellanti nei confronti dei quali spesso, più o meno consapevolmente, il minore è chiamato ad operare una scelta.

In un simile contesto è chiamato sempre con maggior frequenza ad intervenire l'Avvocato che, rischia, sua volta, d'essere o accecato dai riflettori puntati sul palcoscenico in cui è chiamato a muoversi o attratto dalle gesta di uno dei due "cavalieri" trasformandosi in un suo paladino, dimentico della necessità, etica, di ricordare che la battaglia che sta combattendosi vede quale incolpevole spettatore un minore.

Minore che, eticamente, egli avrebbe il dovere di tutelare.

Questo lavoro si pone quale obiettivo quello di provare a porre il minore al centro dell'universo creato dalla crisi della famiglia, legittima o di fatto

che sia con la consapevolezza della necessità di provare a proteggerlo nel miglior modo possibile dalle schegge generate dall'esplosione.

Novara ottobre 2010

(Elena Buscaglia) *(Claudio Bossi)*

Se i coniugi non vivessero insieme,
i buoni matrimoni sarebbero più frequenti.
(F. Nietzsche "Umano, troppo umano")

IL CONFLITTO GENITORIALE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DELLA L. 54/2006

L'ALLONTANAMENTO VOLONTARIO DA CASA DI UNO DEI GENITORI CON O SENZA PROLE

Parlare di conflitto genitoriale significa concentrarsi sugli aspetti che nella crisi coniugale, o in generale di coppia, interessano i figli minorenni o maggiorenni ancora conviventi.

Tolstoj, prima di buttarsi a capofitto tra le sventure di Anna Karenina, ha efficacemente osservato: "*Tutte le famiglie felici si assomigliano tra loro, ogni famiglia infelice è infelice a suo modo"* Questo è più che mai vero nella materia di cui trattiamo, ove i conflitti familiari, coniugali e genitoriali, si manifestano in modo diverso a secondo dei casi.

Proprio oggi che il rapporto coniugale può essere risolto *ad nutum*, per scelta anche esclusiva di uno solo dei coniugi, si evidenziano le maggiori difficoltà di accettazione della separazione con conseguenze talvolta irreparabili.

Ho pensato di incominciare questo incontro prendendo in considerazione l'ipotesi che, al culmine della crisi coniugale, uno dei due partner senta la necessità di allontanarsi dalla casa coniugale per tutelare se ed i figli.

L'articolo 143 del codice civile prevede che "*Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.*

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia"[1] .

Dal matrimonio, pertanto, deriva l'obbligo alla fedeltà reciproca, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia ed alla coabitazione.

A noi in questo momento interessa riflettere sull'obbligo della coabitazione.

Prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, il marito doveva "tenere presso di sé la moglie che doveva seguirlo dovunque egli ritenesse opportuno fissare la propria residenza".

L'articolo 144 del codice civile prevedeva che: "*Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza".*

Dopo la riforma del 1975, l'articolo 144 del codice civile prevede che: "*I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa.*

A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato."

---

[1] *L'articolo 143 del codice civile prima della riforma preveda che:"Il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza".*

Ognuno dei coniugi può inoltre fissare *"il proprio domicilio nel luogo in cui ha stabilito la propria sede principale di affari o interessi"* (articolo 145 del codice civile).

L'obbligo di coabitazione ha quindi subito alcune deroghe, in applicazione del costituzionale principio di uguaglianza tra i coniugi (articolo 29 della Costituzione) e in ragione di abitudini di lavoro e di vita tipiche della società moderna.

Certo che, il valore della coabitazione tra i coniugi rimane quello della comunanza di intenti ed abitudini.

Quando l'allontanamento da casa di uno dei due coniugi, o dei due conviventi (in questo caso solo se hanno prole) può generare conseguenze giuridiche?

Il primo comma dell'articolo 146 c.c. sanziona l'allontanamento senza giusta causa dalla residenza famigliare del coniuge, ed il rifiuto del medesimo a farvi ritorno, con la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale; il giudice può ordinare, inoltre, il sequestro di beni del coniuge allontanatosi, nella misura atta a garantire l'adempimento degli obblighi di mantenimento nei confronti del coniuge e dei figli.

Causa giustificata di allontanamento dalla residenza domiciliare è costituita dalla proposizione di separazione o di annullamento o di scioglimento o di cessazione di effetti civili del matrimonio (nei casi, evidentemente, in cui è possibile proporre direttamente la domanda di divorzio, art. 3 L.898/1970).

I coniugi non saranno così costretti a vivere sotto lo stesso tetto sino all'udienza presidenziale, soprattutto quando la conflittualità è molto alta.

Parimenti, è possibile allontanarsi da casa quando i coniugi siano in disaccordo circa la fissazione della medesima.

E' giustificato l'allontanamento per ragioni di cura, lavoro ed assistenza ad altra persona; per sfuggire a situazioni di violenza, o a causa della sistematica intromissione dei parenti conviventi nella vita dei coniugi[2].

Quanto sopra, naturalmente, nel caso che la coppia sia rappresentata da coniugi; nel caso delle coppie di fatto, non esiste alcun dovere di coabitazione giuridicamente previsto, e, di conseguenza, ognuno è libero di interrompere la convivenza quando lo desidera ma, in presenza di figli, i conviventi saranno tenuti a porre attenzione al diritto di tutti i minori di mantenere nella separazione dei genitori "un rapporto equilibrato con ciascuno di essi", e dovranno quindi evitare di escludere l'altro genitore dalla responsabilità genitoriale.

La conseguenza civile dell'allontanamento dalla casa coniugale del coniuge può consistere nell'addebito della separazione ove però non solo si provi il fatto dell'allontanamento stesso bensì che quel fatto è la causa del deterioramento della vita matrimoniale.

Infatti, un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che al fine della pronuncia di addebito oltre alla avvenuta violazione dei doveri inerenti lo status di coniuge ex articolo 143 comma 2, sia necessaria la

---

[2] *Per un caso di "suocera invadente" cfr: Cassazione sez. I, 20 Gennaio 2006 n. 1202*

sussistenza di nesso causale tra la violazione medesima ed il fallimento del matrimonio[3]

Quindi, nel caso di allontanamento ingiustificato di un coniuge dalla casa coniugale, potrà essergli comminato l'addebito, provando che l'allontanamento stesso è la causa diretta della separazione[4]

Inoltre, l'allontanamento ingiustificato da casa, se accompagnato dal successivo disinteresse morale e materiale per i figli, potrebbe condurre il giudice ad escludere quel coniuge dall'affidamento condiviso.

E così anche nel caso in cui un genitore, ingiustificatamente, si allontani con il figlio senza comunicare all'altro dove si trasferisca e/o impedendogli di vederlo o tenerlo con se.

In quest'ultimo caso, l'allontanamento con i figli, potrebbe implicare anche conseguenze di carattere penale.

L'articolo 574 c.p. prevede infatti che: Chiunque *sottrae un minore degli anni quattordici, o un infermo di mente, al genitore esercente la potestà dei genitori, al tutore o al curatore, o a chi ne abbia la vigilanza o la custodia, ovvero lo ritiene contro la volontà dei medesimi, è punito, a querela del genitore esercente la potestà dei genitori, del tutore o del curatore, con la reclusione da uno a tre anni.*

Alla stessa pena soggiace, a querela delle stesse persone, chi sottrae o ritiene un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, senza il consenso di esso per fine diverso da quello di libidine o di matrimonio"(articolo 574 del codice penale).

---

[3] *Cass. 28.09.01 n. 12130; Cass. Civ 12.06.05 n. 12383; Cass. 16.11.05 n. 23071*

[4] *Sentenza del Tribunale di Novara n. 149/10*

L'articolo 574 c.p. configura un reato contro la famiglia, plurioffensivo, in quanto lede non soltanto il diritto di chi esercita la potestà genitoriale ma anche quello del figlio a vivere secondo le indicazioni e le determinazioni del genitore stesso[5].

E' un reato comune**,** cioè può essere commesso da chiunque, anche da uno dei genitori nei confronti dell'altro: in tema di sottrazione di minore, poiché il principale bene giuridico tutelato dall'art. 574 c.p. è la potestà genitoriale, in mancanza di uno specifico provvedimento giudiziario che affidi i figli in via esclusiva a uno dei genitori, è configurabile il delitto di cui all'art. 574 cp da parte di uno dei genitori nei confronti dell'altro, sia nel caso di matrimonio, sia in ipotesi di famiglia di fatto[6].

Il reato di sottrazione di minori si configurerà ogni volta in cui il coniuge che si allontana con la prole renda impossibile la vigilanza dell'altro coniuge, impedendogli di svolgere la funzione educativa ed i normali poteri inerenti all'affidamento, così da rendere impossibile l'ufficio che gli è stato conferito dall'ordinamento nell'interesse del minore stesso[7]

La Cassazione[8] si è così pronunciata: integra il reato la condotta della madre affidataria che allontana il figlio dal padre, consentendo solo contatti telefonici, atteso che tale comportamento impedisce l'esercizio delle diverse manifestazioni della potestà del padre, ledendo il bene giuridico tutelato dalla norma e da individuarsi nel regolare svolgimento della funzione genitoriale.

---

[5] *Cass. Pen. Sez VI 12.05.2003, n. 20950*
[6] *Cass. 26.07.2002 n.28863*
[7] *Tribunale di Lodi del 12.03.2009*
[8] *Cass. 15.10.2009, n.42370*

E ancora, ha ritenuto punibile la condotta di un padre che ha sottratto alla ex moglie il figlio per evitargli un intervento chirurgico pericoloso e superfluo[9]. Il padre, dice la Corte, avrebbe potuto negare il consenso all'intervento chirurgico su minore, con ciò evitando l'intervento dei sanitari.

Secondo la giurisprudenza, con il reato di cui all'articolo 574 cp può concorrere con il sequestro di persona (art. 605 cp) atteso che le due fattispecie tutelano beni giuridici e diritti soggettivi distinti (la libertà di movimento per quanto attiene al reato di cui all'articolo 605 cp, ed il diritto dell'affidatario dell'incapace di mantenere il predetto sotto la propria custodia, per quanto riguarda il delitto di cui all'art. 574 dello stesso codice) e solo occasionalmente coincidenti con la stessa condotta giuridica[10].

Il secondo comma dell'articolo 574 c.p. prevede anche un'autonoma ipotesi criminosa, cioè la sottrazione non consensuale del minore di anni quattordici.

Il dolo richiesto per tale fattispecie di reato è il dolo generico che consiste nella coscienza o volontà di sottrarre il minore non consenziente o l'incapace, mantenendo una situazione di controllo sugli stessi.

La consumazione del delitto avviene nel momento in cui si infrange il rapporto con i soggetti titolari della potestà genitoriale, tutoriale o curatoriale.

Il riferimento all'età è da ricollegarsi all'ipotesi criminosa di cui all'articolo 573 cp che punisce chiunque sottrae al genitore che esercita la potestà

---

[9] *Cass. 16.03.2010, n.12315*

[10] *Cass. Pen. Sez. V, 26.10.2001, n. 38438*

un minore che abbia compiuto gli anni quattordici, con il consenso di esso, ovvero lo ritiene contro la volontà del medesimo genitore.

E'chiaro che non si configurerà la sottrazione di persona incapace nel caso in cui l'allontanamento del minore dalla casa familiare sia provocato dalla necessità di sottrarre il minore da una situazione di forte disagio o situazioni tali da essere dannose per l'integrità psico-fisica del minore stesso.

E' bene quindi che nel caso in cui la convivenza si renda impossibile, il genitore che decide di allontanarsi dalla casa con il minore, comunichi, anche a mezzo di telegramma, all'altro genitore il luogo in cui risiederanno.

Salvo non vi sia pericolo per il minore, ma in questo caso farà bene a rivolgersi al giudice ordinario o al tribunale dei minori per ottenere gli ordini di protezione, non potrà precludere le frequentazioni e i contatti con l'altro genitore.

La valutazione delle circostanze "scriminanti" sarà rimessa alla valutazione del giudice.

Altro problema, che però qui si può solo accennare, è quello dei cosiddetti *"bambini con la valigia"*, cioè minori contesi tra genitori di diversa nazionalità.

Si tratta del problema della sottrazione internazionale di minori[11].

In ipotesi del genere, occorre attivare la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980[12].

---

[11] *Cfr. Ministero di Giustizia La sottrazione internazionale dei minori, Gangemi Editore.*

Essa ha quali obiettivi sia la restituzione immediata del minore sottratto illecitamente e quindi il reintegro d'urgenza della situazione esistente prima della sottrazione stessa, sia il riconoscimento o il ripristino del diritto di visita al genitore non affidatario.

La Convenzione non entra nel merito delle vicende inerenti alla tutela ed all'affidamento del minore.

Perché si possa parlare di sottrazione internazionale di minori è necessario che nella vicenda segnalata ricorra una delle due condizioni sotto indicate, opportunamente precisate nel testo convenzionale:

1. quando colui che ha la potestà sul minore lo conduce con sé all'estero sottraendolo dal luogo di residenza abituale, senza alcuna autorizzazione;
2. quando il minore non viene ricondotto nel suo Paese di residenza abituale da parte di chi ha l'obbligo giuridico di farlo.

Dal 2004 è inoltre entrato in vigore, ed è pienamente operativo dal 01.03.2005 il Regolamento n. 2201/2003 concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (Regolamento noto come Bruxelles II bis) che ha apportato modifiche sostanziali sia alla procedura introdotta dalla Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sia a quella relativa alla Convenzione di Lussemburgo del 20 maggio 1980[13];

---

[12] *Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori. Hanno aderito alla Convenzione 67 Stati*

[13] *Convenzione europea sul riconoscimento delle decisioni in materia di affidamento dei minori e di ristabilimento dell'affidamento. La convenzione è un accordo che vincola esclusivamente gli stati europei e presuppone l'esistenza di un provvedimento di affidamento del minore nello stato in cui risiedeva al momento della sottrazione. L'Autorità centrale designata in ogni paese membro chiede il riconoscimento e l'esecuzione di tale provvedimento nel Paese in cui il bambino è stato condotto.*

modifiche, queste, alle quali ogni Paese parte dell'Unione, con eccezione della Danimarca, deve essersi adeguato automaticamente con l'entrata a regime del Regolamento stesso.

Ai fini della concreta attuazione delle Convenzioni e del Regolamento in esame è stato individuato per l'Italia, quale **Autorità Centrale**, **il Dipartimento per la Giustizia Minorile**[14]

Per quanto riguarda il perseguimento dei propri compiti l'Autorità Centrale italiana può avvalersi della collaborazione di innumerevoli organi dell'amministrazione pubblica, delle forze dell'ordine, o di specifici enti.

Nell'ambito delle sue funzioni può, dunque, attivare i servizi minorili della giustizia e degli Enti locali al fine di verificare, nell'ambito del territorio nazionale, le condizioni affettive, di salute, di vita del minore sottratto, nonché per agevolare la restituzione del minore o l'esercizio del diritto di visita. Può attivare le indagini di Polizia ai fini del rintraccio del minore condotto in territorio italiano o anche dell'Interpol qualora si ha motivo di ritenere che il minore sia stato condotto al di fuori dei confini nazionali.

Inoltre e più dettagliatamente, la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 prevede all'articolo 7 che le autorità centrali devono attivarsi per:

1. localizzare il minore condotto illecitamente sul territorio del proprio Stato. Ciò viene svolto incaricando le diverse forze di polizia compreso l'ufficio Interpol;

2. assicurare la consegna volontaria del minore o l'accesso alle visite;

---

[14] *Già Ufficio Centrale per la Giustizia Minorile – Ministero della Giustizia – (Via Giulia 131, 00186 Roma; tel. 06 681881; e-mail: autoritacentrali.dgm@giustizia.it).*

3. avviare e comunque agevolare l'instaurazione di una procedura giudiziaria o amministrativa diretta ad ottenere la restituzione del minore o l'esercizio del diritto di visita;
4. impedire nuovi pericoli per il minore o ulteriori pregiudizi per le parti interessate;
5. assicurare l'adozione di misure urgenti, anche a livello amministrativo, atte a garantire il ritorno del minore in condizioni di assoluta sicurezza;
6. scambiarsi reciprocamente ogni informazione utile, attinente al minore ed al suo stato sociale;
7. agevolare l'accesso all'assistenza legale gratuita, qualora ricorrano le condizioni necessarie;
8. fornire, su apposita richiesta, ogni informazione relativa alla legislazione del proprio Paese, se attinente alla materia disciplinata dalla Convenzione.

Quanto sopra nel caso in cui la sottrazione si sia già compiuta; in concreto, quando si dubita della solidità del legame affettivo con il partner e quest'ultimo sia di altra nazionalità, abbia interessi e legami affettivi nel proprio Paese di origine ed il disagio emotivo non possa essere sanato, è opportuno attivarsi al fine di anticipare l'eventuale sottrazione, quanto mai probabile. Quindi:

- non concedere l'autorizzazione alla trascrizione del nominativo del figlio sul passaporto dell'altro genitore;
- se il bambino deve recarsi per qualche motivo all'estero far sottoscrivere all'altro genitore un impegno di rientro in Italia ad una data prefissata;

• se invece vi è in corso un'azione per la separazione giudiziale e si ha motivo di ritenere che il figlio venga affidato all'altro genitore, chiedere che venga previsto chiaramente nel provvedimento il divieto all'espatrio del minore, senza un esplicito e formale consenso del genitore non affidatario;

• se non vi è costanza di matrimonio e non è stato quindi instaurato alcun procedimento per l'affidamento del minore, chiedere l'emissione di un apposito provvedimento in cui sia vietato l'espatrio del minore senza un consenso esplicito e formale dell'altro genitore al tribunale per i minorenni territorialmente competente.

SE INVECE LA SOTTRAZIONE È STATA GIÀ ATTUATA e si ha motivo di ritenere che il minore sia stato condotto in uno dei Paesi aderenti alla Convenzione de L'Aja:

• Denunciare l'accaduto all'autorità giudiziaria competente al fine di attivare le forze di polizia per i controlli presso gli aeroporti e per l'eventuale fermo del sottrattore e del minore.

Alcune fotografie del minore e del sottrattore sono essenziali.

• Contattare immediatamente l'Autorità Centrale per l'avvio della specifica procedura, fornendo indirizzi presso cui potrebbe recarsi il sottrattore o nominativi di persone che potrebbero essere in qualche maniera coinvolte o interessate alla sottrazione.

• Sporgere denuncia per la sottrazione del minore, anche se la denuncia non sempre produce effetti positivi in merito ad una eventuale, successiva disponibilità di restituzione del minore. Anzi, spesso il fatto di

sapere che è stata sporta fa desistere il sottrattore dalla disponibilità a restituire in Italia il minore, temendo l'arresto.

Se invece si ha motivo di ritenere che il minore sia stato condotto in un Paese NON aderente alla Convenzione de L'Aja allora, dopo aver denunciato la sottrazione all'autorità giudiziaria competente, è di prioritaria importanza **contattare il Ministero degli Affari Esteri**[15] che con le proprie rappresentanze diplomatico-consolari può porre in essere tutta una serie di iniziative ai fini della positiva risoluzione della vicenda. Molti Paesi, infatti, non hanno aderito alla Convenzione de L'Aja (si pensi ad esempio ai Paesi islamici, ove alcuni elementi fondanti della Convenzione contrastano fortemente con principi coranici e conseguenti normative); in questi casi la risoluzione della vicenda è spesso frutto di precise e delicate iniziative diplomatiche.

Il 1° agosto 2004 è entrato in vigore il *Regolamento relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale* (Bruxelles II bis); con applicazione dal 1° marzo 2005.

Il nuovo strumento ordina in un unico testo le questioni concernenti le domande di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio e quelle relative l'esercizio della responsabilità genitoriale sui figli avuti in comune dalla coppia, queste ultime collegate ad una causa matrimoniale (Bruxelles II) e le materie relative alla responsabilità parentale che nel primo strumento rimanevano escluse.

---

[15] *Direzione Generale per gli Italiani all'Estero e le Politiche Migratorie Piazzale della Farnesina, 1, 00194 Roma; tel. 06 36911.*

Il Regolamento stabilisce regole comuni sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni.

In caso di **sottrazione di un minore**, la procedura prevista dalla Convenzione Aja del 1980 è stata integrata da alcune disposizioni. Si è proceduto, quindi, a introdurre regole che scoraggino maggiormente la sottrazione di minori tra Stati membri. Pertanto tra i paesi membri dell'Unione il Giudice competente dovrà essere quello del paese ove il minore risiedeva e conduceva la propria vita prima di essere sottratto. Nel caso di una decisione di non ritorno, ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione Aja del 1980, e cioé nel caso in cui vi sia un fondato rischio per il minore di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici e psichici, il Giudice del paese del luogo ove il minore è stato condotto ha l'obbligo di trasmettere il caso al Giudice competente del paese della sottrazione, al quale, quindi, spetta l'ultima decisione sul ritorno del minore. Per tale ultima decisione, oltre che per le sentenze in materia di diritto di visita, è stato abolito l'exequatur.

Infatti, la novità introdotta con il Regolamento è rappresentata dal **titolo esecutivo europeo in materia di diritto di visita e di ritorno del minore**. Per tali materie non sarà più necessario per l'esecuzione delle sentenze ricorrere al procedimento di exequatur. Sulla base di un certificato standard, sarà, quindi, possibile eseguire una decisione in ogni Stato membro, esecuzione che verrà, comunque, realizzata secondo le regole nazionali dello Stato *ad quem*.

Il certificato potrà essere rilasciato se la decisione è esecutiva e solo se tutte le parti ed il minore sono state ascoltate, e nei limiti del carattere

esecutivo della stessa. Pertanto, in caso di successivi provvedimenti, dovrà essere data esecuzione a quello vigente.

Non è prevista alcuna forma di impugnazione del provvedimento di rilascio del certificato, salvo i casi di errore materiale.

Anche il nuovo Regolamento prevede l'attribuzione di compiti volti a facilitare la cooperazione giudiziaria alle **autorità centrali**, così come previsto in molti strumenti internazionali. A tali organismi, infatti, viene sempre più spesso affidato il compito di scambiarsi informazioni (in particolare sulle rispettive legislazioni), di promuovere iniziative, di vigilare sulla attuazione degli strumenti internazionali e proporre miglioramenti. Preferibilmente le autorità centrali per il Regolamento coincideranno con quelle già istituite per l'applicazione della Convenzione Aja del 1980; **nel caso dell'Italia l'Autorità Centrale si trova incardinata nel Dipartimento per la Giustizia Minorile e, pertanto, è già stata designata Autorità Centrale anche per il nuovo strumento**.

Per concludere, il "pacchetto sicurezza"[16] contiene l'inedito articolo 574 bis, che rubrica "Sottrazione e trattenimento di minore all'estero" come reato procedibile d'ufficio e lo punisce con la reclusione da uno a quattro anni. "*…chiunque sottrae un minore al genitore esercente la patria potestà conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore….".*

[16] L.15.07.2009, n.94

Gli interventi normativi sono stati ispirati dall'esigenza di contrastare più efficacemente il fenomeno dei rapimenti di minori contesi tra genitori in situazioni conflittuali di nazionalità diverse.

L'ultimo capoverso dell'articolo 574 bis del codice penale contempla infine la pena accessoria obbligatoria della sospensione della potestà genitoriale nei confronti del genitore che commette il reato in danno del figlio minore.

Tutti i grandi sono stati bambini una volta.
Ma pochi di essi se ne ricordano.
(A. De Saint Exupery "Il piccolo principe")

LA BIGENITORIALITA'

All'epoca dell'entrata in vigore della L 54/2006, tra vari commenti molto dotti, mi imbattei in un libretto, di sostanziale critica alla nuova normativa, che si concludeva con un aforisma di Alda Merini : "Chi è convinto di farci del bene spesso ci rovina"[17].

La frase che mi ha colpito, a parer mio, può riferirsi sia ai genitori, nonni, parenti dei bambini oggetto di queste nostre conversazioni, sia al legislatore che spesso ritiene di poter prescrivere per legge ciò che dipende esclusivamente dalla volontà e dal raziocinio delle persone.

Sarà capitato a tutti voi, con l'entrata in vigore della L. 54/2006, che qualche cliente Vi abbia contattato per dirvi: "Avvocato, ha visto, da oggi non devo più pagare l'assegno a mia moglie, da oggi ho diritto ad avere mio figlio/a metà del tempo, da oggi mia moglie che convive dal giorno dopo la separazione deve lasciare l'abitazione coniugale ecc. ecc.", oppure, visto dalla parte delle madri: " ora mio marito dovrà fare il padre occupandosi per metà del tempo dei nostri figli".

L'iniziale entusiasmo è poi scemato alla luce delle pronunce di merito e di legittimità seguite all'entrata in vigore della legge: per esempio sappiamo

---

[17] *Si trattava del divertente scritto degli avvocati Annamaria Bernardini De Pace e Alessandro Simeone "Figli con-divisi" (Sperling & Kupfler 2006) che, partendo da casi concreti, analizzavano i possibili scenari del tanto sbandierato (dai mass media) cambiamento.*

ora, e lo vedremo, che l'assegno di mantenimento viene ancora corrisposto al genitore economicamente più debole, che le modalità dell'affidamento condiviso debbono essere studiate caso per caso e non in base a regole di spartizione matematica del tempo, e che il rilascio dell'abitazione coniugale in caso di nuova convivenza o nuovo matrimonio, è solo eventuale e da ponderare in relazione all'interesse del minore.

La legge 54/2006 ha certamente prodotto un cambiamento: se ancora nel 2005 l'80,7% dei figli minori veniva affidato alle madri, soltanto il 3,4% veniva affidato ai padri e circa il 17% congiuntamente ai genitori, già nel 2006 si passava ad un affidamento esclusivo alle madri per il 58%, ad un affidamento condiviso per circa il 38%, pur restando l'affidamento ai padri intorno a 3,5%.

L'anno successivo all'entrata in vigore della L 54/2006 i figli minori con affidamento condiviso passavano al 72% del totale (con punte dell'80% al nord e del 56% al sud), mentre l'esclusivo alle madri arrivava al 25% e ai padri si riduceva all'1,6%.....praticamente in via di estinzione!

Dalle rilevazioni ISTAT (così finalmente ho apprezzato quell'odiosa compilazione del modello ISTAT cui tengono tanto le cancellerie!) si nota inoltre che nei divorzi il dato del 2007 varia a sfavore dell'affidamento condiviso, che si riduce così a circa il 50% dei casi a vantaggio dell'affidamento esclusivo alla madre che torna al 46% …. il che potrebbe indicare che, mentre nella separazione la concessione dell'affidamento condiviso è quasi scontata, al divorzio, dopo tre anni di rodaggio, per così

dire, si evidenziano tutte le criticità della responsabilità genitoriale condivisa.

Il legislatore del 2006 ha raccolto le istanze che da molti anni agitavano gli operatori del diritto da un lato, e i fruitori dello stesso dall'altro, tentando di disporre per legge ciò che in realtà deve provenire dai singoli soggetti con un radicale cambio di mentalità, e cioè che sebbene i figli siano partoriti dalla madre, nell'istante in cui vengono al mondo, ma anche dall'istante in cui sono concepiti, pongono entrambi i genitori sullo stesso piano, ed attribuiscono ad entrambi la stessa responsabilità.

Dal punto di vista del figlio la responsabilità genitoriale va vista come diritto del minore a ricevere cura educazione istruzione (ed amore, ma questo non è scritto sui codici!), da entrambi i genitori, pur se separati.

Finchè i genitori stanno insieme, entrambi sono titolari della potestà sul figlio che deve essere esercitata di comune accordo (artt. 316 c.c.).

Con la separazione dei genitori, siano essi coniugati o conviventi *more uxorio*, il giudice, ove interpellato deve attenersi agli articoli 155 – 155 sexies, così come modificati o introdotti con la L. 54/2006 che si applica non solo alle separazioni ma anche ai procedimenti relativi al divorzio, all'annullamento del matrimonio ed a quelli concernenti i figli naturali.

Dico, ove interpellato, perché nelle convivenze *more uxorio* spesso i soggetti interessati, che tra di loro non hanno alcun obbligo di coabitazione e quindi nessun bisogno di "essere autorizzati a vivere separatamente", non si rivolgono immediatamente al loro giudice, che in materia di affidamento è il Tribunale per i Minorenni.

Inoltre l'art. 317 bis detta già una disciplina per l'esercizio della potestà dei genitori nell'ipotesi in cui non convivano.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno escluso che in ipotesi di cessazione del rapporto di convivenza *more uxorio*, per volontà di uno o di entrambi i conviventi, sia necessario l'intervento del Giudice per stabilire presso chi deve stare il figlio comune, in quanto "le disposizioni del giudice, diverse rispetto alla regolamentazione legale (art. 317 bis co.2 c.c.) possono essere prese su richiesta di uno dei genitori …. solo quando la situazione appaia essere pregiudizievole nell'interesse del figlio minore[18].

In una successiva sentenza[19], la Suprema Corte ha affermato che "*nel caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali (così come nel caso in cui non abbiano mai convissuto) l'art. 317 bis pone alcuni criteri attributivi della potestà e prevede come meramente eventuale e successivo l'intervento del giudice, costruendolo come preordinato a correggere il cattivo funzionamento dei criteri predetti ed eventualmente a stabilire regole alternative, secondo un ampio spettro di ipotesi che arriva sino alla possibilità di escludere entrambi i genitori dall'esercizio della potestà*".

L'art. 317 bis non disciplina un procedimento specularmente corrispondente a quello di affidamento dei figli legittimi previsto dall'articolo 155 c.c. ma un procedimento diretto a sanare situazioni di crisi interessanti il minore, così da porre rimedio ad una situazione

---

[18] *Cass. SS.UU. 4273\1991*

[19] *Cass. SS.UU. 25.05.1993, n.5847*

pregiudizievole, anche solo potenzialmente cui risulta essere esposto il minore.

La Cassazione[20], pronunciandosi sul conflitto di competenza tra Tribunale Ordinario e Tribunale dei Minori, sorto all'indomani dell'entrata in vigore della legge 54\2006, ha ritenuto che gli artt. 317 bis c.c. e 38 disp. attuative c.c. non fossero stati abrogati dalla legge in questione e, pertanto, le sopra ricordate posizioni della giurisprudenza, sono tuttora valide.

L'articolo 317 bis c.c. è stato riplasmato nel suo contenuto dall'articolo 155 c.c., di talché il giudice minorile chiamato a decidere le modalità di affidamento deve tener conto di quanto stabilito dall'articolo 155 c.c.

Tuttavia, il principio secondo cui l'intervento del Tribunale dei Minori può essere richiesto nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per il minore stesso, risulta attenuato dalla prassi di depositare al Tribunale dei Minori ricorsi congiunti dei genitori naturali che desiderano semplicemente dare una veste giuridica (ed immediatamente coercibile) agli accordi intervenuti tra loro per regolare l'affidamento ed il mantenimento dei figli in occasione della rottura del loro rapporto.

Inoltre, il Tribunale per i Minorenni del Piemonte e della Valle d'Aosta, con il decreto 22.05.2008, ha ritenuto che "in tema di affidamento dei figli naturali, la domanda di intervento del giudice minorile, proposta ai sensi dell'art. 317 bis c.c., è ammissibile anche se i genitori continuino a coabitare nello stesso immobile, purché sia rigorosamente provato che al dato puramente anagrafico della utilizzazione comune dell'abitazione

---

[20] *Cassazione Civile sez. I, 3 aprile 2007, n. 8362*

non corrisponda la divisione, da parte dei genitori, di un progetto familiare (ossia, non abbiano quella comunanza di intenti e vicinanza sul piano psicologico ed affettivo che caratterizza la famiglia di fatto)".

Si trattava di un ricorso proposto, dopo l'entrata in vigore della l. 54\2006, della richiesta di affidamento della prole da parte di un genitore che non aveva ancora preso le distanze dall'altro, mantenendo la stessa residenza e continuando a soggiornare nella comune abitazione.

Per la verità la norma in questione non ha mai indicato come presupposto necessario per l'intervento del giudice minorile la cessazione della convivenza tra genitori, quanto il cattivo funzionamento dei criteri attributivi dell'esercizio della potestà da correggere mediante la individuazione di regole alternative da parte del tribunale per i minorenni, secondo un ampio spettro di possibilità che arriva fino a quello di escludere entrambi i genitori dall'esercizio della potestà.

Di fatto, ci si rivolge al TM per richiedere provvedimenti concernenti l'esercizio della potestà sui figli e, contestualmente, provvedimenti di tipo economico (finanche per l'assegnazione della casa familiare).

Il TM si pronuncerà ai sensi dell'art. 336 c.c. nelle forme tipiche dei procedimenti in camera di consiglio e dovrà applicare direttamente, ex art. 4 comma 2 l. 54/2006, le norme processuali contenute nella citata legge che siano compatibili con la specialità del rito che governa il giudizio in esame.

Quindi dovrà: sentire sia il minore che entrambi i genitori; potrà disporre accertamenti di polizia tributaria sui redditi e sui beni dei genitori oggetto

di contestazione; adottare i provvedimenti di cui all'art. 709 ter; assegnare la casa coniugale al genitore con i figli convivono.

Ci si può ancora rivolgere al Tribunale Ordinario per i soli provvedimenti di tipo economico.

Tornando all'articolo 155 c.c. introdotto dalla L. 54/2006, osserviamo come il legislatore abbia enunciato alcuni diritti fondamentali del minore già riconosciuti dall'articolo 30 della Costituzione e dall'articolo 9 della Convenzione di NY sui diritti del fanciullo del 1989.

In particolare l'articolo in questione recita che "*anche in caso di separazione personale dei genitori, il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale".*

E' l'enunciazione del diritto alla bigenitorialità: ciascun bambino ha diritto, pur non vivendo più i suoi genitori sotto lo stesso tetto, a mantenere i rapporti con entrambi, ad essere accudito da entrambi, e a frequentare i parenti, *in primis* i nonni, di entrambi i rami genitoriali. Anche se la suocera non ci piace!

E' chiaro che quando si affronta una separazione il primo scoglio è il cliente che si reputerà sempre (o quasi sempre) migliore rispetto al coniuge nella sua funzione genitoriale.

Sta dunque, prima di tutti, a noi fargli capire l'importanza del principio enunciato dal legislatore del 2006.

La centralità della bigenitorialità enunciata in principio al primo comma dell'articolo 155 c.c. trova concretezza nel secondo comma laddove è previsto che:

Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole."

Prima del 2006, l'ipotesi dell'affidamento congiunto ed alternato era possibile ma, come abbiamo visto dai dati ISTAT, assolutamente marginale e riservato a quelle illuminate coppie di genitori che avevano già capito che … dai figli non ci si separa mai!

Ora, la regola è l'affidamento condiviso, tanto che l'esclusivo va individuato in negativo: art. 155-bis *Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.*

Apro una piccola parentesi (anche se l'argomento è rilevante) sull'affidamento a terzi: prima della L. 54\2006 l'articolo 155 co.6 prevedeva che *in ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la*

prole sia collocata presso una terza persona o, nella impossibilità, in un istituto di educazione" e l'art. 6 comma 8 L. 898\70 prevedeva e prevede ancor oggi in quanto non abrogato che *In caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori il tribunale procede all'affidamento familiare di cui all'articolo 2 L. 4 maggio 1983 n. 184.*

L'art. 317 bis consente al giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, di escludere dall'esercizio della potestà entrambi i genitori, provvedendo alla nomina di un tutore.

Nel nuovo articolo 155 c.c. è sparito ogni riferimento all'affidamento dei terzi che però gli interpreti fondano sull'inciso che conclude il secondo comma: *Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.*

Quindi nei casi in cui i genitori appaiono, anche temporaneamente, inidonei a prendersi cura dei figli, il giudice può affidarli a terzi (servizi sociali, comune, istituti, nonni o famiglie).

Come si diceva, l'affidamento ad entrambi i genitori è ormai la regola del nostro ordinamento ma il legislatore, all'articolo 155 bis, ha precisato che il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad un solo genitore qualora ritenga con provvedimento motivato che **l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.**

Il legislatore, per scoraggiare domande pretestuose di affidamento esclusivo, ha altresì precisato che *se la domanda risulta assolutamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione dell'articolo 96 cpc.*

E' chiaro che solo la disamina del caso concreto potrà convincere il giudice che uno dei due genitori è, in quella particolare fattispecie, inidoneo ad esercitare la potestà genitoriale.

Dal 2006 ad oggi molte sono state le pronunce che hanno cercato quantomeno di stabilire dei paletti e, con il presente lavoro, pur senza pretesa di esaustività, vorrei cercare di illustrare alcuni casi particolari:

1) Affidamento condiviso come regola

La maggiore novità della L. 54\2006, e cioè il diritto del minore alla bi-genitorialità, è stata accolta dagli interpreti con entusiasmo al punto che in alcuni casi la scelta prioritaria dell'affidamento condiviso è prevalsa sul buon senso ed è stata intesa come obbligo a prescindere dalla situazione personale particolare dei coniugi.

Ciò nei primi tempi di applicazione della legge, ha portato a disporre l'affidamento condiviso "in ogni caso", anche in ipotesi di conflittualità dannosa per il minore[21], o ad intendere in modo materiale l'affidamento condiviso ritenendo che esso sia possibile solo se ciascuno dei coniugi abbia a disposizione una vera e propria casa, munita dei conforts minimi, che consentano al minore di trovarsi a suo agio e di poter esplicare agevolmente tutte le attività indicate dal nuovo articolo 155 c.c.[22].

Come vedremo, i Tribunali hanno poi via via mitigato la regola, adattandola alle fattispecie concrete che si trovavano ad analizzare, pur mantenendosi ormai residuale l'affidamento monogenitoriale.

La Cassazione, con la sentenza 16593/2008, confermata dalla 26587/2009, ha precisato che "*l'affidamento condiviso si pone non più*

---

[21] *Decreto Trib. Ascoli Piceno 16 marzo 2006*

[22] *Trib. Bari sez. I ordinanza 18 aprile 2006*

come evenienza residuale, bensì come regola, rispetto alla quale costituisce, invece, ora eccezione, la soluzione dell'affidamento esclusivo".

A tale regola, prosegue la Corte, può derogarsi solo ove la sua applicazione risulti **pregiudizievole per l'interesse del minore,** dovendo essere il giudice di merito ad individuare con riferimento alla fattispecie concreta le circostanze ostative all'affidamento condiviso.

Per poter disporre l'affidamento esclusivo occorre che risulti nei confronti di uno dei due genitori una sua condizione di manifesta carenza o inidoneità educativa o comunque tale da rendere quell'affidamento in concreto pregiudizievole per il minore, con la conseguenza che l'esclusione della modalità di affidamento condiviso dovrà risultare sorretta da una motivazione non più solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa del genitore che in tal modo si escluda dal pari esercizio della potestà e sulla non rispondenza quindi all'interesse del figlio dell'adozione, nel caso concreto, del modello prioritario di affidamento

2) Malattia psichica o abuso di sostanze stupefacenti \ alcoliche da parte di un genitore

Le precarie condizioni di salute psichica di un genitore, ed il possibile pregiudizio che poteva derivare al minore, hanno convinto il Tribunale per i Minorenni di Trento[23] a disporre l'affidamento esclusivo a favore dell'atro genitore.

Allo stesso modo il Tribunale per i minorenni di Catania ha disposto l'affidamento monogenitoriale in un caso di madre bulimica e fortemente

---

[23] *Decreto 2 ottobre 2007*

depressa, che si era allontanata da casa appena dopo la nascita della seconda figlia[24].

Anche in questi casi, l'attenzione del giudice deve essere rivolta al minore ed a verificare se la malattia del genitore può ricadere in pregiudizio del figlio, ove affidato anche a lui.

Lo stesso si può dire non tanto per la tossicodipendenza o l'alcolismo conclamati, bensì per l'uso sporadico di stupefacenti che, di per se, non dovrebbe essere ostativo al condiviso, purché tale uso non avvenga davanti ai minori o non ponga i minori anche potenzialmente a rischio.

3) Omosessualità del genitore

Pur se hanno fatto discutere, ritengo apprezzabili le pronunce del Tribunale di Napoli[25] e di Bologna[26] che hanno escluso che l'omossessualità di uno dei genitori possa essere fattore ostativo all'affidamento condiviso dei figli.

In particolare la sentenza del Tribunale di Napoli, emessa a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge, si è trovata a dover decidere in merito all'affidamento condiviso dei figli di una coppia, altamente conflittuale. Il marito aveva chiesto l'addebito della separazione e l'affidamento dei figli a sé sul presupposto che la moglie conducesse una relazione omosessuale (non provata).

Il Tribunale di Napoli, oltre a precisare che l'addebito della separazione non influenza in alcuna maniera la statuizione sull'affidamento, in quanto quest'ultima non è una misura sanzionatoria a carico del colpevole, né un

---

[24] *Decreto 2 maggio 2008*

[25] *Sentenza Tribunale di Napoli del 9.06.2006*

[26] *Sentenza Tribunale di Bologna del 12.07.2008*

premio per il partner innocente, potendo darsi che un pessimo coniuge sia un buon genitore, ha giudicato altamente diseducativo l'atteggiamento di pregiudizio del padre nei confronti degli omosessuali. Osserva il Tribunale "*va qui ribadito che vi è un atteggiamento culturalmente, prima ancora psicologicamente, arretrato, cui corrisponde una ricostruzione giuridica orma – e da decenni – priva di riscontro nel diritto positivo. L'ostilità dell'affidamento dei figli minori ad un genitore omosessuale, per questa sola ragione, costituisce infatti ulteriore espressione, in diritto di un'arcaica concezione premiale dell'affidamento dei minori, nella crisi della famiglia legittima, alla stregua della quale va favorito quel genitore che presenti, astrattamente caratteristiche personologiche rispondenti a criteri di normalità sociale; il buon affidatario sarebbe in altri termini il genitore che, piuttosto che curare il perseguimento e il rafforzamento dei rapporti personali con il figlio, è in grado di garantire l'acquisizione e la trasmissione dei malori etico/normativi propri della società (ma questa, oggi, è tutt'altro che omogenea e fondata su una univoca gerarchia di valori).*

Tali criteri però lasciano fuori proprio i bisogni concreti del minore: si è giustamente osservato che l'interesse del bambino è visto attraverso il mondo degli adulti, ed una tale ottica può essere (drammaticamente) deformante.

Ricorda poi la sentenza in esame come la giurisprudenza sia andata oltre determinati formalismi, affermando la giuridica irrilevanza, di per sé, di condizioni personali o anche di condotte di un genitore pur se contraddistinte da illegalità o da contrarietà alla morale corrente, e di

converso della stessa marginalità, anche in ragione di patologie del genitore stesso.

Sono dunque saltati per la giurisprudenza maggioritaria i parallelismi tra contegni moralmente deplorevoli e le impostazioni del vivere da un lato e l'attitudine genitoriale dall'altro, sempre che non si riscontri **in concreto** la violazione dei doveri genitoriali, ovvero un pregiudizio per il minore.

Così non rilevano le deviazioni sessuali dell'affidatario[27], né comportamenti socialmente dubbi quali l'attività di *entraineuse*[28], o di spogliarellista[29]; così come l'attività di pornostar da parte della madre affidataria non è di per sé ostativa alla gestione di un proficuo rapporto tra madre e figlio e di una equilibrata crescita di quest'ultimo[30].

Ricorda ancora il Tribunale di Napoli, che neppure la circostanza che la madre si prostituisca è sufficiente per escludere l'affidamento rifacendosi alla giurisprudenza della Cassazione[31] .

In conclusione, il miglior interesse del minore, è dato dalla realizzazione dei suoi bisogni: è idoneo quel genitore che risulti maggiormente in grado di soddisfare tali bisogni, il che significa che il giudice dovrà tenere contro della validità del rapporto che ciascun genitore ha instaurato con il figlio.

Quindi è di per sé irrilevante e giuridicamente neutra sia la condizione omosessuale del genitore di riferimento, sia che questi abbia intrapreso relazioni omosessuali; al contrario è l'atteggiamento di ostilità, più o

---

[27] *Sentenza del Tribunale di Bologna del 12.07.2008*

[28] *Sentenza del Tribunale di Napoli del 27 luglio 1989*

[29] *Sentenza del Tribunale di Napoli 6 maggio 1980 e del 22 gennaio 2003*

[30] *E' il caso di Ilona Staller: Trib. Roma 7 aprile 1995; conforme App. Firenze 03.marzo1995 e Cassazione 6312/1999*

[31] *Cass. 13 luglio 1982 n. 4107; Cass. 14 aprile 1981 n. 2229*

meno velata, nei confronti dell'omosessualità, a porsi in contrasto dell'ordinamento: l'art. 3 della Costituzione protegge l'individuo da qualunque discriminazione legata all'orientamento sessuale; così anche la CEDU, nonché la risoluzione del parlamento europeo dell'8 febbraio 1994, sulla parità dei diritti per gli omosessuali nella comunità. In alcuni stati europei, poi è riconosciuto il matrimonio fra omosessuali.

La relazione omosessuale di uno dei coniugi va considerata alla stregua di una qualsiasi relazione extraconiugale che di per sé non incide sull'affidamento.

Ovviamente, la relazione omosessuale del genitore potrà in concreto, e quindi in casi specifici, fondare un giudizio negativo sull'affidamento o sull'idoneità genitoriale solo quando sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrio psicofisico del minore. Allo stesso modo di una relazione eterosessuale.

Per concludere, nel caso che stiamo esaminando, il Tribunale ha escluso l'affidamento condiviso (e ha affidato il minore alla madre!) in quanto "*la gravissima conflittualità tra i coniugi si sostanzia proprio nella radicale negazione, da parte del C. della idoneità genitoriale della madre, oltretutto per una ragione, come si è visto, radicalmente priva di fondamento".*

La sentenza è stata poi confermata in appello,[32] e dalla pluricitata sentenza della Cassazione n.16593 del 2008.

4) Accesa conflittualità tra i genitori

---

[32] *C.App. Napoli sentenza n.1067/07*

La Suprema Corte ha più volte ribadito che la conflittualità, anche accesa tra i coniugi, non può di per sé escludere l'affidamento condiviso, perché questo finirebbe con l'incoraggiare atteggiamenti esasperati dei due ex coniugi\compagni al solo fine di escludere uno dall'esercizio della potestà;

Spesso i giudici nelle loro analisi sono guidati dai consulenti psicologi che in genere, mi pare, ritengano l'alta conflittualità ostativa per il condiviso.

La giurisprudenza di merito appare divisa sull'argomento: per esempio il Tribunale per i minorenni di Roma[33], dopo aver rilevato che pur non essendosi mai sopita nel corso del procedimento l'accesissima litigiosità fra i due genitori del minore e la madre avesse unilateralmente deciso di spostare la residenza del minore in luogo diverso e non prossimo all'abitazione paterna, ha ritenuto che proprio in ragione della conflittualità genitoriale e del suddetto trasferimento la disposizione che maggiormente tutela il minore e gli assicura la piena realizzazione del suo diritto alla bigenitorialita, è quello dell'affidamento condiviso fra i genitori.

Osserva il TM che l'affidamento esclusivo alla madre avrebbe indotto quest'ultima ad escludere completamente il padre dalla vita del minore.

Tuttavia il minore rimaneva collocato presso la madre che veniva invitata a rispettare il diritto di visita del padre e ad evitare di sminuirne la figura (!!) e l'apporto di cura ed educazione incoraggiando il rapporto padre e figlio.

---

[33] *Tribunale per i Minorenni di Roma decreto 30.04.2010*

E' chiaro che dal lato pratico la sentenza pecca leggermente di presunzione!

Analogamente il Tribunale di Verbania[34] ha statuito (riprendendo integralmente quanto ipotizzato dalla ctu) l'affidamento condiviso a scopo educativo …. per i genitori.

Si tratta di un caso in cui un bambino in tenera età veniva affidato ad entrambi i genitori nonostante l'esasperata conflittualità tra gli stessi ed il fatto che il bimbo rifiutava di seguire il padre, tant'è che le visite padre e figlio si svolgevano in ambiente protetto alla presenza dei servizi sociali.

Il Tribunale di Verbania: "*Rilevato che, in ogni caso, … le capacità genitoriali di entrambe le parti non paiono attualmente commisurate alle necessità del figlio, come compiutamente emerso dalla ctu …"… "che peraltro non sono emersi aspetti caratteriali o comportamentali del padre, ostativi all'adozione di un provvedimento di affidamento condiviso, correttamente inteso quale corresponsabilizzazione di entrambi i genitori in relazioni alle esigenze del figlio"…* disponeva l'affidamento condiviso con collocazione prevalente presso il domicilio materno, ma disponeva che gli incontri tra il minore ed il padre avvenissero in regime protetto, in spazio neutro secondo le modalità approntate dai Servizi Sociali. Osando un po' di più avrebbe dovuto disporre in affidamento a terzi, pur con collocazione presso la madre da cui il minore non si voleva assolutamente separare.

Il Tribunale di Novara[35], in altro caso di elevata conflittualità, sempre sposando *tout court* la tesi della consulente psicologa, ha invece escluso

---

[34] *Decreto Trib. Verbania del 1\7\2008*

l'affidamento condiviso, pur essendo stato il padre ritenuto genitore idoneo.

Il ragionamento del giudice, o meglio della psicologa in quel caso è stato:

- attesa la tenera età dei bambini e la circostanza che essi hanno vissuto per un tempo maggiore con la madre da dopo la separazione, la madre nei loro confronti ha assunto il ruolo del cosiddetto "genitore psicologico": ovvero del genitore che nella coppia costituisce il punto di riferimento primario in quanto meglio e stabilmente rispondente alle continue esigenze emotive e di maturazione dei bambini;

- il padre, individualmente valutato, non ha evidenziato tratti critici tali da palesarne una inidoneità genitoriale …

- tuttavia, non si ritiene concretamente percorribile, nel caso di specie, il regime dell'affidamento condiviso, in quanto ***la sua concreta attuabilità postula un basso grado di conflittualità tra i coniugi, una buona capacità di comunicazione e un elevato spirito di collaborazione nei confronti dell'educazione e della formazione dei figli****: tutti elementi che, allo stato, non sussistono, essendo ancora pienamente in atto una fase di alto contrasto e di sofferenza diretta ai genitori, e riflessa dei figli; sì che, nel caso di specie, la forzata applicazione di un regime di affidamento congiunto sarebbe addirittura suscettibile di cagionare ulteriori disagi e sofferenze ai minori;*

La sentenza di cui sopra,[36] di certo fondata sul buon senso, rischia però di essere un boomerang laddove è pressoché impossibile trovare in una

---

[35] *Sentenza Trib. Novara n. 824 del 24.08.2010)*

[36] *In senso conforme cfr Tribunale di Novara, n. 91 del 29.01.2010*

giudiziale bassa conflittualità, buona capacità di comunicazione ed elevato spirito di collaborazione tra i coniugi.

Tuttavia, la Cassazione ha di recente aggiunto un altro tassello all'argomento[37] RIBADENDO CHE la questione dell'affidamento della prole è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice di merito[38] e che la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'art. 155c.c. è derogabile quando la sua applicazione risulti pregiudizievole all'interesse del minore[39].

L'aspra conflittualità tra i coniugi può portare il giudice a ritenere conforme all'interesse del minore l'affidamento ai servizi sociali.

5) Disinteresse per i figli

Costante l'orientamento sia di legittimità che di merito che esclude dall'affidamento il genitore che viene meno ai suoi obblighi di mantenimento e che non si interessa ai figli[40].

Quindi il genitore che si disinteressa del figlio, (perchè magari si trasferisce in altra città o in altro Stato e non mette in atto quelle strategie per mantenere i contatti con il figlio), e che non provvede al suo mantenimento può essere ritenuto non idoneo ad esercitare la potestà genitoriale in condivisione con l'altro genitore.

6) La lontananza tra le residenze dei genitori

---

[37] *Cass. Sez. I, n.12308/10*

[38] *In senso conforme, su questo punto, anche Cass. Sez. I, n.14840/06*

[39] *Come abbiamo visto l'orientamento è ormai costantemente seguito dalla Cassazione; cfr le già citate Cass. 26587/09, Cass. 16593/08*

[40] *Questa è la posizione del Tribunale di Novara nelle sentenze n. 131 dell'11.02.2010 e n. 154 del 15.02.2010*

Se in una prima fase dell'applicazione della L. 54\2006 la lontananza tra i coniugi portava per lo più ad escludere l'affidamento condiviso, ultimamente i giudici di merito hanno considerato la lontananza non ostativa alla condivisione della responsabilità genitoriale.

La Corte di Cassazione nella sentenza n. 16593 del 2008, già citata a proposito della conflittualità fra i coniugi, aveva enumerato, tra le cause che sconsigliano l'affidamento condiviso, anche la "obbiettiva lontananza tra i coniugi". Si trattava tuttavia di una mera enunciazione a titolo di esempio e non relativa al caso concreto. Naturalmente è stata però considerata dagli interpreti come indicazione.

Il Tribunale di Catania[41], pur dimostrando di conoscere quell'orientamento, ha ritenuto che "non osta all'applicazione dell'affidamento condiviso la distanza tra le residenze dei coniugi l'uno in Sicilia, l'altro in Portogallo, posto che, per le scelte di ordinaria amministrazione, il potere decisionale ben può assegnarsi al genitore cui di volta in volta il minore verrà a trovarsi, in base ai tempi di permanenza che verranno di seguito regolati, mentre il concreto quanto alle decisioni di maggior importanza, è agevolmente conseguibile, pur tra genitori che si trovino nella descritta situazione di lontananza geografica, grazie ai moderni mezzi di comunicazione interpersonale".

Ha poi richiamato l'articolo 10 comma 2 e 3 della *Convenzione di New York* del 20.11.1989 sui diritti del fanciullo, secondo cui "un fanciullo i cui genitori risiedono in stati diversi ha diritto ad intrattenere rapporti

---

[41] *Tribunale di Catania, sentenza 18.12.2008*

personali e contatti diretti regolari con entrambi i suoi genitori, salvo le circostanze eccezionali".

7) <u>Contrasto insanabile del genitore con i figli</u>

E' sempre la Cassazione[42] ad indicare tra le cause di esclusione dell'affidamento condiviso l'insanabile contrasto tra il genitore ed il figlio. Ovvio che la circostanza vada sempre confrontata con il caso concreto, in quanto non è infrequente che l'ostilità del figlio nei confronti del genitore con cui non convive sia, diciamo, aiutata dall'altro genitore ….

Bene ha statuito la Corte d'Appello di Catania[43] che ha precisato che "*la forte tensione registrata nel rapporto tra padre e figlio, profondamente incrinato da un consistente periodo di silenzio e di assenza di contatti, non costituisce ragione ostativa all'applicazione dell'affidamento condiviso*" Ed ha aggiunto: "*In questi casi appare opportuno l'intervento del Consultorio familiare territorialmente competente, con trattamento e mediazione coinvolgente la coppia genitoriale ed il minore, al fine di riaffermare la diversità e la dignità dei ruoli spettanti a ciascuno dei genitori, a renderne cosciente il figlio ed a recuperare una sana ed equilibrata relazione tra e con essi*".

In senso contrario si è pronunciato il Tribunale di Reggio Calabria[44] che, a seguito dell'accertamento del netto rifiuto del figlio di incontrare il padre (anche in forma protetta), ha disposto l'affidamento esclusivo alla madre,

---

[42] *Cassazione n. 16593 del 2008, cit.*

[43] *Corte d'Appello di Catania, decreto 9 giugno 2008, in esito ad un reclamo contro la modifica delle condizioni di separazione*

[44] *Sentenza Trib. Reggio Calabria del 28.03.2008*

prevedendo tuttavia, un sostegno psicologico per il figlio attraverso i locali servizi sociali, finalizzato al graduale recupero della figura paterna.

8) Capacità di preservare l'altra figura genitoriale

La Cassazione, con sentenza 10 ottobre 2008, n. 24907, ha ritenuto che "tra i requisiti di idoneità genitoriale richiesti ad un genitore affidatario è decisamente rilevante la capacità di questi di riconoscere le esigenze affettive di un figlio, che si individuano, in prima istanza, nella capacità di preservargli la continuità delle relazioni parentali attraverso il mantenimento, nella sua mente, della trama familiare, al di là di egoistiche considerazioni di rivalsa sul coniuge".

Questa posizione, che se rispettata e tenuta nella adeguata considerazione, contribuisce a scoraggiare puerili atteggiamenti di rivalsa tra gli adulti che si separano, è stata ripresa dal Tribunale di Bari[45]: "in tema di affidamento, l'attitudine ad essere un buon educatore ed a perseguire primariamente il corretto sviluppo psicologico del figlio, si misura alla luce della sua capacità di non allontanare quest'ultimo dall'altra figura genitoriale (quali che siano state le ragioni del fallimento del matrimonio), garantendo il più possibile le frequentazioni del coniuge con la prole minorenne.

9) Manifesta carenza educativa

Anche in questo caso ci viene in soccorso la pluricitata Cassazione 16593\2008 che tra le cause di esclusione dell'affidamento condiviso enumera la "condizione di manifesta carenza educativa" di uno dei genitori.

---

[45] *Tribunale di Bari, decreto 10 marzo 2009*

Il Tribunale di Catania[46] aveva anticipato l'indirizzo della Cassazione, affidando il figlio sedicenne al padre, per il fatto che la madre del minore si era dimostrata priva di capacità educativa, per aver avallato per molto tempo la condotta di vita sregolata del figlio, che si era assentato frequentemente da scuola, si era allontanato da casa per lunghi periodi, ed era solito frequentare luoghi di ritrovo giovanili dove era diffuso l'uso di sostanze alcooliche e psicotrope.

Da quanto sopra, è evidente che ai clienti che si rivolgono a noi l'approccio corretto è quello di spiegare che, in materia di affidamento dei minori, la regola è rappresentata dall'affidamento condiviso.

Certo, resta poi sempre da interpretare la disposizione contenuta nel secondo comma dell'articolo 155 co. 2 … "*determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli ….*"

Mi riferisco al cosiddetto "collocamento" della prole che poco piace alle associazioni dei padri separati che, in taluni casi a ragione, dicono che in questo modo non si è cambiato nulla rispetto alle visite del genitore non affidatario di un tempo.

Io sono dell'avviso che non sia nell'interesse del minore dividere i figli a metà (metà del tempo a casa mia, metà a casa tua; una settimana con

---

[46] *Tribunale di Catania, ordinanza 02.05.2008. La sentenza in questione era stata portata agli onori della cronaca evidenziando il fatto che il Tribunale avrebbe disapprovato l'orientamento politico della madre e del figlio (di sinistra, per via della frequentazione dei centri sociali) . In realtà si era appurato che la madre aveva abdicato ad ogni responsabilità genitoriale, non svolgendo in alcun modo il proprio ruolo, ma lasciando il figlio in balia di se stesso.*

me, una con te; e così di seguito), o trasformare i figli in pacchetti viaggianti, (conosco una madre che mi ha confidato di tenere i libri di scuola del figlio in macchina!!!), ma che la condivisione delle responsabilità possa e debba avvenire attraverso il dialogo e la concertazione tra i genitori.

Nelle prime versioni della L.54/2006 si parlava di progetto condiviso che i genitori dovevano portare al giudice della separazione per orientarlo nella disciplina dei tempi di permanenza.

Questo progetto è poi scomparso dalla stesura originale ed io lo ritengo un peccato perché avrebbe costretto i genitori, prima di presentarsi al giudice, a confrontarsi con la realtà dei fatti: chi porta il bimbo a scuola, chi lo va a prendere, con chi sta quando i genitori lavorano, quando è malato, chi lo porta a tennis, con chi fa i compiti etc. etc.

Quello che succede, invece, nella pratica è che il giudice nella fase presidenziale difficilmente sarà in possesso delle conoscenze per dettare le modalità ed i tempi gestionali della forma di affidamento condiviso e non è perciò infrequente che statuisca che il sabato il padre vada a prendere il bambino alle 9 del mattino, senza considerare che il padre il sabato mattina lavora, o che ha turni di lavoro che non coincidono con la regolamentazione standard cui, talvolta, si appiattiscono i Tribunali.

Starà per primi a noi avvocati fornire al giudice gli elementi per poter disciplinare il collocamento del minore in modo adeguato alle sue abitudini.

La giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore della legge 54\2006 ha cercato di attribuire all'affidamento condiviso un significato oggettivo:

il Tribunale di Bologna[47] per esempio ha precisato che alla forma di affidamento condiviso consegue non tanto una parificazione circa le modalità e i tempi di svolgimento del rapporto tra il figlio e ciascuno dei genitori, quanto piuttosto l'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori e una condivisione delle decisioni di maggiore importanza.

Più semplicisticamente, il Tribunale di Catania[48] ha risolto i tempi di permanenza di un affidamento condiviso stabilendo che il "padre potrà avere la figlia con sé tutte le volte che lo ritenga, compatibilmente con le esigenze della figlia e quelle dell'altro coniuge …".

Il Tribunale di Chieti, ancor più salomonico: "In tema di affidamento condiviso del figlio minore, il giudice decidendo sui tempi e sulle modalità della sua presenza presso ciascun genitore, salvo diverso accordo intervenuto tra le parti può disporre la eguale permanenza del minore presso entrambi i genitori", senza considerare che nel caso di specie il minore aveva tre anni e le abitazioni dei genitori distavano sei chilometri l'una dall'altra[49].

Il collocamento del figlio presso un genitore, piuttosto che un altro non muta automaticamente se il genitore con il quale convive la prole decide di trasferire la propria residenza in altra città: il giudice valuterà sempre l'interesse del minore e dovrà verificare se nel caso di specie il trasferimento possa essere pregiudizievole o meno per il minore[50].

---

[47] *Tribunale Bologna, sez. I sentenza 10.04.2006, n.800*

[48] *Tribunale di Catania, sentenza 24.04.2006.*

[49] *Per un'ampia disanima delle posizioni della giurisprudenza dopo l'entrata in vigore della L.54/2006, cfr Gabriella Contiero, L'Affidamento dei minori, Milano 2009*

[50] *Trib. Bologna decreto del 17.05.2007*

Di recente, la Cassazione[51] ha precisato che nello scegliere il genitore collocatario più idoneo, tenendo in considerazione l'interesse preminente del minore, si dovrà avere riguardo anche alle consuetudini di vita già acquisite dal minore medesimo.

Vale la pena di ripercorrere il caso esaminato dalla Cassazione perché concerne lo spostamento della residenza della minore in contrasto con il parere del genitore non collocatario che lamentava la violazione del diritto alla bi-genitorialità: si trattava di una minore residente in Puglia, affidata congiuntamente ai genitori, e collocata presso la madre. La madre, all'indomani della separazione consensuale, decide di trasferirsi in Veneto, dove vive la sua famiglia d'origine che le offre supporto nell'allevamento della figlia e dove assume di avere maggiori opportunità lavorative.

Di fatto si trasferisce. Il marito propone ricorso al Tribunale ex art. *709 ter* lamentando la violazione degli accordi di separazione e del diritto alla bi genitorialità del minore, non potendo egli, vista la distanza,mantenere rapporti significativi con la figlia.

Il Tribunale da ragione al padre, sanzionando la madre con il cambiamento di collocamento della minore.

La madre ricorre alla Corte d'Appello che revoca il decreto e ristabilisce il collocamento della minore presso la madre: dice la Corte d'Appello che, premesso il diritto costituzionalmente garantito alla madre della bambina di trasferire la propria residenza, il comportamento della madre non può essere sanzionato nei termini stabiliti dal Tribunale poiché il

---

[51] *Cassazione, sez. I sentenza 13619\10*

collocamento presso il padre avrebbe pregiudicato la stessa minore che ormai, per effetto dell'avvenuto trasferimento, si era già inserita nella nuova realtà.

Il padre propone ricorso per cassazione che lo respinge ravvisando che non sarebbe stato nell'interesse della minore sradicarla da una realtà in cui si era nel frattempo perfettamente adeguata ….

Quindi il collocamento dei figli presso il genitore, deve tener conto anche delle consuetudini del medesimo: è per questo che nei casi più comuni viene "preferita la madre" quale genitore collocatario.

Faccio una piccola parentesi: il tema del collocamento della prole ha assunto enorme importanza se si pensa che la casa coniugale viene assegnata in uso al genitore con cui la prole convive, nell'interesse della prole stessa a mantenere il proprio habitat.

Recita infatti l'articolo 155 *quater* c.c.: *Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli.*

Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili ed opponibili a terzi ai sensi dell'art.2643.

Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità di

affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici."

Il legislatore del 2006 ha chiaramente detto che la casa famigliare può essere assegnata, all'uno o all'altro genitore, soltanto nel caso in cui questi conviva con la prole minorenne, o maggiorenne ma non economicamente autosufficiente,e soltanto nell'interesse dei figli a mantenere il centro della loro vita affettiva nella casa in cui sono cresciuti.

La giurisprudenza aveva già interpretato in questo senso la previgente formulazione dell'articolo 155 affermando che l'adozione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale è subordinato alla presenza di figli e che in difetto di questo elemento, sia la casa familiare in comproprietà o in proprietà esclusiva di uno dei coniugi, il giudice non potrà adottare con la sentenza di separazione un provvedimento di assegnazione della casa coniugale, non autorizzandolo neppure l'art. 156 c.c. che non prevede tale assegnazione in sostituzione o quale componente dell'assegno di mantenimento[52].

La prioritaria considerazione dell'interesse del minore, e la compressione del diritto di proprietà del coniuge escluso dalla assegnazione, ha portato la Cassazione[53] a precisare che : "… *l'assegnazione della casa familiare (…) rispondendo all'esigenza di conservare l'habitat domestico, inteso come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui s'esprime e s'articola la vita familiare, è consentita unicamente con riguardo a quell'immobile che abbia costituito il centro d'aggregazione*

---

[52] *Cassazione 18 febbraio 2008 n. 3934; Cassazione 05 settembre 2008 n. 22394*

[53] *Cassazione sez. I n. 4816/2009*

della famiglia durante la convivenza, con esclusione d'ogni altro immobile di cui i coniugi avessero disponibilità".

Nulla vieta a parer mio di chiedere al giudice, nell'interesse dei minori, di poter autorizzare il coniuge con cui convive la prole ad utilizzare per determinati periodi dell'anno eventuali seconde o terze case di proprietà esclusiva dell'altro coniuge. Non si tratterebbe, è evidente, di un'assegnazione ma di un diritto di uso insieme alla prole.

Ma l'aspetto più innovativo dell'articolo 155 quater doveva essere rappresentato, nelle intenzioni del legislatore, dal secondo comma, nella parte in cui si prevede: *"Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio".*

Nulla quaestio sulla prima parte dell'inciso: è chiaro che chi abbandona (senza giusta causa) la casa assegnata, dimostra che l'interesse della prole sta altrove!

Ma, la previsione di poter ottenere la revoca del provvedimento di assegnazione in ipotesi di convivenza more uxorio o nuovo matrimonio dell'assegnatario, era stata richiesta a gran voce da tutti i padri separati.

Tuttavia, come sappiamo, i dubbi degli interpreti, circa la legittimità costituzionale dell'automatica operatività della revoca nel caso in questione, hanno avuto conferma nella sentenza 30 luglio 2008, n. 308 della Corte Costituzionale che, con una sentenza interpretativa ha affermato che *Non è fondata, in riferimento agli art. 2, 3, 29 e 30 cost., la q.l.c. dell'art. 155 quater c.c., nella parte in cui dispone che "il diritto al*

godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario (...) conviva "more uxorio" o contragga nuovo matrimonio", atteso che tale previsione deve essere interpretata nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata a un giudizio di conformità all'interesse del minore.

Come vedremo, nei nuovi progetti di legge, al vaglio del Parlamento, torna la previsione della revoca automatica.

L'ESERCIZIO DELLA POTESTA' GENITORIALE

Il terzo comma dell'articolo 155 c.c. recita: *La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione,e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e della aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.*

Secondo la dottrina[54] l'interpretazione letterale dell'art.155 infatti porta a riferire il periodo "la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori" sia all'affidamento condiviso che a quello esclusivo. E questo per due ordini di motivi, intanto perché il terzo comma dell'art. 155 c.c. che riguarda l'esercizio della potestà genitoriale viene dopo il secondo comma che inviata il giudice a considerare prioritariamente nell'interesse del minore l'affidamento condiviso oppure, nel caso come abbiamo visto di inidoneità genitoriale, a stabilire a quale di essi sono affidati. In secondo luogo l'art. 155 bis che tratta dell'affidamento esclusivo, non ne delinea il contenuto e non riprende la vecchia dizione dell'art. 155 co.3 che prevedeva: "*il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi … .il coniuge cui i figli non sono affidati ha il diritto e il dovere di vigilare*

---

[54] *Quadri, Affidamento dei figli e assegnazione della casa coniugale: la recente riforma, in Familia, 2006; Patti, in L'affidamento condiviso, Milano 2006; Anceschi, Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità, Milano 2007.*

sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice qualora ritenga siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse….".

Solo una parte minoritaria della dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore della legge, ritenne l'affermazione riferibile solo alle ipotesi di affidamento condiviso, distinguendo per l'affido esclusivo, come *ante riforma,* tra titolarità della potestà (in capo ad entrambi i genitori), ed esercizio della medesima (in capo al solo genitore affidatario).

Va precisato che il contenuto della potestà genitoriale si riferisce all'art. 147 c.c. e consiste nell'insieme di poteri e doveri relativi alla relazione genitori-figli, e comprende sia il dovere di istruire mantenere ed educare la prole, tenendo conto delle inclinazioni della stessa, che il potere di rappresentanza nei confronti dei terzi.

Bene, quando è disposto l'affidamento condiviso dei figli, l'esercizio di questi doveri-poteri resta in capo ad entrambi i genitori che, per le decisioni di ordinaria amministrazione, possono chiedere di decidere autonomamente e disgiuntamente (a che ora deve tornare a casa il figlio adolescente; se possa vestirsi o meno in un certo modo; se possa andare al cinema, se in caso di febbre il genitore debba somministrarla tachipirina o recarsi comunque dal pediatra ecc. ecc.), ciascuno per il tempo in cui il figlio si trova presso di sè.

Le decisioni definite di maggiore interesse per i figli e riguardanti l'istruzione, l'educazione e la salute devono essere decise di comune accordo dai genitori che, in caso di disaccordo, debbono rivolgersi al giudice.

Ora, seppur la dottrina maggioritaria, come si diceva, concorda sul fatto che il dato testuale della L.54/2006 non possa che riferire il comma 3 dell'art. 155 sia all'affidamento condiviso che a quello esclusivo, alcuni interpreti e alcuna giurisprudenza, hanno incominciato a sollevare qualche legittimo dubbio sulla estensione del comma 3 dell'art. 155 anche alle ipotesi di affidamento esclusivo.

Se infatti lo spirito della riforma è quello di relegare l'affidamento monogenitoriale ad eccezione, da disporsi nei casi più problematici ove uno dei due genitori, risulti inidoneo ad assolvere il suo ruolo (perché si è completamente disinteressato dei figli, perché ha fatto perdere le proprie tracce, perché si trova in condizioni di difficoltà psicologica o in stato di tossicodipendenza, ecc), non è coerente mantenere comunque l'esercizio della potestà in capo al genitore non affidatario.

In questo modo, in caso di perdurante disinteresse del genitore non affidatario, si costringerebbe l'affidatario a ricorrere al Tribunale dei Minori per sollecitare i provvedimenti ablativi della potestà ovvero, in caso di perenne contrasto, ed assenza di collaborazione, possibile soprattutto nelle ipotesi in cui venga disposto l'affidamento esclusivo, al Tribunale ordinario per sollecitare la decisione del giudice su ogni questione su cui ci sia dissidio. Naturalmente il minore verrebbe di continuo esposto alle immaginabili discussioni tra i genitori, o, peggio, ad irreparabili ritardi.

Ancora, è a dir poco aberrante che il genitore escluso dall'affidamento della prole per gravissima inidoneità genitoriale, rimanga non solo titolare della potestà, ma anche titolare dell'esercizio della medesima.

Di questo avviso sono stati:

Tribunale di Catania ordinanza 01.06.2006: il tribunale, dopo aver dato conto della tesi maggioritaria che, fondandosi sul dato letterale della legge, ritiene permanere in capo al coniuge non affidatario, l'esercizio della potestà genitoriale, osserva: "*tuttavia un'interpretazione semantica delle norme … sembra far propendere nel senso opposto e quindi nel senso di intendere la locuzione di cui all'art. 155 co.3 riferita solo all'affidamento condiviso, fermo restando che il non affidatario conserva la titolarità della potestà ….Altrimenti si dovrebbe ritenere che il coniuge affidatario ha solo la cura ed educazione esclusiva del minore, ma non il potere esclusivo di assumete le conseguenti decisioni e deve pur sempre subire le interferenze dell'altro genitore: e ciò in contraddizione col fatto che proprio la ragione giustificatrice di quell'affidamento monogenitoriale è stata la conclamata e motivata contrarietà agli interessi del minore di una soluzione di questo tipo".*

dello stesso avviso si è dimostrato il Tribunale per i minorenni di Cagliari con il decreto 16 aprile 2007 che ha così concluso: " *La diversa e residuale forma dell'affidamento monogenitoriale e di esercizio della potestà* (da parte di un solo genitore) *si impone invece non solo quando uno dei genitori realizzi condotte di grave inadeguatezza, come tali censurabili ex artt. 330 e 333 c.c. , ma anche in tutti i casi in cui questa modalità di custodia affidamento del figlio si presenti l'unica possibile, per le condizioni oggettivamente difficili in cui uno dei genitori si trovi (grave malattia o invalidità, genitore irreperibile o che vive in un iverso Stato o in una città lontana), o per l'elevata conflittualità. In questi casi*

interpretazione di buon senso è allora quella di attribuire la potestà in via esclusiva a uno solo dei genitori, individuato come affidatario, con tutela del principio della bigenitorialità attraverso la precisa indicazione dei diritti di accesso del figlio al genitore non affidatario.

più prudente il Tribunale di Bologna che con sentenza 17 aprile 2008 così si pronunciava: *Mentre nelle ipotesi di affidamento bigenitoriale l'esercizio della potestà parentale è regolato secondo il modello predeterminato dal legislatore (il comune accordo sulle decisioni di maggior interesse) salva la possibilità per il giudice di stabilire l'esercizio separato della potestà limitatamente alle questioni ordinarie , nell'ipotesi di affidamento monogenitoriale è possibile e legittimo che il genitore non affidatario - in base ad un provvedimento motivato e suscettibile di modifica nel tempo - sia escluso in tutto o in parte dall'esercizio della potestà quando una diversa soluzione sia contraria all'interesse della prole.*

ancora il Tribunale per i Minorenni di Catanzaro, con decreto 27 maggio 2008 disponendo nel caso di specie l'affidamento esclusivo ha espressamente detto che in tal caso la potestà parentale viene esercitata solo dal genitore affidatario

Mi pare evidente che la giurisprudenza di merito ritenga più coerente con lo spirito della riforma distinguere tra affidamento condivido ed esclusivo anche con riguardo all'esercizio della potestà genitoriale

Il consiglio in ogni caso è di chiedere espressamente al giudice l'autorizzazione ad esercitare separatamente la potestà per le decisioni di ordinaria amministrazione nei casi di affidamento condiviso, e di chiedere

invece al giudice che pronunci il provvedimento di affido esclusivo di attribuire l’esercizio della potestà esclusivamente al genitore affidatario con potere di vigilanza dell’altro genitore.

LE DECISIONI DI MAGGIORE INTERESSE PER I FIGLI

Le decisioni di maggiore interesse per i figli, relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.

Così il comma terzo dell'art. 155 c.c.

Ma quali sono le decisioni di maggiore interesse per i figli su cui i genitori debbono decidere di comune accordo oppure, prima di adottarle e metterle in pratica, rivolgersi al giudice?

Per ciò che concerne l'istruzione: sicuramente se far frequentare al figlio una scuola pubblico o privata, ed, in questo caso, religiosa o laica; le decisioni che concernono l'indirizzo di studi, da prendersi tenendo altresì conto dell'inclinazione e delle capacità dei figli; lo stesso si dica in merito alla decisione di far seguire ai figli lezioni private di recupero o sostegno (si eviterebbero i contrasti per il pagamento);

per ciò che concerne l'educazione: di certo la decisione circa l'opportunità di crescere il figlio secondo un credo religioso piuttosto che un altro; se battezzarlo o meno; le decisioni che dettano la linea educativa, di rigore o permissiva, comportandosi poi di conseguenza;

in materia di salute: la scelta in merito allo specialista da consultare in caso di necessità; la decisione in merito alle vaccinazioni non obbligatorie; le cure cui sottoporre i minori (per esempio omeopatia o allopatia); la necessità di sottoporre o meno il figlio ad un intervento chirurgico.

L'ASCOLTO DEL MINORE DA PARTE DEL GIUDICE

Per affrontare questo argomento, che tanti, più esperti di me, hanno analizzato a fondo, partirei dalla più recente posizione della Cassazione[55] che ha definito obbligatoria l'audizione dei figli minori nel procedimento ex art. 710 cpc., ed ha sanzionato la mancata audizione con la nullità del provvedimento decisorio per violazione dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, dell'art. 155 *sexies* c.c., oltrechè dei principi del contraddittorio e del giusto processo.

La sentenza in questione riafferma la valenza centrale nel nostro ordinamento giuridico del diritto del minore ad essere ascoltato in ogni processo che lo riguardi, facendo discendere tale diritto dall'art. 12 della Convenzione di NY del 1989 sui diritti del fanciullo e dall'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori ed infine dal novellato art. 155 sexies c.c.

Con la sentenza in commento si è finalmente compiuto il passaggio da potestà genitoriale che ha per oggetto il minore, a responsabilità genitoriale intesa come l'insieme di "*diritti e doveri di cui è investita una persona giuridica o fisica in virtù di una decisione giudiziale, della legge, o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore. Il termine comprende in particolare il diritto di affidamento e il diritto di visita" (Art. 2 n. 7 Reg. 2201 del 2003, cd. Bruxelles II)*.

Il minore, passando da oggetto di un potere esercitato dai genitori (potestà) a soggetto di diritti (ad essere istruito, mantenuto ed educato), acquisisce il diritto di essere ascoltato nei processi che lo riguardano

---

[55] *Cass. SS.UU. sentenza n. 22238 del 2009 che conclude un procedimento proposto per la modifica delle condizioni di separazione*

potendo così esprimere le sue opinioni che il giudice dovrà tenere in debito conto nella sua decisione (pur senza esserne vincolato).

L'articolo12 della Convenzione di NY sui diritti del fanciullo del 1989 riconosce al minore capace di discernimento il diritto inviolabile ad essere ascoltato in ogni procedimento giudiziario che lo riguardi;

L'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 1996 ha attribuito nelle procedure avanti all'autorità giudiziaria, ai fanciulli dotati i sufficiente discernimento per il diritto interno, in esse coinvolti, i diritti seguenti: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della propria opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione.

Il novellato art. 155 sexies co. 1 c.c., ha previsto espressamente che prima dell'emanazione di ogni provvedimento sull'affidamento, ivi compresi quelli provvisori, deve essere disposta dal giudice l'audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento; così è stato codificato il diritto del minore ad essere ascoltato non solo nei procedimenti di separazione, ma anche in quelli di divorzio, di annullamento del matrimonio e di affidamento dei figli di genitori non coniugati.

L'obbligatorietà dell'audizione del minore era stata già affermata dalla giurisprudenza di legittimità[56], ma faticava ad affermarsi nelle Corti e nei Tribunali di merito.

---

[56] *Tra le molte: Cass. 16/04/2007 n. 9094; Cass. 18/03/2006 n. 6081, Cass. 10/05/2001 n. 6470*

Ora, con la pronuncia a sezioni unite della cassazione, i Tribunali non mancheranno di applicare l'art. 155 sexies ogni qualvolta si renda necessario.

L'opinione dei minori su vicende che li riguardano da vicino e la cui decisione può avere riflessi determinanti sulla loro vita, deve essere valutata dal giudice ai fini della decisione, ma non deve essere considerata una prova in senso tecnico, tant'è che il giudice può sentire il minore a porte chiuse senza la presenza dei genitori e dei difensori[57].

La sentenza in questione ha anche il merito di aver per così dire esteso l'ambito di applicazione dell'art. 155 sexies anche ai procedimenti di modifica delle condizioni di separazione, e conseguentemente a quelli di modifica delle condizioni di divorzio e alle separazioni consensuali ed ai divorzi congiunti che in molti ritengono non interessati dalla norma.

Effettivamente, escludere l'obbligo di audizione del minore nei procedimenti di separazione consensuale e divorzio congiunto, determinerebbe un inspiegabile disparità di trattamento ma salvo casi del tutto particolari ci si chiede quale valenza abbia l'audizione in ipotesi di totale accordo dei genitori sulle questioni afferenti l'affidamento.

Far discendere la nullità del procedimento alla mancata audizione del minore capace di discernimento equivale a considerare tale audizione alla stregua di una condizione di procedibilità inderogabile in tutti i processi nei quali gli stessi siano coinvolti.

---

[57] *Corte d'Appello di Bari, 23 maggio 2007*

Sulle modalità di ascolto del minore, il bambino può essere ascoltato direttamente o per il tramite di una terza persona ovvero mediante operatori specializzati.

Parecchi Tribunali,già negli anni scorsi, si sono dotati di protocolli d'intesa per stabilire le linee guida dell'ascolto del minore.

DE IURE CONDENDO

A conclusione di tutto quanto sopra abbiamo detto, devo segnalare che è in discussione alla Commissione Giustizia del Senato il DDL 957 Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso.

La proposta di Legge, caldeggiata dalle associazioni dei padri separati, accoglie e condensa tutte le loro istanze, con il rischio di dimenticare l'interesse protetto, che è quello del minore e non del genitore.

Il disegno di legge prevede:

- **abolizione del collocamento del figlio presso un genitore, in quanto il figlio avrà il domicilio presso entrambi i genitori, il tempo della sua presenza presso ciascun genitore sarà paritetico;** ciò renderà i figli sempre più costretti a dividersi fra i genitori, adattandosi alle regole che di volta in volta l'uno o l'altro vorrà darsi. E in caso di bambini molto piccoli? E' nel loro interesse passare da una casa all'altra senza soluzione di continuità? Se si vuole veramente garantire la pariteticità nei tempi di permanenza (anche se schiere di psicologi ci potranno confermare che non è la quantità di tempo a fare la relazione quanto la qualità) con l'uno o con l'altro genitore, non sarebbe meglio prevedere che i figli rimangano nel domicilio familiare e siano, semmai, i genitori a ruotare? Certo questo

comporterebbe una maturità difficile da trovare in una coppia che si separa e una triplicazione di costi per la maggior parte delle persone insostenibile!

legittimazione attiva dei nonni a proporre nel giudizio di separazione la domanda relativa al loro autonomo diritto di visita; personalmente temo molto l'intervento dei nonni nelle vicende della famiglia. Prima concorreranno a portare i coniugi alla separazione parteggiando ciascuno per il proprio figlio/a poi avranno anche il diritto di inserirsi nei già litigiosi giudizi di separazione ….

Certamente i nonni devono continuare ad avere rapporti con i loro nipoti come prima della separazione, ma non bisogna esagerare. In fondo i nonni una famiglia l'hanno già avuta, restino questa volta alla finestra senza pretendere di dettare le condizioni della separazione dei loro figli.

mantenimento dei figli in forma diretta e per capitoli di spesa; personalmente non sono ostile in principio al mantenimento diretto dei figli, soprattutto quando si chiariscano molto bene i capitoli di spesa e le regole per ripartire dette spese. Per esempio la madre si fa carico delle spese scolastiche e di sport, il padre di quelle di abbigliamento, e così via. Ma come evitare che l'uno o l'altro dei genitori risparmi sulla pelle, passatemi il termine, dei figli?

E comunque si deve supporre che i genitori vadano molto d'accordo anche sulle scelte dello sport, della scuola e di come vestire i figli altrimenti succederà che ciascuno deciderà di suo arbitrio per i rispettivi capitoli di spesa, con buona pace dell'esercizio congiunto della potestà;

in via residuale, la determinazione di un assegno perequativo posto a carico di un genitore o di entrambi, da versare su un conto corrente comune intestato al figlio anche se minore (in tal caso con amministrazione congiunta dei genitori); per anni si è detto che il genitore che versava all'altro l'assegno di mantenimento non aveva diritto di chiedere il rendiconto delle spese …. ora si vorrebbe addirittura prevedere la gestione congiunta del denaro da parte dei due separati ….

versamento diretto dell'assegno al figlio maggiorenne, che con questo assegno deve contribuire alle spese familiari (e cioè al mantenimento della madre se con lui convivente; di conseguenza potrebbe cessare l'onere del mantenimento di questa a carico del marito);

la perdita di efficacia *ope legis* della casa familiare in caso di convivenza *more uxorio* del genitore con cui vive abitualmente il minore (contraddicendo il punto in cui si prevede che non sia più previsto il collocamento). Ci risiamo, la *vis punitiva* del legislatore si riaffaccia dopo che la Corte Costituzionale ha dato una lettura costituzionalmente orientata dell'analogo precetto contenuto nel vigente art. 155 *quater.* Possiamo prevedere un nuovo intervento dalla Consulta, nel senso di privilegiare comunque l'interesse del minore a quello del genitore che ha dovuto lasciare la casa coniugale. Questa previsione cozza inoltre con l'intenzione di abolire la residenza abituale.

Se il minore non avrà più una dimora prevalente, non dovrebbe esserci più il bisogno i assegnare l'immobile in uso al coniuge convivente con il minore.

Capitano incidenti anche nelle migliori famiglie
(C. Dickens "David Copperfield")

LE MISURE A TUTELA DEL MINORE

1.- Decadenza e sospensione della potestà genitoriale

Premessa

La potestà genitoriale è un istituto di natura pubblicistica, previsto e disciplinato dal nostro ordinamento al fine di consentire ai genitori la possibilità di adempiere ai loro doveri e svolgere compiutamente la propria responsabilità genitoriale.

Tale potere è attribuito ai genitori non nel loro interesse personale o in quello della famiglia quale collettività, bensì nell'interesse esclusivo degli stessi figli.

La natura giuridica della potestà evidenzia un duplice profilo: da un lato il diritto soggettivo dei genitori da esercitarsi *erga omnes* nei rapporti con i terzi e con lo Stato con funzione e valenza pubblicistica sottratta alla sfera di autonomia privata nei rapporti interni; dall'altro il dovere di esercitare la *potestas* anteponendo sempre il bene dei minori.

Essa è dunque un potere *per i figli* e non un potere *sui figli.*[58]

Per potestà genitoriale si intende, quindi, una serie di poteri e doveri posti dall'ordinamento giuridico congiuntamente e paritariamente in capo ai genitori nei confronti dei figli, per far sì che a questi ultimi siano garantiti, in primo luogo, il mantenimento, l'educazione e l'istruzione

---

[58] *La Cassazione, nella sentenza del 23.10.1986 n. 6220, emessa a Sezioni Unite, la definisce "un ufficio di diritto privato da esercitare a tutela di una situazione giuridica sostanziale di cui è titolare direttamente il minore."*

sempre nel rispetto assoluto delle attitudini e delle scelte individuali dei figli medesimi.

I limiti ed i contenuti della potestà genitoriale hanno subito e subiscono tutt'ora una continua evoluzione.

Dall'ormai inconcepibile *ius vitae ac necis,* fondato sulla bandita concezione proprietaria della prole, si è andata affermando una nozione che riconosce i minori come soggetti autonomi capaci di autodeterminarsi, titolari di diritti fondamentali che lo Stato deve garantire.

E in tal senso una forma di garanzia è data proprio dal controllo previsto dall'ordinamento sull'esercizio dell'attività genitoriale, attraverso l'intervento del giudice minorile.

L'ordinamento attribuisce al Tribunale per i minorenni il compito di adottare misure a protezione del minore in presenza di una condotta pregiudizievole da parte dei genitori esercenti la potestà.

In attuazione dell'art. 30 comma 2 Cost., nel caso in cui un genitore trascuri i suoi doveri o abusi dei suoi poteri o tenga comunque una condotta pregiudizievole nei confronti del figlio, possono essere adottati i provvedimenti suscettibili di escludere o attenuare la potestà dei genitori.

Il giudice, quando deve intervenire nell'interesse del minore, ha a disposizione un'ampia gamma di provvedimenti che vanno, a seconda della gravità, da quelli previsti dall'art. 333 c.c., all'affidamento familiare, alle misure previste nell'art. 330 c.c, alla dichiarazione dello stato di adottabilità.

Per l'emanazione dei provvedimenti previsti dagli artt. 330 e 333 c.c. non basta l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri inerenti alla potestà, ma occorre altresì che esso abbia causato al minore un grave pregiudizio che comporti la decadenza della potestà ai sensi dell'art. 330 c.c., ovvero un pregiudizio non grave, che causi la compressione o la limitazione della potestà a norma dell'art. 333 c.c..

Per pregiudizio deve intendersi ogni danno, patrimoniale e non, arrecato al figlio, purché attuale, non risultando sufficiente la mera possibilità che esso si verifichi.

Si discute se il provvedimento di decadenza abbia carattere sanzionatorio nei confronti del genitore e pertanto se presupponga una colpa del genitore, o comunque un suo comportamento cosciente e volontario.

La giurisprudenza considera rilevante, ai fini della pronuncia sulla potestà, solo l'obiettivo pregiudizio per il minore, a prescindere da qualsiasi indagine sulla natura dolosa o colposa del comportamento dei genitori.

In particolare, i provvedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c. possono essere disposti per il semplice fatto che si sia verificato il pericolo di un danno per il minore, indipendentemente dalla circostanza che il genitore abbia agito con la coscienza di ledere gli interessi della prole, dovendo essere evitato, nei limiti del possibile, ogni obiettivo pregiudizio, non necessariamente attuale, ma anche solo eventuale, per il minore.[59]

---

[59] *Secondo Bucciante, i provvedimenti in esame mirano non già a punire i genitori per gli inadempimenti commessi, ne tanto meno ad eliminare per il passato le conseguenze pregiudizievoli per il figlio, ma ad evitare che per l'avvenire si ripetano altri atti dannosi o si protraggano le conseguenze di precedenti inadempimenti. Data la loro funzione di*

Si ritiene che la differenza tra le due misure previste negli artt. 330 e 333 c.c. vada determinata valutando sia la gravità della condotta genitoriale che gli effetti pregiudizievoli che ne conseguono a carico dei figli.

Non manca chi, invece, reputi che la decadenza presupponga una condotta del genitore dolosa o quanto meno gravemente colposa.

Dottrina autorevole ritiene, tuttavia, che un comportamento, sia pure dannoso, tenuto dal genitore in stato di incolpevole incoscienza non possa dar luogo a decadenza.[60]

---

rimedio preventivo, la presenza della colpa può tuttavia determinare una maggiore gravità della sanzione ed influire nella scelta del provvedimento da adottare.

[60] *Secondo Pelosi, nel caso in cui l'incapacità del genitore sia permanente, come ad esempio nel caso di una malattia mentale, si avrà perdita della potestà, ma non per decadenza ex art. 330 c.c., bensì per impossibilità, con conseguente esercizio esclusivo da parte dell'altro genitore ex art. 317 co. 1 c.c. o, in difetto, con apertura della tutela.*

Su posizioni analoghe appare anche la Suprema Corte secondo cui la decadenza è una sanzione grave che presuppone una responsabilità colpevole del genitore, mentre qualunque comportamento del genitore non colposo che provochi un obiettivo pregiudizio al minore consente l'intervento del giudice ex art. 333 c.c..

Art. 330 c.c: Decadenza dalla potestà sui figli

L'art. 330 c.c., che regola la decadenza dalla potestà sui figli, recita come segue:

"Il giudice può pronunciare la decadenza dalla potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio.

In tal caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore e convivente che maltratta o abusa del minore."

Ai sensi dell'art. 330 c.c. la decadenza dalla potestà genitoriale può essere dichiarata dal Giudice qualora un genitore violi o trascuri i doveri nei confronti dei figli minori, ovvero quando non siano rispettati i seguenti precetti normativi:

art. 147 c.c.: diritto dei figli al mantenimento, istruzione ed educazione;

art. 570 c.p.: sottrazione del genitore all'obbligo di assistenza e mantenimento;

art. 591 c.p.: abbandono di persone minori o incapaci;

oppure allorquando un genitore abusi dei relativi poteri (artt. 320, 324 c.c.; artt. 571 e 572 c.p.) arrecando grave pregiudizio al figlio.

La previsione dell'art. 330 c.c. trova il suo fondamento nel diritto del minore a crescere, essere amato, educato ed istruito, nonché mantenuto, ricevendo altresì le cure e le attenzioni dai propri genitori.

La decadenza è, quindi, una sanzione estrema che implica una valutazione di non affidabilità del genitore a curare gli interessi dei figli.

Occorre che l'inadempimento sia di grave importanza e che abbia arrecato o sia suscettibile di arrecare un grave danno al figlio.

Con decreto del 08.06.2007, il Tribunale per i minorenni dell'Aquila ha accolto una richiesta di decadenza dalla potestà genitoriale avanzata dalla madre, essendo emerso nel corso del giudizio che il padre si era sempre disinteressato del figlioletto (che pur aveva riconosciuto quale figlio naturale) e che non era stato presente nei momenti più significativi della sua esistenza (né alla nascita né al battesimo), limitandosi a vederlo appena quattro volte in due anni.

Il disinteresse del padre verso il figlio e la non accettazione del ruolo paterno erano emerse esplicitamente dalle parole dello stesso, che all'udienza aveva chiesto la perdita della potestà genitoriale, precisando che non sentiva alcun legame affettivo verso il piccolo, non avendo mai né voluto né deciso di avere un figlio dalla ricorrente.

Secondo il Tribunale dell'Aquila, infine, la legge sull'affidamento esclusivo non poteva trovare applicazione nel caso in esame posto che *"nessuna legge può costringere una persona a manifestare un affetto che non sente o ad esercitare un ruolo genitoriale non voluto".*

Il danno provocato ai figli può anche essere di natura morale, e ciò quando il genitore tenga una condotta o crei una situazione che sia fonte di turbamento per il figlio stesso.

In giurisprudenza, la decadenza è stata comminata, ad esempio, per maltrattamenti a carico del coniuge, poiché detto comportamento è stato ritenuto idoneo a turbare l'equilibrio psico-fisico dei minori.[61]

Ancora, è stato dichiarato decaduto dalla potestà il genitore che, in pendenza del giudizio di separazione ed in violazione delle statuizioni del giudice, abbia trattenuto presso di sé i figli, ostacolandone il rientro presso il genitore affidatario e che, nel contempo, abbia trascurato i propri doveri di cura ed educazione.[62]

Rilevanti ai fini della declaratoria di decadenza sono considerati dalla giurisprudenza anche i comportamenti omissivi del genitore: il Tribunale per i minorenni di Palermo[63] ha ritenuto pregiudizievole il comportamento del genitore che non è riuscito ad impedire una violenza sessuale consumata da terzi nei confronti del figlio, sul presupposto che costituisca parte integrante dei doveri genitoriali anche l'obbligo di tutelare la vita, l'incolumità fisica, la moralità sessuale ed il patrimonio dei figli minori contro eventi naturali o altrui aggressivi.

Numerose sono anche le pronunce di decadenza dalla potestà legate all'utilizzo da parte del o dei genitori di sostanze stupefacenti: in tale ipotesi la decadenza viene tuttavia pronunciata non per il fatto in sé dello stato di tossicodipendenza del genitore ma quando venga accertato che

---

[61] *Cfr. Tribunale minorenni L'Aquila 15.06.2007, secondo cui ai fini della declaratoria di decadenza dalla potestà genitoriale, costituiscono maltrattamenti dei minori non solo le violenze poste in essere direttamente nei loro confronti, ma anche quelle indirette, usate dal genitore contro il coniuge o il convivente alla presenza dei figli i quali risentono gravi danni dall'assistere a tali episodi di violenza.*

[62] *T.M. L'Aquila 03.04.2006*

[63] *Tribunale di Palermo, 5 agosto 1996, in Diritto fam. 1997, 216.*

questi ha un atteggiamento di disinteresse nei confronti dei figli, e non dimostri alcuna volontà di liberarsi dalla droga.[64]

Il procedimento di decadenza può essere azionato da uno dei genitori contro l'altro, dai parenti o dal Pubblico Ministero.

L'udienza dovrà svolgersi in contradditorio, cioè i genitori potranno essere sentiti separatamente con la possibilità di contro dedurre le dichiarazioni rese da ciascuno.

L'istruzione della procedura potrà avvenire ascoltando operatori sociali, sanitari e scolastici, testimoni o informatori indicati dalla parte ovvero individuati dal giudice, affinché riferiscano circa il comportamento genitoriale.

La finalità della norma è comunque quella di garantire al minore la possibilità di crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine, affidando al Giudice il compito di verificare la possibilità di recupero della funzione genitoriale.

In tutti i casi di trascuratezza che siano suscettibili di essere superati – tranne, si è visto, le ipotesi di ripetuto maltrattamento, abuso sessuale, cronica dipendenza da alcool o droghe o ancora per un'insanabile malattia mentale – il Tribunale per i minorenni consente al genitore nei cui confronti si chiede il procedimento ablativo delle potestà, la possibilità di riscatto della genitorialità.

Con il provvedimento di decadenza viene accertata l'incapacità del genitore di assumere decisioni nell'interesse del minore.

---

[64] *Corte d'Appello di Bologna, 11 maggio 1988, Dir. fam. 1989, 602.*

Anche se il termine decadenza lascia pensare ad un evento definitivo, la perdita della potestà non è tale, essendo prevista, in qualsiasi momento, la possibilità di reintegrazione.

L'art. 332 c.c. prevede, infatti, la possibilità che il Tribunale per i minorenni reintegri nella potestà il genitore decaduto quando siano "cessate le ragioni della decadenza".

Si richiede, quindi, la presenza di una situazione del tutto nuova e la previsione di esclusione di ogni futuro ed obiettivo pregiudizio per il minore.

Come la decadenza non costituisce una sanzione per i genitori, così la reintegra non deve essere considerata "un premio" per gli stessi: ancora una volta, l'unico riferimento è all'esclusivo interesse del figlio.

Con il provvedimento di decadenza non vengono meno i doveri del genitore verso il minore, in particolare per ciò che riguarda il mantenimento.

La posizione del genitore decaduto è questione molto delicata.

Permangono in capo a lui i doveri che possono essere adempiuti senza esercizio di poteri, e cioè essenzialmente quelli che comportano prestazioni economiche, ma eventualmente anche attività di altro genere, svolte secondo le direttive e sotto la responsabilità del genitore esercente la potestà.

Tale provvedimento non andrà tuttavia ad influire sugli aspetti obbligatori, ovvero il mantenimento della prole, che resterà salvo.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. VI, 12.11.2009 n. 43288), ha affermato che *"la decadenza dalla potestà dei*

figli, che ai sensi dell'art. 330 c.c. il giudice civile pronuncia nei confronti del genitore che viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio, è un provvedimento di natura sanzionatoria che, fondato sui medesimi presupposti, opera sul piano civilistico – con la sottrazione al genitore inadempiente dei poteri di rappresentanza e amministrazione dei beni del figlio nonché dell'usufrutto legale sui beni stessi, finalizzato alla sua educazione e istruzione – parallelamente alle sanzioni previste dal codice penale, che l'art. 570 c.p. riconduce testualmente a chiunque si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori."

Ne deriva che la pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale lascia inalterati i doveri di assistenza del genitore decaduto, penalmente sanzionati, sicchè il provvedimento non incide sulla responsabilità penale e, pertanto, non preclude la commissione del reato di cui all'art. 570 c.p., co. 1 e 2 e non fa venir meno la permanenza[65].

Ancora, altra sentenza della Suprema Corte ha sottolineato che, in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, "*i provvedimenti ex art. 330 c.c. hanno la funzione di impedire che la prole subisca pregiudizi a causa della condotta dei genitori, ma non hanno alcuna valenza liberatoria rispetto all'obbligo di provvedere al mantenimento della prole.*[66]"

---

[65] *Cass., sez. VI, 21.03.2000 n. 4887.*

[66] *Cfr. Cass. Pen. Sez. VI, 24.04.2007 n. 16559: "In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 330 c.c. hanno la funzione di impedire che la prole subisca pregiudizi a causa della condotta dei genitori, ma non hanno alcuna valenza liberatoria rispetto agli obblighi dai quali il soggetto, nei confronti del*

Quanto ai diritti del genitore decaduto, sono sicuramente molto attenuati, soprattutto quando la privazione della potestà sia avvenuta più per inidoneità che per indegnità e, comunque, quando ciò non contrasti con l'interesse del minore, appare difficile negargli qualsiasi contatto con il figlio o il diritto di vigilare sulla sua istruzione ed educazione.

La dichiarazione di decadenza dalla potestà non comporta, infatti, l'interruzione automatica dei rapporti con il genitore dichiarato decaduto, in quanto l'accertata incapacità di assumere decisioni a favore del figlio, non esclude l'esistenza di sentimenti di affetto validi e sinceri nei confronti dei figli, che possono rappresentare una valida risorsa in favore della prole.

Il genitore decaduto dovrà pertanto sottostare alle indicazione del giudice minorile o dell'altro genitore, avendo perduto la libertà delle decisioni e dei tempi di frequentazione del figlio.

Inoltre, il suo comportamento sarà in ogni caso soggetto a controllo.

Il genitore che è colpito da decadenza non può esercitare la potestà, pur rimanendone, tuttavia, titolare.

Se essa è pronunciata nei confronti di un solo genitore, la funzione si concentra sull'altro.

Se il provvedimento colpisce entrambi, il tribunale può altresì disporre l'allontanamento del figlio dalla casa familiare.

La norma subordina il provvedimento di allontanamento alla sussistenza di gravi motivi che, secondo la dottrina, possono essere, ad esempio, il pericolo di maltrattamenti o di violenza da parte dei genitori ovvero il

---

quale è pronunciata la decadenza, è gravato nei confronti dei figli nella sua qualità di genitore e, segnatamente, rispetto all'obbligo di provvedere al loro mantenimento.

rischio che il minore sia gravemente turbato dalla condotta dei genitori medesimi.[67]

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si è più volte pronunciata sul tema dell'allontanamento del minore dalla residenza familiare stabilendo che *"anche quando l'allontanamento del minore dalla residenza familiare appare come una misura proporzionata e necessaria in correlazione con le indagini penali relative agli abusi sessuali subiti dallo stesso, l'affidamento ai servizi sociali deve essere eseguito con modalità coerenti con il fine ultimo di ricongiungere il minore con i suoi familiari; pertanto può configurarsi una violazione dell'art. 8 della Convenzione (che tutela il diritto dell'individuo al rispetto della propria vita familiare) nel caso di prolungata sospensione dei contatti e di inadeguata organizzazione degli incontri tra il minore e i suoi familiari".*

Il giudice non si limita a disporre l'allontanamento, ma deve anche stabilire il collocamento del minore ed un eventuale affidamento (ad esempio ad un parente) in stretta collaborazione con il servizio sociale dell'ente locale (il cui intervento è indispensabile se il minore viene affidato ad un terzo estraneo o ricoverato presso un istituto di assistenza).

La decadenza determina, infine, anche l'indegnità per il genitore di succedere al figlio.[68]

---

[67] *Il T.M. Perugia, 05.02.1996 ha disposto l'allontanamento dalla residenza familiare e l'affidamento ai servizi sociali nell'ipotesi in cui, a causa della totale incapacità educativa dei genitori, sia fortemente compromesso lo sviluppo del minore.*

[68] *La L. 8 luglio 2005 n. 137, recante modifiche all'art. 463 c.c. in materia di indegnità a succedere ha, infatti, aggiunto tra i soggetti esclusi dalla successione per indegnità, anche "chi, essendo decaduto dalla potestà genitoriale nei confronti della persona della cui*

Controversa è la questione relativa alla competenza ad assumere provvedimenti sull'esercizio della potestà in pendenza di una causa di separazione.

La Corte di Cassazione, con riguardo alla competenza funzionale, ha stabilito che i provvedimenti cautelari in tema di decadenza o limitazione della potestà genitoriale sui figli minori, previsti dagli artt. 330 e 333 c.c. rientrano nella competenza esclusiva del Tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c, anche quando i genitori siano in regime di separazione, ovvero sia pendente un giudizio di separazione.

Conformemente, è stato anche ritenuto che, sempre in pendenza del giudizio di separazione dei coniugi dinnanzi al tribunale ordinario, nel corso del quale siano stati adottati provvedimenti relativi all'affidamento dei figli, il Tribunale per i minorenni può essere sempre adito per la pronuncia della decadenza dalla potestà sui figli ex art. 330 c.c., trattandosi di competenza esclusiva di questo tribunale in ordine alla quale non è possibile alcun conflitto di competenza con quella del tribunale ordinario e della cui decisione potrà tenersi conto dinanzi al giudice della separazione, come *factum superveniens,* per l'adeguamento dei provvedimenti provvisori adottati.

Quanto alla competenza per territorio si è precisato che, per l'individuazione del giudice competente per territorio a dichiarare la decadenza dalla potestà genitoriale, deve farsi riferimento al luogo di abituale dimora del minore nel momento della presentazione della relativa domanda, senza che assumano alcun rilievo né l'eventuale,

---

successione si tratta a norma dell'art. 330, non è stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima."

diversa residenza anagrafica del minore, né la circostanza del formale affidamento del minore stesso ad uno dei genitori.

Alla stessa stregua si è detto che nei procedimenti diretti all'emanazione di provvedimenti limitativi della potestà del genitore, secondo la previsione degli artt. 330 e ss. c.c., la competenza per territorio va determinata con riferimento al luogo in cui il minore abitualmente risiede ed a prescindere, pertanto, da trasferimenti di carattere contingente e transitorio.[69]

I provvedimenti modificativi, ablativi o restituivi della potestà dei genitori, resi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 ss c.c. configurano espressione di giurisdizione volontaria, non contenziosa, perché non risolvono conflitti fra diritti posti su piani paritari, ma sono preordinati alla esigenza prioritaria della tutela degli interessi dei figli.[70]

Essi sono, quindi, soggetti alle regole generali del rito camerale, sia pure con le specificazioni previste dalle citate norme.

Detti provvedimenti, pertanto, sebbene adottati dalla Corte d'Appello in esito a reclamo, non sono idonei ad acquistare autorità di giudicato, nemmeno *rebus sic stantibus,* in quanto sono modificabili e revocabili non solo *ex nunc,* per nuovi elementi sopravvenuti, ma anche *ex tunc*, per un riesame (di merito o di legittimità) delle originarie risultanze, con la

---

[69] *Cfr. Cass. civ., sez. I, ord. 08.02.2005 n. 2877.*

[70] *Cass. civ., sez. I, 02.08.2002 n. 11582. Nel caso di specie, era stato impugnato con il detto mezzo il decreto con cui la Corte d'Appello, in esito all'interposto reclamo, aveva reintegrate nella potestà, ex art. 332 c.c., il padre che ne era stato dichiarato decaduto.*

conseguenza che esulano dalla previsione dell'art. 111 Cost. e non sono impugnabili con ricorso per Cassazione.[71]

Art. 333 c.c: Condotta del genitore pregiudizievole ai figli

L'art. 333 c.c., in materia di condotta del genitore pregiudizievole ai figli, recita come segue:

"Quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330 c.c., ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice secondo le circostanze può adottare provvedimenti convenienti e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore.

Tali provvedimenti sono revocabili in ogni momento."

La legge gradua l'intervento del giudice in rapporto alla maggiore o minore gravità del pregiudizio arrecato al minore.

L'art. 333 c.c. è considerato quasi come una disposizione accessoria rispetto all'art. 330 c.c., sicchè dove non sussistano i più gravi presupposti che giustifichino il provvedimento di decadenza dalla potestà, si ricorre all'altro, che consente al giudice l'adozione di qualsivoglia provvedimento idoneo a tenere indenne il minore da pregiudizi e, comunque, ad assicurarne l'interesse.

---

[71] *Siffatto principio è stato ribadito dicendosi che il provvedimento emanato dalla Corte d'Appello, sez. minorenni, in merito alla decadenza della potestà di genitore ha per oggetto la tutela dell'interesse del minore ed è caratterizzato giuridicamente dalla non decisori età e non definitività dei provvedimenti di volontaria giurisdizione. Conseguentemente è inammissibile nei suoi confronti il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., che non può essere utilizzato neanche per denunciare l'irritualità del procedimento (Cass. 11.06.1997, n. 5226).*

La maggior parte delle volte si tratta di provvedimenti sostitutivi della singola manifestazione di volontà del genitore: con essi il giudice minorile autorizza un'attività riguardante il minore che il genitore con omissione pregiudizievole non consente, oppure elimina l'efficacia di un divieto imposto dal genitore al figlio che risulta pregiudizievole al suo interesse.

Quando sussiste una condotta pregiudizievole, il giudice può assumere un provvedimento conveniente e, quindi, del tutto indeterminato nel contenuto (a differenza della decadenza dalla potestà).

Vari possono essere i comportamenti pregiudizievoli che ne derivano, dalla mera imposizione del rapporto con il servizio sociale, che darà indicazioni ai genitori, alle prescrizioni in positivo più o meno dettagliate, all'inibizione di determinati comportamenti, con conseguenti limitazioni più o meno ampie della potestà, fino a ridurla, quasi completamente, nei casi più gravi, che però non comportino la dichiarazione di decadenza.

L'ordinamento non indica una precisa tipologia di interventi che il giudice può assumere, lasciando alla sua discrezionalità e alla peculiarità del caso di vita sottoposto alla sua attenzione, il compito di delineare l'intervento più opportuno.

Prevalente dottrina ritiene che la norma di cui all'art. 333 c.c. si applichi solo agli inadempimenti di doveri relativi alla persona del figlio, risultando prevista un'autonoma disciplina in materia patrimoniale.

La giurisprudenza (cfr *ex pluribus*: Corte d'Appello di Bologna, 11.05.1998) ha riconosciuto che la differenza tra le ipotesi contemplate dall'art. 330 e 333 c.c. è quantitativa e non qualitativa, potendo la condotta del genitore gravemente pregiudizievole alla prole consistere

non solo in maltrattamenti o gravissime trascuratezze, ma anche in disinteresse, in incapacità di un comportamento assistenziale ed oblativo verso i figli o in ripetitività nella dipendenza dalla droga, comportamenti tutti che non danno in sé affidamento circa la capacità di mantenere, istruire, educare convenientemente la prole.

In particolare, il Tribunale di Perugia (18.10.1999) ha ritenuto di dover pronunciare la sospensione della potestà genitoriale, con affidamento dei minori alla madre, nei confronti del genitore che aveva condotto i propri figli nel paese d'origine impedendone il loro rientro in Italia, a nulla rilevando che il genitore non avesse agito con la coscienza di ledere gli interesse dei figli valendo, sul piano giuridico, esclusivamente il pregiudizio obiettivo ai minori.

L'art. 333 c.c. è stato, poi, ampliamente utilizzato in giurisprudenza al fine di consentire l'esercizio del diritto di visita del nipote da parte dei nonni, in caso di opposizione del genitore.[72]

La Corte di Cassazione 23.11.2007 n. 24423, nel ribadire la non impugnabilità ai sensi dell'art. 111 Cost. dei provvedimenti *de quo,* afferma anche che *"i nonni, ai quali è impedita dai genitori la frequentazione del nipote minorenne, possono adire il giudice minorile per ottenere un provvedimento ai sensi dell'art. 333 c.c., che consenta loro di incontrare il nipote. Sebbene il provvedimento giurisdizionale non possa imporre serenità nei rapporti del minore con i propri parenti, è compito del giudice minorile intervenire al fine di garantire, nell'interesse del minore stesso, serenità ed equilibrio in detti rapporti."*

---

[72] *Cfr. Cass. Civ.24.02.1981 n. 1115*

Ancora, in un'ipotesi di specie riguardante i rapporti tra il minore ed i nonni è stato deciso che, poiché il divieto di frequentare i genitori della madre defunta poteva essere potenzialmente pregiudizievole per il minore, correttamente il giudice, in mancanza di serie e comprovate ragioni che sconsiglino i contatti del minore con i nonni, autorizzava, nell'esercizio dei poteri attribuitigli dall'art. 333 c.c., le visite agli stessi da parte del nipote, ma con frequenza e lunghezza tali da non compromettere l'assoluta prevalenza della funzione educativa propria del genitore.[73]

A gravi discussioni ha dato luogo, poi, il problema posto dalla necessità di sottoporre il minore alle opportune vaccinazioni e più in generale agli interventi medici in caso di rifiuto da parte dei genitori.

Da parte di alcuni giudici, infatti, si è ritenuto che il rifiuto immotivato dei genitori di sottoporre i propri figli alle vaccinazioni obbligatorie configuri una condotta pregiudizievole nei confronti della prole e, come tale, rimediabile dal giudice minorile, il quale, adito ai sensi dell'art. 333 c.c., affievolendo la potestà genitoriale, adotta i provvedimenti più convenienti nell'interesse del minore, affidandolo – se il caso – alla struttura sanitaria territorialmente competente alla somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie.

Alla stessa stregua si è deciso che il rifiuto dei genitori di sottoporre, per motivi religiosi, il proprio figlio ad interventi medici necessari, pur non potendo comportare la decadenza dalla potestà, giustifica un provvedimento di allontanamento del figlio dalla residenza familiare e di

---

[73] *Cass. civ. 24.02.1981 n. 1115.*

affidamento temporaneo al servizio sociale affinchè questo provveda a far effettuare al minore le cure mediche necessarie.[74]

Nell'ipotesi in cui, a causa della totale incapacità educativa dei genitori, sia fortemente compromesso lo sviluppo del minore, deve essere disposto il suo allontanamento dalla residenza familiare ed il suo affidamento ai servizi sociali.

L'art. 333 c.c. è stato modificato per effetto dell'art. 37 L. 28.03.2001 n. 149 che ha introdotto, quale misura accessoria al provvedimento di decadenza o sospensione della potestà a protezione del minore, la possibilità di allontanare il genitore o il convivente maltrattante o abusante in alternativa all'allontanamento del minore.

In passato, nonostante qualche isolata pronuncia giurisprudenziale, si riteneva inammissibile l'allontanamento dalla casa familiare del genitore.

L'innovazione, giudicata in dottrina come rivoluzionaria, ha il pregio di evitare che il minore, già vittima di un comportamento pregiudizievole del genitore, debba subire l'ulteriore pregiudizio di essere costretto a lasciare l'ambiente familiare in cui ha vissuto fino a quel momento.

Le due fattispecie che legittimano l'allontanamento in esame sono il maltrattamento e l'abuso sul minore.

La dottrina pare orientata verso una interpretazione della nozione di maltrattamento che coincide con la specifica fattispecie penale ex art. 572 c.p., mentre l'espressione abuso del minore non coincide con l'abuso dei poteri inerenti la potestà ma piuttosto è adoperata per identificare l'abuso sessuale.

---

[74] *Cfr. Tribunale minorenni di Roma, 27.07.1994*

Inoltre, secondo la giurisprudenza, integrano un vero e proprio abuso o maltrattamento del minore, tali da legittimare l'immediato allontanamento del padre dalla casa familiare, non solo gli abusi o i maltrattamenti commessi direttamente sulla persona del minore, ma anche quelli indiretti, perpetrati nei confronti di congiunti a lui cari.

Le manifestazioni di aggressività poste in essere da un coniuge nei confronti dell'altro, con conseguente pregiudizio, tra l'altro, della sfera psicologica dei figli minori, rendono opportuno disporre l'allontanamento di quel coniuge dalla casa coniugale, *inaudita altera parte.*[75]

Destinatario del provvedimento può essere, oltre al genitore, anche il di lui convivente, il compagno o la compagna del minorenne stesso.

Naturalmente, il maltrattamento o l'abuso da parte del convivente deve porsi in una posizione di nesso causale rispetto alla condotta genitoriale che ha giustificato un provvedimento di sospensione, trattandosi di un provvedimento accessorio alla pronuncia sulla potestà genitoriale.

2.- Ordini di protezione contro gli abusi familiari

La L. 4 aprile 2001 n. 154, "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari", attraverso varie disposizioni inserite direttamente nel codice civile (artt. 342 *bis* e *ter*) e nel codice di procedura civile (art. 736 *bis* c.p.c.) e penale (artt. 291 c.p.p. e 282 c.p.), ha attribuito al giudice la possibilità di adottare misure urgenti ed immediate in favore della vittima di violenza domestiche.

Ispirate all'esigenza di offrire una maggiore tutela ai soggetti deboli all'interno della famiglia, queste misure confermano la tendenza attuale

---

[75] *Tribunale Reggio Emilia, 06.05.2002*

del legislatore verso l'attuazione di una visione privatistica delle relazioni familiari, nel cui ambito il compito dell'ordinamento è innanzitutto quello di tutelare posizioni individuali, piuttosto che le ragioni del consorzio familiare nel suo insieme.

Si tratta di una normativa volta a porre rimedio celermente a casi di convivenze diventate intollerabili a causa di condotte gravemente pregiudizievoli da parte di uno dei conviventi, in vista del ripristino di una serena convivenza familiare e, quindi, con l'intento di favorire il ravvedimento del responsabile, come testimoniato dal carattere temporaneo delle misure interdittive e dal potere del giudice di richiedere l'intervento dei servizi sociali e dei centri di mediazione familiare.

L'art. 342 *bis* c.c. statuisce, infatti, che, laddove la condotta del coniuge, o del convivente, possa determinare grave pregiudizio all'integrità fisica o morale dell'altro coniuge o convivente, il giudice possa adottare gli ordini di protezione di cui all'art. 342 *ter* c.c., consistenti in misure protettive del familiare vittima degli abusi e delle violenze.

La difficoltà di coordinamento tra gli ordini di protezione in esame e la misura dell'allontanamento di cui agli artt. 330 e 333 c.c. si acuiscono se si tiene presente che l'art. 5 l. 04.04.2001 n. 154 estende l'applicabilità della nuova disciplina ai casi in cui il soggetto passivo della violenza familiare sia persona diversa dal coniuge o dal convivente, ricomprendendovi implicitamente i figli minori, con ciò determinando il rischio di una sovrapposizione di competenza tra due organi giudiziari diversi relativamente all'ordine di allontanamento dalla casa familiare.

I presupposti di applicazione dell'istituto sono, essenzialmente, tre:
il primo, di tipo soggettivo, è costituito dalla necessità che i soggetti, rispettivamente l'autore della violenza o dell'abuso e la vittima, siano uniti tra loro da un rapporto familiare, di coniugio o di convivenza;
il secondo requisito, di tipo oggettivo, è costituito dalla condotta illecita tenuta dall'autore dell'abuso o della violenza;
il terzo elemento, anch'esso di tipo oggettivo, è il grave pregiudizio che detta condotta determina nei confronti dell'integrità fisica o morale della vittima.[76]
Quanto al primo presupposto, è necessario che i soggetti siano coniugati tra di loro, con matrimonio civile o religioso, o che sussista tra di essi un rapporto stabile e duraturo di convivenza *more uxorio*.[77]
In dottrina si discute sul significato da attribuirsi alla nozione di convivenza utilizzata nella norma in esame.
Alcuni attribuiscono un significato ristretto all'espressione convivenza, valorizzando l'equiparazione fatta nell'art. 342 *bis* c.c. del convivente al coniuge quale forma di ulteriore riconoscimento della convivenza di fatto.
Altri, invece, intendono per convivenza non la mera coabitazione ma la comunione di vita, che non riguarda esclusivamente il rapporto di unione

---

[76] *Tra gli ultimi due requisiti deve sussistere un nesso eziologico di causalità,tale per cui senza la condotta pregiudizievole, il soggetto vittima non subirebbe una lesione della propria integrità fisica o morale.*
[77] *Deve trattarsi comunque di un rapporto di convivenza, caratterizzato da una certa stabilità. Si deve escludere, quindi, che l'ordine di protezione possa essere emanato in favore e contro un semplice ospite della casa familiare.*

tra un uomo ed una donna, ma può stabilirsi anche tra persone dello stesso sesso.[78]

Va sicuramente condiviso quell'orientamento che tende ad ammettere l'ordine di protezione anche nei confronti del coniuge, del convivente o del familiare che al momento della presentazione del ricorso non conviva più materialmente con il ricorrente, seppur da poco tempo, ma che ciononostante sia autore di gravi e reiterate molestie in grado di minare la serenità della vita del nucleo familiare residuo.

Il dibattito rimane, comunque, aperto.

Il Tribunale di Torino sostiene, ad esempio, che sia necessaria la convivenza per ottenere le misure di cui all'art. 342 *bis* e *ter* c.p.c..

Lo stesso tribunale ha dichiarato, infatti, inammissibili numerosi ricorsi presentati da parte di persone non più conviventi, i quali richiedevano un provvedimento di allontanamento, dopo che la convivenza era spontaneamente cessata per una scelta consapevole e definitiva.

Tale soluzione, oltre a rispondere alla *ratio* della normativa *de qua*, diretta a fornire una tutela a tutto campo ai soggetti abusati, trova conferma nella facoltà del giudice civile non solo di disporre l'allontanamento dalla casa familiare, ma anche di prescrivere al responsabile di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima.

E tale provvedimento può tranquillamente essere emesso anche nei confronti dell'ex convivente.[79]

---

[78] *Cfr. Cianci, Gli ordini di protezione familiare, secondo cui pertanto rientrano nella categoria di conviventi a cui accordare tutela anche le coppie omosessuali.*

Per il Tribunale di Bologna[80], per la concessione dell'ordine di allontanamento nell'ambito degli ordini di protezione previsti dagli artt. 342 *bis* e *ter* c.c. non è presupposto indefettibile la convivenza tra i coniugi, ma il protrarsi di comportamenti violenti in ambito familiare.

Sulla possibilità di adottare il provvedimento anche se la coabitazione non sia più in atto, si veda anche il Tribunale di Padova, 31.05.2006, secondo il quale può ritenersi sussistente il requisito della convivenza, al fine di emettere l'ordine di allontanamento dall'abitazione familiare nel caso di conflittualità tra fratelli conviventi, pur quando vi sia stato l'allontanamento, provocato dal profondo timore di subire violenza fisica del congiunto, mantenendo peraltro nell'abitazione familiare il centro degli interessi materiali ed affettivi.

Di diverso avviso è, però, il Tribunale di Napoli, 02.11.2006, che ha ritenuto inammissibile la domanda volta a conseguire l'ordine di protezione nei confronti dell'ex coniuge separato, allorché sia cessata la convivenza.

La condotta attiva, a fonte del pregiudizio, deve essere costituita da ripetute azioni, ravvicinate nel tempo, e consapevolmente dirette a ledere l'integrità fisica o morale del convivente o del coniuge.

Per quanto concerne il requisito del "grave pregiudizio" all'integrità fisica o morale, o alla libertà, del familiare, esso, ad esempio, sussiste laddove

---

[79] *A favore delle tesi qui sostenuta, milita l'ulteriore considerazione che lo scopo della legge non è solamente quello di interrompere situazioni di convivenza pregiudizievole, ma anche e soprattutto quello di impedire la prosecuzione di condotte violente nell'ambito delle relazioni familiari, a prescindere quindi dalla attuale convivenza tra le parti (salvo ovviamente che la cessazione della convivenza sia assai datata nel tempo)*

[80] *Tribunale di Bologna, 22.03.2005*

si succedano nel tempo percosse e/o violenza fisiche sul soggetto o quando si realizzino anche soltanto aggressioni verbali, qualora esse siano in grado di arrecare una lesione alla salute psicologica della vittima.[81]

La scelta del legislatore di usare locuzioni ampie, nel definire i comportamenti violenti, risponde all'esigenza di non lasciare prive di protezione aree di interessi fondamentali, che altrimenti rischierebbero di rimanere esterne alla sfera di competenza della normativa.

La legge non si limita ad apprestare una tutela nei soli casi di maltrattamenti fisici, ma sposa una definizione di abuso comprensiva del grave pregiudizio al patrimonio morale ovvero alla libertà della vittima.

In dottrina si ritiene comunque che la condotta pregiudizievole indicata dalla norma vada definita con riferimento al reato di maltrattamento in famiglia di cui all'art. 572 c.p., che richiede la necessità di reiterate azioni ravvicinate nel tempo e consapevolmente dirette a ledere beni tutelati dalla l. 04.04.2001 n. 154 in modo che ne sia, gravemente e senza soluzione di continuità temporale, alterato il regime di normale convivenza del nucleo familiare.

Sulla base di tale convincimento, ci sono state alcune pronunce che hanno escluso che integrino la condotta pregiudizievole singoli episodi compiuti a distanza di considerevole tempo tra loro nei quali, peraltro, non sia ravvisabile la piena consapevolezza dell'autore.[82]

---

[81] *Tribunale di Rovereto, 26.07.2007*

[82] *Cfr,, ex pluribus, Tribunale di Trani, 12.10.2001: nella fattispecie l'autore della condotta era affetto da turbe psichiche e mentali.*

Ancora, perché possano essere adottati gli ordini di protezione familiare di cui all'art. 342 *bis* c.c. è necessario che dalla condotta di uno dei due coniugi possa derivare il pericolo di un nocumento all'integrità fisica o morale dell'altro coniuge.

Poiché tuttavia, tale pregiudizio è definito dalla legge "grave", non è sufficiente all'emanazione dei suddetti ordini di protezione la circostanza che le liti tra i coniugi siano degenerate in aggressioni, quando queste ultime siano state sporadiche e prive di conseguenze lesive apprezzabili.

Al ricorrere degli esaminati presupposti previsti dall'art. 342 *bis* c.c. il giudice, ha facoltà di disporre le misure di protezione indicate dall'art. 342 *ter* c.c., le quali sono costituite da:

ordine di cessazione della condotta pregiudizievole;

ordine di allontanamento dalla casa familiare;

divieto di frequentazione di luoghi determinati, abitualmente frequentati dal soggetto vittima della condotta pregiudizievole;

ordine di intervento dei servizi sociali del territorio, o di un centro di mediazione familiare;

ordine di pagamento di un assegno a favore del familiare che, per effetto del provvedimento, rimanga privo di mezzi adeguati.

I diversi rimedi si trovano in una posizione di autonomia e indipendenza tra di loro, ben potendo il giudice disporre, a norma dell'art. 342 *ter* c.c. "uno o più" provvedimenti, senza che l'emissione di un ordine sia subordinato all'emissione dell'altro.

Si ritiene, tuttavia, che l'ordine di cessazione della condotta pregiudizievole costituisca il contenuto minimo del provvedimento.

E’ possibile che il giudice accresca il contenuto del decreto con le ulteriori misure sopra elencate ma, anzi tutto, egli deve disporre la cessazione della condotta pregiudizievole.

Quanto all’ordine di allontanamento dalla casa familiare, questo sospende, per tutto il periodo della misura, il dovere di coabitazione che grava sui coniugi.

Il divieto di frequentazione dei luoghi abitualmente praticati dalla vittima dell’abuso familiare tende a far evitare a questa contatti indesiderati con l’autore della condotta pregiudizievole.

Si tratta, comunemente, dei luoghi di lavoro della vittima, del domicilio della famiglia di origine o del luogo di istruzione dei figli.

Il limite a tale divieto è costituito dalla circostanza che il soggetto, autore dell’abuso, non sia costretto a frequentare detti luoghi per esigenze lavorative, in quanto, in tal caso, l’ordine gli precluderebbe la possibilità di sostentamento economico.

Quanto alla possibilità che il giudice disponga, con l’ordine di protezione, l’intervento dei servizi sociali, o di centri di mediazione familiare, o di associazioni private che abbiano come fine il sostegno delle vittime di abusi, si tratta di un rimedio poco utilizzato nella pratica giudiziaria e che ha subito aspre critiche da parte della dottrina, posto che l’intervento dei servizi sociali dovrebbe essere richiesto su basi volontarie dei familiari e non essere imposto dal giudice in una situazione di crisi e di violenza familiare come quella che viene in rilievo nell’ambito delle disposizioni in esame.

Il giudice può anche disporre una misura di carattere patrimoniale, consistente nell'ordine, rivolto all'autore dell'abuso, di versare un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto del provvedimento di protezione familiare, rimangono prive di mezzi adeguati al loro sostentamento.

Tale pronuncia ha un carattere palesemente accessorio e mira semplicemente a fornire una tutela ampia e completa ai diritti personali pregiudicati dalla condotta del convenuto medesimo.

L'art. 736 *bis* c.p.c. prevede che la domanda, da proporre mediante ricorso, possa essere fatta anche dalla parte personalmente e debba essere rivolta al tribunale del proprio luogo di residenza o di domicilio.

Il giudice designato dal presidente del tribunale alla trattazione del procedimento, di regola, fissa con decreto in calce al ricorso l'udienza di comparizione delle parti e a detta udienza sente le parti stesse.

L'audizione delle parti, tuttavia, non essendo prevista a pena di nullità, non può essere ritenuta necessaria, come invece nel caso del giudizio di separazione caratterizzato dall'obbligatorio tentativo di conciliazione, qui invece non previsto.

Una volta sentite le parti ed ottenuti i chiarimenti necessari, il giudice procede ad atti di istruzione ritenuti indispensabili e, ove occorra, dispone le indagini anche per mezzo della polizia tributaria sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti.

E ciò al fine di determinare un assegno mensile in favore delle persone conviventi che, per effetto dell'ordine di protezione, rimangono senza mezzi di sostentamento.

Si tratta di un potere istruttorio d'ufficio, ampiamente discrezionale, che trova la sua ragione d'essere nella celerità connaturata al procedimento e nella necessità di verificare in modo approfondito la fondatezza delle accuse a salvaguardia sia dei diritti dell'abusato, sia di quelli del presunto responsabile.

L'attività istruttoria, chiesta dalle parti o disposta d'ufficio dal giudice, deve essere necessariamente sommaria, ma comprende, in linea di principio, ogni tipo di mezzo istruttorio utilizzabile nel rito ordinario.

La norma disciplina l'ipotesi di urgenza.

Invero, qualora il tempo necessario per la comparizione delle parti possa pregiudicare l'efficacia della misura di protezione o possa mettere in ulteriore e maggiore pericolo la parte ricorrente, il giudice ha la facoltà, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, di adottare immediatamente, *inaudita altera parte,* l'ordine di protezione, per poi fissare contestualmente l'udienza di comparizione delle parti, entro un termine non superiore a quindici giorni, con assegnazione al ricorrente di un termine non superiore ad otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto contenente la misura di tutela.

L'udienza così fissata culminerà nella conferma, modifica o revoca del provvedimento preso in precedenza, eventualmente dopo lo svolgimento di un'ulteriore attività istruttoria.

Si deve ritenere che i termini sopra indicati, in assenza di espressa previsione, non siano introdotti a pena di efficacia del provvedimento, salvo per il caso di omessa notifica da parte del ricorrente.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, in composizione monocratica.[83]

In dottrina si esclude che la parte, oltre al potere di proporre l'istanza, possa stare anche in giudizio personalmente e compiere la successiva attività processuale senza l'assistenza del difensore.

La competenza è affidata al tribunale ordinario del luogo di residenza o di domicilio del ricorrente.

La scelta del legislatore, chiaramente in senso derogativo rispetto al foro generale del convenuto, che risponde al principio che vuole che il giudice competente sia quello vicino al soggetto che subisce il processo, si spiega agevolmente con l'esigenza di favorire l'abusato, il quale non deve rincorrere il convenuto nell'eventualità che egli abbia una residenza anagrafica in un luogo diverso ove si trova la casa familiare, teatro delle pretese condotte pregiudizievoli.

L'ordine di protezione non può essere adottato qualora sia pendente un procedimento di separazione o divorzio, mentre se è stato adottato prima che sia proposta domanda di separazione o divorzio, perde efficacia nel momento in cui viene pronunciata l'ordinanza presidenziale contenenti i provvedimenti temporanei ed urgenti.

Ne consegue che, ove l'udienza di comparizione dei coniugi non si sia ancora tenuta, il ricorso è senz'altro ammissibile, nonostante la contemporanea proposizione del ricorso per separazione personale.

---

[83] *Si tratta di una scelta da un lato criticabile se si pensa ai diritti personalissimi in gioco, ma dall'altro giustificabile in ragione della necessaria rapidità della procedura, la quale non sarebbe facilmente garantita in ipotesi di competenza collegiale.*

Qualora poi, il richiedente contro gli ordini di protezione contro gli abusi familiari imposti la propria istanza come pregiudiziale al giudizio di separazione, le spese del procedimento devono essere liquidate all'esito di quest'ultimo giudizio.

La norma consente al giudice di adottare immediatamente l'ordine di protezione *inaudita altera parte*, salvo poi fissare l'udienza di comparizione delle parti innanzi a sé in cui confermare, modificare o revocare l'ordine stesso.

Per un'applicazione pratica della norma, si veda il Tribunale di Monza, 20.10.2003 che ha provveduto, d'urgenza, ad ordinare l'allontanamento di un marito responsabile di aver più volte insultato e aggredito la moglie, nonché di aver aggredito la suocera con un'arma da taglio.

La peculiarità degli ordini di protezione sta nel loro carattere temporaneo.

Infatti, a mente dell'ultimo comma dell'art. 342 *ter* c.c., il giudice, nell'accogliere il ricorso, deve stabilire la durata dell'ordine di protezione, qualsiasi sia il contenuto dello stesso.

L'ordine di protezione contro gli abusi familiari può essere disposto dal giudice per un periodo massimo di sei mesi.

Il termine di estinzione della misura di protezione decorre dal giorno dell'esecuzione e non può essere superiore a sei mesi, con possibilità di proroga, su istanza della parte interessata, e previa instaurazione del contradditorio, salvo ragioni di particolare urgenza, "per il tempo strettamente necessario" e a condizione che ricorrano "gravi motivi".

La proroga può essere disposta tutte le volte che ricorrano fatti e comportamenti che, pur senza tradursi direttamente in nuovi episodi di violenza tuttavia siano tali, tenuto conto delle contingenze del caso concreto ed in particolare della situazione di conflitto venutasi a determinare, da generare ulteriori occasioni di contrasto e da esporre nuovamente a pregiudizio la persona protetta.

Si deve poi ritenere che l'ordine di protezione perda efficacia anche prima dello spirare del termine fissato dal giudice, allorché, medio tempore, intervengano i provvedimenti presidenziali in sede di giudizio di separazione o di divorzio.

E ciò perché, come si è detto, qualora sia stata celebrata l'udienza presidenziale, viene meno la competenza del giudice dell'ordine di protezione, con conseguente attribuzione del potere di emetterlo al giudice della separazione e del divorzio.

In dottrina si ritiene che la semplice trasgressione degli ordini di protezione, non accompagnata dal nuovo compimento di atti di violenza, pur acquistando rilevanza penale, non consenta l'emissione di un nuovo provvedimento.

Il giudice decide con decreto motivato immediatamente esecutivo.

Contro il decreto di accoglimento o di rigetto, o di conferma, modifica o revoca del provvedimento emesso *inaudita altera parte* è ammesso reclamo al Collegio del medesimo tribunale, entro i termini di cui all'art. 739 c.p.c., e quindi entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notifica del provvedimento, essendo quest'ultimo reso nei confronti di più parti.

Il decreto motivato emesso dal tribunale in sede di reclamo con cui si accolga o si rigetti l'istanza di concessione della misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare, infatti, non è impugnabile per Cassazione, né con ricorso ordinario – stante l'espressa previsione di non impugnabilità contenuta nell'art. 736 *bis* c.p.c., introdotto dall'art. 3 l.04.04.2001 n. 154 – né con ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost., giacchè detto decreto difetta dei requisiti della decisorietà e della definitività.

3.- Risarcimento dei danni cagionati al figlio dai genitori

Il nuovo art. 709 *ter* c.p.c., introdotto dall'art. 2 comma 2 della l. n. 54/2006, prevede una disciplina specificamente rivolta a definire i contrasti tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità dell'affidamento, stabilendo la competenza del giudice del procedimento in corso e attribuendo, invece, al tribunale del luogo di residenza del minore la competenza per i procedimenti di revisione di cui all'art. 710 c.p.c..

Il giudice, adito con ricorso, convoca le parti e adotta i provvedimenti necessari.

Il procedimento, di natura sommaria, può infatti, essere avviato o incidentalmente nell'ambito del giudizio di separazione, divorzio o affidamento dei figli naturali già pendente, oppure autonomamente, come speciale procedimento per la modifica delle condizioni di separazione.

La prima parte dell'art. 709 *ter* c.p.c. fa riferimento alla soluzione di contrasti sorti tra i genitori in relazione all'attuazione dei provvedimenti concernenti l'esercizio della potestà o le modalità dell'affidamento.

Il giudice è chiamato, in questo caso, ad interpretare e/o integrare, se necessario, i provvedimenti originariamente assunti al fine di offrire una soluzione immediata alla controversia.

Nell'ipotesi in cui il giudice ravvisi da parte dei genitori gravi inadempienze o atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, oltre a modificare i provvedimenti già assunti, potrà anche, congiuntamente, comminare apposite sanzioni verso il genitore inadempiente al fine di ottenere il rispetto delle statuizioni assunte.

Dalla lettura coordinata dell'intera norma, può dunque evincersi che il ricorso ex art. 709 *ter* comma 1 c.p.c. presuppone necessariamente un contrasto insorto tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà o alle modalità di affidamento rispetto ai quali il giudice è chiamato ad assumere una decisione.

Di contro, per la modifica dei provvedimenti originari, non basta l'insorgere di un contrasto tra i coniugi, risultando necessario, a norma del comma 2 dell'art. 709 *ter* c.p.c. che si siano manifestati aspetti patologici nella condotta genitoriale tali da arrecare un pregiudizio al minore.

Devono essere presi evidentemente in considerazione tutti quei comportamenti, ascrivibili ad uno o entrambi i genitori, che siano idonei a determinare una situazione pregiudizievole per il minore, ovvero una

situazione in cui il figlio si trova in uno stato di sofferenza, disagio o carenza che può incidere negativamente sulle sue potenzialità di crescita e sviluppo.

In quest'ultimo caso, oltre a modificare la decisione già assunta, se ne sussistono i presupposti, il giudice potrà ammonire il genitore responsabile e nei casi più gravi, comminare il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in favore della Cassa delle ammende, oltre che condannarlo ad un risarcimento del danno in favore dell'altro genitore o del minore stesso.

Tale previsione deve essere coordinata con le norme di cui agli artt. 330 e 333 c.c., sicchè deve ritenersi che "*gli atti che arrechino pregiudizio al minore*" non devono essere di gravità tale da richiedere una pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale, provvedimento quest'ultimo per il quale rimane ferma la competenza del tribunale per i minorenni.

La disposizione di cui all'art. 709 *ter* comma 2 c.p.c. mira a fornire una specifica tutela contro i pregiudizi che sia il genitore che il minore possono subire in conseguenza degli ostacoli posti nello svolgimento delle modalità di affidamento dall'altro genitore e al contempo nel sanzionare quest'ultimo inducendolo a desistere da tale comportamento.

Si discute sulla natura dei danni ex art. 709 *ter* comma 2 c.p.c..

Come è noto, il tradizionale ruolo della responsabilità civile è considerato quello di *"restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguente del danno arrecato".*

Diversa è la *ratio* dei danni punitivi che, ammessi e previsti negli ordinamenti di *common law*, mirano a sanzionare, con l'irrogazione di una sorta di sanzione economica privata, colui che si sia reso colpevole di comportamenti malevoli ai danni di altri consociati.

Nei danni punitivi sono sottese, pertanto, finalità pubblicistiche di deterrenza e di punizione, quale, ad esempio, perseguire una finalità pedagogica, tentando di distogliere il colpevole, nonché la collettività, da comportamenti socialmente dannosi, quando la minaccia del solo risarcimento non possa costituire un valido deterrente o, incentivando la parte lesa, attribuendole un *quid pluris* rispetto al risarcimento, ad affermare il proprio diritto, in una sorta di surrogazione della potestà pubblica che eviti, nello stesso tempo, fenomeni di giustizia privata o vendette non autorizzate.

In tal senso, la nuova disposizione dell'art. 709 *ter* c.p.c. è letta da una parte degli interpreti come ispirata a logiche punitive, che consentano di eludere criteri rigidi di allegazione e prova del danno in caso di violazione di provvedimenti di affidamento o di regolamentazione dell'esercizio della potestà.

Data per scontata la natura prettamente sanzionatoria delle misure previste dai numeri 1 e 4 (ammonizione del genitore inadempiente; condanna del genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle Ammende), si discute se il risarcimento del danno stabilito ai numeri 2 e 3, sia finalizzato al ristoro di un'effettiva lesione del diritto all'intangibilità della relazione tra un genitore ed un figlio, oppure se tale risarcimento

presenti la medesima natura sanzionatoria delle altre misure e sia da considerare, pertanto, alla stregua di figura di danno punitivo.

La sanzione è irrogabile per il comportamento lesivo posto in essere all'interno del nucleo familiare sempre che ne ricorrano i presupposti: un comportamento dannoso imputabile al coniuge, nel presupposto di un precedente provvedimento riguardante il coniuge o la prole, ed emesso per effetto della separazione.

Con tale previsione trovano direttamente ingresso nell'ambito dei giudizi di separazione e di divorzio (ma anche nei procedimenti relativi ai genitori di figli naturali) quelle domande risarcitorie che fino ad oggi il genitore avrebbe dovuto far valere necessariamente in un separato giudizio.

La tesi si basa sulle seguenti argomentazioni: la natura volontaria della giurisdizione esercitata nell'ipotesi di domanda di cui all'art. 709 *ter* comma 2 c.p.c., mal si concilierebbe con la giurisdizione contenziosa imposta dalla natura della condanna al risarcimento dei danni causati all'altro genitore ed al minore.

L'azione strettamente risarcitoria comporterebbe inoltre il rispetto del principio della domanda, con la conseguenza di ritenere che il minore dovrebbe necessariamente proporla prendendo parte al processo.

Sostenere, viceversa, la funzione eminentemente sanzionatoria delle condanne previste dall'art. 709 *ter* comma 2 c.p.c., implica la possibilità per il giudice di applicare le stesse d'ufficio, quindi anche a prescindere dalla domanda del coniuge danneggiato o del figlio minore.

Altro argomento a favore della tesi qui sostenuta, riguarda l'esigenza pratica di non appesantire il giudizio, introdotto con ricorso ex art. 709 *ter* comma 2 c.p.c. con un'istruttoria articolata e complessa, propria di un accertamento pieno della responsabilità, di natura comunque contrattuale e di un giudizio contenzioso, implicando, viceversa, una più agevole indagine, nell'ottica di un riequilibrio equitativo dei rapporti familiari pregiudicati da comportamenti scorretti o lesivi delle aspettative sorte all'interno del nucleo familiare.

Uno sguardo alle prime pronunce sul tema evidenzia molto chiaramente come la giurisprudenza di merito sia per il momento prevalentemente orientata ad attribuire al provvedimento in questione una funzione pubblicistica di deterrenza e di punizione alla stregua di una pena privata.

Merita di essere citata una sentenza del Tribunale di Messina[84] in cui si sono individuate le finalità essenziali e peculiari della procedura prevista dall'art. 709 *ter* c.p.c..

Per ottenere la separazione con addebito in capo al marito, l'affidamento del figlio minore, un contributo per il suo mantenimento e l'assegnazione della casa, la moglie deduceva, a sostegno della domanda, l'abbandono del tetto coniugale, con conseguente inadempimento dei doveri familiari da parte del marito.

Secondo quest'ultimo, invece, l'allontanamento era stato preteso dalla moglie, che aveva così impedito anche i rapporti fra padre e figlio, e conseguentemente domandava l'addebito della separazione alla moglie, l'affidamento del figlio minore ed un contributo per il suo mantenimento.

---

[84] *Tribunale di Messina, 05.04.2007, n. 597.*

Fallito il tentativo di conciliazione e adottati i provvedimenti ex art. 708 c.p.c., con quasi totale accoglimento delle domande della ricorrente, le parti comparivano innanzi al giudice istruttore.

La moglie chiedeva, in tale sede, un provvedimento ex art. 342 *bis* c.c. mentre il marito avanzava domanda per l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 709 *ter* c.p.c. a carico della moglie.

Il Tribunale di Messina, pronunciata la separazione condannava, tra l'altro, la moglie al pagamento di una somma pari ad € 10.000,00 a titolo di risarcimento del danno ex art. 709 *ter* c.p.c., inteso non già quale danno patrimoniale e non, ma quale danno punitivo.

Posto che, la funzione della norma in esame è indubbiamente quella di trovare una soluzione all'incoercibilità dei provvedimenti in ordine all'affidamento e all'esercizio della potestà, attraverso misure capaci di indurre il genitore ad adempiere spontaneamente, e non di fornire una compensazione per la lesione del bene protetto, il Tribunale di Messina sottolinea che il presupposto per l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 709 *ter* comma 2 c.p.c. riposa nell'effettivo inadempimento agli obblighi oggetto della decisione giudiziaria ovvero in comportamenti lesivi degli interessi della prole *"dovendo ritenersi che il giudice investito del difficile ma essenziale compito dell'attuazione del provvedimento, per effetto di tale previsione, sia dotato di un potere coercitivo diretto ed indiretto volto a rendere il provvedimento di affidamento attuabile, efficace ed in ultima analisi a realizzare veramente nella realtà dei fatti l'interesse del minore".*

La possibilità per il giudice di condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni in favore dell'altro genitore o del figlio rappresenta, tra le misure contemplate nell'art. 709 *ter* comma 2 c.p.c., quella sicuramente meno agevole da definire.

Se non vi sono dubbi, infatti, circa la natura sanzionatoria del provvedimento di ammonizione e di pagamento della pena amministrativa pecuniaria, non è chiaro invece se la misura del risarcimento del danno prevista dall'art. 709 *ter* c.p.c. abbia una funzione compensativa – ripartiva, ovvero sia diretta a risarcire il genitore o il figlio del pregiudizio effettivamente subito, o piuttosto abbia una finalità prevalentemente punitiva, diretta a sanzionare il comportamento illecito e a dissuadere il genitore inadempiente dalla sua prosecuzione.

Chi propende per tale ultima funzione, configura il risarcimento *de quo* alla stregua di un danno punitivo che, pertanto, non si sovrappone ma si aggiunge alle altre voci di responsabilità.

In tal caso, e anche al fine di evitare sovrapposizioni con le domande risarcitorie che le parti possono autonomamente proporre, si ritiene che il giudice per determinare l'*an* e il *quantum debeatur* debba fare riferimento esclusivamente alla gravità della condotta e all'efficacia deterrente della sanzione, prescindendo evidentemente dagli ordinari parametri risarcitori.

Per converso, qualora invece si neghi la natura punitiva del danno risarcibile ex art. 709 *ter* comma 2 nn. 2 e 3 c.p.c., sarà necessario per il genitore che chiede il risarcimento dimostrare la sussistenza degli elementi soggettivi ed oggettivi dell'illecito.

In buona sostanza, se il risarcimento opera in funzione della riparazione per il pregiudizio concretamente subito, è evidente che esso non discende automaticamente dalla gravità della condotta ascritta al genitore inadempiente, ma deve essere condizionato all'assolvimento dell'onere della prova del pregiudizio subito.

A ben vedere, però, un discorso a parte dovrebbe essere fatto per l'ipotesi del risarcimento del danno nei confronti del figlio.

In questo caso, infatti, si pone la questione di come il provvedimento possa prevedere un risarcimento nei confronti di un soggetto esterno al processo, estendendo quindi gli effetti della condanna nei confronti di un terzo.

Difficile sostenere che il genitore in questo caso agisca nell'interesse del figlio minore, quale rappresentante dei suoi interessi, posto che evidentemente si dovrebbe in tal caso prevedere la nomina di un curatore speciale, al pari di quanto accade nelle azioni di stato, laddove vi sia il rischio di un conflitto di interessi tra chi agisce e il soggetto rappresentato.

Viceversa, la previsione di un risarcimento completamente scollegato dal danno sofferto lo rende più facilmente assimilabile ad una sanzione civile indiretta.

Aggiungendosi alla somma di denaro che tradizionalmente svolge una funzione ripartiva, essi consentono al danneggiato di ottenere una sanzione esemplare nei confronti dell'autore della condotta dannosa.

Il ricondurre la figura prevista dall'art. 709 *ter* comma 2 c.p.c. nell'ambito dei danni punitivi, se consente di risolvere le difficoltà legate al dover

svolgere un'istruttoria sul danno in una sede – quella del procedimento di separazione e divorzio – che risulta del tutto inadeguata, non appare comunque libera da problemi.

La Suprema Corte sottolinea che *"l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato.*

E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa."[85]

In verità, la dottrina ha da tempo messo in luce come la responsabilità civile abbia già di per sé una valenza punitiva: il fatto che il sistema ponga come centrali le nozioni di risarcimento e riparazione non esclude comunque una concorrente e più limitata funzione sanzionatoria.

Deve, poi, sottolinearsi come proprio in tema di illeciti endofamiliari sia da tempo fortemente avvertita l'esigenza di elaborare strumenti in grado di reprimere quelle condotte caratterizzate da un intenzionale inadempimento ai doveri coniugali o genitoriali, ove la previsione

---

[85] *Cass. civ. 19.01.2007 n. 1183*

risarcitoria per quanto orientata a finalità solidaristiche assume indubbiamente anche un'esigenza punitiva.

La giurisprudenza, del resto, nel liquidare il danno non patrimoniale in illecito endofamiliare mostra spesso di riservare una particolare considerazione alla condotta del danneggiante e all'intensità del dolo o della colpa dello stesso, ritenuta indicativa della riprovevolezza mostrata nel non assolvere ai propri doveri genitoriali.

Con ciò lasciando trasparire un intento sanzionatorio diretto a scoraggiare certi comportamenti attraverso la loro punizione.

E' ormai fuori di dubbio la possibilità di ricorrere alla tutela aquiliana quale rimedio agli illeciti commessi nell'ambito della famiglia.

Tramontata la tesi dell'immunità della famiglia alle regole della responsabilità civile, è opinione condivisa che la lesione dei diritti fondamentali della persona legittimi la domanda di risarcimento anche quando la violazione sia avvenuta all'interno del nucleo familiare e ad opera di uno dei suoi membri.

La famiglia si configura, quindi, non già come luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quale i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost..[86]

---

[86] *Cass. civ. 10.05.2005 n. 9801*

Al profondo cambiamento intervenuto negli ultimi anni determinato dall'irrompere della responsabilità civile nei rapporti di famiglia e, per quanto più propriamente interessa, nell'ambito delle relazioni genitori e figli, ha contribuito in maniera significativa l'elaborazione teorica del danno esistenziale, che guardando al danno come modificazione peggiorativa delle condizioni di vita del danneggiato, ha consentito di individuare nuovi interessi la cui lesione genera responsabilità.

Esso si distingue dal danno biologico in quanto non comporta un'alterazione dello stato di salute o l'insorgere di una malattia, ma piuttosto un pregiudizio, di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

La nozione di danno risarcibile a carico del genitore – che viene dai giudici di legittimità ricondotto al principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. in correlazione con gli artt. 2 ss. Cost., va necessariamante estesa fino a ricomprendere non solo i danni in senso stretto patrimoniali, ma tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

E' indubbio che una norma formulata nel modo in cui è stato pensato l'art. 709 *ter* comma 2 c.c., priva di indicazioni aggiuntive rispetto alla mera previsione della possibilità per il giudice di *"disporre il risarcimento dei danni"* a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro o del figlio, non aiuta l'interprete, specie se si considera che in molti casi nei quali il legislatore ha volutamente privilegiato una connotazione punitiva della

misura risarcitoria lo ha espressamente indicato, per esempio qualificando il rimedio come riparazione o indennità a aggiungendolo esplicitamente all'ordinaria misura risarcitoria o svincolandolo dall'onere della prova del danno subito.[87]

[87] *Cfr. "Responsabilità nelle relazioni familiari" di Michele Sesta.*

La famiglia è l'associazione istituita dalla natura
per provvedere alle necessità dell'uomo
(Aristotele)

IL MANTENIMENTO DEI FIGLI: COSA E' CAMBIATO CON LA LEGGE 54/2006

L'art. 148 c.c. e l'obbligo di mantenimento dei figli legittimi e naturali

Il diritto al mantenimento dei figli, siano essi legittimi o naturali, è tutelato dalla nostra Costituzione.

L'art. 30 della Carta Costituzionale si apre proclamando che "*E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio".*

Tale principio è stato recepito nel nostro ordinamento, per ciò che concerne le coppie coniugate, dagli articoli 147 e 148 c.c. i quali, rispettivamente, prevedono che " *il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli"* e che "*i coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista dall'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo".*

Per le coppie di fatto, invece, l'art. 261 c.c. dispone che "*il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi"* compreso, pertanto, l'obbligo al mantenimento.

La giurisprudenza ritiene che l'obbligo di mantenimento in capo al genitore naturale sussista fin dal momento della nascita del figlio; ne discende che dalla data di nascita del figlio naturale decorra il connesso

obbligo di rimborsare pro quota l'atro genitore, il quale abbia per intero subito il carico del mantenimento fino a detta pronuncia[88].

Il Tribunale di Torino con sentenza n. 2774 del 31.03.2008 dichiara che "*per il combinato disposto degli artt. 261,147 e 148 c.c., sui genitori naturali grava l'obbligazione di adempiere al mantenimento dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la capacità di lavoro professionale e casalingo. Ne consegue che il genitore che abbia adempiuto all'obbligo di mantenimento dei figli anche per la quota incidente sull'altro genitore, è legittimato ad agire contro quest'ultimo per conseguire il rimborso della quota per tutto il periodo decorrente dalla nascita del figlio – e non soltanto per il periodo successivo alla domanda, come previsto dall'art. 445 c.c. per la diversa ipotesi dell'obbligo alimentare – in applicazione analogica dell'art. 1229 c.c., che prevede il regresso tra i condebitori solidali quando l'obbligazione sia stata adempiuta da uno solo di essi".*

Il genitore, coniuge o convivente *more uxorio*, che abbia adempiuto integralmente l'obbligo di mantenimento dei figli può agire legittimamente nei confronti dell'altro genitore per il rimborso di detta quota, ma deve svolgere apposita domanda di regresso.

Il dovere di mantenere i figli non viene meno neppure nei casi di decadenza del genitore dalla potestà.

---

[88] *E' un orientamento assolutamente consolidato: Cass. Sent. 19.02.2010 n. 3991; Cass. Sent. 06.11.2009 n. 23630; Cass. Sent. 25.02.2009 n. 4588; Cass. Sent. n. 2657 del 17.12.2008; Cass. Sent. n. 23596 del 03.11.2006; Cass. Sent. n. 15756 del 11.07.2006; Cass. Sent. n. 7386 del 14.05.2003.*

L'art. 148 prosegue dicendo che "*(..) quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinchè possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli".*

Sul punto si è recentemente pronunciata la Suprema Corte[89] respingendo il ricorso di una donna, laureata e proprietaria di immobili, che pretendeva dagli ex suoceri un assegno per mantenere il bambino nato dal matrimonio con il loro figlio, il quale si era reso inadempiente all'obbligo di mantenere il minore.

Precisa la Corte di Cassazione che "*l'art. 147 c.c. impone ai genitori l'obbligo di mantenere i propri figli. Tale obbligo grava su di essi in senso primario ed integrale, il che comporta che se l'uno dei due non voglia o non possa adempiere, l'altro deve farvi fronte con tutte le sue risorse patrimoniali e reddituali e deve comunque sfruttare la sua capacità di lavor, salva comunque la possibilità di agire contro l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle sue condizioni economiche. Solo in via sussidiaria si concretizza l'obbligo degli ascendenti a fornire ai genitori i mezzi necessari per adempiere al loro dovere nei confronti dei figli previsto dall'art. 148 c.c., che comunque trova ingresso non già perché uno dei due genitori sia rimasto inadempiente al proprio obbligo, ma se ed in quanto l'altro genitore non abbia mezzi per provvedervi".*

La Suprema Corte, inoltre, specifica che "*inspiegabilmente l'attrice non aveva assunto iniziative nei confronti del padre del minore, omettendo di pretendere che assolvesse al suo obbligo primario di provvedere al*

---

[89] *Cass. Sentenza n. 20509/10*

mantenimento del figlio, ha escluso che ella potesse chiamare al concorso i nonni paterni, essendo in grado di assolvere ella stessa, in prima persona, al suo personale dovere nei confronti del figlio. Non vi erano perciò i presupposti per l'azione esperita".

Insomma, un obbligo a carico degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari per adempiere al loro dovere nei confronti dei figli si concretizza non già perché uno dei due genitori sia rimasto inadempiente al proprio obbligo, ma se e in quanto l'altro non abbia mezzi per provvedervi.

Di recente il Tribunale di Verbania[90] ha rigettato la domanda della madre disoccupata che chiedeva che il versamento del mantenimento dovuto ai figli fosse effettuato dai genitori del marito.

Il caso riguardava una coppia separata in cui il marito, onerato del pagamento di € 400,00 per il mantenimento della moglie ed € 750,00 per il mantenimento del marito, versava solo € 400,00, si affermava disoccupato.

Lo stesso, per ben due volte raggiunto da un ordine di versamento diretto da parte del datore di lavoro, si era licenziato e a nulla era valsa la notifica di precetto.

La moglie, già casalinga ai tempi del matrimonio, aveva subito un grave incidente d'auto e al momento non era in grado di reperire occupazione. La casa coniugale, di proprietà di entrambi i coniugi, era gravata da mutuo di circa € 600,00.

---

[90] *Tribunale Verbania, decreto del 05.08.2010*

Il Tribunale, rilevato che non sussisteva alcuna prova che la patologia della moglie la rendesse inidonea al lavoro (con apposita certificazione di invalidità) e che il versamento di € 400,00 non facesse mancare i mezzi di sussistenza ai minori, rigettava il ricorso.

La decisione, a mio avviso, non ha tenuto conto del fatto che l'interesse tutelato dalla norma ex art. 148 c.c. era quello dei minori che, nella fattispecie concreta, potevano contare su mezzi sicuramente insufficienti, posto che il solo mutuo era superiore al contributo versato dal padre, che colposamente si rendeva inadempiente.

Né ha valutato il fatto che nella fattispecie, nessuno dei due coniugi voleva (il padre) o poteva (la madre, in quanto disoccupata) provvedere adeguatamente a tutte le esigenze dei minori.

Che poi si possa dire che 400 euro al mese per due minori, che vivono in immobile gravato da mutuo, siano sufficienti alla loro sussistenza è del tutto discutibile.

La domanda nei confronti degli ascendenti si propone con ricorso al Presidente del Tribunale.

A mio avviso non sussiste litisconsorzio necessario tra gli ascendenti di entrambi i rami, in quanto il giudice può eventualmente limitare il contributo di un ramo parentale al 50% del totale, ma il Tribunale di Novara ha richiesto la notifica anche ai nonni non chiamati in giudizio, consentendo agli stessi di liberarsi del loro onere consegnando al difensore adeguata documentazione.

L'art. 148 c.c. prosegue affermando che "*in caso di inadempimento il presidente del tribunale, su istanza di chiunque vi ha interesse, sentito*

l'inadempiente ed assunte informazioni, può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione o l'educazione della prole".

Il decreto emesso può essere opposto secondo le forme della opposizione a decreto ingiuntivo; mentre, ove le circostanze di fatto mutino (per esempio uno dei genitori trovi un lavoro), può essere in ogni momento revocato o modificato.

1 L'art. 155 c.c. ed il mantenimento diretto e indiretto del figlio minorenne o maggiorenne non economicamente autosufficiente

La legge 54/2006 ha riformato la lettera dell'art. 155 c.c. anche per ciò che concerne il mantenimento dei figli.

Nella vigenza della precedente normativa si faceva prevalentemente ricorso all'affidamento esclusivo: il Tribunale, pertanto, stabiliva la misura e la modalità della prestazione pecuniaria a carico del genitore non affidatario e la corresponsione dell'assegno di concorso al mantenimento direttamente al coniuge affidatario.

Si tratta della forma di mantenimento indiretto che consiste nella corresponsione di un assegno (solitamente mensile) da parte di uno dei due genitori; il mantenimento diretto, invece, si ha quando un genitore provvede a quanto necessario per il figlio, come farlo vivere nella propria casa e averne cura o provvedere direttamente all'acquisto di beni o servizi per il minore.

Conosciamo le doglianze dei padri c.d. "bancomat" al proposito, ed è per questo che nelle intenzioni del legislatore, la L. 54/2006 avrebbe dovuto

ridurre drasticamente i casi in cui il genitore non affidatario – o non convivente – doveva versare all'altro un assegno mensile.

Si voleva passare da un regime di mantenimento indiretto per il genitore non affidatario, ad un regime di mantenimento diretto dei figli da parte di entrambi i genitori.

A seguito dell'entrata in vigore della l. 54/2006, ci sono state pronunce giurisprudenziali che, seguendo la nuova normativa sul mantenimento diretto, hanno diviso paritariamente il tempo che ciascun genitore passava con i figli e, di conseguenza, hanno disposto che ognuno provvedesse al mantenimento della prole in via diretta.

Ad esempio, il Tribunale di La Spezia[91] affermava che l'adozione di un regime di affidamento della prole con suddivisione paritaria della convivenza e del tempo trascorso con ciascuno dei genitori, impone la revoca dell'assegno di mantenimento dei figli a carico di un genitore ed in favore dell'altro.

Allo stesso modo, il Tribunale di Chieti[92] riteneva che, a parità di redditi tra i genitori, la modalità preferenziale di mantenimento dovesse essere quella diretta.

Diverso il ragionamento del Tribunale di Catania[93] che, in esito ad un procedimento di modifica delle condizioni di separazione, a fronte della puntuale indicazione da parte del padre dei capitoli di spesa di cui intendeva farsi carico (nonostante la convivenza prevalente del minore presso la madre, che quindi affronterà maggiori spese per le esigenze

---

[91] *Tribunale La Spezia, ordinanza del 14.07.2007*
[92] *Tribunale Chieti, ordinanza del 28.06.2006*
[93] *Tribunale di Catania, decreto 25.09.2009*

quotidiane, soprattutto di alimentazione), ha ritenuto "*opportuno sostituire il contributo indiretto mensile di € 500,00 che il marito versava al coniuge per il mantenimento della minore, con un regime di mantenimento indiretto (i due coniugi sono entrambi percettori di redditi: il C. è titolare di una palestra nel centro della città, mentre la E. è impiegata)".*

Nel decreto di cui sopra risultano puntualmente indicate le spese di cui il padre si faceva carico (abbigliamento, istruzione e cultura, attività ludiche e sportive; sanitarie in genere).

La decisione del Tribunale di Catania appena menzionata, viene emessa dopo che il ripensamento circa l'automaticità affido condiviso/mantenimento diretto è stato completato.

Infatti, sin da subito si è evidenziato che il mantenimento diretto si dimostrava problematico laddove uno dei due coniugi fosse stato, per esempio, casalingo oppure qualora vi fosse una sensibile diversità reddituale tra marito e moglie.

Nel tempo, pertanto, la giurisprudenza si è stabilizzata sull'opposta tendenza di considerare l'assegno perequativo da parte del coniuge con reddito maggiore, come la regola rispetto al mantenimento diretto.

In particolare, la Corte di Cassazione[94] ha specificato che il diritto del minore alla bigenitorialià, così come affermato dalla legge 54/2006, consiste nel diritto dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione, intendendosi garantire ai minori l'impegno costante e continuo di entrambi i genitori.

---

[94] *Cassazione sentenza 18.06.2008 n. 16593.*

Il principio di bigenitorialità, pertanto, privilegia l'interesse esistenziale del minore, garantendo il perpetuarsi dello schema educativo già sperimentato durante il matrimonio (Cass. 18.08.2006 n. 18187) e non esclude l'obbligo del versamento di un contributo al mantenimento ove ne sussistono i presupposti, a favore del genitore con cui i figli convivano.

La sentenza sopra richiamata concerneva un caso di divorzio precedente la riforma del 2006 sull'affidamento, ma si riferiva ad un affidamento congiunto che può essere considerato "l'antesignano" dell'affidamento condiviso.

La Corte con un *obiter dictum* ha però creato un precedente in tema di mantenimento condiviso, dicendo che "*anche la recente legge 54/2006 … pur se successiva alla data dell'impugnata decisione, introduce il c.d. principio della bi genitorialità, con ciò ovviamente privilegiando l'interesse esistenziale del minore e prescindendo, in particolare, sia dal rapporto patrimoniale tra i due ex coniugi, sia dagli aspetti economici riguardanti la vita del minore.*

Secondo la Suprema Corte si tratta di un'ulteriore e definitiva conferma che l'affidamento congiunto non può certo far venir meno l'obbligo patrimoniale di uno dei genitori a contribuire con la corresponsione di un assegno al mantenimento dei figli, in relazione alle loro esigenze di vita ….

Ne consegue che censurabile è la decisione in esame là dove ha erroneamente fatto derivare, come conseguenza automatica, dell'affidamento congiunto, il principio che ciascuno dei genitori provvede in modo diretto ed autonomo alle esigenze dei figli.

La Corte di Appello di Catania[95], ha affermato che deve escludersi che l'affidamento condiviso implichi, come conseguenza automatica, che ciascuno dei genitori debba provvedere paritariamente, in modo diretto al mantenimento dei figli.

Pertanto, la Corte di Appello ha confermato il principio di diritto in base al quale, anche a seguito dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, il modo ordinario con cui il genitore non collocatario deve contribuire al mantenimento dei figli è quello indiretto, mediante corresponsione di un assegno periodico in favore dell'altro convivente con la prole.

Ciò per rispettare il principio di proporzionalità nel mantenimento ai sensi degli artt. 147 e 148 c.c.

È, pertanto, censurabile la decisione del giudice del merito che faccia erroneamente derivare, come conseguenza "automatica" dell'affidamento congiunto, il principio che ciascuno dei genitori provvede in modo diretto e autonomo alle esigenze dei figli.

In merito, la Corte di Cassazione[96] ha dichiarato che, a seguito dell'entrata in vigore della legge sull'affidamento condiviso, il modo ordinario con cui un genitore dovrà contribuire al mantenimento dei figli minori sarà quello indiretto, mediante corresponsione di un assegno periodico in favore del genitore collocatario della prole, tutte le volte in cui l'affidamento condiviso preveda il collocamento prevalente della prole presso uno dei genitori ("*in tema di mantenimento dei figli minori, la corresponsione di un assegno periodico a carico di uno dei genitori si*

---

[95] *Corte d'Appello di Catania, sentenza 21.04.2009*

[96] *Cassazione, sentenza n. 23411/09*

rivela quantomeno opportuna, se non necessaria, quando l'affidamento condiviso dei figli preveda un collocamento prevalente presso uno di loro, tenuto conto che tale genitore (c.d. collocatario), essendo più ampio il tempo di permanenza presso di lui, avrà necessità di gestire, almeno in parte, il contributo al mantenimento da parte dell'altro genitore, dovendo provvedere in misura più ampia alle spese correnti e all'acquisto di beni durevoli che non attengono necessariamente alle spese straordinarie (indumenti, libri etc))".

***

I criteri in base ai quali è prevista la corresponsione dell'assegno "ove necessario" sono i seguenti:

1 Le attuali esigenze del figlio;

2 Il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;

3 I tempi di permanenza presso ciascun genitore;

4 Le risorse economiche di entrambi i genitori;

5 La valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

In altri Paesi (Germania, Inghilterra, Belgio, Danimarca, Svizzera) esistono tabelle per la determinazione del mantenimento dei figli sulla base del reddito dei genitori, in Italia, come sappiamo, il legislatore ha dato dei parametri che al giudice spetta di applicare al caso di specie.

Qualche Tribunale (Firenze, Palermo) ha provato ad elaborare sistemi, anche con l'aiuto delle scienze statistiche[97], per determinare il costo dei figli e dunque il contributo dei genitori.

Sono però decisioni isolate, quasi esercizi di concretezza non praticati nella maggior parte dei tribunali.

I precedenti giurisprudenziali possono darci una mano nel cercare di stabilire regole base per la determinazione del concorso al mantenimento.

Ma come calcolare materialmente l'importo degli assegni di mantenimento?

L'obiettivo è quello di ripartire il reddito che prima consentiva di fronteggiare il mantenimento di un nucleo familiare, in modo da consentire la sopravvivenza di due nuclei che, dopo la separazione o il divorzio, dovrebbero mantenere lo stesso tenore di vita precedente.

In particolare, la speranza è che, almeno, si riesca a fare in modo che il tenore di vita sia uguale per tutti.

Un breve accenno sul metodo MoCaM (=Modello Calcolo assegno di Mantenimento)[98].

In base a questo metodo, per determinare l'importo dell'assegno di mantenimento, occorre conoscere: il reddito dei coniugi, l'età, la residenza della famiglia (nord, centro o sud), la disponibilità della casa familiare, l'esistenza di mutui, la ripartizione dei tempi di accudimento dei figli.

---

[97] *Sentenza del Tribunale di Firenze, 03.10.2007*

[98] *Tale modello è un metodo statistico-matematico per il calcolo dell'assegno di mantenimento (reperibile sul sito www.mocam.net)*

Il programma, poi, elabora il responso e permette di stampare una relazione (il risultato è molto simile a quello a cui si perviene con il metodo utilizzato dal Tribunale di Palermo, qui di seguito esposto).

E' importante sottolineare che il metodo MoCaM è attendibile per famiglie con redditi contenuti, non per quelli con redditi elevati.

Per quanto riguarda il metodo del Tribunale di Palermo occorre rilevare come sia uno dei metodi più semplici per la determinazione dell'importo dell'assegno di mantenimento, elaborato dai giudici di quel tribunale[99] .

In questo caso vengono presi in considerazione: i redditi dei coniugi degli ultimi tre anni, le imposte nette, i mutui contratti nell'interesse della famiglia, il numero di figli, il tempo percentuale dedicato ai figli del coniuge richiedente l'assegno.

Infine, senza pretesa di completezza, segnalo alcune significative decisioni in materia, a partire proprio da quella del Tribunale di Firenze.

Il Tribunale di Firenze[100] ha precisato che "in sede di separazione giudiziale, la misura dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge e del figlio, deve essere determinata in modo da consentire che ai nuovi nuclei familiari che si formano in capo a ciascun coniuge sia possibile mantenere un tenore di vita equivalente a quello goduto in costanza di matrimonio, se compatibile con il reddito attuale complessivamente disponibile, oppure, dove ciò non sia realizzabile, il più vicino possibile a questo, ma tale da garantire ai due nuovi nuclei un tenore di vita analogo tra loro".

---

[99] *Reperibile su www.giustiziasicialia.it*
[100] *Sentenza cit.*

Tale pronuncia riguarda la separazione giudiziale di una coppia sposata da quasi vent'anni, ottimo tenore di vita, con una figlia adolescente non indipendente economicamente.

Il problema, pertanto, era quello di determinare l'assegno di mantenimento a carico del marito a favore della figlia e della moglie.

Per determinare quanto dovuto a titolo di mantenimento del coniuge economicamente forte, il giudice istruttore, avvalendosi dell'aiuto della Ctu (un dottore commercialista e un esperto di statistica), affronta il problema delle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale integrando la prospettiva giuridica con una complessa analisi econometria e sintetizzandone i risultati ricorrendo a tabelle sinottiche.

L'elemento di novità, pertanto, è rappresentato dalla valutazione econometria delle conseguenze patrimoniali della separazione: viene, cioè, codificato il metodo con il quale il tenore di vita veniva analizzato e definito.

Il Tribunale di Firenze, infatti, prende atto del consolidato orientamento secondo cui il tenore di vita della famiglia viene ricostruito attraverso l'accertamento dei redditi e delle altre utilità patrimoniali di cui ciascun coniuge dispone.

Al tempo stesso, però, metto in luce che "*il tenore di vita delle famiglie che si vogliono confrontare, non dipende solo dalle risorse a disposizione, ma anche dai bisogni differenti, che si determinano in relazione alla diversa composizione familiare*": proprio sulla scorta di tale consapevolezza, viene disposta una consulenza tecnica d'ufficio

concepita in modo da consentire di valutare il tenore della famiglia anche in funzione di questa ulteriore prospettiva.

Pertanto, il metodo del Tribunale di Firenze per definire il tenore di vita della famiglia e giungere alla determinazione di assegni di mantenimento funzionali e garantire ai due nuovi nuclei un tenore di vita analogo tra loro, conferma sia la lettura secondo cui l'assegno di mantenimento dovrebbe assumere una funzione assistenziale-perequativa, sia l'idea di una "presunzione giurisprudenziale" che conduca alla divisione dei redditi in parti uguali.

Stesso ragionamento fa la Cassazione nel ritenere che il giudice debba tenere conto che dalla separazione derivano maggiori spese complessive e che **anche al coniuge onerato deve essere consentito di tenere un tenore di vita tendenzialmente analogo a quello goduto prima della separazione**[101].

Relativamente alla determinazione dell'assegno e, in particolare, alle attuali esigenze del minore, si è pronunciata la Suprema Corte con sentenza n. 23630/2009 affermando che "*le esigenze attuali del figlio (…) non sono certamente soltanto quelle inerenti il vitto e l'alloggio e riferite a spese correnti; attinente ad esse è indubbiamente l'acquisto di beni durevoli (indumenti, libri etc), che non rientra necessariamente tra le spese straordinarie; più in generale, le esigenze del minor, necessariamente correlate ad un autonomo e compiuto sviluppo psicofisico, riguardano non solo il profilo alimentare, ma pure quello abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, di assistenza morale e*

---

[101] *Cass. Sentenza n.14081\09*

materiale, nonché l'opportuna predisposizione di una stabile organizzazione domestica, adeguata a rispondere alle complesse ed articolate necessità di cura ed educazione".

Sulla quantificazione dell'assegno di mantenimento, recentemente il Tribunale di Monza, con sentenza del 09.06.2010 n. 1750 ha stabilito che "*la misura di contributo al mantenimento dei figli minori è dal giudice legittimamente correlata non tanto alla quantificazione delle entrate derivanti dall'attività professionale svolta dal genitore non convivente, quanto piuttosto ad una valutazione complessiva del minimo essenziale per la vita e la crescita dei beneficiari poiché l'aumento delle esigenze economiche dei figli è notoriamente legato alla crescita e non ha bisogno di specifica dimostrazione".*

La commisurazione dell'assegno per i figli andrà inoltre temperata con la considerazione dell'eventuale valore economico del godimento della casa coniugale, nel caso in cui questa, di proprietà comune, sia fatta oggetto di assegnazione al coniuge convivente con la prole[102].

Naturalmente la disciplina dell'art. 155 si estende ai figli naturali, in virtù dell'art. 4, comma 2, della legge 54/06 ("le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati").

In particolare, a proposito dei figli di coppie non coniugate, la giurisprudenza ha stabilito quanto segue.

---

[102] *Cass. 28.04.2010, n.10222; T. Novara 29.01.2010, n.91*

La Corte di Cassazione, con sentenza del 15.07.2010 n. 16612 ha affermato che "*la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento (…) e implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello di mantenimento ex art. 147 e 148 c.c. Fatto costitutivo del diritto del figlio al mantenimento da parte dei genitori non è tuttavia il solo rapporto di filiazione, ma anche la mancanza di indipendenza economica (…).*

E ancora, la Suprema Corte ha dichiarato che "*la filiazione naturale fa sorgere a carico del genitore tutti i doveri di cui all'art. 147 c.c. propri della procreazione legittima, compreso quello di mantenimento che (…) obbliga i genitori ex art. 148 c.c. a far fronte ad una molteplicità di esigenze; non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale. Nella determinazione del contributo previsto dall'art. 277, comma 2, c.c. per il mantenimento del figlio minore nato fuori dal matrimonio, a seguito di dichiarazione giudiziale di paternità naturale, il giudice, ai sensi dell'art. 155 c.c. applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, deve tener conto non solo delle esigenze attuali del figlio, ma anche, tra l'altro, delle risorse economiche dei genitori, in modo da realizzare il principio generale di cui all'art. 148 c.c., secondo cui i genitori devono concorrere al mantenimento dei figli in proporzione delle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo*"[103]

[103] *Cass. Civ. Sez. I, sentenza n. 11772 del 14.05.2010.*

Degna di nota la pronuncia della Suprema Corte del 01.06.2010 n. 13414 secondo cui i ratei mensili dell'assegno si prescrivono in cinque anni.

Infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che "*i ratei mensili degli assegni di mantenimento per i figli,così come gli assegni di separazione e divorzio, costituendo prestazioni che debbono essere pagate periodicamente in termini inferiori all'anno, ai sensi dell'art. 2948, n. 4, c.c., si prescrivono in cinque anni, non rilevando, al fine dell'operatività di tale norma – anziché di quella dell'art. 2953 c.c. – il fatto che essi siano dovuti in forza di sentenza di separazione o divorzio passata in giudicato, costituendo questa fonte dell'obbligazione periodica e titolo esecutivo per l'esazione dei singoli ratei, ma costituendo invece giudicato sulla debenza del singolo rateo, tenuto conto della particolare struttura delle obbligazioni in questione".*

***

Per i genitori dei figli maggiorenni, ma non economicamente autosufficienti, la legge del 2006, ha introdotto un'importante novità: l'art. 155 *quinquies* dispone che "*l'assegno, salva diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto*".

Secondo parte della dottrina, la disposizione di cui all'art. 155 *quinquies* non trova automatica applicazione qualora il figlio divenga maggiorenne successivamente alla conclusione del procedimento di separazione, e quindi l'assegno a suo tempo disposto in sede di separazione continuerà a essere corrisposto al genitore in favore del quale era stato attribuito.

E' fatta salva, in questa prospettiva, la facoltà del figlio di domandare al giudice competente la corresponsione diretta dell'assegno, oppure quella

del genitore obbligato, che intenda versare direttamente al figlio maggiorenne l'assegno, di agire ex art. 710 c.c., per la modifica delle condizioni della separazione.

Tale orientamento, però, non trova consensi unanimi.

Secondo altro orientamento, quindi, l'art. 155 *quinquies* potrebbe applicarsi solo all'ipotesi in cui il figlio abbia già compiuto la maggiore età al momento della separazione.

Insomma, la previsione dell'art. 155 *quinquies* secondo cui "*il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente dall'avente diretto"* deve essere adattata alle singole situazioni concrete.

Infatti, l'articolo di cui sopra, espressamente prevede "*salvo diversa determinazione del giudice"*.

Sull'interpretazione, invece, della locuzione "avente diritto", si alternano due orientamenti: da una parte c'è chi sostiene legittimato all'azione il solo figlio maggiorenne, dall'altra c'è chi ritiene concorra una legittimazione ad agire tra il figlio maggiorenne e il genitore convivente.

Quest'ultima interpretazione sarebbe confermata dalla espressa previsione del potere del giudice, appunto di disporre che il versamento dell'assegno sia fatto direttamente al figlio, al genitore convivente o ad entrambi.

Sul punto,la Corte di Cassazione[104] ha affermato che " *il raggiungimento della maggiore età del figlio non priva di legittimazione il genitore già*

---

[104] *Cassazione, sentenza n. 11828/09*

affidatario a percepire quell'assegno iure proprio e non ex capite filiorum".

E ancora, il Tribunale di Pordenone[105], ha dichiarato che "*in tema di modifica delle condizioni di divorzio, il figlio maggiorenne vanta un interesse giuridicamente rilevante ad intervenire nel relativo procedimento, essendo l'unico titolare dell'assegno disposto dal tribunale, con sentenza passata in giudicato, a titolo di concorso nel suo mantenimento".*

Nella specie, il giudice di merito ha ritenuto ammissibile l'intervento della figlia maggiorenne nel giudizio di modifica delle condizioni di divorzio promosso dal padre e, per altro verso, ha posto il pagamento dell'assegno di mantenimento per la figlia maggiorenne direttamente a carico dell'ente previdenziale del genitore onerato (INPDAP), secondo le modalità scelte dalla figlia stessa.

In ogni caso, l'obbligo di mantenere il figlio maggiorenne non viene meno fino a quando quest'ultimo non abbia una adeguata indipendenza economica[106].

Sull'argomento vi sono state recenti pronunce della Corte di Cassazione: con la sentenza n. 8954/10 la Suprema Corte ha respinto il ricorso di un padre che riteneva non più sussistente il diritto al mantenimento in capo al figlio maggiorenne poiché il ragazzo aveva vinto delle borse di studio

---

[105] *Tribunale Pordenone, decreto del 03.07.2008*

[106] *Così, Cass. Civ. 22.08.2008 n. 21773 e Corte Appello Catania 29.05.2008*

che gli avevano permesso, insieme ad un altro lavoro, di mantenersi negli Stati Uniti[107].

Resta comunque inteso che spetta al genitore provare l'indipendenza economica del figlio maggiorenne, ai sensi dell'art. 2697 c.c.[108]

E ancora, la Corte di Cassazione con sentenza n. 3908/09 afferma che se i figli maggiorenni, universitari, non se ne vanno e rimangono a vivere con la madre, a vestire griffati, ad uscire con gli amici, il padre separato deve ancora contribuire al loro mantenimento.

Quindi, anche il figlio "viziato" ha diritto ad essere mantenuto.

In un'altra occasione, però, la giurisprudenza ha escluso la persistenza dell'obbligo di mantenimento in capo al padre a favore del figlio trentacinquenne, convivente con la madre, studente universitario iscritto da quindici anni presso il corso di laurea un medicina, a causa di un percorso di studi negligentemente fuori corso.[109]

E ancora, l'obbligazione al mantenimento si estingue nei confronti del figlio maggiorenne che aveva completato gli studi universitari in

---

[107] *La Suprema Corte, nella citata sentenza infatti, ha stabilito che "i figli maggiorenni ma tuttora dipendenti non per loro colpa dai genitori hanno diritto a conseguire il mantenimento da costoro, fino al momento in cui raggiungano una propria indipendenza economica (…)e che detto diritto non consiste nella mera corresponsione degli alimenti, ma assume eguale consistenza ed ampiezza di quello attribuito dal menzionato art. 155 c.c. ai figli minorenni, cui la loro posizione va assimilata (…); che il conseguimento di emolumenti percepiti in via precaria come borsa di studio universitaria o altri compensi attribuiti in vista dell'apprendimento di una professione per la loro stessa natura, consistenza e temporaneità non è equiparabile agli ordinari rapporti di lavoro subordinato onde non essendo sufficiente il mero godimento di un reddito quale che sia, occorre altresì la prova della loro adeguatezza ad assicurare al figlio, anche con riferimento alla durata del rapporto in futuro, la completa autosufficienza economica"Dello stesso avviso Cass. 407/2007; Cass. 22498/06; Cass. Civ. Sez I, sentenza n. 16612/10.*

[108] *Cass. Civ. Sez I, sentenza n. 16612/10*

[109] *Cass. 03.08.199 n. 9109*

giurisprudenza, conseguendo la laurea americana in “law” ed il titolo di avvocato a New York, essendo questi stato messo nelle condizioni di guadagnarsi da vivere dignitosamente.[110]

Occorre specificare, inoltre, che il figlio che rifiuta una sistemazione lavorativa adeguata non è in colpa “*quanto meno nei limiti temporali in cui le aspirazioni personali abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate e sempre che tale atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia*”[111].

Il figlio, invece, è in colpa, onde l’obbligazione si estingue, quando rifiuta una sistemazione adeguata, soprattutto quanto la possibilità di lavoro era stata procurata dai genitori.[112]

Una volta acquisita la capacità di lavorare e produrre reddito, la sopravvenuta difficoltà economica non fa venire meno il dovere al mantenimento: la Suprema Corte ha escluso il diritto al mantenimento quando il figlio, già autonomo, ma con attività professionale con andamento negativo, perda l’autosufficienza; in tal caso non rilevano le circostanze sopravvenute, come la negatività dell’andamento dell’attività espletata dal figlio, le quali, seppur lo privano di sostentamento economico, non possono fare riemergere un obbligo al mantenimento in capo ai genitori, essendo venuti meno i presupposti.[113]

In ogni caso, a volte, l’adeguata attività lavorativa svolta dal figlio non è sufficientemente retribuita, onde resta rimessa alla valutazione del

---

[110] *Cass. 03.11.2006 n. 23596*
[111] *Cass 03.04.2002 n. 4765*
[112] *Cass. 07.07.2004 n. 12477*
[113] *Cass. 02.12.2005 n. 26259*

giudice la eventuale esiguità del reddito, al fine di escludere la cessazione dell'obbligo di mantenimento.

Inoltre, secondo un recente orientamento giurisprudenziale, "*la mera prestazione di lavoro da parte del figlio occupato come apprendista non è di per sé tale da dimostrarne la totale autosufficienza economica, atteso che il complessivo contenuto dello speciale rapporto di apprendistato si distingue sotto vari profili, anche retributivi, da quello degli ordinari rapporti di lavoro subordinato";* pertanto non essendo sufficiente "*il mero godimento di un reddito quale che sia, occorre altresì la prova del trattamento economico percepito nel medesimo rapporto di apprendistato e, in particolare, dell'adeguatezza di detto trattamento nel senso esattamente dell'idoneità di quest'ultimo, che pure deve essere sufficiente, ai sensi dell'art. 36 Cost., ad assicurare all'apprendista, per la sua stessa identità e con riferimento anche alla durata, passata e futura, del rapporto, l'autosufficienza."*[114]

E ancora, la Corte di Cassazione[115] ha dichiarato che, quando il figlio maggiorenne è uno studente universitario fuori sede, l'assegno di mantenimento può essere aumentato.

In particolare, la Suprema Corte ha affermato che "*i giudici di merito hanno legittimamente e plausibilmente ricondotto l'avversata maggiorazione del contributo fisso di mantenimento all'aumento delle esigenze economiche ordinarie del figlio ormai maggiorenne, verificando, sempre ineccepibilmente, anche la perdurante assenza di indipendenza economica da parte del ragazzo, ancora dedito agli studi universitari e*

---

[114] *Cass. 11.01.2007 n. 407*

[115] *Cass. sentenza 400/2010*

per plausibili ragioni in luogo diverso da quello di residenza, nonché le risorse economiche di entrambi i genitori e la capienza delle disponibilità patrimoniali dell'onerato, delle quali hanno argomentatamente escluso il sopravvenuto peggioramento rispetto all'epoca della separazione consensuale".

Un'ultima specificazione in merito all'art. 155 *quarter* sull'assegnazione della casa familiare: il mantenimento diretto si realizza anche attraverso la garanzia della continuità abitativa dell'habitat domestico a favore del figlio.

1 Spese straordinarie necessarie od utili al minore: come individuarle?

Una volta quantificato l'importo dell'assegno che uno dei due genitori deve versare all'altro per il mantenimento dei figli, restano fuori tutte quelle spese ulteriori, genericamente definite "straordinarie", necessarie per lo più per soddisfare esigenze scolastiche, sportive, ludico-ricreative, medico-sanitarie.

Solitamente, per le spese c.d. straordinarie, nella sentenza di separazione viene previsto l'addebito della stesse al 50% in capo al coniuge non affidatario (cioè, il genitore presso cui i figli non coabitano stabilmente); ove la disparità reddituale per i coniugi sia sensibile, la percentuale di ripartizione delle spese potrà essere diversamente stabilita.

E' noto come il legislatore non abbia tipizzato le spese straordinarie.

Pertanto, è l'interpretazione giurisprudenziale a condurre a qualificare straordinarie le spese che non rientrano nella corresponsione mensile in quanto nascenti da necessità occasionali o imprevedibili.

Se, però, per le spese mediche la differenza tra ordinario e straordinario risulta facilmente individuabile, per le altre categorie di spesa vi sono divergenze interpretative[116].

Parte della giurisprudenza di merito ha ritenuto straordinarie quelle spese diverse dalle ordinarie, nel cui ambito rientrano a titolo esemplificativo "*quelle alimentari, di igiene personale, vestiario, ricreative, nonché quelle per regali, spostamenti urbani ed acquisto di libri. Con particolare riguardo a quelle sanitarie, sono da ritenersi ordinarie quelle relative ad una normale visita pediatrica di controllo o all'acquisto di medicinali da banco, mentre straordinarie quelle connesse a visite specialistiche*" (Tribunale di Catania, I sez, sentenza del 04.10.2002)[117].

In senso difforme, il Tribunale di Milano ha dichiarato che l'acquisto dei libri di testo (soprattutto quelli di scuole medie, superiori ed università), annoverato dal Tribunale di Catania come spesa ordinaria, avuto riguardo all'effettiva incidenza dei costi degli stessi spesso di entità superiore all'assegno di mantenimento ordinario, ben potrebbe annoverarsi quale voce straordinaria di spesa.

---

[116] *Sulle spese mediche cfr, Trib. Firenze sentenza del 29.06.2005*

[117] *La stessa Corte di Cassazione afferma che "le spese riguardanti il sostentamento e le cure ordinarie relative, tra l'altro a prestazioni sanitarie mutuabili, sono ricomprese nell'assegno corrisposto mensilmente a titolo di mantenimento in quanto aventi carattere ordinario, mentre le spese determinate da eventi eccezionali della vita, comprese quelle riguardanti la salute, laddove al contrario si tratti di prestazioni sanitarie non mutuabili rientrano tra quelle straordinarie"(Cass. Sent. 925/05).*

Di particolare rilievo la sentenza 05.10.2009 del Tribunale dei Minori di Brescia, che ha cercato di elencare le spese straordinarie dividendole in due categorie:

"a) *spese necessarie per la prole, senza necessità di previo avviso, e cioè: spese medico sanitarie (visite specialistiche ed ogni altro trattamento sanitario non corrisposto dal S.S.N.), spese scolastiche (tasse scolastiche o universitarie, acquisto libri di testo e del corredo scolastico a inizio d'anno, gite scolastiche, spese per abbonamenti ai trasporti pubblici); spese di custodia dei minori (dopo scuola o tempo prolungato, corsi estivi o grest, baby sitter, se resi necessari per impegni lavorativi di entrambi i genitori ovvero in caso di malattia della prole e/o del genitore collocatario in mancanza di alternative gratuite, come dal genitore non collocatario o parenti); b)spese che costituiscono rimborsi integrativi al mantenimento, purchè previamente concordate fra gli stessi e documentate, e cioè: spese sanitarie (cure dentistiche ed odontoiatriche, pratica di particolari terapie quali, ad esempio, cure termali o fisioterapiche, acquisto di particolari farmaci), spese scolastiche (corsi di specializzazione, lezioni private o corsi di recupero, spese per permanenza fuori casa presso la sede universitaria) spese ricreative, sportive ed extrascolastiche (hobbies, iscrizioni a corsi, attività sportive e/o ricreative ed acquisto della relativa attrezzatura, abbonamenti a riviste, viaggi).*

Altra pronuncia di merito, ha evidenziato che "*le spese straordinarie non possono essere incluse nel contributo fisso in quanto difficilmente quantificabili preventivamente e soggette a variazioni anche sensibili, cosicchè ove fossero forfettariamente considerate nel contributo mensile*

predeterminato, sussisterebbero due opposti rischi. Da un lato, ove in certi periodi non ve ne fosse la necessità o fossero assai contenute, si rischierebbe di imporre al genitore non domiciliatario un contributo non proporzionale alle effettive esigenze del figlio, con evidente locupletazione dell'altro coniuge. Dall'altro, ove per contro assumessero significativo rilievo economico, tali spese potrebbero assorbire (se non superare, in specie in ipotesi di spese mediche straordinarie) una parte anche rilevante del contributo ordinario, così sacrificando sia la soddisfazione di diritti primari irrinunciabili del minore, sia il patrimonio del genitore domiciliatario" (Tribunale di Firenze, sentenza del 27.09.2006)[118].

A questo punto è necessario affrontare la problematica relativa al concreto potere di iniziativa nell'affrontare spese ordinarie e straordinarie in capo a ciascun coniuge.

Due sono le ipotesi.

In caso di affidamento esclusivo, il genitore non affidatario deve intervenire e concorrere solo nelle scelte di maggior interesse.

Infatti, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 8676 del 12.04.2010, ha stabilito che "*deve ritenersi che l'esercizio della potestà genitoriale sia attribuito in via esclusiva al genitore affidatario (..) comprese le decisioni*

---

[118] *In senso conforme "l'assegno concesso al coniuge per il mantenimento dei figli minori non può avere natura forfettaria, nel senso di includere comunque anche eventuali spese straordinarie. Talune di queste, infatti, possono essere non solo imprevedibili ma anche imponderabili tanto che il fatto che vengano incluse comunque nell'assegno di mantenimento così come è stato quantificato, potrebbe determinare una compressione dei diritti del minore a vedere soddisfatte tutte quelle particolari esigenze che possono inaspettatamente presentarsi nel corso della vita e che necessitano di interventi economici straordinari" (Corte Appello di Napoli, 06.06.2008 n. 2201).*

sulle spese di carattere straordinario (..) che non necessariamente coincidono con quelle di maggior interesse (come ad esempio la scelta di un indirizzo religioso, della scuola da frequentare, delle operazioni di chirurgia) – *in ordine alle quali il genitore non affidatario non ha pertanto diritto di interloquire a meno che non attengano in concreto a questioni di particolare interesse"*[119].

In senso conforme, la giurisprudenza di merito ha dichiarato che non sussiste, in capo al genitore affidatario, alcun obbligo di previa concentrazione della scelta correlata alle spese straordinarie che non importino assunzioni di decisioni di maggiore interesse per i figli (Tribunale di Firenze, sentenza del 29.06.2005).

Nel caso, invece, di affidamento condiviso si ritiene opportuno comunicare preventivamente all'altro coniuge l'insorgenza di spese straordinarie, proprio alla luce della sopracitata sentenza della Corte di Cassazione.

Secondo un altro orientamento della giurisprudenza, non sussisterebbe alcun obbligo, a carico del genitore affidatario, di accordo anticipato con l'altro genitore, nei limiti in cui tali spese non implichino decisioni di maggiore interesse per la prole, essendo distinto tale concetto da quello di spese straordinarie.

Nella prassi, in realtà, il coniuge affidatario anticipa le spese straordinarie le quali verranno rimborsate dall'altro coniuge nella misura del 50%, se non diversamente stabilito dal giudice.

---

[119] *Cfr, Cass. Civ. Sez. I, sentenza n. 4459 del 05.05.1999*

Pertanto, onde evitare problemi di identificazione e di necessità delle spese straordinarie, "*(..) allorché sorgano contrasti tra i genitori in ordine alla misura ed alle modalità di ripartizione delle spese straordinarie relative alla prole, è opportuno, per un verso, stabilire analiticamente le spese straordinarie da sostenersi nell'interesse dei minori (nonché le relative modalità di rimborso delle stesse), e per un altro verso prevedere che le stesse vengano previamente concordate tra i genitori*"[120].

3 Strumenti per il recupero delle spese straordinarie non versate: l'art. 702 bis

Un breve inciso di carattere pratico è opportuno in relazione al concetto di "titolo esecutivo", collegato alla possibilità di esecuzione concreta delle statuizioni in materia di mantenimento.

È noto che i provvedimenti presidenziali e quelli del giudice istruttore in materia di separazione e divorzio costituiscono titolo esecutivo (art. 189 disp. att. c.p.c. richiamato per il divorzio dall'art. 4, comma 8, ultima parte, della legge 1° dicembre 1970 n. 898), al pari del processo verbale di conciliazione (art. 185 c.p.c.), delle sentenze (art. 474 c.p.c.), degli accordi di separazione omologati nella parte in cui contengono obbligazioni di somme di denaro (art. 474, comma 2, n. 3, c.p.c.) e del decreto del giudice minorile.

Poiché solo sulla base di "un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile" (art. 474, comma 1, c.p.c.) è consentito avviare una procedura esecutiva, è importante verificare quali requisiti debbano sussistere in capo ai provvedimenti di natura economica affinchè gli

---

[120] *Trib. Bologna, decreto 19 giugno 2007*

stessi siano considerati titolo esecutivo, e il beneficiario dell'obbligazione possa dare attuazione al suo titolo.

La questione si presenta rilevante e si è posta, nella prassi, soprattutto per le spese

Le spese straordinarie non sono, per definizione, preventivamente liquidabili ma l'inesistenza del titolo esecutivo non ha mai impedito, naturalmente, al genitore creditore dell'obbligazione di azionare il suo credito; egli, tuttavia, ha necessità di munirsi del titolo esecutivo richiedendo al giudice competente l'accertamento del credito, indicando le spese di cui chiede il rimborso e deducendo la loro appartenenza alla categoria delle spese straordinarie.

Nella medesima ottica, in caso di previsione, da parte del provvedimento di separazione o divorzio, del pagamento delle spese scolastiche o di quelle relative al vitto, è evidente che il diritto a percepirle necessiterebbe di liquidazione, ed il genitore che ne è creditore dovrà rivolgersi al giudice competente per ottenerne l'accertamento e la liquidazione, allo scopo di agire esecutivamente[121].

Una recentissima sentenza del Tribunale di Novara[122] sul punto afferma che "*il provvedimento giudiziario con cui in sede di separazione personale si stabilisce a carico del genitore non affidatario il contributo per le spese mediche e scolastiche del figlio minore non costituisce titolo esecutivo; pertanto, nell'ipotesi di non spontanea attuazione da parte dell'obbligato, al fine di legittimare l'esecuzione forzata, si richiede un*

---

[121] *Cfr Cass. Civ. sez. I sentenza n. 1758 del 28.01.2008*

[122] *Tribunale di Novara 22.04.2010 n. 403*

ulteriore intervento del giudice, volto ad accertare l'avveramento dell'evento futuro e incerto cui è subordinata l'efficacia della condanna".

Pertanto, i provvedimenti che stabiliscono il riparto delle spese straordinarie, non possono costituire titoli esecutivi per il rimborso di tali spese non essendo queste prevedibili nell' *an* e nel *quantum*.

Per recuperare le spese straordinarie, quindi, devo procurarmi un titolo esecutivo valido.

I rimedi ai quali è possibile ricorrere sono i seguenti:

1 Decreto ingiuntivo: ai sensi dell'art. 642 c.p.c. può essere chiesta la provvisoria esecuzione dell'ingiunzione di pagamento.

Infatti, l'ottenimento del decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo è subordinato alla dimostrazione del riconoscimento del debito da parte dell'obbligato (nel caso in cui, per esempio, il coniuge abbia sottoscritto la separazione consensuale, poi omologata dal Tribunale, nella quale vengono ripartire le spese straordinarie tra i consorti).

Inoltre, può essere emesso un decreto immediatamente esecutivo in caso di "*pericolo di grave pregiudizio nel ritardo*" dei pagamenti (se, ad esempio, l'altro coniuge sia disoccupato e debba anche provvedere al mantenimento dei figli).

2 Atto di citazione: è l'ordinaria azione di accertamento del credito del coniuge che ha anticipato le spese per ottenere la condanna dell'obbligato al rimborso di quanto sostenuto.

3 Ricorso *ex* art. 702 *bis:*è la legge 18.06.2009 n. 69 ad aver introdotto l'art. 702 *bis* c.p.c.

Il legislatore, introducendo l'art. 702 bis, ha disciplinato quelle controversie che non necessitano di un'istruttoria complessa, ed ha previsto un giudizio sommario di primo grado, destinato a concludersi con un' ordinanza che è provvisoriamente esecutiva.

Si tratta, quindi, di un procedimento preordinato alla sollecita formazione di una pronuncia che sia idonea ad offrire una tutela piena dei diritti vantanti dalle parti.

Tale rimedio giudiziale, pertanto, anche se ancora non molto utilizzato, risulta essere molto importante per ottenere una veloce pronuncia nei confronti del genitore che non adempie all'obbligo di mantenimento del figlio.

Infatti tale procedimento richiede, da parte del Giudice, un'istruttoria sommaria poiché l'obbligo da accertare in capo al coniuge e/o genitore risulta da documentazioni scritte (sentenza, ordinanza…): al giudice, pertanto, occorrerà solo verificare la documentazione prodotta senza dover necessariamente procedere ad una approfondita istruttoria (come nel giudizio ordinario).

Occorre, però, in caso di ricorso all'art. 702 *bis* c.p.c. sottolineare come tale rimedio sia esperibile solo nei casi in cui il Tribunale giudichi in composizione monocratica.

E' necessario, perciò, fare attenzione alla competenza per valore della causa che non può essere inferiore ai 5.000,00 euro.

La tutela del diritto al mantenimento del minore affidato segue, infine, oltre le forme di espropriazione forzata disciplinate dal libro terzo del

codice di procedura civile, le regole generali contenute negli artt. 156 e 8 della L. 898/70.

In particolare:

l'art. 156 c.c., comma 4, stabilisce che il giudice della separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di mantenimento tra coniugi e nei confronti dei figli.

L'art. 156 c.c., comma 6, cpv 1, prevede che, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato.

L'art. 156, comma 6, cpv 2 stabilisce che, nel caso in cui l' inadempimento (o anche il solo ritardo) possa determinare un serio pregiudizio, il giudice può ordinare ai terzi, come ad esempio il datore di lavoro dell'obbligato, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che una parte di essa venga versata direttamente agli aventi diritto (v. *infra* punto 5).

Analogo strumento di distrazione del mantenimento con versamento da parte del datore di lavoro è previsto dall'art. 8 della L. 878/70 del cui ambito si dirà.

5. Ordini di pagamento al terzo debitore del coniuge obbligato

L'art. 156, comma 6, prevede che "*in caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice (…) può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che una parte di essa venga versata direttamente agli aventi diritto".*

L’ordine di pagamento diretto è un mezzo di garanzia dell’adempimento degli obblighi patrimoniali, stabilito dal giudice a tutela del diritto al mantenimento in capo ai figli.

Nella pratica, molto spesso, è il datore di lavoro a versare parte dello stipendio del proprio dipendente in favore del coniuge e/o dei figli che devono essere mantenuti.

L’ordine di pagamento diretto può assumere quattro forme:

Procedimento monitorio a conclusione del quale viene emesso decreto per il versamento diretto di una quota dei redditi dell’obbligato, previsto dall’art. 148, comma 2, c.c.;

La distrazione di somme di denaro che terzi sono tenuti a corrispondere all’obbligato, previsto dall’art. 8, comma 3, della legge sul divorzio.

Si tratta di una procedura molto semplice ed efficace che richiede semplicemente la notifica del titolo esecutivo al terzo con invito a versare direttamente al creditore del mantenimento.

Nei casi di allontanamento della casa familiare, il versamento diretto di parte della retribuzione, previsto dall’art- 342 ter c.c.;

L’ordine del terzo, tenuto a corrispondere anche periodicamente somme di denaro, che una parte di esse venga versata direttamente all’avente diritto al mantenimento, previsto dall’art. 156, comma 5, c.c.

L’art. 156, comma 5, c.c. è stato interpretato dalla Suprema Corte, ampliando sempre di più la nozione di inadempienza ai sensi dell’art. 156, comma 6, c.c. per tutelare le finalità dell’assegno di mantenimento.

E' infatti sufficiente un ritardo nel pagamento per poter ottenere l'ordine di pagamento per terzi ed il versamento non sconta il limite previsto per i pignoramenti (art. 545 cpc co.3° e 5°).

Questo significa che il giudice può ordinare il versamento dell'intero assegno anche se esso è pari alla retribuzione[123].

L'ordine di pagamento può essere disposto anche in sede di udienza presidenziale laddove vi siano comportamenti atti a far ottenere che l'assegno non verrà spontaneamente pagato, come per esempio nel caso di cui il coniuge abbandonando il nucleo familiare prima della separazione, non abbia provveduto al mantenimento dello stesso.

6. Sanzioni penali per l'inadempimento dell'obbligo di mantenimento: art. 388 c.p. e 570 c.p., art. 12 *sexies* L. 898/70 come modificato dalla L. 54/2006

L'art. 3 della L. 54/2006 ha previsto che in caso di violazioni di obblighi di natura economica si applichi l'art. 12 *sexies* della L. 1.12.1970 n. 898.

Tale articolo dispone che "*al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli artt. 5 e 6 della presente legge, si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale".*

In particolare, il regime sanzionatorio dell'art. 570 c.p. consiste nella "*reclusione fino ad un anno o la multa da 103 euro a 1.032 euro".*

La tutela penale contenuta nella citata legislazione speciale è più ampia rispetto a quella dell'art. 570 c.p. che configura il reato, non già a seguito dell'inadempimento dell'obbligo al mantenimento, ad esempio di una

---

[123] *Così, Cass. n. 12204/98*

sola mensilità, ma solo quando il mancato pagamento non sia in grado di garantire la sussistenza del beneficiario.

Il citato art. 12-sexies, invece, si applica ogni qualvolta si ravvisa inadempimento, onde ogni inadempimento, anche di una sola mensilità, viene sanzionato con le pene previste dall'art. 570 c.p.

Pertanto, chi si sottrae agli obblighi economici risponderà del reato di cui all'art. 570 c.p. ("*chiunque (…) si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori (…)è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa da 103 euro a 1.032 euro").*

Tale previsione, ex art. 12 *sexies*, si era resa necessaria perché dopo il divorzio, perdendo il coniuge tale qualità, non avrebbe più potuto godere della tutela prevista dall'art. 570 c.p. reato per la cui applicazione è richiesto lo stato di coniuge.

Sulla questione, una recente sentenza della Corte di Cassazione ha sottolineato, per l'ennesima volta, la responsabilità nonché la gravità di omettere l'assegno di mantenimento a favore dei figli[124].

In particolare, la Suprema Corte ha dichiarato che "*(…) la Corte di Appello ha accertato (…), che l'importo versato da B. è inidoneo a garantire alla figlia minore le esigenze primarie di vita, pur tenendo conto del concorrente obbligo di mantenimento gravante sulla madre. Legittimamente, pertanto, il giudice del gravame ha ravvisato nella condotta dell'imputato gli estremi integrativi del reato contestato, avendo dato atto delle concrete possibilità economiche del ricorrente, che risulta titolare di due studi odontoiatrici, ed avendo correttamente*

---

[124] *Cass., sezione IV penale, sentenza n. 14906/10*

ritenuto irrilevanti, ai fini della valutazione degli obblighi genitoriali di mantenimento gravanti sul prevenuto, la situazione economica della moglie e gli aiuti economici eventualmente forniti a quest'ultima dal convivente".

In un'altra pronuncia la Suprema Corte ha dichiarato come debba escludersi la sussistenza della responsabilità penale nel caso in cui l'obbligato versi in una situazione di incapacità economica assoluta non ascrivibile a colpa[125].

E ancora, "*è naturale lo stato di bisogno del minore che non abbia fonti di reddito proprie e che quindi è rimesso necessariamente al sostegno di altri da sé. Tale situazione obbliga, per specifica disposizione costituzionale (art. 30) e di legge ordinaria (art. 147 c.c.), ciascuno dei due genitori a provvedere ad assicurare quella disponibilità continuativa, regolare e certa, che non lasci pause o inadeguatezze che il minore da solo non può superare. Tale obbligo è finalizzato intrinsecamente a garantire la tranquillità della quotidiana esistenza sotto il profilo della sicura disponibilità delle risorse minime per il sostentamento (…) e non è nella disponibilità del singolo genitore. Per questo la supplenza dell'altro genitore, o di soggetti comunque terzi rispetto al genitore obbligato (…), a fronte di una norma incriminatrice specifica quale quella di cui al capoverso n. 2 dell'art. 570 c.p. (…) <u>non può costituire esimente</u>. Anzi, l'adempimento dell'obbligo di assicurare i mezzi di sussistenza non può che concretizzarsi con la messa a disposizione dei mezzi economici in favore del genitore affidatario, responsabile immediato di una gestione*

---

[125] *Cass. Sez. IV pen. 14.12.2008 n. 45273*

ordinata della sussistenza del minore, o quantomeno con la contribuzione autonoma ma in accordo con quello (il che spiega l'inidoneità di contributi economici materiali che pur comportando impegno di risorse a vantaggio mediato del minore non siano armonici al coordinamento permanente delle sue esigenze primarie : si pensi (…) a spese voluttuarie e comunque superflue o non indispensabili, pur in favore del minore, da parte del genitore non affidatario, quando prima il singolo genitore non abbia provveduto a concorrere direttamente ad assicurare, con continuità e certezza, il quotidiano soddisfacimento delle esigenze primarie: vitto, alloggio confortevole, scuola, sanità)"[126].

Anche un inadempimento parziale dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile è sufficiente ad integrare gli estremi del reato previsto dall'art. 12 sexies legge n. 898 del 1970, atteso che, a norma del citato articolo, il reato si configura per la semplice omissione della corresponsione dell'assegno nella misura disposta dal giudice, indipendentemente dalla circostanza che tale omissione comporti il venir meno dei mezzi di sussistenza per il beneficiario dell'assegno[127].

La l. n. 74 del 1987, introducendo l'art. 12 sexies nella l. n. 898 del 1970, ha esteso la fattispecie di cui all'art. 570 c.p. all'ipotesi di mancata o parziale corresponsione dell'assegno divorzile all'ex coniuge, assumendo il divorzio come elemento costitutivo del reato. La nuova fattispecie incriminatrice, violando un obbligo di natura economica e non morale, trova il proprio regime sanzionatorio non nel comma 2 ma nel comma 3 della disposizione codicistica citata. L'innovazione legislativa ha

---

[126] *Cassazione, sentenza n.46200/09*
[127] *Cass. pen., 7910/00*

permesso, inoltre, di affermare che l'assenza di prole non costituisce esimente del reato in questione[128]

L'art. 3 della legge 54/2006 l'ha esteso anche alla separazione e ai rapporti tra conviventi *more uxorio*.

Per quanto riguarda, invece, la violazione di cui all'art. 388 c.p. si sottolinea come tale statuizione preveda che " *chiunque per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di esecuzione del provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da 103 a 1.032 euro*. *La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo, ovvero contabile, che concerna l'affidamento dei minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito."*

---

[128] *Cass. pen., 1445/96*

… Se una causa che presenta numerose questioni difficili,
si può risolvere in limine con una eccezione di procedura
che risparmi la fatica di entrar nel merito,
è tanto di guadagnato …
(P.Calamandrei "Elogio dei giudici scritto da un avvocato")

LA GIURISDIZIONE E LA COMPETENZA IN MATERIA DI FAMIGLIA.

L'art. 4 co. 2 della L. 54/2006 prevede che "*Le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*".

La legge pur estendendo la nuova disciplina ai figli di genitori non sposati, nulla ha specificato in merito alle distinte competenze spettanti al Tribunale dei Minori ed al Tribunale Ordinario, così che all'indomani dell'entrata in vigore della legge, ci si è chiesti se il Tribunale Ordinario non avesse assorbito la competenza del Tribunale dei Minori in materia di affidamento dei figli naturali.

L'affidamento dei figli naturali, prima della L.54/2006, trovava il proprio fondamento nella disciplina dettata dagli articoli 316 e 317 *bis* c.c.

La competenza del Tribunale per i minorenni, per i provvedimenti di cui all'articolo 317 bis, era invece prevista dall'articolo 38 delle disposizioni di attuazione al codice civile[129], che non richiamava (e non richiama) l'art. 155 c.c.

---

[129] *Art. 38 disp. att. c.c.: Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 171, 194, comma secondo, 250, 252, 262, 264, 316, 317 bis, 330, 332, 333, 334, 335, e 371, ultimo comma, nonché nel caso di minori dall'articolo 269, primo comma del codice civile.*
Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non è espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria. …

Prima della riforma, ci si rivolgeva al tribunale per i minorenni per disciplinare l'affidamento dei figli di due genitori non più conviventi, ma si doveva ricorrere al Tribunale ordinario per richiedere il mantenimento.

L'applicazione del nuovo articolo 155 c.c. anche "ai figli di genitori non coniugati", ha indotto taluno a ritenere che il legislatore avesse *tout court* esteso la competenza del tribunale ordinario a decidere sia sull'affidamento dei figli naturali, sia sulle connesse questioni economiche o sull'assegnazione della casa familiare, ferma restando la funzione regolatrice del tribunale dei minori solamente in ordine alla decadenza ed alla limitazione della potestà genitoriale.

Tale interpretazione si fondava sul fatto che l'art. 38 disp. att. c.c. non include i provvedimenti di cui agli articoli 155 e seguenti del codice civile, tra quelli riservati alla competenza del tribunale dei minori.

L'opinione opposta affermava invece che, non avendo l'art. 4 della L. 54/2006 abrogato l'art. 38 disp. att. c.c., né l'art. 317 bis c.c. richiamato dal primo, immutata era rimasta la competenza del tribunale per i minorenni per ciò che concerneva l'affidamento della prole.

Per il mantenimento rimaneva la competenza del tribunale ordinario.

La Corte di Cassazione, sollecitata a dirimere il conflitto di competenza dal tribunale di Milano,- in conflitto con quello dei minorenni-, si pronunciava con l'ordinanza 3 aprile 2007 n. 8362 dichiarando la competenza del Tribunale dei minorenni, nell'ambito dei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ex art. 317 bis c.c., ad esprimere una *"cognizione globale"* sui figli naturali, nel senso che il giudice minorile potrà adottare non solo i provvedimenti relativi all'affidamento

dei figli, ma, ove sia contestuale la domanda di natura patrimoniale con quella di affidamento, anche quelli relativi alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento.

Ne discende che al di fuori della connessione con domande di affidamento dei figli naturali, competente a conoscere in via autonoma, sia delle domande relative al mantenimento dei figli minori, sia della domanda relativa alla condanna del genitore naturale al rimborso delle spese sostenute per il suo mantenimento dall'altro genitore è, secondo regole generali, il Tribunale ordinario[130].

La Corte di cassazione nella sopra ricordata sentenza ha affermato: "*La L. 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 bis c.c., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38 disp. att. cod. civ., comma 1, in parte qua non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella.*

La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e ss. c.c.,

---

[130] *Recentemente la Cassazione (sentenza 27.10.2010 n. 22001) ha confermato che devono essere decise dal giudice ordinario le cause instaurate contro l'ex compagno che si rifiuta di contribuire al mantenimento del figlio naturale.*

ha peraltro determinato (in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo) una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio".

Ne consegue che la previsione di cui all'art. 317 *bis* cod. civ., se pur con tutte le novità introdotte, continua a rappresentare la norma di riferimento riguardo la potestà e l'affidamento nella filiazione naturale, anche nel caso di cessazione di convivenza da parte dei genitori naturali.

Corollario dell'attrazione nella competenza del giudice minorile dei provvedimenti concernenti la misura ed il modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio, è ritenere, come ha ritenuto il Tribunale per i minorenni di Catania, con decreto del 23 maggio 2008, che*"In tema di famiglia di fatto e nell'ipotesi di cessazione della convivenza more uxorio, in caso di accertato inadempimento di uno dei genitori, il tribunale per i minorenni può applicare, in via diretta e non analogica, le disposizioni relative all'ordine di pagamento diretto da parte del terzo tenuto a corrispondere periodicamente somme di denaro all'obbligato*[131]*.*

---

[131] *Art. 148, comma 2, cod. civ.*

Tale possibilità deve ritenersi corollario del riconoscimento del diritto al mantenimento del figlio naturale, a seguito dell'interruzione della convivenza tra i genitori, con conseguente attribuzione della competenza in capo al giudice che ha contestualmente emesso le disposizioni in ordine al suo affidamento, alla determinazione dell'assegno e quant'altro ritenuto opportuno per il suo sostentamento, istruzione ed educazione".[132]

Secondo quanto affermato nella pronuncia in esame, la misura coercitiva rappresentata dall'ordine di pagamento diretto rientra nelle attribuzioni di carattere economico – patrimoniale riconosciute, nell'ambito dei procedimenti ex artt. 155-317 bis cod. civ., al Tribunale per i minorenni, ai sensi dell'art. 4 della legge sull'affidamento condiviso.

A conferma di ciò giova rilevare che, secondo la Corte costituzionale, le misure coercitive a tutela dell'assegno di mantenimento previste dall'art. 156, comma 6, c.c., devono ritenersi una forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale sicché tali strumenti processuali, sebbene inquadrati nel procedimento di separazione dei coniugi, devono ritenersi applicabili, da parte del giudice competente, nelle controversie

---

[132] *Di uguale tenore appare il decreto 1 luglio 2009 del tribunale per i minorenni di Bari secondo cui:"In tema di mantenimento dei figli naturali, le norme che prevedono l'ordine di pagamento diretto (art. 148, comma 2, cod.civ.) ed il sequestro dei beni del genitore inadempiente (art. 156, comma 6, cod. civ.), rappresentando una forma di attuazione del principio di responsabilità genitoriale (e, quindi, un mezzo di tutela speciale ma non eccezionale della prole), devono ritenersi applicabili dal giudice minorile che ha contestualmente emesso le disposizioni in ordine al suo affidamento, alla determinazione dell'assegno e quant'altro ritenuto opportuno per il suo sostentamento, istruzione ed educazione".*

tra genitori naturali concernenti il mantenimento di figli riconosciuti, come conseguenza sistematicamente deducibile dall'art. 261 c.c.[133]

Ciò significa che l'ordine di pagamento diretto previsto dall'art. 156, comma 6 c.c. potrà essere disposto, in via diretta ed immediata, anche dal Tribunale per i minorenni nell'ambito dei procedimenti di affidamento e mantenimento dei figli naturali.

---

[133] *Corte Costituzionale, 18 aprile 1997, n. 99.*

NOVITA' RECENTI SULLA COMPETENZA DEL TRIBUNALE ORDINARIO E TRIBUNALE PER I MINORENNI.

L'aula del Senato ha approvato il 6 ottobre i Disegni di legge n. 1211 e 1412 presentati dal Senatore Berselli, che abrogano l'art. 317 bis c.c. e dispongono la modifica dell'art. 38, 1 comma, disp. att. c.c., con la conseguente attribuzione della competenza relativa all'affidamento e mantenimento dei figli naturali al Tribunale Ordinario.

Disegno di Legge n. 1211:

art. 1. 1.L'articolo 317 bis del c.c. è abrogato.

Art. 2. All'art. 38, primo comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie, la parola "317 bis" è soppressa.

Disegno di Legge n. 1412:

art. 1. L'articolo 38 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie è sostituito dal seguente:"art. 38. Sono di competenza del tribunale per i minorenni i provvedimenti contemplati dagli articoli 84, 90, 330, 332,333, 334, 335 e 371, ultimo comma, del codice.

Sono emessi dal tribunale ordinario i provvedimenti per i quali non sia espressamente stabilita la competenza di una diversa autorità giudiziaria.

In ogni caso il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero.

Quando il provvedimento è emesso dal tribunale per i minorenni, il reclamo si propone davanti alla sezione di Corte d'appello per i minorenni".

LA COMPETENZA PER TERRITORIO: FORO DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

Ai sensi dell'art. 706 c.p.c. la domanda di separazione personale si propone al tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero in mancanza del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio. L'articolo è stato sostituito dall'art. 2 comma 3 lett. e-ter d.l. 14 marzo 2005, convertito in L. 4 maggio 2005, n.80[134].

La stessa norma aveva modificato anche l'articolo 4 comma 1 della L.898/70 attribuendo quindi la competenza per le domande di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio prioritariamente al Tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, o in mancanza del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio.

Per ultima residenza del convenuto si deve intendere quella in cui i coniugi risiedevano fino alla crisi coniugale, che coincide, di fatto, con il luogo in cui si trova la casa coniugale.

Qualora sorgessero delle difficoltà circa l'individuazione dell'ultima residenza comune (per i coniugi che hanno sempre avuto residenze distinte) si dovranno per forza applicare gli altri normali criteri (domicilio o residenza del convenuto; in caso di irreperibilità o di residenza all'estero la residenza o il domicilio del ricorrente; in caso di residenza all'estero del ricorrente la competenza territoriale di qualunque tribunale della Repubblica) richiamati espressamente al primo comma dell'art. 4 della legge sul divorzio e nel nuovo testo dell'art. 706 c.p.c..

---

[134] *Prima di allora il testo dell'articolo era: la domanda di separazione personale si propone al tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza.*

La modifica aveva certamente un senso per determinare la competenza a decidere della separazione: individuando l'ultima residenza comune evito di avvantaggiare il coniuge che si è trasferito ancor prima di ricorrere al giudice.

Per ciò che concerne il divorzio, invece, avuto riguardo del lasso di tempo intercorso tra la fine della convivenza e la richiesta di divorzio è parso quasi subito eccessivamente penalizzante per il convenuto (a volte per entrambi i coniugi che nel frattempo si fossero trasferiti dall'ultima residenza) doversi difendere in un tribunale molto spesso lontano dall'attuale sua residenza.

Alla luce di tali argomentazioni la Corte Costituzionale (Sent. n.169/2008) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 comma 1 della Legge 01/12/1970 n. 898, limitatamente alle parole *"del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, ovvero, in mancanza(…)"*.

Pertanto la domanda per divorzio dovrà essere proposta al Tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio, ovvero se irreperibile o residente all'estero nel foro del ricorrente.

Una rigorosa interpretazione dell'art. 4 comma 1 L.898/70 è stata di recente fornita dal tribunale di Novara[135].

---

[135] *Sentenza 18 dicembre 2009, con la quale il Tribunale Ordinario di Novara, Sezione Civile, ha statuito che la residenza del convenuto, ai fini della competenza per territorio in ordine alla domanda di divorzio, è il luogo di abituale e volontaria dimora, determinato cioè dall'elemento obiettivo della permanenza in tale luogo e dall'elemento soggettivo dell'intenzione di abitarvi stabilmente, rivelata dalle consuetudini di vita e dallo svolgimento delle normali relazioni familiari e sociali.*

Nel caso di specie si trattava di un ricorrente che, rivolgendosi al Tribunale di Novara chiedeva di pronunciare lo scioglimento del matrimonio civile contratto.

La parte convenuta si costituiva, eccependo preliminarmente l'incompetenza territoriale del Tribunale di Novara, in quanto essa risiedeva da tempo a Milano, a nulla rilevando che al momento della presentazione del ricorso la stessa fosse ancora formalmente residente in Novara.

Il Presidente, con ordinanza, sentite le parti ed esperito il tentativo di conciliazione, riteneva infondate le eccezioni preliminarmente proposte e disponeva il passaggio alla fase istruttoria rimettendo alla stessa ogni valutazione.

La convenuta, autorizzata al deposito di memorie, insisteva sull'eccezione di incompetenza territoriale[136].

Il G.I. designato emetteva dapprima provvedimenti provvisori relativi all'affidamento della figlia minore e quindi, disponeva il prosieguo della fase istruttoria mediante la concessione dei termini ex art. 183 c.p.c..

Nel frattempo, il G.I. designato in sostituzione del precedente, riteneva necessario rimettere la causa al Collegio per la decisione sulle questioni preliminari e pregiudiziali proposte, fissando udienza per la precisazione delle conclusioni.

Secondo il Collegio, era provato che al momento della presentazione del ricorso il ricorrente fosse a conoscenza, o avrebbe comunque potuto conoscere, utilizzando l'ordinaria diligenza, del trasferimento a Milano

---

[136] *Alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 23.05.2008 n. 169.*

della resistente e della figlia minore, di conseguenza, ritenendo l'eccezione di incompetenza territoriale fondata, dichiarava la propria incompetenza territoriale a favore del Tribunale di Milano[137].

Se il ricorso è proposto congiuntamente, competente territorialmente è il foro di residenza o di domicilio dell'uno o dell'altro coniuge.

Lo stesso si dica per la separazione consensuale.

La competenza territoriale del T.M. si determina in base alla residenza del minore.

---

[137] *Le circostanze risultanti dagli atti che evidenziano, di fatto, il trasferimento della resistente a Milano sono le seguenti:*

- il ricorso in questione è stato notificato alla resistente ex art. 140 c.p.c. attesa la sua irreperibilità in Novara;

- nello stesso ricorso il ricorrente dichiara di essere a conoscenza di un prossimo trasferimento della resistente e della figlia minore in Milano;

- il ricorrente, alla luce della frequentazione con la figlia minore non avrebbe potuto ignorare la circostanza del trasferimento.

Nel futuro tutti avranno diritto a quindici minuti di notorietà

A. Warhol

Le vicende penali

Il minore può "incrociare", durante il suo percorso di crescita evolutiva, la Giustizia, in una duplice veste: quella di vittima di condotte penalmente rilevanti commesse da terzi soggetti nei suoi confronti o quale autore di fattispecie penali.

Nel primo caso, ovvero quello relativo al minore vittima di condotte commesse nei suoi confronti, il procedimento penale che si verrà ad instaurare si celebrerà nei modi e con le forme del processo ordinario.

Nel secondo caso invece, a prescindere dall'esistenza di motivi o ragioni di connessione soggettiva, oggettiva o teleologica, il procedimento penale verrà celebrato avanti ad un Giudice apposito, individuato dalla norma, nel Tribunale dei Minori.

Quasi sempre si tratta di un incontro traumatico.

Caratterizzato, almeno con riferimento al Giudice ordinario, da una non elevatissima preparazione in ordine ai problemi d'ordine psicologico che interessano direttamente, o possono riverberarsi, nell'universo di un minore.

Per ovviare a questa "carenza", certamente non volontaria né attribuibile a malagrazia da parte dei Giudicanti, spesso ci si trova innanzi a due soluzioni opposte che, però, a ben vedere, tentato di dar risposta ad un unico problema.

La prima delle due soluzioni praticate vede il Giudice ordinario applicare la norma procedurale alla lettera "fingendo", quasi con un meccanismo di rimozione di non aver a che fare con un minore e, quindi, privandosi,

privandolo e privando l'indagato o l'imputato, di quegli strumenti di interpretazione della realtà del ricordo del minore che egli può trovare esclusivamente in nozioni di stampo prettamente psicologico.

È questo il caso delle audizioni protette condotte esclusivamente dal Giudice o degli esami di minore senza interlocuzione alcuna delle parti.

In altri invece il Giudicante si pone quale "interprete" unico delle esigenze del minore, quasi ponendosi al suo livello ed avocando a sé, e solo a sé, il compito di interpretare e definire i contorni del "racconto" proposto dal minore.

Il Giudice si ammanta delle vesti tipiche del "vecchio saggio", di colui che, grazie all'esperienza, vera o presunta che sia, tutto conosce, tutto comprende, tutto spiega.

Egli si sente e diviene, in assoluta buona fede, l'alfa e l'omega del processo, ponendo in essere una reazione cortocircuitaria che finisce con l'essere la principale causa di gravi errori e distorsioni nella ricostruzione degli eventi.

L'avvocato, se preparato, umile ed attento, può, anzi, deve essere all'un tempo ausilio ed argine alla verificazione di simili eventualità.

Intervenendo con la propria capacità scientifica, tecnica e dialettica nel meccanismo processuale.

Memore del proprio ruolo di difensore di una delle parti in causa, ma anche di operatore della Giustizia.

Innamorato del proprio lavoro e non della facile "gloria".

Pronto a non cadere nel tranello di quei dieci minuti di popolarità vaticinati da Andy Warhol.

Chi a molto a che fare con i bambini scoprirà che nessuna azione esteriore resta senza influsso su di loro.
Johann Wolfgang Göethe

IL MINORE AUTORE DEL REATO

1.- La procedura penale minorile

Premessa

Una breve premessa storica sulla nascita dell'attuale legislazione penale minorile non può che prendere le mosse dal codice Zanardelli, primo codice penale unitario, e dai successivi tentativi di riforma che hanno preceduto l'attuale disciplina.

Tale codice, emanato nel 1889, è già espressione di una consapevole esigenza di specifiche previsioni destinate non solo a fissare, con riguardo ai minori autori di reato, una soglia di età al di sotto della quale fosse impensabile concepire e dichiarare una loro responsabilità penale, ma anche a commisurare ed attagliare la risposta "penale" in relazione ed in ragione delle caratteristiche proprie di un soggetto connotato dall'essere, sia fisicamente che psichicamente, ancora in fase di formazione.[138]

Il codice Rocco, emanato nel 1930, introduce alcune importanti novità, contemporaneamente riformando istituti già previsti dal precedente corpus, anche se, in realtà, è solamente con l'introduzione della "legge

---

[138] *Riassumendo brevemente, il Codice Zanardelli prevedeva l'improcedibilità assoluta nei confronti dei soggetti di età inferiore ai nove anni; tra i nove e i quattordici anni, l'assoggettabilità a pena era subordinata all'accertamento che il minore del reato avesse agito "con discernimento"; per i soggetti, autori di reato, compresi tra i quattordici ed i diciotto anni, erano previste riduzioni delle pene temporanee e per essi, all'ergastolo, era sostituita la reclusione da dodici a venti anni.*

minorile" del 1934 che può dirsi nascere un vero e proprio sistema penale minorile.

Di indubbia modernità è la diversa disciplina introdotta per l'imputabilità, essendo stata elevata a quattordici anni la soglia al di sotto della quale sussiste una presunzione assoluta di incapacità di intendere e volere (art. 97 c.p.) ed essendosi fissata un'ulteriore fascia di età, compresa tra i quattordici ed i diciotto anni, per la quale il giudice è chiamato a svolgere un accertamento in concreto sulla sussistenza della capacità in capo al minore nel momento in cui ha commesso il reato (art. 98 c.p.).

Quand'anche riconosciuta sussistente, l'imputabilità non è tuttavia considerata piena, essendo prevista una riduzione della pena fino ad un terzo.

Vengono poi previste particolari modalità di esecuzione della pena detentiva (art. 142 c.p.) ispirate ad esigenze rieducative[139], sì da far dire alla dottrina più attenta che già nel sistema del codice Rocco, pure ispirato ad una concezione essenzialmente retributiva della pena, era presente – nell'idea della pena inflitta ai minori – "*un elemento o una finalità che non si ritrova nel concetto comune della pena retributiva: quello della rieducazione*".[140]

Il regio decreto del 1934 (legge 20 luglio 1934, n. 1404) introduce nell'ordinamento un organo giudiziario specializzato, chiamato a giudicare tutti i reati commessi dal soggetto minore degli anni diciotto.

---

[139] *Particolare rilievo assume l'introduzione del perdono giudiziale, concepito come causa di estinzione del reato, avente lo scopo di "assicurare il trionfo dell'esigenza di salvaguardare dalla perdizione giovani esistenze e di favorire il progresso civile, rendendo sempre migliori le condizioni della convivenza sociale".*

[140] *Cfr. Bettiol, Diritto Penale, Cedam 1982.*

Si tratta di un organo a composizione collegiale, con l'inserimento, accanto a due giudici togati, inizialmente di un solo giudice onorario, successivamente elevati a due con la legge n. 1441/1956.

Si tratta di un organo che tende ad integrare le conoscenze giuridiche con quelle proprie delle scienze sociali, in modo da poter consentire di assumere decisioni che siano adeguate a tutelare la personalità del minore.

La novità di tale organo giudiziario non sta soltanto nella sua composizione, ma anche nella sua competenza in materia penale, che diviene tuttavia esclusiva solo nel 1983, nella concorrente competenza civile – competenza che si arricchisce di effettivo contenuto solo con la riforma del diritto di famiglia del 1975 – e nella previsione della competenza amministrativa[141].

La legge minorile del 1934, oltre a specializzare l'organo giudicante attraverso le attribuzioni delle sopra menzionate competenze – civile, penale e amministrativa – introduce anche significative riforme ad alcuni istituti di diritto penale sostanziale previsti nel codice (perdono giudiziale, sospensione condizionale della pena, liberazione condizionale e riabilitazione speciale) e, per la prima volta, consente l'osservazione scientifica della personalità del minore imputato, innovando profondamente rispetto a quanto previsto nel sistema penale per gli adulti.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, è apparso necessario procedere ad un "ripensamento" in relazione alla competenza amministrativa del

---

[141] *Cfr. Elisabetta Palermo Fabris in Diritto e procedura penale minorile, vol. IV, Giuffrè*

Tribunale per i minorenni ed alle misure di rieducazione affinché le stesse potessero divenire effettivi strumenti di aiuto e sostegno ad un'evoluzione positiva della personalità del minore assoggettato, sottoposto o coinvolto in condotte di effettiva devianza.

Sotto questo profilo una tappa importante nell'evoluzione del sistema della giustizia penale minorile è costituita dal d.p.r. 24 luglio 1977 n. 616.

Si tratta del Decreto istitutivo dei servizi socio-assistenziali degli enti locali che, come noto, ha attribuito ai medesimi la competenza in relazione all'esecuzione dei provvedimenti, civili ed amministrativi, resi dal Tribunale per i minorenni.

L'intento della norma era ed è quello di caratterizzare in senso sempre più marcatamente educativo e personalizzato anche gli interventi amministrativi, oltre che quelli civili, per renderli effettivamente coerenti con gli scopi di recupero del minore deviante.

Il sistema minorile si evolve molto faticosamente nella direzione di un'effettiva realizzazione degli obiettivi per i quali era nato, ed il percorso iniziato negli anni Settanta prosegue attraverso un'attenta riflessione sia sugli istituti previsti normativamente che sulle modalità della loro applicazione.

Con la riforma del 1988 (d.p.r. n. 448/1988) vi è un positivo spostamento dell'attenzione dal fatto all'autore del fatto, ma ciò non significa che la risposta sanzionatoria non sia pur sempre e necessariamente rapportata alla gravità del reato commesso e alla responsabilità soggettiva[142].

---

[142] *Siamo sulla soglia degli anni '90 e nel 1989 vede la luce la Convenzione ONU sulla tutela dei diritti dell'infanzia che segna una svolta radicale in tutto il sistema minorile, non*

Oltre che alla personalità del suo autore.

La ricerca di interventi diversi ed alternativi alla pena detentiva quale risposta al reato commesso dal soggetto minorenne, si inserisce in un discorso di più ampio respiro che coinvolge la stessa ragion d'essere del diritto penale, prima ancora che di un diritto penale minorile.

Preoccuparsi del minore, preservarne il più possibile il diritto all'educazione, recuperarlo al rispetto della legalità non significa abbandonare la sanzione penale, ma più correttamente ricercare un sistema sanzionatorio funzionale a tale scopo.

L'evoluzione del sistema penale minorile non può, pertanto, che partire dall'esistente, valorizzando appieno gli strumenti già introdotti e sviluppandone le potenzialità, nel senso di una giustizia penale che persegua finalità riparatorie e responsabilizzanti in grado di garantire un risarcimento sia alla vittima che alla collettività per il fatto commesso e, nel contempo, di ottenere un'adesione al valore di fondo del rispetto della legalità da parte dei membri che, attraverso la commissione del reato, hanno infranto il patto sociale.

In questi termini, l'interesse del minore non può che coincidere con l'interesse della società: per entrambi, l'obiettivo da raggiungere è la ripresa corretta del processo educativo sì da consentire la strutturazione di una personalità in grado di inserirsi nel contesto sociale rispettandone le regole.

---

soltanto in quello penale, facendo emergere in via definitiva il passaggio dalla logica di tutela degli interessi a quella della tutela dei diritti.

Nell'introdurre un percorso normativo sulla giustizia minorile, pare corretto, in via conclusiva, convenire con quella dottrina che, di fronte all'esigenza di adattare il sistema sanzionatorio penale ad individui dalla personalità *in fieri*, denuncia i limiti del diritto.

La risposta fornita dalle istituzioni giudiziarie alle problematiche del minore autore di reato non può certamente aspirare a "salvare" il minore stesso, ma induce a pensare ad una "riduzione del danno" e ad una ripresa di processi educativi deviati attraverso interventi improntati ad un necessario ed inevitabile compromesso tra punire ed educare.[143]

---

[143] *Cfr. Larizza, Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale.*

1.- La procedura penale minorile

"La giustizia minorile ha una particolare struttura in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni": con quest'affermazione, risalente, al 1964, la Corte ha iniziato quell'itinerario che la porterà, anno dopo anno, a delineare le coordinate fondamentali di un sistema di giustizia minorile "costituzionalmente orientato".

Già questa prima presa di posizione, pur nella sua essenzialità, è densissima di contenuto: si sottolinea la peculiarità del sistema di giustizia minorile che viene giustificato alla luce dell'obiettivo fondamentale cui deve tendere quel sistema: la rieducazione dei minorenni.

La Corte sottolinea, in particolare, che la tutela del minore si può realizzare solo attraverso il giudizio emesso da un organo specializzato che, in possesso di tutti gli strumenti e delle peculiari conoscenze necessarie, sia in grado di individuare la risposta rieducativa più appropriata.

Le disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni (d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448) denotano, sin ad un primo sguardo, una comune ispirazione di fondo che unifica, idealmente, norme tra loro non omogenee: la vigile attenzione ed il costante rimando del legislatore alle esigenze rieducative dei minori.

Risulta inevitabile, in un simile contesto, quando, quindi, si privilegia in modo così marcato l'istanza special-preventiva, attribuire un esteso potere discrezionale al giudice che non solo vede notevolmente ampliata

da questo provvedimento la gamma di decisioni che può adottare nei confronti del minore, ma vede anche riconosciuta una possibilità inusuale: quella di "inventare" provvedimenti tagliati su misura sulla personalità del minore.

Ma se l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale così esteso può consentire, almeno a livello teorico, alle sue decisioni di essere rieducative, tuttavia non può non suscitare riserve la mancata specificazione da parte del legislatore di criteri che fungano da guida ad una discrezionalità così estesa.

Per chiarire: a meno che sfugga qualche ipotesi, i tradizionali casi di discrezionalità giudiziale si muovono entro una cornice legislativa sufficientemente determinata.[144]

Ciò che caratterizza il processo penale minorile è il risalto dato all'autore.[145]

Il fine di recuperare il minore non comporta, automaticamente, la rinuncia alla realizzazione della pretesa punitiva, a prescindere dalla qualità degli interessi aggrediti con il comportamento illecito.

Il recupero del minore costituisce un interesse preminente che il legislatore deve assolutamente perseguire e che, a seconda dei casi, può prevalere sulla realizzazione della pretesa punitiva.

---

[144] *Come esempio paradigmatico si può citare l'art. 123 c.p., secondo cui "nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente".*

[145] *Così Palomba, il quale afferma che "il nuovo processo è costruito in modo da poter essere utilizzato per valutare l'importanza penale del minore, e cioè per valutare se effettivamente il ragazzo sia meritevole di un epilogo sanzionatorio, ovvero se un singolo fatto, sia pure penalmente trasgressivo, non sia significativo né di un disagio né di una rilevante probabilità che il ragazzo rimanga inserito in una scelta deviante."*

E’ dunque necessario ricercare un punto di equilibrio che permetta, da un lato, di tollerare la criminalità occasionale, fortemente condizionata dalla fragilità della condizione minorile, “depenalizzandola” concretamente o, al massimo, “trattandola” con interventi di sostegno; dall’altro di utilizzare la risposta sanzionatoria classica o, meglio, diversificata quando serva a richiamare il minore al rispetto di determinati valori.

L’udienza preliminare

Nel processo penale minorile l’udienza preliminare assolve un ruolo fondamentale, poiché, oltre alle ordinarie funzioni di garanzia (consistenti nel controllo giurisdizionale della fondatezza dell’accusa), essa permette di applicare tutti i provvedimenti previsti dalla legge nei confronti del minorenne e, così, si configura come la sede primaria di definizione del procedimento.

Per tale motivo in questa sede opera un organo collegiale, a struttura prevalentemente laica, costituito da un magistrato di carriera e da due giudici onorari, un uomo ed una donna, scelti tra i cultori delle scienze umane.

Si tratta di un’innovazione introdotta dal d.p.r. n. 448/1988, finalizzata a garantire carattere di interdisciplinarietà al giudice dell’udienza preliminare: la collegialità assicura, infatti, la convergenza di “cognizioni tecniche diversificate” e l’apporto di differenti professionalità, consentendo di utilizzare parametri valutativi extra giuridici indispensabili per l’esame di una personalità in formazione, quale è quella del

minorenne, e di optare per il provvedimento maggiormente idoneo al caso concreto[146].

L'udienza preliminare si svolge in camera di consiglio, con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato e facoltativa delle altre parti.

La partecipazione all'udienza del pm è necessaria, così come necessaria è quella del difensore dell'imputato; ove questi risulti sprovvisto di un difensore di fiducia, il giudice ne designerà uno d'ufficio, scegliendolo tra quelli "con specifica preparazione nel diritto minorile".

Una volta conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, il presidente del collegio ammette gli atti ed i documenti che le parti stesse producono e dichiara aperta la discussione (art. 421 c.p.p.).

Prima ancora, però, dell'inizio della discussione, il giudice dell'udienza preliminare dovrà chiedere al minore-imputato se "consente alla definizione del processo in quella stessa fase", sempre che una volontà in questa direzione non sia già stata esternata validamente in precedenza.

Soltanto qualora il minori presti il proprio consenso, il giudice, terminata la discussione, può pronunciare sentenza di non luogo a procedere, qualora ricorrano le ipotesi di cui all'art. 425 c.p.p. (o per concessione del perdono giudiziale o per irrilevanza del fatto).[147]

---

[146] *Cfr. Carla Pansini, in Trattato di diritto di famiglia, op. cit.*

[147] *L'elemento consensuale quale presupposto per la definibilità del processo in sede di udienza preliminare, è stato introdotto dalla legge 01.03.2001, n. 63. La portata innovativa e garantista di questa modifica è facilmente percepibile; tuttavia, la forma adottata dal legislatore, la sua collocazione ed i riflessi problematici sull'intero sistema del processo penale minorile lasciano piuttosto perplessi.*

Ma le possibilità del giudice dell'udienza preliminare si spingono ben oltre.

Egli può, infatti, emettere sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto o per concessione del perdono giudiziale; può disporre con ordinanza la sospensione del processo e la messa alla prova del minore; può condannare l'imputato ad una pena pecuniaria, diminuibile fino alla metà del minimo edittale, od a una sanzione sostitutiva su richiesta del pubblico ministero.

Avverso tale sentenza è espressamente prevista la possibilità che l'imputato o il difensore munito di procura speciale, propongano opposizione, al fine di instaurare il giudizio ordinario.

Se ciò non accade, esaurita l'attività preliminare dell'ammissione degli atti e dei documenti prodotti dalle parti, si apre la discussione vera e propria.

Il pm illustra i risultati delle indagini preliminari, compresi gli accertamenti eventualmente compiuti sulla personalità del minore ed i risultati delle prove che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio.

Dopo l'esposizione introduttiva dell'accusa, il giudice sente direttamente il minore.

Mentre, a norma dell'art. 421 comma 2 c.p.p. l'imputato, sia esso minorenne o maggiorenne, può sempre rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio, il giudice ha l'obbligo di audizione con riguardo al solo imputato ancora minorenne al momento dell'udienza.

A differenza di quanto avviene nell'udienza preliminare ordinaria, in quella minorile la discussione può assumere la fisionomia di un contradditorio allargato, potendo il giudice sentire anche gli altri soggetti che partecipano all'udienza qualora ritenga opportuno assumere informazioni circa "le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne".

Tali informazioni possono essere utili non tanto ai fini della ricostruzione del fatto per cui si procede quanto piuttosto, per l'individuazione delle misure penali più adeguate e per l'adozione di eventuali provvedimenti civili.

Al termine di queste attività, il pm e il difensore dell'imputato formulano le rispettive conclusioni, utilizzando il materiale investigativo contenuto nel fascicolo trasmesso con la richiesta di rinvio a giudizio e gli atti ed i documenti che il giudice ha ammesso prima dell'inizio della discussione.

Il giudice dichiara chiusa la discussione quando ritiene di poter prendere una decisione sulla base degli atti che ha a disposizione.

La decisione allo stato degli atti rappresenta, nel contesto dell'udienza preliminare minorile, un'evenienza piuttosto rara, stante da un lato l'esigenza di rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale, dall'altro l'imprescindibilità dell'acquisizione di atti connaturata al giudizio sulla personalità del minore.

Per quanto concerne gli epiloghi dell'udienza preliminare disciplinati dall'art. 32, va rilevato che è applicabile l'art. 425 c.p.p., nella nuova formulazione conseguente alla legge 479/1999.

Il giudice potrà, quindi, emettere una sentenza di improcedibilità, se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata ovvero non deve essere eseguita, se il fatto non sussiste, non è previsto dalla legge come reato o non costituisce reato, se l'imputato non lo ha commesso o se si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa.

Il giudice pronuncerà, altresì, sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contradditori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

La peculiarità e gli scopi del processo minorile consentono di chiudere l'udienza preliminare anche con una sentenza di condanna[148].

A norma dell'art. 32 comma 2 c.p.p. il giudice, su richiesta del pm, può emettere una sentenza di condanna quando ritenga applicabile una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva.

In entrambi i casi la pena può essere diminuita fino alla metà rispetto al minimo edittale e questa contrazione di pena trova giustificazione nella circostanza di non prevedere per il minore un trattamento deteriore rispetto all'adulto che può usufruire di analoga riduzione attraverso il procedimento per decreto, escluso nel rito minorile.

L'art. 32 comma 4 c.p.p. attribuisce al giudice dell'udienza preliminare un potere particolare, quello di adottare dei provvedimenti di natura civilistica a tutela del minore.

---

[148] *Cfr. Carla Pansini, op. cit..*

Il giudice statuisce con decreto, che andrà motivato sulla base dell'urgenza e della necessità dei provvedimenti *de quibus,* in un'ottica di protezione del minore.

La norma scandisce la temporaneità di questo intervento che fuoriesce dalle normali competenze del giudice penale, stabilendone la perenzione entro trenta giorni dal momento della loro emissione.

Il dibattimento

La centralità dell'udienza preliminare nel processo minorile, con l'ampiezza di sbocchi che abbiamo illustrato, dovrebbe rendere l'udienza dibattimentale sede di accertamento e di definizione del giudizio del tutto residuale[149].

Anche nel processo a carico di imputati minorenni, al dibattimento si accede dopo l'emissione da parte del giudice dell'udienza preliminare del decreto che dispone il giudizio.

L'udienza dibattimentale dinnanzi al tribunale per i minorenni rispetto a quella del processo comune presenta alcune peculiarità che trovano la loro ragione d'essere nell'esigenza di tutelare gli interessi dei minori.

Il giudizio si apre, anche qui, con la verifica della regolare costituzione delle parti, con la proposizione delle questioni preliminari e l'indicazione delle prove delle quali si chiede l'ammissione (art. 493 comma 1 c.p.p.).

Per evitare curiosità che nuocerebbero alla personalità del minore, l'udienza si svolge a porte chiuse, invertendosi la regola generale di pubblicità che caratterizza il dibattimento nel processo per gli adulti.

---

[149] *Cfr. Carla Pansini e Paolo Renon, op. cit..*

Si vuole, in questo modo, proteggere il minore dalle conseguenze negative che potrebbero derivare dalla notizia pubblica di un suo coinvolgimento in vicende giudiziarie.

Il divieto di pubblicità, però, non è previsto in termini assoluti: l'imputato, infatti, che abbia già compiuto i sedici anni, può chiedere che si proceda in pubblica udienza.

Un'altra significativa deviazione rispetto allo schema tipico di giudizio ordinario è prevista relativamente alle modalità con le quali viene condotto l'esame dell'imputato minorenne.

L'espressione "esame del'imputato minorenne" ha un significato giuridico preciso: indica un atto dell'istruzione dibattimentale che si compie eventualmente, se le parti ne abbiano fatto richiesta o vi abbiano consentito e che consiste esclusivamente nella formulazione di domande all'imputato sui fatti oggetto dell'accusa e nelle relative risposte.

Sempre per tutelare la personalità del minore, l'esame dell'imputato è condotto dal presidente del collegio, analogamente a quanto previsto dall'art. 498 comma 4 c.p.p. per l'esame dibattimentale del testimone minorenne.

Gli altri giudici, il pubblico ministero e il difensore possono proporre domande e rivolgere contestazioni all'imputato, ma sempre tramite il presidente.

Nei confronti del minore, il legislatore ha previsto una sorta di tutela preventiva della sua personalità o, meglio, ha individuato una presunzione soggettiva di lesività della personalità dell'imputato, disponendo che, per il solo fatto che ad essere esaminato sia un minore,

si proceda attraverso domande e contestazioni formulate dal giudice su proposta delle parti.

A parte le due eccezioni sopra menzionate, l'udienza dibattimentale nel processo minorile si svolge con le stesse regole del procedimento ordinario, tenendo conto, però, delle particolari disposizioni dettate per l'udienza preliminare.

Gli epiloghi dell'udienza dibattimentale "minorile" sono sostanzialmente quelli previsti negli artt. 529 ss c.p.p. ai quali si aggiungono le formule terminative specifiche per i minorenni: il tribunale, quindi, può pronunciare sentenza di condanna, di assoluzione o di proscioglimento "in tutta la gamma delle alternative previste per il dibattimento del processo penale ordinario", oltreché sentenza di estinzione del reato per esito positivo della prova, di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale e per ritenuta irrilevanza penale del fatto.

Le impugnazioni in seguito a sentenza di non luogo a procedere

La sentenza di non luogo a procedere emessa dal giudice dell'udienza preliminare minorile può essere impugnata mediante appello o ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 428 c.p.p..

Legittimati a proporre appello sono il procuratore della Repubblica presso il giudice *a quo* ed il procuratore generale, nonché l'imputato.

Quest'ultimo non può, però, appellare le sentenze di proscioglimento "pieno".

Gli stessi soggetti possono, inoltre, proporre ricorso immediato per cassazione o esperire il rimedio di legittimità nelle ipotesi in cui la sentenza di non doversi procedere sia inappellabile.

Legittimato ad impugnare è anche l'esercente la potestà genitoriale, secondo quanto disposto in via generale dall'art. 34 c.p..

La legittimazione, però, viene meno nel momento in cui, alla data della sentenza, l'imputato sia divenuto maggiorenne.

La persona offesa dal reato può, invece, solo esperire il ricorso per cassazione ed unicamente nei casi di omessa o tardiva notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, secondo quanto disposto dall'art. 428 comma 3 c.p.p..

L'opposizione

Avverso le sentenze di condanna emesse dal giudice minorile ai sensi dell'art. 32 comma 2 c.p., ovvero contro quelle di non doversi procedere che presuppongono la responsabilità dell'imputato, è possibile esperire opposizione con atto depositato nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento.

Sotto il profilo soggettivo, va rilevato che legittimati a proporre opposizione sono solo l'imputato ed il suo difensore, munito di procura speciale, e non anche il pubblico ministero.

Questa scelta di estromettere l'accusa dal potere di impugnazione trova una giustificazione nella carenza di interesse dell'organo pubblico alla riforma *in peius* di un provvedimento di condanna, peraltro da esso stesso richiesto.

Per quanto concerne i termini per la proposizione del rimedio dell'opposizione, il d.lgs. n. 12/1991 li ha ampliati rispetto agli originari tre giorni, portandoli agli attuali cinque.[150]

Il termine inizia a decorrere dalla pronuncia del provvedimento ovvero, quando l'imputato non è comparso, dalla notificazione dell'estratto.

Il superamento del termine di cinque giorni determina l'inammissibilità dell'opposizione mentre, sotto altro profilo, il suo decorso o quello del termine per impugnare l'ordinanza che dichiara inammissibile l'opposizione produce l'irrevocabilità della sentenza emessa dal giudice dell'udienza preliminare.

In giurisprudenza si è dubitato sulla legittimità costituzionale della previsione di un termine così breve, lesivo del diritto di difesa.

A ben vedere, però, la brevità del termine assicura un giusto equilibrio tra l'esigenza di assicurare la celebrazione del giudizio a seguito della scelta dell'interessato e quella di rendere possibile l'immediata definizione della sua vicenda processuale.[151]

L'opposizione ha natura di richiesta di giudizio davanti al tribunale per i minorenni.

In questo caso il tribunale viene investito dello *ius iudicandi* analogamente a quanto avviene a seguito del decreto che dispone il giudizio.

---

[150] *Nel sistema originario del processo minorile, come delineato dal legislatore del 1988, avverso le sentenze emesse dal giudice dell'udienza preliminare, l'imputato, il suo difensore, ovvero il pm potevano proporre opposizione, entro il termine brevissimo di tre giorni, richiedendo che si procedesse alla verifica dibattimentale innanzi al tribunale per i minorenni.*

[151] *Cfr. Carla Pansini , op. cit..*

Il giudizio conseguente all'opposizione ricalca quello del procedimento per decreto per ciò che riguarda la revoca della sentenza opposta, l'effetto estensivo della pronuncia irrevocabile nei confronti dei co-imputati che non hanno presentato opposizione, e la riforma *in peius*.

Sotto questo ultimo profilo, quindi, il tribunale potrà applicare anche una pena diversa e più grave di quella emessa dal giudice dell'udienza preliminare e revocare i benefici già concessi.

Se il giudizio a seguito di opposizione si dovesse concludere con una sentenza di proscioglimento "pieno", il tribunale revocherà la sentenza di condanna, già sospesa, anche nei confronti dei co-imputati che non hanno proposto opposizione.

L'effetto estensivo favorevole è limitato al solo caso in cui ci siano più imputati dello stesso reato, di cui soltanto un o alcuni abbiano proposto opposizione.

Le attenuazione del sistema sanzionatorio in caso di condanna

Emessa sentenza penale di condanna, il sistema non rinuncia, con afflato Costituzionalmente orientato, alla tutela ed alla rieducazione del minorenne.

L'ordinamento cerca di fare in modo che la pena abbia la durata più breve possibile e sia conforme alle esigenze di prevenzione sociale.

L'art. 98 c.p. prevede una prima importante deroga a quanto stabilito per gli adulti: per i soggetti che, al momento della commissione del reato, avevano un'età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni, la pena è diminuita fino ad un terzo.

La norma è espressione dei timori relativi al condizionamento negativo che l'ambiente carcerario potrebbe avere nei confronti di un soggetto ancora in formazione, ma si fonda anche sul convincimento che si debba muovere un rimprovero attenuato al minore.

Un'ulteriore particolarità del sistema è costituita dalla maggior ampiezza della pena detentiva massima sospendibile.

Il tetto massimo, infatti, di pena detentiva che può essere oggetto di sospensione condizionale per i minorenni è di tre anni.

Le altre condizioni di accesso a tale beneficio sono le stesse degli adulti: sarà, quindi, necessario che il giudice ritenga che il condannato si asterrà dal delinquere.

Sono di regola esclusi dall'ambito di applicabilità del beneficio coloro che sono già stati precedentemente condannati per delitto a pena detentiva, anche se è intervenuta la riabilitazione e i delinquenti o contravventori abituali o professionali.

La sospensione può essere concessa una sola volta.

Se il soggetto non pone in essere altri reati per un periodo di cinque anni, in caso di condanna per delitto, o di due anni, in caso di contravvenzione, ed adempie gli obblighi imposti, il reato si estingue.

Nei confronti dei minorenni, la pena detentiva deve essere utilizzata come *extrema ratio*, poiché essa tende a valorizzare le istanze di prevenzione generale e potrebbe mal conciliarsi con le esigenze di un soggetto in giovane età.

Tuttavia, qualora gli altri strumenti risultino inidonei, la pena detentiva dovrà essere eseguita.

A tal fine, l'ordinamento ha previsto la creazione di istituti carcerari specifici, facente parte dei centri per la giustizia minorile, dove è privilegiata la formazione scolastica e professionale.

I centri per la giustizia minorile sono, inoltre, sede degli istituti di semilibertà che forniscono anche servizi diurni per l'esecuzione, tra l'altro, delle ulteriori misure alternative che prevedono il trattamento in libertà.

L'organizzazione e la gestione di tali istituti persegue l'effettiva reintegrazione nella comunità esterna per i soggetti sottoposti a semilibertà e attua, anche per coloro che scontano altre misure alternative, programmi educativi di studio e di formazione lavoro, di tempo libero e di animazione.

Per quanto riguarda le condizioni di concessione delle misure alternative, si consideri, innanzitutto, che la disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà, non presenta deroghe rispetto a quanto previsto per gli adulti.

La detenzione domiciliare, invece, è regolata da disposizioni specifiche ed è applicabile più ampiamente: per comprovate esigenze di salute, studio, lavoro, famiglia, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, le pene fino a quattro anni, quando si tratta di persona minore degli anni ventuno.

La misura è inoltre applicabile per le pene fino a due anni quando non può essere accolta la richiesta di affidamento in prova al servizio sociale.

Si deve aggiungere, infine, che la liberazione condizionale, che permette di trascorrere in libertà vigilata la pena residua, qualora il condannato abbia tenuto un comportamento che faccia ritenere sicuro il ravvedimento, può essere ordinata dal tribunale per i minorenni in qualunque momento dell'esecuzione e qualunque sia la durata della pena detentiva inflitta.

Le definizioni alternative del processo penale per i minori

Nel presente capitolo verrà fornito un quadro degli istituti giuridici che favoriscono una rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale.

In conformità con il disposto dell'art. 31 comma 2, Cost. che impone alla Repubblica di proteggere "*la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo",* l'ordinamento italiano disciplina l'esercizio della giurisdizione penale nei confronti dei minori autori di reato perseguendo non soltanto fini di punizione, ma anche e soprattutto finalità educative.

Tali finalità nascono dalla necessità di adeguare l'intervento penale alle esigenze educative degli imputati minorenni, in conformità alla stessa funzione rieducativa affermata nell'art. 27, comma 3 Costituzione[152].

Per conseguire tali finalità, l'ordinamento giuridico ha istituito degli organi giurisdizionali specializzati, in aderenza al dettato dell'art. 102, comma 2 Cost.[153], che prevede la possibilità di istituire delle sezioni specializzate per determinate materie, presso gli organi giudiziari ordinari.

---

[152] *Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.*

[153] *Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.*

Nel processo penale minorile un ruolo fondamentale è assegnato allo studio e alla valutazione della personalità del minore imputato.

Tuttavia non è facile conciliare l'interesse per la persona del minore, che deve essere tutelata nei suoi diritti di crescita e l'interesse dello Stato alla punizione del reato, come fatto lesivo dell'ordine sociale.

La convivenza all'interno del processo penale minorile della tutela e della punizione, ha indotto il legislatore a creare delle *"vie di fuga"* dal circuito penale, mediante l'introduzione di istituti giuridici che privilegiano le finalità risocializzanti.

Al percorso riparativo, finalizzato alla responsabilità del reo, si unisce, in questo modello di giustizia penale, la conciliazione con la società e lo Stato, soggetti passivi di qualsiasi reato, ma addirittura, se possibile, anche la riconciliazione con la persona offesa.

La conciliazione con la persona offesa e la riparazione, sono dunque la via per un modello alternativo di giustizia, che coinvolge vittima, reo e comunità nella ricerca di soluzioni agli effetti del conflitto generato dal fatto delittuoso, realizzando il duplice scopo di ottenere una riduzione dei processi pendenti a beneficio dell'efficacia e della rapidità della risposta penale e, dall'altro, di promuovere la ricerca della pace sociale, mediante la conciliazione tra imputato e vittima.

Nei paragrafi seguenti verranno analizzati gli istituti giuridici di cui si accennava precedentemente con le loro rispettive finalità.

Messa alla prova

È l'istituto più innovativo del processo penale minorile, previsto dagli artt. 28 e 29 D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448.

Esso trae la sua ispirazione dal modello anglosassone, affermatosi in seguito alla perdita di centralità della pena detentiva e avente come finalità quella di evitare al minore imputato la condanna.

L'istituto trae la sua legittimazione dalla lettera *e* dell'art. 3 della legge delega n. 81 del 1997, la quale stabilisce il *"dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale ed ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti"* e *"la facoltà di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti".*

Per questo, il giudice, quando ritiene di dover valutare la personalità del minore, può disporre la sospensione del processo e affidare il minore ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, affinché procedano all'attività di osservazione, trattamento e sostegno.

Con lo stesso provvedimento il giudice può imporre al minore prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione tra il reo e la persona offesa.

Il giudice legittimato a disporre la sospensione del processo ai sensi dell'art. 28, comma 1 c.p.p. min, è il giudice dell'udienza preliminare o il giudice del dibattimento, cioè un giudice collegiale che, grazie alla sua particolare composizione, ritiene opportuno nell'interesse del minore disporre la sospensione del processo.

Presupposto per tale sospensione è l'ingresso del minore nel circuito penale a seguito di una notizia di reato.

La sospensione del processo ha la finalità di impedire una pronuncia sul merito del caso e consentire al minore di uscire dal circuito penale per evitare gli effetti stigmatizzanti della condanna penale.

La sospensione del processo con messa alla prova non fa riferimento all'accertamento della responsabilità del minore, ma, essendo una misura penale, potrebbe assumere una valenza in qualche modo sanzionatoria ed afflittiva[154].

Per ciò, presupposto della sospensione del processo è la convinzione da parte del giudice della responsabilità del minore imputato in ordine al reato per cui si procede.

La sospensione del processo è disposta quando il giudice ritiene opportuno esaminare la personalità del minore all'esito della prova.

Essa può essere disposta per qualsiasi tipo di reato, anche per quelli per i quali è prevista la pena dell'ergastolo, purché il giudice ritenga opportuno valutare la personalità del minore.

Premessa indispensabile affinché il giudice possa emanare ordinanza di sospensione del processo è l'elaborazione del progetto d'intervento per opera dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi degli enti locali, così come risulta dall'art. 27 disp. att. min. che mette in evidenza gli elementi fondamentali del progetto d'intervento[155].

Il suddetto articolo prevede tra l'altro:

---

[154] *F. Palomba, "Il sistema del nuovo processo penale minorile", cit. pp. 415 – 416.*

[155] *P. Giannino, "Il processo penale minorile", secondo cui (…) il processo deve essere frutto di accettazione da parte del ragazzo e che al giudice non spetta il compito di formazione del progetto, ma a lui compete il potere di prospettare modifiche e suggerire integrazioni, per farlo divenire quanto più possibile idoneo alle esigenze del minore(…)*

a. le modalità di coinvolgimento del minorenne, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita. A tal fine, il consenso del minore al progetto deve essere pieno ed espressione di una totale partecipazione ad esso, deve essere frutto di un'adesione spontanea e deve essere prestato solo dopo che egli sia stato informato delle conseguenze di un eventuale esito negativo della prova.

b. gli impegni specifici che il minorenne assume. Tali impegni devono essere adeguati alle sue esigenze e capacità, devono tener conto del tipo di reato commesso e basarsi sulle risorse che il territorio locale mette a disposizione per il minore.

c. le modalità di partecipazione al progetto degli operatori della giustizia e dell'ente locale. Tali soggetti dovranno specificare nel progetto le modalità della loro partecipazione, la quale deve essere improntata come una collaborazione e cui è affidato il compito di tracciare per il minore un progetto d'intervento il più possibile flessibile, in modo da consentire modifiche ed essere adattato alle eventuali future esigenze del minore.

d. le modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa. Queste prescrizioni sono le uniche che sono demandate al potere del giudice.

Inoltre, il giudice valuta, in collaborazione con i servizi, se la messa alla prova deve essere condotta in libertà oppure con l'integrazione di una misura cautelare.

Il provvedimento che dispone la sospensione del processo con messa alla prova è emesso nella forma di ordinanza.

Il secondo comma dell'art. 28 c.p.p. min. stabilisce che "*con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i servizi locali(…)".*

Questa disposizione mette in risalto la funzione essenziale che è stata affidata ai servizi sociali nell'ambito della messa alla prova.

In particolare, il legislatore ha assegnato ai servizi sociali ministeriali un ruolo da protagonista, mentre ai servizi sociali dell'ente locale è affidato un ruolo di collaborazione.

Così facendo, il legislatore è andato in direzione contraria alla scelta del decentramento amministrativo operata con il D.P.R. 616/77.

I servizi, a norma del terzo comma dell'art. 27 disp. att. min., informano periodicamente il giudice dell'attività svolta e dell'evoluzione del caso, proponendo, dove lo ritengano necessario, modifiche al progetto e, in caso di ripetute e gravi trasgressioni, la revoca del provvedimento di sospensione.

L'abbreviazione della messa alla prova, sarà chiesta quando l'impegno del minore e i risultati raggiunti sono tali da essere espressione di un processo di responsabilizzazione del minore, che non necessitano un ulteriore proseguimento della prova.

La revoca, invece, ai sensi del quinto comma dell'art. 28, ha presupposti diversi, poiché a essa si può fare ricorso solo quando nel corso della messa alla prova, il minore ha dato luogo a ripetute e gravi violazioni delle prescrizioni imposte dal progetto.

La valutazione della gravità delle trasgressioni è lasciata alla discrezionalità del giudice, ma si ritiene che esse siano tali da quando sono espressione di una mancanza di volontà del minore di aderire al progetto.

Pertanto può capitare che alla presenza di ripetute e gravi trasgressioni il giudice non disponga la revoca, a condizione che il minore abbia comunque dato prova di voler aderire al progetto e le violazioni siano tali da rappresentare le difficoltà di una personalità in evoluzione.

Il presidente del collegio, ai sensi dell'art. 27 comma 3 disp. att. min, riceve le relazioni dei servizi e ha il potere delegabile ad altro componente del collegio, di sentire senza formalità di procedura, gli operatori e il minorenne[156].

Al giudice delegato, invece è affidato il compito di sentire il minore e gli operatori dei servizi[157].

È comunque preferibile che come giudice delegato a seguire la procedura sia scelto un giudice onorario, che meglio del giudice togato può instaurare con gli operatori dei servizi una proficua comunicazione.

Per quanto riguarda le modifiche sostanziali del progetto, prospettate dai servizi, è necessaria una decisione del collegio, nell'udienza prevista ex art. 29 c.p.p. min., su richiesta del Pubblico Ministero.

---

[156] *Secondo la maggior parte della dottrina al Presidente del collegio spetterebbe il compito di seguire l'andamento della messa alla prova nel suo complesso, pertanto egli potrebbe apportare al progetto le modifiche che si rendono necessarie, purché non si tratti di modifiche sostanziali e comunque siano state concordate con le parti.*

[157] *A tal proposito L. Miazzi, "I contesti dell'operatività dei servizi sociali nel processo penale minorile", in "Minori giustizia", Milano n. 3/1994.*

Inoltre, il collegio è competente a decidere di un'eventuale proroga della durata della messa alla prova, possibile solo entro i limiti di durata previsti dal primo comma dell'art. 28 c.p.p. min.

È evidente come dalla collaborazione dei servizi dipenda l'esito positivo della prova, in particolare dalla capacità del servizio dell'ente locale di individuare tutta una serie di risorse che possono servire all'evoluzione sociale della personalità del minore.

Con l'ordinanza di sospensione il giudice può anche imporre al minore alcune prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato.

Questa è un'innovazione rilevante introdotta dal legislatore dell'ottantotto. Tuttavia il tentativo di conciliazione con la vittima incontra molti ostacoli, dovute alle difficoltà delle vittime di incontrare l'autore del reato.[158]

Nonostante ciò, è frequente l'introduzione nei progetti di messa alla prova di prescrizioni riguardanti l'attività di volontariato, che mostra un crescente interesse verso una forma di risarcimento indiretto, del danno arrecato dal reato.

L'ordinanza deve indicare anche il periodo di durata della messa alla prova, poiché questa serve al minore ad avere un obiettivo per un

---

[158] *A. Patruzzi "I sentieri della messa alla prova", in "Minori giustizia", Milano n. 3/1994 "(…)Trascorre molto tempo tra il momento del reato e quello del giudizio e questo può produrre notevoli mutamenti nel rapporto con la vittima. Talora, poi, manca proprio in alcune zone, in particolare nel Sud Italia, una "cultura della riconciliazione": si dimentica completamente, così, la valenza educativa richiamata da questo aspetto della messa alla prova che consentirebbe invece un utile momento di auto responsabilizzazione e maturazione da parte del minore".*

periodo certo, pur potendo essere oggetto di modifiche. La durata della messa alla prova deve essere commisurata al tipo di reato e alla personalità del minorenne che, si presume, evolverà in senso positivo.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 28 c.p.p. min., *"contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore"*mentre il quarto comma stabilisce che*"la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato o il giudizio immediato".*[159]

Dopo la scadenza del periodo di prova, il presidente del collegio fissa l'udienza per la valutazione della prova. In caso di esito negativo della prova, il processo deve riprendere da dove era stato interrotto e si avrà un rinvio a giudizio del minore, poiché appare improbabile una richiesta di non luogo a procedere per non impunibilità, o una condizione di improcedibilità dell'azione.

L'art. 29 c.p.p. min. stabilisce che la valutazione positiva della prova dipende da due accertamenti: il primo riguarda la valutazione del comportamento del minore e il secondo attiene all'evoluzione della sua personalità.

A tal fine, i servizi presentano al giudice una relazione sul comportamento del minore e una valutazione della sua personalità,

---

[159] *La ragione di questa limitazione è da ravvisare nella possibilità di offerta al minore imputato di scegliere un rito speciale più rapido, ma la Corte Costituzionale, con sentenza n. 125/1995, ha dichiarato l'illegittimità del quarto comma "nella parte in cui prevede che la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio abbreviato"e "nella parte in cui prevede che la sospensione non può essere disposta se l'imputato chiede il giudizio immediato".*

facendo sempre riferimento all'impegno dimostrato nel corso della prova.[160]

Per quanto attiene alla valutazione dell'evoluzione della personalità del minore, essa dipende dalle caratteristiche del progetto d'intervento.

Se il progetto è stato costruito in modo da essere praticabile e flessibile e utilizzando tutte le risorse ambientali e familiari del minore, il suo esito sarà sicuramente positivo.

L'evoluzione della personalità del minore si ricava dal comportamento tenuto dal minore nel corso della prova, come la sua capacità di accettare i cambiamenti della propria personalità.

In caso di esito positivo della prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato.

Se la dichiarazione è fatta in sede di udienza preliminare, è emessa sentenza di non luogo a procedere, ex art. 425 c.p.p., se, invece, avviene in sede dibattimentale, è emessa sentenza di non doversi procedere ai sensi dell'art. 531 c.p.p.

In caso di esito negativo della prova, l'art. 29, ultima parte, c.p.p. min., stabilisce che il giudice *"provvede a norma degli artt. 32 e 33".*

La sentenza di non luogo a procedere per esito positivo della prova, non va iscritta nel casellario giudiziale, essendosi estinto il reato.

Negli ultimi anni le indagini sullo stato di applicazione della messa alla prova hanno reso evidente come essa sia applicabile a minori nei quali si

---

[160] *M.G. Basco e S. De Gennaro in "La messa alla prova nel processo penale minorile", sottolineano come "(..)Sicuramente è un dato indicativo della buona riuscita della prova il fatto che il minore, nel corso della stessa, abbia mostrato costanza e impegno nel partecipare ai programmi educativi, alle attività e ai percorsi lavorativi predisposti dai servizi minorili(..)".*

rilevino indici prognostici favorevoli, perché in possesso di migliori risorse familiari e sociali.

Restano esclusi dalla sua applicazione i minori stranieri, in particolare nomadi ed extracomunitari, per mancanza di risorse familiari cui fare affidamento.

In questo modo si vengono a creare delle disparità di trattamento nell'accesso a tale istituto che, ciò nonostante, ha avuto nel corso degli ultimi anni un'applicazione molto estesa.

Perdono giudiziale.

L'istituto del perdono giudiziale è disciplinato nell'art. 169 c. p. e la sua istituzione risale al codice penale del 1930, ben precedentemente alla nascita della giustizia minorile.

In dottrina si è spesso discusso sulla natura di questo istituto, come causa di estinzione del reato piuttosto che come causa di estinzione della pena.

Dalla sua collocazione sembra che esso sia da annoverare tra le cause di estinzione del reato, di conseguenza esso presuppone l'accertamento del reato e l'individuazione di un soggetto colpevole e responsabile, quindi imputabile.

Il perdono giudiziale si applica solo ai minori di anni diciotto, in considerazione della particolare condizione adolescenziale.

La concessione dello stesso presuppone un giudizio prognostico sul futuro comportamento del minore e, quindi, la convinzione da parte del giudice che la mancata irrogazione della pena sia un contributo al recupero sociale dello stesso.

Tale valutazione presuppone l'esame del fatto reato, il quale deve tenere conto degli indici di gravità del reato indicati nell'art. 133 codice penale[161], oltre che un'attenta analisi della personalità del minore.

Nel giudizio di valutazione il giudice può tenere conto anche degli eventuali precedenti giudiziari del minore.

Inoltre, dal combinato degli artt. 169, comma 3 e 164, comma 2, n. 1 c.p., risulta che il perdono giudiziale non può essere concesso a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, né al delinquente o contravventore abituale o professionale.

Il quarto comma dell'art. 169 c.p. dispone che il perdono giudiziale non possa essere concesso più di una volta.

Tuttavia la concessione può essere reiterata, in seguito a una pronuncia della Corte Costituzionale, che ha dichiarato illegittimo questo comma *"nella parte in cui non consente che possa estendersi il perdono giudiziale ad altri reati che si legano col vincolo della continuazione a quelli per i quali è stato concesso il beneficio"*[162]*e "nella parte in cui esclude che possa concedersi un nuovo perdono giudiziale nel caso di condanna per delitto commesso anteriormente alla prima sentenza di perdono, a pena che, cumulata con quella precedente, non superi i limiti per l'applicazione del beneficio"*[163]*.*

In seguito a queste sentenze la Corte di Cassazione ha precisato che *"la reiterazione della concessione del perdono giudiziale è consentita,*

---

[161] *Gravità del reato e capacità a delinquere.*
[162] *Corte Cost., sent. N. 108/1973*
[163] *Corte Cost., sent. N. 154/1976*

ricorrendone le condizioni, rispetto ai reati commessi in epoca anteriore alla sentenza con la quale è già stato concesso il beneficio, senza che sia necessario accertare la sussistenza della unicità del disegno criminoso tra quei reati e quelli oggetto di detta sentenza, ma non anche in relazione ai reati commessi successivamente".[164]

Il giudice, nella concessione del perdono giudiziale ha il dovere di indicare in motivazione le ragioni alla base della concessione del beneficio.

La concessione del perdono giudiziale non può essere revocata, a differenza di quanto accade per la sospensione condizionale della pena e della liberazione condizionale, poiché esso estingue il reato incondizionatamente.

Il perdono giudiziale è applicato con sentenza di non luogo a procedere nell'udienza preliminare, nel giudizio abbreviato e nell'udienza dibattimentale.

Tale sentenza, se emessa in sede di udienza preliminare, può essere impugnata mediante opposizione dall'imputato e dal difensore munito di procura speciale, in conformità con quanto disposto dall'art. 32, comma 3 c.p.p. min.

Detta impugnazione è stata introdotta a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che, con sentenza 11 marzo 1993, n. 77, ha evidenziato come anche nelle sentenze di non luogo a procedere si presuppone la responsabilità dell'imputato[165].

Il comma 3-bis, dell'art. 32 c.p.p. min. stabilisce che l'opposizione proposta soltanto da uno solo di più imputati minorenni dello stesso

---

[164] *Cassazione, sez. V, 20/09/2005.*
[165] *Corte Cost., sent. N. 77/1993.*

reato ha effetto sospensivo dell’esecuzione della sentenza per tutti, fino a quando il giudizio non sia definito con sentenza irrevocabile.

La sentenza di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale è iscritta nel casellario giudiziale.

L’iscrizione è cancellata al compimento del ventunesimo anno di età ex art. 15, comma 2 c.p.p. min.

Irrilevanza del fatto.

Questo istituto poggia le sue basi sulla scarsa rilevanza sociale del fatto reato.

Esso nasce nell'ambito del contesto culturale che accompagnò l'emanazione di documenti internazionali quali le "*Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile",* c.d. Regole di Pechino, emanate dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1985 e la Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 20 del 1987 sulle "Reazioni penali alla delinquenza minorile".

Entrambi i documenti hanno incoraggiato gli Stati ad adottare nell'ambito della giustizia penale minorile delle misure di "*diversion*", cioè di de giurisdizionalizzazione.

La sentenza n. 250 del 1991 della Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 27 d.p.r. n. 448 del 1988 per eccesso di delega, poiché, pur se inserita in un contesto processuale, introduce un istituto di natura sostanziale, che implica un giudizio sull'evento e sulla condotta, in violazione dell'art. 76 Cost., in quanto la legge delega non prevedeva la possibilità di introdurre una nuova formula di proscioglimento connessa a situazioni sostanziali.

La Corte ha anche osservato che "la formula di proscioglimento di cui all'art. 27 conferisce al pubblico ministero un potere dispositivo sull'azione penale, con violazione dell'art. 112 della Costituzione".[166]

La corte stabilisce che viene sacrificato anche il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in nome di un *favor minoris*.

Il legislatore reintroduce l'istituto dell'irrilevanza del fatto con la legge 5 febbraio 1992, n. 123.

Nella sua originaria formulazione l'art. 27 prevedeva la pronuncia di non luogo a procedere soltanto nella fase delle indagini preliminari.

Con la legge 1992, n. 123 è stato aggiunto un quarto comma, che estende la previsione della sentenza di non luogo a procedere anche alla fase dell'udienza preliminare, al giudizio immediato e al giudizio direttissimo.

Perciò, l'art. 27 dispone che, sia nel corso delle indagini preliminari (se vi è richiesta del pubblico ministero), sia nell'udienza preliminare, sia nel giudizio direttissimo, sia nel giudizio immediato (in questi casi senza richiesta del pubblico ministero), se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne.

La sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto presuppone un fatto penalmente rilevante, positivamente accertato.

La formulazione vaga della disposizione ha creato numerosi dubbi interpretativi.

---

[166] *Corte Cost., sent. N. 250/1991.*

Per quanto concerne il requisito della tenuità del fatto, l'applicazione dell'istituto non risulta subordinata al rispetto di limiti di gravità astratta del reato o a limiti edittali di pena.

Questa è la linea interpretativa seguita dalla dottrina, che usa come parametri di valutazione gli indici di gravità previsti nella prima parte dell'art. 133 cod. penale, mentre la giurisprudenza esprime diversi orientamenti, anche se anch'essa ricorre agli indici di gravità di cui all'art. 133 cod. penale per dare più concretezza al concetto di tenuità, legittimando valutazioni basate sulla tenuità del fatto specifico, sulla tenuità delle modalità di condotta, sull'intensità del dolo o del grado della colpa, sulla tenuità del danno e dell'allarme suscitato dal reato.

Il secondo requisito, indicato nell'art. 27 c.p.p. min., è l'occasionalità del comportamento.

Anche riguardo a questo requisito dottrina e giurisprudenza hanno diversi orientamenti.

L'occasionalità è comunque riferita al comportamento e non al fatto.

La dottrina maggioritaria ritiene che questo requisito non possa essere riferito a un criterio di seriazione dei fatti, cioè a un criterio cronologico dei fatti, né al criterio della recidiva.

Piuttosto ritiene che sia un requisito di carattere psicologico, volto a valutare l'atteggiamento del minore rispetto all'azione delittuosa in modo tale da far acquistare rilevanza alle indagini sulla personalità del minore.

Anche per una parte della giurisprudenza, l'occasionalità non può essere intesa in senso meramente cronologico, ma va considerata in senso psicologico.

Ciò, dunque, quando l'azione criminosa è frutto della condizione di variabilità tipica dell'adolescenza, senza che sia espressione di una scelta strutturata in senso trasgressivo.

In questi casi, possiamo configurare l'irrilevanza del fatto come una rinuncia da parte dello Stato a perseguire l'autore del reato perché il comportamento dello stesso non mostra una personalità strutturata in modo deviante.[167]

Altra parte della giurisprudenza ritiene, invece, che il requisito dell'occasionalità sia legato alla valutazione della recidiva, considerandola un ostacolo per la concessione della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto.

Un ulteriore requisito dell'istituto dell'irrilevanza del fatto è il pregiudizio per le esigenze educative del minorenne.

La presenza dei requisiti oggettivi della tenuità del fatto e dell'occasionalità del comportamento, infatti, non è sufficiente a fondare la sentenza di non luogo a procedere.

Il procedimento si deve chiudere solo se la sua prosecuzione è pregiudizievole per le esigenze educative del minorenne, per cui anche alla presenza di un fatto socialmente irrilevante esso potrebbe proseguire se tale requisito fosse assente.

---

[167] *Tribunale per i minorenni di Cagliari, sentenza 11.04.1995.*

Per la dottrina la finalità deflattiva, tipica dell'irrilevanza del fatto e l'esigenza della minima offensività del processo minorile devono essere entrambe presenti per potersi avere sentenza di non luogo a procedere. In caso contrario il processo potrebbe proseguire senza che ci sia un interesse dello Stato a perseguire un fatto giudicato come socialmente irrilevante.

Perciò l'interpretazione più corretta sembra quella di ritenere che alla presenza dei due presupposti interagenti, la sentenza di non luogo a procedere non è emessa solo quando la prosecuzione del processo è considerata utile per le esigenze educative del minore.[168]

Solo se interpretata in questo modo, la norma è espressione dei principi di destigmatizzazione e di minima offensività.

Per quanto riguarda il procedimento, l'art. 27 c.p.p. min. ne indica le linee portanti.

Il comma 2 del citato articolo stabilisce che "*sulla richiesta il giudice provvede in camera di consiglio sentiti il minorenne e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato. Quando non accoglie la richiesta il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero*".

Il comma 1, dell'art. 27 c.p.p. min., sembra delineare un procedimento speciale, volto a ottenere una chiusura anticipata del procedimento nel corso dell'indagine preliminare, alla presenza di un fatto socialmente irrilevante.

---

[168] *In tal senso Corte d'Appello, sez. min., Perugia, 15.12.1999.*

Solamente il Pubblico ministero può avanzare tale richiesta, in qualità di *dominus* dell'indagine preliminare.

L'irrilevanza del fatto può, tuttavia, essere pronunciata anche in sede di udienza preliminare, ai sensi del primo comma dell'art. 32 c.p.p. min., oltre che in sede di giudizio immediato e di giudizio direttissimo in conformità del quarto comma, dell'art. 27.

Questa previsione fa sì che, se il Pubblico ministero ha deciso di portare a termine l'indagine preliminare per chiedere il rinvio a giudizio, la sentenza di non luogo a procedere possa sempre essere emessa, se il minore vi acconsente, dal Giudice dell'udienza preliminare.

Giudice competente a emettere la sentenza di non luogo a procedere è il G.I.P. durante la fase delle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 26, comma 1 disp. att. min., sentiti il minore, l'esercente la potestà dei genitori e la persona offesa.

A questi soggetti deve essere dato avviso dell'udienza, che si tiene in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p.

Nella fase processuale provvede il Giudice dell'udienza preliminare.

La finalità deflattiva dell'irrilevanza del fatto può essere compromessa da un'eventuale impugnazione o, nel caso di rigetto della richiesta, dalla restituzione degli atti al Pubblico ministero.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 27 c.p.p. min., è impugnabile solo la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto e non anche l'ordinanza di rigetto, perché quest'ultima non ha valore di decisione di merito.

Legittimati a impugnare la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, sono solamente il minorenne, il quale potrebbe volere un'affermazione di non colpevolezza e il Procuratore generale presso la Corte d'appello.

Il quarto comma dell'art. 27 c.p.p. min. prevede la possibilità che la sentenza di non luogo a procedere possa essere emessa, oltre che in sede di udienza preliminare, anche nel corso del giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, se ne ricorrono i presupposti, al fine di dare attuazione al principio di minima offensività del processo.

La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto non va iscritta nel casellario giudiziale.

Il senno si affida molto al passar del tempo.
William Shakespeare

L'imputabilità del minore

L'individuazione della soglia d'età a partire dalla quale la persona è considerata imputabile per il diritto penale, è di importanza fondamentale.

L'imputabilità del minore risulta subordinata ad un criterio cronologico: fino a quattordici anni il minore non è mai imputabile, perché nei suoi confronti è prevista una presunzione assoluta di incapacità, senza cioè prova contraria.

L'art. 97 c.p. stabilisce, infatti, che "*non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni".*

Fra i quattordici ed i diciotto anni il minore è imputabile solo nel caso in cui il giudice abbia accertato che, al momento del fatto, lo stesso avesse la capacità di intendere e volere.

L'art. 98 c.p. rinuncia a qualsiasi presunzione e subordina l'eventuale affermazione della responsabilità penale al concreto accertamento della capacità naturale: *"è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto quattordici anni, ma non ancora diciotto, se aveva la capacità intendere e volere".*

In forza dell'art. 97 c.p., quindi, non è imputabile, cioè non è assoggettabile a pena, colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto non aveva compiuto quattordici anni.

Tale articolo pone una presunzione assoluta di non imputabilità che prescinde dall'effettivo riscontro della capacità di intendere e volere e

che non può essere superata nemmeno se il minore infraquattordicenne si presenta, di fatto, perfettamente capace.

E' evidente che il legislatore abbia voluto escludere l'imputabilità del minore di quattordici anni proprio perché è ragionevole pensare che questi, in relazione alla sua giovanissima età, sia sfornito di detta capacità.

Qui in realtà, si considera esclusa non tanto la capacità di intendere, che solitamente si acquisisce molto prima di aver compiuto i quattordici anni, quanto piuttosto quella di volere, dalla quale si fa dipendere la formazione del carattere e della personalità.

Dal momento che la personalità del minore di quattordici anni è ancora *in fieri*, si cerca di non impedirne il regolare sviluppo prevedendo la non applicazione della sanzione penale.

Tutto ciò, però, non vuol dire che il minore di quattordici anni che abbia commesso un reato debba incondizionatamente essere lasciato libero anche se è pericoloso: al minore non imputabile contestualmente riconosciuto pericoloso può, infatti, essere applicata una misura di sicurezza.

Perché possa essere stabilita tale misura occorre, però, che la pericolosità sociale del minore sia stata concretamente accertata.

Le presunzioni di pericolosità sociale sono state abolite, dapprima in sede di giurisprudenza costituzionale poi anche in sede legislativa, con la legge n. 663 del 1986.

Per quanto riguarda la nozione stessa di pericolosità del minore, bisogna far riferimento all'art. 37 comma 2 del d.p.r. n. 448/1988, il quale

stabilisce requisiti più specifici rispetto a quelli che integrano la nozione comune di pericolosità sociale ricavabile dall'art. 203 del codice penale.[169]

Per quanto concerne, invece, il minore di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni, il codice prevede che questi sia imputabile solo se in possesso della capacità di intendere e volere, al momento della commissione del fatto.

Ciò vuol dire che nei suoi confronti non opera nessuna presunzione, né di capacità né di incapacità, dovendo il giudice accertare di volta in volta se il soggetto sia imputabile o meno.

Il non aver previsto una presunzione di imputabilità, ma l'aver previsto l'accertamento caso per caso dell'effettiva acquisizione della capacità di intendere e volere, è una scelta specifica del nostro legislatore.

Alla base di questa scelta vi è la consapevolezza che fra i quattordici ed i diciotto anni vi può essere la capacità di intendere e volere necessaria per essere considerati penalmente responsabili delle proprie azioni, come vi può non essere, dal momento che si tratta di una fascia d'età in cui i soggetti raggiungono la maturità richiesta ai fini penali in momenti diversi, a causa delle multiformi varietà ambientali in cui si svolge tale processo di maturazione.

Dato che la capacità di intendere e volere del minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni non si presume, si richiede al giudice di

---

[169] *Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.*

merito un'adeguata indagine sull'esistenza, in concreto, di detta capacità, intesa come attitudine del soggetto ad avere la consapevolezza del disvalore sociale dell'atto e delle relative conseguenze e a determinare liberamente la sua condotta in relazione ad esso.

Nella fattispecie che l'art. 98 c.p. disciplina, il riferimento che consuetamente si trova in letteratura e in pratica è alla *maturità mentale*.

Per ridurla ai minimi termini: se il minore in esame è *maturo*, e allora è imputabile, se è *immaturo* allora non è imputabile.

Non esistono soluzione intermedie.

Se, quindi, il minore (fra i quattordici ed i diciotto anni) è riconosciuto maturo, è dichiarato imputabile.

Il processo e l'eventuale sua condanna, però, sono subordinate alle soluzioni che possono essere adottate in via prioritaria, quali, la sentenza di non luogo a procedere, la sospensione del processo e la messa alla prova e la dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova.

Se la condanna non supera i tre anni di reclusione, al minore imputabile può essere concessa la sospensione condizionale della pena.

La pena della reclusione viene irrogata solo se è possibile concludere il processo con una sentenza di condanna superiore a tre anni di detenzione.

Il riferimento è a tutti quei reati che consentono al giudice di disporre la custodia cautelare.

Se, invece, il minore viene dichiarato immaturo, non sarà imputabile e quindi, non potrà essere né processato né condannato: verrà, cioè, prosciolto, per immaturità.

In entrambi i casi, se il minore viene dichiarato socialmente pericoloso (art. 203 c.p.) verrà sottoposto a misura di sicurezza. Soltanto i reati più gravi[170] rendono possibile l'applicazione di questa misura, sotto forma di collocamento in comunità.

Per tutti gli altri delitti è applicabile la misura di sicurezza della libertà vigilata, sotto la forma di specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili per la sua educazione, o della permanenza in casa, presso l'abitazione familiare o altro luogo di privata dimora.

Il giudice deve, sempre motivare in sentenza la decisione presa circa l'esistenza o la negazione della maturità di ogni minore.

Per fare ciò, egli può avvalersi dell'opera di collaboratori, al di fuori di ogni formalità di rito o disporre una perizia psichiatrica.

L'art. 9 d.p.r. 22.09.1988 n. 448 consente al magistrato (pubblico ministero e giudice del dibattimento) di procedere ad accertamenti sulla personalità del minorenne.

Per raggiungere tale obiettivo, il pubblico ministero e il giudice *"acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore; possono assumere informazioni da*

---

[170] *Artt. 22 e 23 d.p.r. 448/1988; art. 380 c.p.p. comma 2 lett. e, f, g, h; i delitti non colposi per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a nove anni; infine, in ogni caso, il delitto di violenza sessuale).*

persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne; possono, infine, sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità".[171]

Al giudice compete l'uso discrezionale dei mezzi opportuni e necessari per assolvere il complesso e difficile compito di pronunciarsi circa la maturità di un minore.

Nell'operare in tal senso, egli può utilizzare gli organi diagnostici operanti presso ogni sezione di custodia preventiva per i minorenni.[172]

L'osservazione della personalità dei ragazzi detenuti viene fatta a cura di specialisti, educatori e assistenti sociali dipendenti dal Ministero di Grazia e Giustizia ed operanti presso le suddette sezioni. Negli altri casi, dai servizi operanti sul territorio.

Il parere dei tecnici, richiesto dal magistrato attraverso la Direzione dell'istituto in cui il minore è detenuto, è un mezzo che si affianca alla perizia, e può sempre sostituirla.

Un mezzo non esclude l'altro, anche se la prassi che ormai va per la maggiore è quella di richiedere la "*relazione di sintesi*" ("*osservazione della personalità*") e non più la perizia.

La perizia, normalmente, viene richiesta solo nei casi di delitti contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale.

In deroga a quanto stabilito dall'art. 220 c.p.p., la perizia nella minore età è necessariamente, oltre che psichiatrica, anche e soprattutto psicologica, essendo quello della maturità l'accertamento che

---

[171] *Art. 9 commi 1 e 2 d.p.r. 448/1988.*

[172] *Si tratta di uno stabilimento carcerario in cui alcuni minorenni autori di reato sono in custodia cautelare ex art. 23 d.p.r. 448/1988. Essa è separata dal carcere giudiziario per i maschi adulti e non è più inglobabile nelle sezioni femminili delle carceri giudiziarie per le ragazze.*

nettamente predomina su quello dell'esistenza di un eventuale quadro di patologia di mente.

Il magistrato può chiedere allo specialista di soffermarsi sullo studio della forza di carattere del minore, sulla capacità di valutare l'importanza di certi valori etici e sulla attitudine a distinguere il bene dal male, l'onesto dal disonesto, il lecito dall'illecito; nonché l'attitudine a volere determinarsi nella scelta.

Nessuna speciale formalità è prescritta per l'accertamento della capacità di intendere e volere tra i quattordici e i diciotto anni.

Detto giudizio non è necessariamente legato a particolari indagini tecniche e può essere formulato dal giudice di merito attraverso un esame della condotta del minore al momento della commissione del reato, anteriormente e nel corso del giudizio.

Possono ritenersi sufficienti anche le risposte date in sede di interrogatorio dal minore.

Anche la sola astuzia ravvisabile nella commissione dei reati è sufficiente per ritenere l'infra diciottenne imputabile.

Pare a questo punto necessario chiarire che cosa si possa intendere per *maturità* o *immaturità.*

Consuetamente si distinguono quattro livelli di maturità: biologica, intellettiva, affettiva e sociale.

Sulla maturità biologica è sufficiente ricordare quale importanza rivesta, a livello psicologico, un armonico sviluppo del corpo e quali complessi di inferiorità e ritardi maturativi possano derivare o da un'eccessiva, rapida

e precoce evoluzione somatica, o dalla presenza di menomazioni o rallentamenti di crescita.

Per quanto concerne la maturità intellettiva, c'è da osservare che il rifermento che abitualmente si trova in letteratura non è più al semplice valore del quoziente intellettivo, bensì allo studio qualitativo della stessa, tenuto conto della maturità affettiva, peraltro strettamente connessa alla maturità sociale.

La maturità affettiva può essere definita come capacità che il ragazzo sviluppa nel controllare le pulsioni e nell'integrare le emozioni, esprimendole nel rispetto dell'armonia intra e inter-personale e nel partecipare con calore e simpatia agli avvenimenti della vita.

La maturità sociale, strettamente correlata con la precedente, può essere misurata attraverso la capacità di adattamento alla realtà, di inserimento gratificante in mezzo agli altri, di modalità di esprimere la propria assertività, cioè la capacità di comunicare in modo chiaro i propri sentimenti.

Il processo di maturazione si configura, quindi, come un graduale passaggio di un individuo dalla disorganizzazione e confusività psicologiche, caratteristiche dei primi anni di vita, alla integrazione, alla coerenza e al sentimento di una propria identità tipiche dell'età adulta.

Una volta posta diagnosi di immaturità, occorre in un certo senso "misurare" la stessa, perché si tratta di dire se quanto posto in luce è tale da escludere o meno l'imputabilità.

Si può, a questo punto, formulare un giudizio fondandosi su un arbitrario e discutibile proprio concetto di maturità o immaturità; confrontare il

grado di sviluppo psicosociale di quel ragazzo con quello di altri ragazzi ultradiciottenni, ritenuti maturi dalla legge, ma non altrettanto dagli attuali contributi della psicologia; o, infine, confrontare le caratteristiche strutturali e funzionali della personalità in esame con quelle proprie del gruppo dei pari.[173]

[173] *Ugo Fornari, Trattato di psichiatria forense.*

Libertà è scegliere
Pericle

L'avvocato nel procedimento penale avanti al Tribunale per i Minori

Esiste uno spazio autonomo, una sorta di categoria a sé stante, entro cui l'Avvocato deve esercitare il "diritto alla difesa" nell'ambito del procedimento penale avanti al Tribunale per i minori oppure l'attività che egli è chiamato a svolgere è del tutto identica rispetto a quella che si svolge abitualmente nei Tribunali ordinari ?

Si tratta ovviamente di un quesito retorico, la cui risposta non può che essere affermativa.

Il giudizio avanti al Tribunale per i minorenni, proprio a cagione delle sue peculiarità e della sua preordinazione preponderante alla funzione rieducativa, impone che il professionista assuma e si adegui ad atteggiamento del tutto dissimile rispetto a quello che, almeno solitamente, egli assume nei Giudizi ordinari.

L'avvocato abituato a difendere il proprio assistito forte e trincerato dietro la presunzione di innocenza, ovvero saldamente collegato a quell'"al di la di ogni ragionevole dubbio" sancito dall'articolo 533 del codice di rito, si scontra con forza con un procedimento che appare, sin dalle prime battute orientato in modo assolutamente differente.

Le fase processuali del rito minorile, che abbiamo provato ad illustrare, ne danno, crediamo, assolutamente conto.

Sostanzialmente in ogni momento topico del procedimento il Giudice del rito minorile apre una sorta di finestra, nell'ottica di consentire al

processo d’avere una conclusione differente rispetto alla mera inflizione di una pena.

Si tratta di vere e proprie possibilità che vengono concesse all’indagato prima ed all’imputato poi, ai fini di consentirgli di dar concreta dimostrazione di comprensione del disvalore sociale prima e penale poi della condotta assunta, di volontà di rimediare agli effetti della stessa e di concreta resipiscenza.

Un procedimento per così dire lastricato di occasioni che, se non chi vi è sottoposto, quantomeno il difensore deve saper cogliere.

Occasioni che però, è bene dirlo da subito, rischiano di “trasformare” il difensore in un “collaboratore” della Procura, ovvero in un soggetto il cui ruolo può essere confinato a quello di inutile testimone dello svolgimento formale d’un rituale o, peggio, di confessore – istigatore volto a procurare la necessaria confessione.

Si tratta di un rischio che, concretamente, può corrersi.

Anche, anzi soprattutto in buona fede dal momento che proprio la particolare natura del rito minorile può indurre a ritenere che l’unica strada percorribile sia quella di confessare nel modo più rapido e completo possibile la malefatta, dando per provato e sacrosanto il capo di imputazione contestato.

D’altro canto ci si può trovare innanzi ad altra situazione assai pericolosa.

Sovente uno degli ostacoli più difficili da affrontare per approntare la difesa di un minore è costituito dai genitori del medesimo.

Le tipologie genitoriali che si possono incontrare sono riconducibili sostanzialmente a tre categorie:

i disinteressati, i rassegnati, i negazionisti.

Alla prima delle tre categorie appartengono coloro che non si interessano minimamente al futuro ed al destino del minore.

Ovvio che in casi simili sia del tutto impossibile far leva, ai fini d'ottenere la soluzione più favorevole per l'assistito, sulla funzione che potrebbe svolgere in futuro la famiglia in funzione anti – criminogenetica.

Una famiglia assente costituirebbe la prova, utilizzando un abusato termine, provata dell'incapacità della principale cellula di "pronto intervento" di agire sulla e nella vicenda.

Di qui la necessità di escogitare altri e differenti percorsi.

All'altra categoria, quella dei rassegnati, appartengono invece quei genitori che considerano d'aver fatto tutto quello che era nelle proprie possibilità per educare ed istruire il proprio figlio ma che, per cause loro non imputabili, non sono riusciti nell'intento.

Essi sono dunque "rassegnati" ad aspettarsi un futuro ricco e denso di insoddisfazioni e problemi arrecati dal "discolo" che, forse o probabilmente, l'intervento rapido e deciso della Magistratura minorile, magari esplicato attraverso una condanna di natura "esemplare" potrebbe evitare.

Si tratta di genitori difficili da gestire.

Nell'ambito dei colloqui in studio essi appaiono tesi a fornire ogni aiuto possibile al proprio figlio che, in fondo, giustificano.

Ma, in cuor loro, sono convinti, profondamente convinti, della necessità di porlo in condizioni di non nuocere più alla famiglia anche, o forse soprattutto, a mezzo dell'intervento (finalmente !) della Giustizia.

Questi genitori, che l'avvocato difensore avrà portato con sé e con il minore in sede di interrogatorio dell'indagato per dar mostra della capacità della famiglia da un lato di comprendere la gravità del momento (la presenza all'interrogatorio dimostra ex sé comprensione della gravità del momento se entrambi i genitori hanno abbandonato ogni altra occupazione per recarsi avanti al Giudice) e dall'altro d'essere pronti a sostenere il cammino del minore (una famiglia presente all'interrogatorio "è una famiglia presente") potrebbero, improvvisamente, scatenare il panico il difensore allorché, posti innanzi alla domanda di rito "lei cosa può dirci di suo figlio ?" diano corpo e corso ad una vera alluvione di disperati "non so più cosa fare …".

Personalmente mi è capitato, per fortuna una sola volta, di essere basito partecipe di una simile vicenda.

Nonostante numerosissimi incontri e colloqui in studio alla presenza di entrambi i genitori e di una sorella e della maturata quasi - certezza di non imbattermi in una simile eventualità, la madre del mio assistito rispose alla fatidica domanda pronunciando la frase che nessun difensore vorrebbe mai sentire: "se non ci pensate Voi io non so più che fare.."

Sipario !

La terza categoria di genitori, quella più diffusa, ritengono che il minore, proprio perché da loro educato nel rispetto delle regole del civil ed onesto vivere non possa certamente aver delitto.

Essi sono convinti che il proprio figlio sia vittima, nel migliore dei casi, di un errore giudiziario mentre, nel peggiore, di un vero e proprio complotto.

Essi negano, prima di tutto a sé stessi, la semplice possibilità che il figlio abbia sbagliato.

Vivendo un errore del figlio come un errore proprio.

Siccome nessun uomo è portato ad ammettere d'aver sbagliato, così questi genitori non possono accettare d'aver sbagliato qualcosa nell'allevare, istruire ed educare un figlio che ha sbagliato.

Negano, negano, negano.

È la categoria più difficile da affrontare.

La loro negazione rafforza ed alimenta quella del figlio.

Il loro credere, al di la di ogni ragionevolezza all'innocenza del figlio, fa si che quest'ultimo li veda quale sicuro rifugio e baluardo alla propria innocenza e, d'altro canto, aumenti in lui la difficoltà di dispiacere ai genitori.

La gestione del cliente e della vicenda diviene difficile.

Occorre ricordarsi innanzitutto che un Avvocato deve perseguire l'interesse del cliente e non inseguire le sue scelte, soprattutto laddove esse siano sciagurate, nell'intento di non "perderlo".

Dunque, una volta che si sia analizzato il materiale probatorio, analisi da farsi sulla scorta della assolutamente ben nota e certificata abitudine della procura per i minorenni di svolgere analisi piuttosto accurate successivamente alla raccolta della notitia criminis, e ci si sia convinti della fondatezza del capo di imputazione, sarà opportuno convocare il minore ed i genitori presso lo studio del difensore.

In quella sede illustrare, con sufficiente determinatezza ed assoluta precisione, quello che sarà o potrebbe essere l'iter del procedimento,

indicando nel dettaglio quali siano le alternative alla definizione ordinarie, quali i momenti per percorrerle e quali gli effetti ad esse connesse.

Ribadire che in difetto di versioni differenti rispetto a quella già udita più volte ed inerente l'assoluta estraneità del minore ai fatti contestati, non si potrà, ovviamente, far altro che negare qualsiasi responsabilità.

Porre in evidenza come le indagini della Procura siano solitamente ben fatte e che, dato assolutamente certo, essa prima di coinvolgere un minore attiva verifiche sufficientemente approfondite, e dar conto dei possibili esisti di un procedimento ordinario che si fondasse solo ed esclusivamente su di una dichiarazione di innocenza autoreferenziale.

Terminata l'illustrazione occorrerà passare a dar conto di come il processo istruito nei confronti dei minori abbia una funzione differente rispetto a quello ordinario, ovvero come esso sia principalmente orientato a non arrecare pregiudizio ulteriore al minore stesso ed a premiarne le scelte consapevoli e frutto di sincero ravvedimento.

Concludendo il tutto con un cortese ma fermo, "ovviamente nel caso non vi siano responsabilità, sarebbe immorale confessarne"

Attendere qualche minuto e poi, sempre nel più puro rispetto delle rispettive parti chiedere ai genitori di poter avere un colloquio riservato con il minore.

Se il minore ha davvero commesso il fatto lo dichiarerà al difensore solo ed esclusivamente in assenza dei propri genitori, chiedendogli peraltro di farsi "complice" nella dis - velazione del terribile segreto agli stessi.

Richiamati i genitori all’interno dello studio toccherà proprio all’avvocato “confessare” per conto terzi la “colpa del minore”.

Da quel momento, vinto l’atteggiamento negazionista, l’avvocato potrà contare non solo sul supporto dei genitori del minore ma anche sulla loro stima pressoché imperitura.

Con tutte le conseguenze del caso.

Compresa quella di divenire nel corso degli anni quasi un “membro” della famiglia.

Provato a stabilire un contatto vero ed autentico con le figure genitoriali e del minore, l’avvocato dovrà illustrare la condotta processuali che essi dovranno assumere.

Il primo momento in cui detta condotta si estrinsecherà sarò quello costituito dall’interrogatorio.

Il pentimento è il fermo proposito di non lasciare tracce la prossima volta.
Marcel Achard

Nemo tenetur se detegere ?

Spesso il primo atto cui è chiamato ad intervenire il difensore nell'ambito del procedimento minorile, è costituito dall'interrogatorio.

Si tratta di un atto il cui compimento assume assoluta rilevanza e che va preparato con estrema attenzione.

Nihil sub soli novi, anche l'interrogatorio dell'adulto necessita delle stesse cautele da parte del difensore, ma nel procedimento che ci occupa, ci troviamo davanti ad un'ulteriore insidia.

L'interrogatorio è certamente la prima concreta occasione che l'ordinamento concede al minore ai fini di dimostrare e dar conto del rapporto che gli ha "con il fatto reato" che gli viene ascritto.

È in questa sede che si manifesta, con maggior forza e quindi anche con maggior efficacia, la scelta defensionale relativa alla dichiarazione di accettazione o reiezione dell'addebito.

Per dirla all'americana è qui che l'imputato deve definirsi "guilty or not guilty".

La dichiarazione, resa per la prima volta in questo momento assumerà efficacia assoluta.

In base ad essa scatterà la valutazione circa la condotta del minore sottoposto al procedimento con particolare riferimento alla sua capacità di comprendere o meno il disvalore sociale del fatto e quindi, ad essere assoggettabile a quel percorso di recupero riabilitativo che vede la condanna come estrema ratio.

Alla luce di queste considerazioni diviene assolutamente indispensabile aver stabilito con il minore e con i suoi genitori un rapporto di coerente, costante e completa collaborazione.

La scelta circa la dichiarazione richiesta deve essere frutto di attento esame e allo stesso tempo deve essere vissuta non come inevitabile ma come corretto esercizio dei poteri difensivi.

Dichiararsi colpevole significa ammettere in radice il fatto e quindi, in ultima analisi, difendersi esclusivamente facendo ricorso agli strumenti ex lege previsti, strumenti su quali il difensore ha, apparentemente, ben poco margine di intervento.

Occorre che indagato e genitori siano consci di questo rischio, ma anche posti perfettamente a parte dei "vantaggi" che una simile dichiarazione, laddove l'addebito sia fondato, può apportare.

Il difensore attento deve sapere che attivando per tempo la "rete" famigliare e quella dei servizi territoriali, innescando opportuni rapporti e sinergie con gli istituti scolasti od i datori di lavori, può tentare di dimostrare che la contestazione, pur fondata, sia delimitata e ben circoscritta in un lasso temporale individuato ed ormai "sorpassato" nel cammino di maturazione psico-fisico intrapreso dal minore.

Un fatto "occasionale", "magari modesto, forse causato da quel particolare stato di non piena e perfetta maturità psicologica che, proprio per la funzione tipica del processo minorile, può e deve dispiegare effetti importanti sull'esito del procedimento.

Per queste ragioni la scelta inerente la dichiarazione di responsabilità deve essere compiuta, dalla parte, prima di dar corso all'interrogatorio e,

addirittura, a prescindere dalla qualità e dalla natura delle fonti di prova raccolte dalla pubblica accusa.

È questo a parere nostro, l'unico caso in cui può farsi aggio all'obbligo di contestazione piena delle fonti di prova.

Al minore resipiscente, alla sua famiglia ed all'avvocato, non interessa tanto sapere cosa è stato possibile accertare ma, assai di più, intraprendere un cammino di recupero che quasi prescinda dall'intervento giudiziario, anzi, ne sia tanto indipendente dall'essere già cominciato anteriormente all'espletamento del mezzo istruttorio posto a garanzia dell'indagato.

Di converso la scelta di dichiararsi "non colpevole" dovrà scontare la necessità di adoperarsi per una difesa che, proprio per le particolari e diremmo quasi strutturali caratteristiche dell'imputato, si annuncia e sarà faticosa.

Occorrerà tener ben presente che il Giudice per i Minori è giudice attento, colto, preparato, ben poco aduso ed avvezzo a commettere grossolano errori di indagine o a compierne di lacunose.

Il difensore dovrà sapere che avanti ad esso non è possibile far ricorso a strumenti dilatori o defatigatori.

In una parola occorre che sussistano ben fondate ragioni difensive atte a sostenere l'innocenza dell'assistito.

Il sogno di raggiungere la prescrizione, giusta dispensiera di glorie ed onori, in questi caso si trasformerà, quasi certamente in un incubo.

Incubo che vedrà e presenterà il minore quale protagonista di condotte penalmente rilevanti e del tutto privo di ogni sintomo od accenno di resipiscenza o ripensamento circa la condotta assunta.

Con ogni conseguenza del caso.

Chiusura di ogni possibile sbocco alternativo ed immediato del procedimento, difficoltà ad intraprendere, ed a far intraprendere, agli attori non protagonisti (scuola, servizi sociali, datori di lavori, etc), quel percorso di "collaborazione" di cui il difensore ha assoluta necessità ai fini di pervenire ad un risultato soddisfacente.

Insomma, esplicitando forse in maniera esagerata il concetto, dimostrazione di scarsa propensione alla comprensione delle dinamiche che regolano e presiedono il procedimento minorile sin dal compimento del suo primo atto.

Ove la scelta si orientasse verso una dichiarazione di reiezione dell'addebito il difensore non potrà giocare d'astuzia mantenendo in serbo le "carte" migliori per il futuro, ma anzi, dovrà esibirle immediatamente, mettendone a parte la Procura ed esortandola, sapendole perfettamente rispondenti alla reale ricostruzione dei fatti e dei loro antecedenti e successivi giuridici, ad acquisirle ai fini di consentire alla medesima di compiere, da subito, una analisi della vicenda completa ed esaustiva.

Insomma, con il Pubblico Ministero non si deve instaurare un "sfida", una "partita" finalizzata a dar manifestazione delle reciproche qualità dialettiche e strategiche, ma una sorta di "collaborazione" finalizzata a dar fiato e corpo all'anelito contenuto nell'articolo 358 del c.p.p.

Giungere alla conclusione che non ci sono differenze tra colpevole e vittima significa perdere ogni speranza. E' questo che si chiama inferno?
Milan Kundera

I rapporti con le vittime

Vicenda d'assoluto rilievo nel procedimento penale promosso nei confronti di imputato minorenne è quella relativa ai rapporti che si debbono assumere e mantenere con le vittime del reato.

Infra si affronterà il tema specifico e della mediazione penale e della giustizia ripartiva, come alternative o come ausilio della declaratoria di penale responsabilità e dell'irrogazione della pena.

Per gli aspetti relativi ai due istituti si rinvia a quanto contenuto nei capitoli loro dedicati.

Ciò che qui importa sottolineare è che il processo minorile deve, per il difensore, essere un processo con la costante presenza della vittima.

È noto a tutti noi quanto poco gradita sia la presenza della parte civile nel procedimento ordinario, altrettanto noto deve divenire la necessità di instaurare un contraddittorio, meglio un rapporto dialettico, con la vittima nel processo minorile.

Essa può, in prima battuta rimettere eventualmente la querela presentata, ma, ove il rapporto coltivato e costruito renda e presenti aspetti interessanti e risultati proficui, addirittura sfoggiare in dichiarazioni dalla stessa rese che finiscano con l'avere ed assumere profonda rilevanza ai fini della definizione del procedimento in modo alternativo e diverso rispetto alla pronuncia di una sentenza di condanna.

Una vittima che, quindi, deve essere compresa, ascoltata, le cui ragioni debbono essere tenute presenti dal difensore e che, in ultima analisi, può trasformarsi in prezioso alleato dell'assistito allorchè se ne sappiano

intercettare esigenze e bisogni che, spesso, hanno natura assolutamente estranea al dato economico così radicato e diffuso invece nell'ambito del procedimento ordinario.

Intercettare i bisogni della vittima e relazionarli alla condotta assunta dal minore nel post fatto è spesso una scelta vincente.

Non soltanto processualmente vincente ma umanamente vincente.

E questo non può che rendere l'Avvocato migliore e, almeno per una volta, soddisfatto d'aver difeso un colpevole senza che egli ottenesse la giusta condanna.

Anche gli Avvocati, da qualche parte, hanno o devono avere Anima e Coscienza.

Ci sedemmo dalla parte del torto visto che tutti gli altri posti erano occupati.
Bertolt Brech

La mediazione penale: un'idea di restorative Justice

La mediazione penale minorile è, secondo la definizione di Adolfo Ceretti[174], titolare della Cattedra di presso l'Università di Milano Bicocca, un "*processo il più delle volte formale, con il quale un terzo neutro tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i diversi punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che le oppone".*

La mediazione penale minorile presuppone che il conflitto sia causato dalla commissione di un reato.

Si tratta dunque di un percorso relazionale tra due o più parti finalizzato alla risoluzione di conflitti che si caratterizzano per avere natura sociale, culturale o penale.

In quest'ultimo campo il conflitto si configura e viene delineato dalla esistenza di un reato.

La mediazione penale minorile, unica sino ad oggi riconosciuta dal Legislatore Italiano, presenta le caratteristiche tipiche della fase di sperimentazione.

Da un lato, carenze culturali - sociali e da un altro la diffusa vulgata giustizialista di impostazione retributiva, ne rendono difficoltosa diffusione ed applicazione.[175]

---

[174] *Noto peraltro anche per essere l'unico membro italiano della Commissione per la riconciliazione nazionale voluta da Mons. Desdmond Tutu per la Repubblica Sudafricana*

[175] *Interessante però notare proprio come a Novara, su impulso di una ONLUSS "la logica del Cuore" e con il supporto dell'Università Cattolica di Milano, Centro Studi Giuridico Federico Stella, il sostegno della Provincia di Novara e della Regione Piemonte si stia*

Nella mediazione penale minorile, l'asimmetria delle parti, vittima e reo, costituisce un fattore specifico che richiede particolari cautele e tutele, a protezione dei soggetti, vittima e reo, ed una diversificazione degli obiettivi della mediazione.

Obiettivi che necessariamente debbono essere chiariti ed evidenziati dal mediatore alle parti al fine di consentire loro una efficace forma di comunicazione.

In Italia sono stati attivati interventi sperimentali che hanno portato alla costituzione di Uffici per la Mediazione Penale a Torino, Bari e Milano, anche se con approcci e metodologie differenziate.

La sperimentazione sull'attività di mediazione in ambito penale minorile, a Torino, T.M. territorialmente competente per la maggior parte dei casi di nostro interesse, ha avuto inizio (ed è stata la prima esperienza in Italia), nel gennaio 1995.

Dal primo febbraio del 1999, l'esperienza è stata per così dire istituzionalizzata con la firma del primo Protocollo d'Intesa sottoscritto dagli enti ed istituti promotori: la Regione Piemonte, il Centro per la Giustizia Minorile del Piemonte e della Valle d'Aosta, il Comune di Torino, il Tribunale per i Minorenni e la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni.[176]

---

tentando di dar corso ad un progetto diffuso di Giustizia ripartiva che coinvolga, previa esperimento della mediazione penale, anche la popolazione adulta.

[176] *Dal gennaio 1995 al dicembre 2005 sono pervenute al Centro Mediazione 663 richieste di intervento che hanno riguardato complessivamente 993 minori denunciati e 787 persone offese dai reati. L'attivazione di un intervento di mediazione tra il minore autore*

Il modello organizzativo prevalente e comune è costituito da un organismo, denominato “ufficio” o “centro per la mediazione penale”, con sede autonoma rispetto al tribunale per i minorenni, con il quale collaborano operatori dei servizi minorili della giustizia e dei servizi territoriali sociali e sanitari, esperti e volontari.

Dell’Ufficio per la mediazione penale minorile di Torino fanno parte tre volontari, un giudice onorario del Tribunale per i minorenni ed un assistente sociale dell’Ufficio del servizio sociale locale.

L’Ufficio opera sulla base delle richieste del pubblico ministero, nella fase delle indagini preliminari, e anche del giudice, nell’udienza preliminare e nel dibattimento, in particolare nell’ambito della messa alla prova.

Si procede all’esperimento soprattutto per i reati contro la persona e anche per furto o rapina, ossia per quei reati che comportano un danno, anche non patrimoniale, cagionato alla vittima.

Il magistrato acquisisce il consenso del minore, dei genitori dello stesso e, se possibile, della vittima.

Il libero consenso deve essere espresso dalle parti al mediatore e può essere revocato in qualsiasi momento, senza dover subire alcuna pressione o forzatura della volontà.

Il consenso ad intraprendere il percorso di mediazione rappresenta il primo passo, essenziale, per giungere alla realizzazione dell’incontro con ”l’altro”, vale a dire alla mediazione vera e propria.

---

di reato e la vittima, pur riguardando ancora una percentuale minima delle segnalazioni che ogni anno giungono all’Autorità Giudiziaria Minorile è andata via via aumentando.

Il mediatore avvia la propria opera incontrando il minore, i genitori e il difensore e, se l'incontro è positivo, procede a mettere in contatto il minore con la vittima.

I risultati della mediazione, ovvero la capacità di comprensione del disvalore sociale del fatto, del danno arrecato alla vittima, la capacità di relazionarsi con la stessa e di interagire con lei comprendendone i bisogni, le necessità e la profondità della ferità arrecatagli, vengono sottoposti al magistrato affinchè egli li valuti.

Il processo di mediazione si intende concluso quando le persone interessate si ritengono soddisfatte del percorso compiuto e dei risultati raggiunti.

L'esito deve essere riferito al magistrato in termini succinti, senza dettagli capaci di incidere sul diritto di difesa del minore, ed influisce sulla valutazione che egli deve compiere in riferimento agli esiti del procedimento penale promosso nei confronti dell'indagato o dell'imputato.

Si possono distinguere quattro esiti possibili del percorso:

<u>mediazione non effettuata</u> quando nella fase preliminare emerge che le parti hanno già autonomamente ricomposto il conflitto e/o entrambe non ne riconoscano più la sussistenza nonostante la presenza del procedimento penale;

<u>mediazione non fattibile</u> quando una o entrambe le parti non abbiano prestato il consenso, oppure quando, pur in presenza di una disponibilità degli interessati, i mediatori ritengano le persone o le motivazioni espresse non idonee ad affrontare il percorso mediativo;

mediazione positiva quando, al termine del percorso, i mediatori abbiano la convinzione che le parti abbiano potuto esprimere autenticamente i propri sentimenti; che siano giunte ad una diversa visione l'uno dell'altra, al riconoscimento reciproco ed al rispetto della dignità e della diversità dell'altro; ed infine, quando si verifica un cambiamento rispetto alle iniziali modalità di comunicazione tra le parti che consenta di arrivare ad un gesto riparatorio simbolico e/o materiale;

mediazione negativa quando il "faccia a faccia" non produce nessuno dei cambiamenti positivi sopra indicati o le persone decidono di abbandonare il percorso mediativo ed i mediatori ritengono che non vi siano le condizioni per una positiva prosecuzione del medesimo.

Al minore-autore del reato, la mediazione permette di attivare un procedimento di "responsabilizzazione" in ordine alla condotta assunta, al danno causato e alla possibilità di ripararvi.

Le modalità degli incontri, riservati e separati dal procedimento penale, favoriscono l'emersione dei contenuti emotivi legati agli eventi in un contesto relazionale protetto.

L'intervento di mediazione penale si connota di una valenza educativa e sociale in quanto la ricomposizione del conflitto autore-vittima volge non solo a beneficio dell'individuo, ma anche dell'intero sistema comunitario.

La peculiarità dell'intervento di mediazione penale, in effetti, consiste da un lato nel concetto di partecipazione attiva del reo al processo di cambiamento attraverso una rielaborazione del proprio comportamento deviante, dall'altro supera la rigida separazione tra autore del reato e

vittima, ridefinendo il conflitto tra le parti in termini di riorganizzazione relazionale.

Non pare esagerato affermare che in tal senso l'intervento del mediatore finisca per connotarsi di una valenza preventiva quanto meno dei comportamenti criminali recidivanti.

Le esperienze internazionali sorreggono questa visione, in particolar modo quelle attivate in Austria, Germania, Francia e Stati Uniti, paesi in cui è molto alto il numero delle vittime che aderiscono ai programmi di mediazione.

Numerosi studi effettuati in tal senso indicano in modo molto chiaro la necessità nella vittima di riconoscere l'autore del reato, ed i motivi che l'hanno spinto a compierlo, per riuscire a superare il trauma del reato stesso.

Gli interventi di mediazione nella letteratura criminologica vengono inquadrati nel modello restaurativo-riparativo che contempla come oggetto il danno, il reato come espressione del conflitto, l'azione come finalità ripartiva attraverso le figure di mediatori nel quadro di un contesto responsabilizzante.

La persona offesa dal reato, in tale contesto, diviene il centro del procedimento che riguarda il fatto di cui è stata, proprio malgrado, protagonista, e non già un soggetto la cui presenza non è reputata necessaria ai fini della sua definizione.

Un vero e proprio ribaltamento dell'ottica da sempre sposata dalla cultura giuridica: non più lo Stato come difensore del bisogno dei

consociati di veder affermati i propri diritti ma i singoli consociati stessi arbitri, almeno parzialmente, del destino degli stessi.

Una ottica quasi "vittimologia" che rende giustizia e dignità a chi il delitto ha subito, ponendo innanzi al reo non un impercepibile Leviatano ma una "persona" che, egli, scoprirà uguale a se.[177]

Una ricomposizione del conflitto autore-vittima che apporta beneficio all'individuo, ma anche all'intera comunità.

Comunità il cui senso viene prima di tutto restaurato dall'uso della parola: chi ha subito il reato è vittima, questo ruolo deve essergli attribuito da tutta la comunità e quindi anche, ma non solo, dall'autore del gesto.

La mediazione ha il potere di aprire "spazi di comunicazione inesplorati" e con un grande atto di civiltà restituire il minore al suo gruppo di appartenenza.

Assistita da un mediatore professionale, la vittima può finalmente esprimere a colui che l'ha "offesa" ciò che ha patito a causa del crimine subito, spiegare come l'atto deviante ha influito sulla propria vita, ricevere risposte alle domande che desidera porre e, soprattutto, essere direttamente coinvolta nell'elaborazione di un piano per la riparazione del danno.

Vengono, almeno in parte eliminate le difficoltà generate dal mancato riconoscimento dello status di vittima, dagli ostacoli che impediscono di tutelare e difendere i propri diritti e, last but not least, dalla

---

[177] *In punto si vedano le esperienze della Commissione di riconciliazione nazionale Sudafricana, voluta da D. Tutu, in riferimento ai crimini commessi in regime di apartheid.*

strumentalizzazione e spettacolarizzazione a cui è sottoposta anche la sofferenza più profonda.

Proprio per questo, seguendo Umbreit[178], la giustizia riparativa può essere intesa quale risposta alla criminalità centrata sulla vittima, in grado di offrire ai soggetti più direttamente colpiti dal crimine – vittima, reo, le loro famiglie, l'intera collettività – l'opportunità di essere personalmente coinvolti nella reazione al danno.

La restituzione delle perdite materiali ed il ripristino di un equilibrio emotivo per le vittime, favorendo una serie di opportunità che variano dal dialogo alla negoziazione, sino alla risoluzione del problema, richiedono la partecipazione, consapevole, di tutti i soggetti coinvolti in quel particolare fatto sociale che identifichiamo quale reato.

Al reo viene data la possibilità di rendersi conto del danno causato dal suo gesto e ciò rappresenta anche un'occasione per reintegrarsi all'interno della comunità sociale.

La giustizia riparativa ha, infatti, come scopo quello di rafforzare il senso di sicurezza sociale attraverso il coinvolgimento attivo e la cooperazione di tutti i membri della comunità.

---

[178] *M. Umbreit è uno dei più noti studiosi statunitensi di restorative justice ed è autore, insieme ai suoi collaboratori dell'università del Minnesota, di un cospicuo numero di ricerche in materia.*

… il mio unico pensiero è di uccidere la persona che ho amato di più nella vita: mio padre
V. Marchese

Il parenticidio

In letteratura per parenticidio deve intendersi l'omicidio di entrambi i genitori da parte di un figlio.

Statisticamente è possibile rilevare un aumento dei parenticidi nel corso degli ultimi venti anni: se ne deve dedurre che la famiglia è il luogo meno sicuro per eccellenza.

La domanda che frequentemente viene posta, con una certa superficialità e finanche inutilità, e se siano più frequenti i casi di figli che uccidano i genitori o di genitori che uccidano i figli?

Il dilemma è antico come il mondo e, come noto, oggetto di miti che possiamo, nell'ambito della cultura giudaico cristiana, far risalire all'antica Grecia.

L'Uomo è colpito, evidentemente, dalla possibilità che il generato possa eliminare i generanti e, in tempi moderni, dallo scoprire che il sentimento, presente in varie fasi dello sviluppo psichico del minore, possa essere agito da minorenni capaci addirittura di *overkilling*.[179]

Ancora ci si stupisce per la "*freddezza e la determinazione*" esibita durante l'atto, e per la "*sbandierata*" assenza di rimorso.

Il tutto ovviamente posto in relazione a quell'aurea di normalità che aleggiava sulla famiglia prima del "*tragico evento*".

Con buona frequenza il parenticidio è commesso da giovani appartenenti a ceti medio – alti.

---

[179] *Uccisione della vittima effettuata con violenza spropositata e superiore a quella necessaria a farla soccombere.*

Apparentemente non paiono esistere spiegazioni al gesto che, pure, non possiamo lasciare sfuocare dietro il comodo paravento del gesto folle.

Possiamo provare a suddividere le categorie di parenticidi, a seconda delle caratteristiche degli autori evidenziandone tre distinte tipologie:[180]

i malati di mente, per lo più schizofrenici, che sono quelli che di solito uccidono solo la madre e che, in alcuni casi, uniscono alla madre anche il padre;

i *rivendicatori* nei confronti dell'aggressività;

i *liberatori,* che nel tentativo di liberarsi del controllo familiare tentano una via di emancipazione che si traduce nello sterminio della famiglia.

---

[180] *Fra gli altri aderisce alla proposta classificazione anche Francesco Bruno.*

Toglimi il pane, se vuoi, toglimi l'aria, ma non togliermi il tuo sorriso.
Non togliermi la rosa, la lancia che sgrani, l'acqua che d'improvviso scoppia nella tua gioia, la repentina onda d'argento che ti nasce.
Pablo Neruda

Erika e Omar, la monade assassina

Dall'analisi dei rapporti di Erika e Omar con le rispettive famiglie non emergono situazioni di rilevanti conflitti.

Entrambe le famiglie sono caratterizzate dall'assenza dei padri, e dal ruolo fondamentale ed accentratore della madre.

Cerchiamo di analizzare questa apparente normalità.[181]

La famiglia De Nardo appartiene alla medio-alta borghesia, con ingenti disponibilità materiali.

Il padre di Erika, Francesco De Nardo, 45 anni, originario di un paese della provincia di Catanzaro, figlio di un contadino, a 7 anni si trasferisce a Novi Ligure, con la famiglia.

A 17 anni, al liceo, conosce Susy che di anni ne ha 14.

Si sposano 10 anni dopo e hanno due figli: Erika e Gianluca.

Francesco, uomo educato, serio e irreprensibile, è ingegnere e fa carriera alla Pernigotti.

Iscrive tutta la famiglia al golf, come sigillo dello status sociale raggiunto.

I rapporti padre-figlia sono distanti, fatti soprattutto di rimproveri e imposizioni.

E' la moglie Susy ad avere il rapporto più stretto con i figli.

Susy Cassini era una madre energica, vitale, era lei che pensava a tutto.

Era insegnante, molto religiosa.

---

[181] *Vv. Paolo De Pasquali "figli che uccidono" ed. Rubbettino*

Attraversò una crisi esistenziale che la condusse, per un breve periodo, a seguire i testimoni di Geova.

Gianluca era un bambino tranquillo, amante dello sport e del catechismo, era bravo a scuola e adorava la sorella, alla quale aveva dedicato uno degli ultimi temi scolastici (*"Il mio migliore amico è mia sorella Erika. Quando sono grande voglio diventare in gamba come lei"* si legge nel suo tema).

Erika, 16 anni è una ragazza molto curata, ha rapporti formali sia con i suoi genitori che con i suoi coetanei.

Tra la madre e la figlia serpeggiava un'elevata conflittualità, anche se Erika parla di un rapporto bellissimo con la madre, donna che ammirava per la sua forza.

Erika, però, non rispettava le norme morali che la madre le imponeva: la madre era diventata una sorella con la quale Erika non riusciva più a confrontarsi sui problemi adolescenziali, quali i rapporti con i coetanei dell'altro sesso, le amicizie, il sesso e le uscite serali.

Giocava con il fratellino per interi pomeriggi e aveva con lui molta pazienza: nella sua stanza, insieme all'immagine di Padre Pio e di un rosario, teneva appesa la fotografia di Gianluca.

Da piccola frequentava un corso di danza.

Bene educata e compita.

Da ragazzina aveva iniziato a praticare la pallavolo e il kickboxing, e a scuola era diventata, per fascino ed indubbio carisma, il leader della classe, anche se si dimostrava più riservata e silenziosa degli altri.

A causa di alcune difficoltà scolastiche, l'anno prima del feroce delitto, aveva abbandonato il liceo scientifico e si era iscritta ad un istituto religioso per geometri.

La famiglia De Nardo non gradisce il rapporto che si è creato tra la figlia e Omar, ma il disappunto si limita ad una "critica silenziosa".

Erika è sostanzialmente libera di fare ciò che vuole, anche se deve sottostare a determinati limiti imposti dalla sua famiglia, quali, ad esempio, rispettare rigidi orari.

La famiglia De Nardo è una famiglia formale che non permette l'emergere della conflittualità, dello scontro verbale, del disagio e delle problematiche dei singoli.

La famiglia Favaro è benestante.

Il padre di Omar, 41 anni, capelli lunghi ed orecchino è una persona semplice ed onesta, ma è stato del tutto assente in passato, quando lavorava come camionista e si allontanava da casa per lunghi periodi.

In quel periodo, il signor Favaro era comproprietario di un bar in Novi Ligure, ma, nonostante la vicinanza fisica, i rapporti con il figlio erano sempre mediati dalla moglie.

Omar ha 17 anni, ed è molto carino.

timido e silenzioso, frequenta in modo anonimo una scuola per periti meccanici-elettronici.

Omar ha con la madre, casalinga, una relazione molto stretta: con lei discute di qualsiasi cosa, ci scherza e spesso dorme nel letto con lei, "rubando" il posto al padre.

Omar è molto legato anche alla nonna che vive con loro.

Queste due figure femminili sono state molto vicine al giovane, lo hanno fatto sempre sentire al centro dell'attenzione, senza mai imporgli alcuna regola di vita.

L'incontro con Erika è un colpo di fulmine: diventa un duro, aggressivo e trasgressivo, arrivando addirittura a picchiare un suo corteggiatore.

I genitori di Omar accettano di buon grado la relazione del figlio con Erika, lasciando i due a trascorrere ore nella stanza di Omar dove, ma lo si scoprirà troppo tardi, meditano il piano diabolico.

Erika e Omar si conoscono a Novi, in un piccolo Luna Park ambulante.

Il loro rapporto inizia con uno scambio di sms.

Si frequentano per poco tempo: all'inizio lui tentenna, si vedono, si lasciano, per poi definitivamente "mettersi insieme".

Il rapporto è fin da subito molto passionale ed esclusivo.

La coppia si isola gradualmente dal gruppo, fino ad eliminare completamente qualsiasi contatto con l'esterno, per rinchiudersi nella stanza di Omar, che diventa una sorta di laboratorio nel quale i due sperimentano le prime emozioni erotiche e sentimentali.

Il rapporto che si crea è tra incube e succube: Erika è spudorata e decisa, vuole essere amata, approvata, desiderata e riverita, e sente la necessità di sottomettere l'altro.

Omar vive con l'angoscia di essere abbandonato e per evitare ciò cerca di accontentarla in tutti i modi possibili.

La coppia si ritrova all'interno della camera di Omar.

Un universo circoscritto, popolato solo da loro e dai loro fantasmi.

L'eccidio era premeditato da 2-4 mesi e doveva includere anche il padre di Erika.

Cancellando la famiglia De Nardo, la coppia avrebbe avuto la libertà tanto cercata e desiderata.

Il massacro è indice di un desiderio di protagonismo ma, ancora di più, di affermazione della propria indipendenza e libertà.

Il fratricidio di Erika, subdola e astuta, non ha eguali nella storia dei crimini domestici italiani.

Un caso di overkilling[182] commesso da persone inesperte, che non sanno uccidere.

Esiste l'odio della ragazza verso la madre, per la sua inappuntabile perfezione, che ne ha fatto per Erika una figura troppo ingombrante con la quale potersi confrontare con la speranza di non venirne annichilita ed annientata.

Una figura che solo se eliminata, cancellata definitivamente, anche attraverso l'overkilling, sarebbe scomparsa dalla vita di Erika.

Forse Gianluca è morto solo perché scomodo testimone.

Forse no, nell'ambito del rapporto ambivalente che lega amore e morte, la foto del fratellino appesa in camera e la gelosia per quel "bambino modello", bravo a scuola, amato, affettuoso, quasi perfetto quanto la madre.

Erika e Omar.

Il caso che trenta'anni dopo la tragedia vissuta e provocata da Doretta Graneris, ha riacceso i riflettori sui parenticidi, o meglio su famiglicidi.

---

[182] *Per overkilling deve intendersi l'utilizzo di una violenza spropositata rispetto a quella necessaria per provocare la morte della vittima.*

Una vicenda sulla quale tutti, con indubitabile italico genio si sono sentiti in dovere d'esprimere la propria opinione.

Fondata od infondata che fosse.

Undici periti, prima e durante il processo, hanno ritenuto di sottoporre a consulenza psichiatrica, psicologica e criminologica i due giovani, le loro famiglie, l'ambiente di appartenenza, gli amici , i parenti.

Le conclusioni cui sono giunti i periti del giudice ed i consulenti del Pubblico Ministero, sono state praticamente identiche.

Erika è descritta quale fredda, impassibile, indifferente, distaccata.

Calma e lucida nell'affrontare qualsiasi tipo di situazione, anche quella più difficoltosa, riesce sempre a trovare una via d'uscita ad ogni problema.

Forte ha imparato a non piangere mai.

Come la madre.

Un ego smisurato, soffre di un "disturbo narcisistico di personalità"[183], vuole avere il "controllo" di ogni cosa.

Anche dei sentimenti.

Lei è una Regina che si deve amare, venerare, soddisfare.

Incapace di comprendere i bisogni altrui se non in quanto coincidenti con i propri.

Omar.

---

[183] *La caratteristica essenziale del* ***Disturbo Narcisistico di Personalità*** *è un quadro di tendenza alla superiorità, necessità di ammirazione e mancanza di sensibilità per gli altri.*
Gli individui con disturbo narcisistico hanno, per la maggior parte del tempo, un'alta considerazione di sé. Essi abitualmente esagerano le proprie capacità, apparendo spesso ***presuntuosi****. Credono di essere speciali, superiori, di dover essere soddisfatti in ogni loro richiesta e di avere diritto ad un trattamento speciale.*

Apparentemente dolce e affettuoso, capace di cambiarsi in aggressivo e feroce.

Soffre di "disturbo dipendente di personalità"[184], deve, per essere compiacere l'altro, cercando addirittura di anticiparne i desideri.

Erika è una personalità decisa, forte, dominante.

La perfetta incube.

Omar, vive solo se può essere riconosciuto da un altro.

Dipendente, debole.

Succube.

Le due mezze mele che si incontrano.

La coppia perfetta.

Lei domina lui esaudisce.

Il delitto matura in quest'ambiente e diviene, forse, una sorta di rito iniziatico, preliminare alla realizzazione ed al raggiungimento di quell'ideale di libertà ed amore che governa le scelte di quella che è ormai diventata una monade.

---

[184] *Il **disturbo dipendente di personalità (DDP)** è un disturbo di personalità caratterizzato dalle vitale necessità di avere e mantenere rapporti personali che danno all'individuo la sensazioni di non essere mai solo.*

Tipicamente i soggetti che presentano questo disturbo hanno l'idea di essere incapaci di vivere da soli e di non essere in grado di affrontare gli eventi della vita. Si sentono smarriti, vuoti e inutili senza la presenza di una persona al loro fianco. Sentono, inoltre, la necessità di essere costantemente presenti e fondamentali nella vita della persona a loro vicina. Per questo richiedono spesso rassicurazioni e conferme e tendono a vivere qualsiasi gesto di allontanamento, se pur minimo, come un possibile e doloroso abbandono. L'assenza di una relazione significativa ed accudente fa percepire, alla persona dipendente, un senso di vuoto, la sensazione di assenza di scopi e direzione fino, in alcuni casi, alla percezione di annientamento e di inconsistenza della propria persona.

Per evitare l'abbandono temuto, i soggetti dipendenti si adoperano per assicurarsi la presenza costante dell'altro, investono scopi ed energie nel mantenere i legami e rendersi indispensabili, per assicurarsi così un posto in primo piano nella vita della persona vicina.

Impenetrabile ed incapace di comunicare agli altri.

Il mondo esterno non c'è più, non esiste.

Dalla torre non escono segnali.

Ne segnali o comunicazioni possono entrarvi.

Da soli, probabilmente, non avrebbero mai agito.

Come in Biancaneve, per uccidere la regina doveva trovare il guardiacaccia che, innamorato, le portasse il trofeo richiesto.

Ed il Guardiacaccia agisce.

Sorretto ed accompagnato dalla Regina.

Eliminando la famiglia essi eliminano tutti gli ostacoli che possono frapporsi alla conquista del loro Regno fatto di assoluta indipendenza, libertà ed eterno amore.

Il Tribunale dei minori di Torino ha condannato Erika a sedici ed Omar a quattordici anni di carcere.

Una sentenza severa.

Emessa in un clima di particolare ostilità per la Giustizia Minorile.

Il delitto porta con sé una serie di polemiche e strascichi che ancora una volta, semmai ve ne fosse necessità, segnalano l'abitudine del legislatore Italiano ad operare attraverso la Legislazione di pancia[185].

Si invoca l'ergastolo, la pena di morte, l'eliminazione della Giurisdizione minorile.

Vengono, allo scopo, addirittura formalizzate e depositate proposte di legge.

---

[185] *Si definisce legislazione di pancia quella frutto di scelte emotive ed emozionali successive a fatti di cronaca particolarmente in grado di suggestionare e colpire l'opinione pubblica e non già di meditate scelte legislative.*

L’Italia sembra in preda ed in balia di un’orda di figli pronti ad uccidere e massacrare senza motivo genitori, fratelli e parenti.

Solo la caduta del governo interrompe l’iter di tali provvedimenti legislativi che, fortunatamente, non saranno più riproposti dopo che il silenzio ha incominciato a ricoprire l’assurdo gracchiare dei talk show.

Di solito la madre, più che amare il figlio, si ama nel figlio.
Friedrich Nietzsche

Il matricidio

Per matricidio si intende l'uccisione della madre da parte del – dei figli.

Non occorre certo spendere molte parole per ricordare come si tratti di figura posta alla base di miti ed oggetto di profonde analisi psicologiche, sociologiche e, ovviamente, criminologiche.

Si tratta di un reato che statisticamente è commesso in prevalenza dal figlio maschio.

Tra le spiegazioni più comuni del "mito", con scelta di discutibile originalità, decidiamo di occuparci della tragica vicenda familiare del povero Oreste.

Egli uccide la madre Clitemnestra.

La quale, sua volta aveva ucciso il marito, Agamennone.

Agamennone che le aveva ucciso la figlia Ifigenia.

Una famiglia in cui l'Amore regnava sovrano.

L'omicidio di Agamennone compiuto da Clitemnestra, lascia il povero Oreste privo di una figura paterna nella e con la quale identificarsi.

Oreste, legato alla madre che lo ha allevato, ne subisce anche il "dominio" che, in qualche modo ne impedisce la completa e libera crescita.

Egli, dunque, per liberarsene la uccide.

Ovvero agisce quel sentimento tipico di ogni figlio che deve, per potersene "liberare" eliminare la presenza delle figure genitoriali.

Altro matricidio passato alla storia è quello commesso da Nerone, che uccidendo la propria madre da corpo e forza alla sua ribellione rispetto alla figura materna, che si opponeva fra l'altro al "matrimonio" del figlio con l'amata.

Freud e Jung, che con e dei miti se ne intendevano ed anche parecchio, hanno evidenziato struttura e funzione della figura materna: essa è allo stesso tempo Madre necessaria quale fonte di vita e di crescita ma anche ostacolo, peso, legame da cui affrancarsi ai fini di liberarsi dall'immenso potere che Ella continua a detenere, e ad esercitare in forza del suo ruolo di generatrice, sul Figlio.

Il figlio, dipendente da questo legame, con "l'eliminazione della Madre", da intendersi in senso figurato, compie il Gesto Liberatorio che, finalmente, lo proietta del mondo adulto.

Il meccanismo parrebbe spiegare alcuni agiti criminali.

Agiti che, solitamente, vedono protagonista solitario il figli maschio mentre, qualora essi abbiano quale attrice la figlia femmina, sono eseguiti con l'aiuto e l'ausilio del suo partner[186].

---

[186] *P. De Pasquali, in Figli che uccidono, op.cit..*

La verità Ti fa male, lo so …
C. Caselli

Uccido per non dispiacerTi

22 ottobre 1999 S. D. avrebbe dovuto discutere la sua tesi di laurea.

Sua madre, S. P., separata da anni dal marito G., medico, aveva aspettato quel giorno con ansia, quell'ansia tipica della madre che riversa sul figlio l proprie deluse aspettative.

Quella laurea era la realizzazione.

Quasi un auto realizzazione.

Il giorno precedente aveva comprato un regalo per il figlio che era poggiato sul comodino.

S. era rientrato alle sei del mattino, dopo una notte di bagordi.

S.P. era ancora a letto.

Si era svegliata e, sorridendo, aveva esclamato "*Oggi è il tuo giorno!".*

Mai previsione fu più azzeccata.

S. prese un martello e colpì, ripetutamente, la madre alla testa.

Lei cercò di fuggire in cucina.

S. la seguì, afferrò un coltello e la colpì più volte.

La mattanza ebbe termine sul terrazzo della casa.

Un maldestro tentativo di *staging*[187], tolti i vestiti, sporchi di sangue, provò a chiamare un vicino, cui raccontò d'essere rientrato in quel momento e di aver trovato la madre morta.

Ai poliziotti raccontò d'aver subito un furto delle chiavi di casa che teneva nell'auto.

---

[187] *Per staging deve intendersi la creazione da parte dell'autore del delitto di una scena differente rispetto a quella effettivamente protagonista del delitto.*

Insomma un tentativo di furto sfociato in tragedia.

La finzione durò poco.

S. confesso il delitto.

Egli, il 22 ottobre non avrebbe conseguito quello laurea che aveva dichiarato alla propria madre ormai certa.

Gli esami sostenuti erano pochi, davvero troppo pochi per farcela.

La menzogna non poteva più essere coltivata.

A volte la verità uccide.

"*Sono pentito di quello che ho fatto, ma non ho sensi di colpa. Quello che mi rimprovero è di non essere andato prima a vivere fuori di casa. Se lo avessi fatto quattro o cinque anni fa, mia madre sarebbe ancora viva."*

"*Per lei lo studio era tutto ed io avevo una sola scelta: buoni risultati scolastici.*

Quando guardavo il mio libretto universitario mi assaliva il senso di colpa … mia madre mi dominava facendo la vittima..".

Rivelare la menzogna significa privarsi di tutta la struttura che giorno dopo giorno si è pazientemente cercato di costruirsi intorno nel disperato bisogni di realizzarsi una identità conforme alle aspettative degli altri.[188].

L'uso di droghe, S. quella notte aveva assunto cocaina, è stato etiologicamente irrilevante.

S. amava la madre (*"mia madre si mostrava nuda e non nascondo che a volte mi eccitavo e mi capitava di sognare rapporti sessuali con lei")*.

Con un amore esclusivo, da cui il padre era "escluso"("*Ho pensato che mio padre fosse andato via per colpa mia, perché pensavo si sentisse*

---

[188] *Umberto Gatti, Gianluigi Rocco e Romolo Rossi, La perizia su Stefano Diamante.*

escluso dal rapporto tra me e mia madre. Credo che pensasse che io e lei avessimo rapporti sessuali".)

Ma anche la odiava (...*mia madre mi dominava facendo la vittima..)*.

S. non poteva crescere, il delitto ha eliminato, la causa d tale impossibilità.

"*Ho provato un senso di liberazione già nel momento in cui l'accoltellavo. In senso fisico non mi manca: mi sento più libero di tredici mesi fa..".*[189]

A volte la verità uccide.

---

[189] *P.De Pasquali, op. cit..*

Su babbo, smettila di bere, e non mi picchiare un'altra volta
che ogni volta ho più paura tento sempre di scappare
e non arrivo mai alla porta …
F. Concato

Il minore vittima

Il campo in cui, a torto od a ragione, con a tratti inspiegabile morbosità, si indirizzano le attenzioni dei media è quello che vede il minore vittima di reati.

Se, ovviamente, possiamo convenire circa la particolare riprorevolezza della condotta di chi perpetri reati nei confronti d'un minore, ciò che ci pare francamente inaccettabile è l'assoluta, parziale e spesso mistificante informazione che viene resa attorni ad un fenomeno sociale tanto importante quale quello che attiene alla violenza nei confronti dei minori.

Quasi sempre il minore viene descritto vittima di abusi, o condotte penalmente rilevanti, commessi a cura del tal gruppo etnico, piuttosto che da talaltra associazione esoterica o satanica, scatenando, anche in questa materia, o forse facendo proprio leva su di un tema così delicato, le paure quasi ancestrali che albergano dentro di noi, rischiando di alimentare spirali d'odio ed incomprensioni che, invece, ben dovrebbero essere quanto mai sopite e combattute.

Rapimenti, stupri, sevizie, rituali satanici od esoterici, vengono dichiarati commessi da parte dei media, il che equivale ad una condanna, da parte di soggetti che, profittando delle "disattenzioni" della famiglia, hanno carpito la fiducia del o dei minori per poi profittarne in modo immondo.

Ma siamo sicuri, da operatori del diritto che dovrebbero essere particolarmente attenti, quasi vaccinati, a resistere alle lusinghe ed alle

sirene delle spiegazioni semplicistiche e tranquillizzanti, che sia proprio così ?

La verità, scomoda e spiacevole, è che il luogo d'elezione per il perpetrarsi di crimini sui minori è costituito dalla famiglia.

"*Questa considerazione ci porta a riflettere più in generale sul problema della conflittualità della famiglia che, nelle sue forme più estreme e patologiche, può manifestarsi attraverso la violenza esplicita tra coniugi e/o la violenza tra genitori e figli*"[190].

Come correttamente sostenuto[191] occorre procedere ad analizzare ed a considerare la famiglia abbandonando qualsiasi forma di sua idealizzazione, ri(con)ducendola alla sua essenza che è quella tipica di ogni "gruppo sociale" che, come è noto, si caratterizza er esprimere sempre e comunque un certo grado di conflittualità.

Conflittualità che, del tutto ovviamente, tende ad aumentare allorquando i legami fra i differenti membri tendono a divenire meno lenti, ovvero fra gli stessi si manifestano tensioni sino a quel momento sopite o sconosciute.

Postulata l'esistenza di condotte violente intrafamiliari è opportuno provare a classificare dette condotte, al fine di analizzarle.

Utilizzando quale griglia definitoria quella fornitaci dal legislatore del codice di rito, possiamo distinguere i delitti compiuti in famiglia quali aventi:

---

[190] *C. Serra Proposte di criminologia applicata – CEDAM 2003*

[191] *G. Gullotta Famiglia e violenza GIUFFRE' ed.*

motivazioni economiche (inosservanza degli obblighi familiari, illegittima appropriazione di beni di altri familiari, gestione disonesta di beni o danaro comune)

violazione di norme che regolano in genere la sessualità e nell'ambito della famiglia (violenza sessuale, incesto, atti sessuali con minori)

violenza morale o materiale (maltrattamento in famiglia abuso di mezzi di correzione)[192].

Analizzando le stesse condotte evidenziando quale sia la tipologia della vittima coinvolta, possiamo individuare:

violenza tra i coniugi

violenza sui minori

violenza tra fratelli

violenza sui genitori

violenza sugli anziani legati da vincoli di parentela.[193]

Le condotte indicate ai punti 2 e 5 assumono una particolarissima connotazione.

Esse infatti si esplicano su soggetti, i bambini e gli anziani, nei confronti del quale l'aggressore ha potere pressoché assoluto e, di converso, la vittima si trova in posizione di assoluta dipendenza.

Si tratta delle condotte spesso indicate quali child abuse e nanny abuse.[194]

---

[192] Si veda per una miglior formulazione delle categorie ed una più approfondita spiegazione G. Ponti "Compendio di Criminologia" Cortina Milano 1990.

[193] Vv. G. Gullotta "famiglia e violenza" Giuffrè ed. 1984 che però non identifica i nanny abuse

[194] Child e nanny abuse costituiscono tipologie di condotte penalmente rilevanti che si esplicano indubitabilmente all'interno della cerchia familiare ma che, altrettanto

Ai fini di comprendere cosa debba considerarsi "child abuse", che costituiscono il nucleo di questo lavoro, possiamo riferirci ad alcune definizioni[195], che ormai paiono essere largamente accettate, dettate da organismi internazionali a sensi delle quali l'abuso è costituito da *"tutte le forme di cattivo trattamento fisico e/o affettivo, abuso sessuale, incuria o trattamento negligente nonché sfruttamento sessuale o di altro genere che provocano un danno reale o potenziale alla salute, alla sopravvivenza, allo sviluppo o alla dignità del bambino, nell'ambito di una relazione di responsabilità, fiducia o potere"*[196]

Definiti i child abuse, non ritenendo opportuno venire meno a quello che riteniamo essere un preciso dovere etico di chi decida di occuparsi di vicende relative ad infanti e minori, dobbiamo ribadire con forza che qualsiasi attacco portato alla sfera fisica, psichica, psicologica, morale o sessuale di un minore, costituisce un attacco destabilizzante alla sua personalità.

Attacco che deve necessariamente essere tempestivamente rilevato, diagnosticato e curato, affinché non produca conseguenze gravi sul processo di crescita.

"Il danno cagionato è tanto maggiore quanto più il maltrattamento resto sommerso, non viene individuato, è ripetuto nel tempo, non è accompagnato da una pronta risposta di protezione alla vittima nel suo

---

pacificamente, possono commettersi anche al di fuori della ristretta cerchia costituita dalla famiglia.
In punto si pensi ai casi di abuso commessi da sacerdoti, amici, allenatori, insegnati, badanti, paramedici etc.

[195] *Consiglio d'europa 1978 World Health Organization 2002*

[196] *World report on Violenze and healt WHO 2002*

contesto familiare o sociale, si accompagna a forte dipendenza fisica e/o psicologica e/o sessuale tra la vittima e il soggetto maltrattante"[197].

Basterebbe questa illuminante riflessione per spiegare la natura di molte dichiarazioni raccolte nei casi di child abuse, spesso semplicisticamente etichettate quali "reticenze" o "paure" ma che invece sottendono proprio a quel particolarissimo rapporto che finisce con il legare l'aggressore e la vittima, rapporto in cui quest'ultima pare non poter sopravvivere se privata del proprio aggressore.[198]

Il maltrattamento può dunque concretarsi ed essere costituito da condotte commissive (percosse, lesioni, violenza o atti sessuali, ipercura etc) o in condotte omissive (incuria, abbandono, trascuratezza).

Possiamo individuare e classificare i child abuse in tre distinte categoria a seconda delle modalità con cui viene consumata l'aggressione all'integrità del minore e della direzione dell'attacco in abuse caratterizzati da:

aggressione fisica (percosse, lesioni, abuso sessuale, patologie delle cure),

aggressione psicologica (limitazione dei rapporti sociali – PAS – aggressioni verbali, minacce, mancato riconoscimento delle qualità del minore, comportamenti denigranti, ostili o rifiutanti)

---

[197] *T. Bandini – G. Rocca op. cit.*

[198] *Per una interessante lettura del fenomeno si consiglia la visione de "Il protiere di notte" di L. Cavani*

mancato riconoscimento di status (labour child, violenza assistita, richiesta d'esecuzione di compiti impossibili a svolgersi in riferimento all'età o alle caratteristiche fisiche del minore.)

Tipologie di abusi

Nonostante possa apparire incredibile, almeno ai più, è soltanto sul finire del secolo scorso, precisamente all'inizio degli anni 60, che la dottrina medica, ha evidenziato e nosograficamente rilevato le caratteristiche tipiche del maltrattamento fisico sul minore.

Nel 1961 H. Kempe presenta al congresso dei pediatri americani la propria relazione, che egli ha intitolato "The "batterd child syndrome".

La relazione descrive quali sintomi da percosse subite dal minore da parte degli adulti quei "segni" che fino ad allora, pur se rilevati, erano stati diversamente, e piuttosto fantasiosamente, attribuiti ad eventi accidentali o a imprecisate condizioni patologiche costituzionali del bambino stesso.[199]

L'impatto è enorme, la copertura fornita dalla scienza medica perde ogni efficacia e, anche la famiglia, si manifesta, a distanza di qualche millennio dalle intuizioni della mitologia greca, quale uno dei possibili teatri dell'orrore.

Anzi, le statistiche ne danno ormai atto, quale il teatro dell'orrore.

---

[199] *Si badi come fino a quel momento la ragione dell'attribuzione a cause dipendenti dal minore e non dagli adulti costituiva la perfetta risposta all'esigenza di "salvaguardare" l'istituto famiglia.*

Interessante invece notare come oggi, purtroppo con discreta frequenza, segni clinici attribuibili a condizioni patologiche del minore siano invece scambiati con manifestazioni di maltrattamento da parte di genitori causando conseguenze devastanti.

Dal riconoscimento dell'esistenza della Battered Child Syndrome alla recentissima rilevazione e classificazione della ESI[200], l'analisi delle condotte abusanti e degli effetti di esse condotte sui minori, ha compiuto davvero un percorso particolarmente lungo.

Oggi è possibile affermare che esista una vera e propria "dottrina", clinico – giuridica, in tema che può, ove correttamente interpretata, addirittura fungere ed essere utilizzata a fini predittivi circa la possibile commissione di condotte abusanti.[201]

Fra le differenti tipologie d'abuso, quella che certamente assume agli occhi dell'opinione pubblica maggior rilievo, pertanto destando maggior allarme sociale, è costituita dalla categoria degli abusi sessuali.

Proprio a cagione dell'allarme sociale destato da tale particolarissima categoria di abuso, riteniamo importante riservagli trattazione approfondita e separata in altra parte del presente lavoro.

Ciò posto oggi è possibile suddividere gli abusi in

violenza fisica:

viene definita violenza fisica l'inflizione volontaria al bambino di traumi o di lesioni di diverso genere e rappresenta la forma di violenza più diffusa e quella più facilmente diagnosticabile.

---

[200] *Esperienze sfavorevoli infantili (ESI), che comprende sia l'abuso subito in forma diretta (abuso sessuale, maltrattamento psicologico, fisico e trascuratezza), sia le modalità indirette che rendono il contesto familiare inadeguato quali, ad esempio, l'alcolismo o la tossicodipendenza dei genitori, le malattie psichiatriche e, soprattutto, la violenza assistita, cioè il coinvolgimento del minore in atti di violenza compiuti su figure di riferimento affettivamente significative.*

[201] *Si veda ad esempio il lavoro di J. Monteleone "gli indicatori dell'abuso infantile " ed. Centro scientifico editore che appare essere fondamentale strumento per tutti coloro che intendano operare nell'ambito della tutela minorile*

Rientrano nella categoria schiaffi violenti, contorsioni delle ossa, morsi, graffi, ustioni con sigarette o con immersione forzata in acqua bollente, escoriazioni delle labbra e lacerazione del frenulo della lingua nel caso di alimentazione forzata, e qualunque altro atto deliberatamente e volutamente rivolto dal soggetto agente ad infliggere al minore sofferenze e traumi.

Rientra nella categoria citata l'abuso sessuale.

grave trascuratezza:

definibile più appropriatamente come patologia delle cure , termine che comprende l'incuria e include altre categorie quali discuria ed ipercura che evidenziano aspetti diversi di inadeguatezza nelle cure .

Si parla di incuria quando le cure fornite al bambino sono carenti.

La carenza di cure va dal disinteresse all'abbandono vero e proprio.

Ci si trova invece dinanzi ad un caso di discuria quando le cure sono fornite in modo distorto.

Per ipercura deve intendersi quel fenomeno di child abuse caratterizzato dall'eccesso di cure, spesso di carattere medico, cui è sottoposto il bambino.

Nell'ipercura rientrano condotte tipizzate in vere proprie sindromi (Munchasuen e Munchauesen per procura).

maltrattamento e incuria emozionale.

Una definizione suggestiva per la sua capacità di meglio descrivere gli effetti che da tale forma forma di child abuse discendono, è quella offerta da Anna Freud la quale così scrive "*Per via dell'incapacità che hanno di prendersi cura di sé, i bambini piccoli e tanto più i neonati,*

devono fare buon viso a qualunque sorta di cure che vengono loro prestate. Quando queste non sono cure sensibili ai loro bisogni, si hanno disturbi precoci del sonno, del mangiare, dell'evacuare e del desiderio di socializzare e, in seguito, dello sviluppo psicologico in generale".

Il genitore abusante non è dunque solo l'Orco che abusa sessualmente o picchia i propri figli ma anche, e ciò si verifica con maggior frequenza, che non è in grado di approcciarsi ad essi con la necessaria empatia fino al punto di privarlo dello stesso contatto fisico.

Le modalità di estrinsecazione del maltrattamento e dell'incuria emozionale avvengono mediante abnormi ed inappropriate vessazioni psicologiche; privazioni del contatto fisico; privazione di sguardi diretti; privazione di comunicazione verbale amorevole e, da ultimo, strumentalizzazione emozionale del figlio allo scopo di penalizzare indirettamente il partner.

Alla base di tali condotte, spesso, sussiste un rifiuto, inconscio, del genitore di riconoscere in sé la sussistenza di un disturbo emotivo, una difficoltà di crescita a livello emozionale, una difficoltà di apprendimento e, dunque, di migliorarsi.

maltrattamento psicologico (emotional abuse)

esso si sostanzia in un persistente maltrattamento emotivo o rifiuto che determina gravi conseguenze nello sviluppo emotivo e comportamentale del bambino .

Le quattro categorie evidenziate da questa definizione sono quelle più comunemente utilizzate per differenziare i tipi di child abuse, seppure la descrizione che ne viene fornita necessiti di alcune revisioni critiche.

In particolare, il maltrattamento psicologico incide anche sullo sviluppo cognitivo danneggiando o inibendo aree importanti quali l'intelligenza, l'attenzione, la percezione, la memoria.

Di Blasio (1996)[202] sottolinea inoltre come la categoria del maltrattamento psicologico debba essere usata soltanto quando si presenta da sola o è prevalente, poiché tale categoria è presente in ogni forma di abuso.

Tale forma di abuso è infatti inevitabilmente sottostante alle altre forme di maltrattamento summenzionate.

Compaiono, in aggiunta alcune altre categorie minori e meno frequenti, quali:

Le forme classiche di abuso

Il codice penale italiano definisce quattro forme di abuso e maltrattamento cui fa discendere altrettante tipologie di sanzioni:

- l'abuso dei mezzi di correzione e disciplina (art. 571 c.p.);
- i maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.) e, da ultimo,
- l'abbandono di minori (articolo 591 c.p.)
- l'abuso sessuale, di cui si dirà più avanti.

Proveremo ad analizzarle partitamente.

Articolo 571 c.p.

Recita la norma: "*chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o un arte, è punito, se dal fatto deriva il*

---

[202] *P. Di Blasio "Psicologia del bambino maltrattato"- ed Il Mulino*

pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, con la reclusione fino a sei mesi.

- Se dal fatto deriva una lesione personale, si applicano le pene stabilite negli articoli 582 e 583 ridotte a un terzo; se ne deriva la morte, si applica la reclusione da tre a otto anni."[203]

Più volte oggetto di rilettura ed interpretazione, da parte della giurisprudenza e della dottrina, a cagione della mancata definizione da parte del legislatore della tipologia dei mezzi correttivi, il disposto dell'articolo 571 c.p. pare, oggi, vietare l'utilizzo di ogni mezzo correttivo produttivo di lesioni di carattere fisico (l'uso della cinghia, le frustate a sangue, una intensa percossa, un pugno, il lancio di oggetti contundenti) oppure quelli non compatibili con l'esercizio del corretto potere correttivo e disciplinare che paiano lesivi della sfera di carattere psicologico del soggetto protetto (ingiurie, rimproveri offensivi, minacce di morte, punizioni umilianti e degradanti).

Indubitabilmente l'utilizzo dell'allocuzione "mezzi di correzione", certamente non brillantissima sotto il profilo della tipicità, ha avuto il vantaggio di consentire che la norma potesse essere assoggettata ad una interpretazione dinamica e, di fatto adattabile alle differenti esigenze storiche ed alle mutate sensibilità.

---

[203] *Reato di antiche origini, il delitto di abuso di mezzi di correzione o di disciplina trova la sua collocazione, non del tutto felice, nell'ambito dei delitti contro la famiglia, nel Titolo XI, Libro II, Capo IV, dedicato ai delitti contro l'assistenza familiare.*

Infatti, mentre nel codice Zanardelli la medesima fattispecie rientrava nel novero dei delitti contro la persona, il codice Rocco ha inteso privilegiare il sodalizio familiare, pur se, come appare dalla stessa dizione della norma, l'illecito può essere perpetrato anche in altri contesti, quali quello scolastico e lavorativo. Sembra che tale inserimento si giustifichi per il fatto di considerare la famiglia quale luogo eletto e privilegiato dello ius corrigendi.

Scopo della norma è quello di garantire e tutelare l'integrità fisica e morale del minore sanzionando il genitore od il tutore il quale abusi dei mezzi leciti utilizzati per finalità educativa e disciplinare.

L'art. 571 c.p. non richiede il dolo specifico.

Si tratta di reato di pericolo per cui non occorre che l'evento malattia fisica o psichica si sia realmente verificato, dal momento che l'esistenza di una lesione personale è presa in considerazione come elemento costitutivo dell'ipotesi diversa e più grave prevista dal secondo comma.

La malattia può riguardare si il "corpo" che la "mente".

La Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che ai fini di definire tale patologia deve aversi riguardo ad una malattia "*più ampia di quelle concernenti l'imputabilità o i fatti di lesione personale, estendendosi fino a comprendere ogni conseguenza rilevante sulla salute psichica del soggetto passivo, dallo stato d'ansia all'insonnia, dalla depressione ai disturbi del carattere e del comportamento (…)*".

Secondo Mantovani , il legislatore ha "ritenuto opportuno limitare le interferenze della legge penale nel rapporto educativo-correttivo ai soli casi in cui l'offesa abbia raggiunto una certa intensità", in quanto, prima della concreta messa in pericolo della salute del soggetto passivo, tali comportamenti non sono sanzionabili.

Quello di cui all'art. 571. c.p. non è un reato permanente né abituale, non esigendo il legislatore, per la sua sussistenza, la reiterazione della condotta, che darà invece eventualmente luogo al concorso di reati, oppure, se del caso, alla continuazione degli stessi.

Non risulta infatti dalla lettera della legge né dalla interpretazione della norma come operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza che il reato di abuso dei mezzi di correzione debba configurarsi ed abbia forma di reato necessariamente abituale.

È invece vero che la reiterazione del gesto punitivo può essere una delle modalità di manifestazione dell'abuso del mezzo di correzione .

Questo, infatti, come insegna la giurisprudenza di legittimità, può commettersi trasmodando nell'impiego di un mezzo lecito, sotto gli aspetti della forza fisica esercitata in un singolo gesto punitivo, che della reiterazione del gesto stesso.

Ne consegue che "*(…) anche solo uno schiaffo, quando sia vibrato con tale violenza da cagionare pericolo di malattia, è stato ritenuto dalla stessa giurisprudenza sufficiente a far avverare l'ipotesi criminosa prevista dall'art. 571 c.p., comma 1. La reiterazione dei mezzi di correzione è condizione sufficiente ma non indispensabile per l'integrazione del reato, il quale può sussistere anche in assenza della stessa, ma in presenza di un unico atto espressivo dell'abuso (…)"*.

La fattispecie è incompatibile con l'applicazione dell'attenuante della provocazione prevista dall'art. 62. n. 2 c.p., che presuppone uno stato d'ira seppur causato da un fatto ingiusto altrui.

Fuor di dubbio che l'uso sistematico della violenza quale ordinario trattamento del minore, sia pure sostenuto da animus corrigendi, cioè da soggettive intenzioni, travalica la configurabilità del reato ex art. 571 c.p., per versare in quello più grave ex art. 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli).

Parte della giurisprudenza sostiene, infatti, che l'abuso dei mezzi di correzione possa ravvisarsi solamente laddove si faccia un uso consentito e legittimo dei mezzi stessi, che si tramuta per eccesso in un illecito.

Pertanto, se i mezzi utilizzati sono illeciti, il loro abuso non comporterà il reato previsto nell'art. 571 c.p., bensì un altro reato più grave, quale le lesioni personali od i maltrattamenti in famiglia.

Facendo leva sulla particolare dizione utilizzata dal legislatore (chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina), si ravvisa il momento essenziale dell'incriminazione non tanto nello scopo dell'azione, quanto nell'abuso di determinati mezzi correttivi o disciplinari, peraltro leciti.

Si sottolinea, infatti, che, dipendendo l'abuso dall'uso lecito (in quanto si può abusare di un diritto solo se il diritto esiste effettivamente), si potrà realizzare una condotta di abuso nella misura in cui siano utilizzati mezzi leciti, non potendo mutare il contenuto del diritto o del potere.

Conseguentemente l'illecito sarà integrato allorchè l'uso sia effettuato fuori dei casi consentiti o con modalità non ammesse dall'ordinamento.

La norma va ovviamente interpretata alla luce della concezione personalistica e pluralistica della Costituzione, in particolare degli artt. 2, 3, 30, 31 e 39, e del riformato diritto di famiglia, in specie l'art. 147 c.c., che al tradizionale modello istituzionale e gerarchico di famiglia hanno sostituito una visione partecipativa e solidaristica, che nella famiglia individua il coordinamento degli interessi dei suoi componenti e la garanzia dello sviluppo della personalità dei singoli.

Concezione peraltro ribadita dalle Convenzioni Internazionali di cui il Nostro Paese è parte.

La Suprema Corte di Cassazione, con propria pronuncia del 18 marzo 1996 , che ha proposto una lettura dell'art. 571 c.p., che pare meritevole d'essere ricordata.

Essa ha statuito: "*con riguardo ai bambini il termine "correzione" va assunto come sinonimo di educazione, con riferimento ai connotati intrinsecamente conformativi di ogni processo educativo. In ogni caso non può ritenersi tale l'uso della violenza finalizzato a scopi educativi: ciò sia per il primato che l'ordinamento attribuisce alla dignità della persona, anche del minore, ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura disposizione) da parte degli adulti; sia perché non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato armonico di sviluppo della personalità, sensibile ai valori di pace, di tolleranza, di convivenza, utilizzando un mezzo violento che tali fini contraddice.*

Ne consegue che l'eccesso di mezzi di correzione violenti non rientra nella fattispecie dell'art. 571 c.p. (abuso di mezzi di correzione) giacché intanto è ipotizzabile un abuso in quanto sia lecito l'uso degli stessi(…)" proseguendo "*(…) in tema di rapporti tra il reato di abuso di mezzi di correzione (art. 571 c.p.) e di maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572 c.p.), l'intenzione soggettiva non è idonea a far entrare nell'ambito della fattispecie meno grave ciò che oggettivamente ne è escluso, in quanto più grave. Il nesso tra mezzo e fine di correzione va valutato sul piano oggettivo, con riferimento al contesto culturale e al complesso normativo fornito dall'ordinamento giuridico e non già all'intenzione dell'agente.(…)*".

Uso dei mezzi di correzione, abuso dei medesimi e maltrattamenti nei confronti dei minori: sono questi i passaggi che scandiscono l'iter logico della sentenza della Corte al fine di fornire un criterio distintivo univoco tra le contigue fattispecie di abuso dei mezzi di correzione e maltrattamenti nei confronti dei minori.

La piena consapevolezza dell'esistenza di numerosi casi di violenza psichica e fisica che non emergono, perpetrati quotidianamente ai danni dei minori (confluendo nello sfuggente campo della criminalità sommersa), unita dalla consapevolezza che l'intervento del diritto penale nell'ambito della famiglia è sporadico, ha indotto la Corte a fare chiarezza in merito e ad inviare un messaggio di grande civiltà: non è consentito l'uso della violenza a scopi educativi.

I mezzi di correzione, fisicamente o psicologicamente violenti, devono essere banditi, perché ledono non solo la dignità del singolo minore, ma anche l'interesse dell'intera società ad avere cittadini educati ai valori della pace e della tolleranza.

La Cassazione ha posto l'accento sui doveri educativi dei genitori e sul diritto dei bambini ad un sano e armonico sviluppo della personalità, dovendo essere, i primi, adeguati alla evoluzione dei costumi e delle concezioni psico-pedagogiche di un paese civile, nonché conformi al livello di tutela giuridica che l'ordinamento appresta ai bambini.

Interessante notare come la Corte rilevi, inoltre, che anche a voler ammettere, in casi eccezionali, l'impiego di una vis assai modica, quale mezzo eccezionale ed occasionale finalizzato a scopi educativi e, conseguentemente, la riconducibilità all'art. 571 c.p. dell'eccesso nell'uso

di tale mezzo, certamente illecito è l'uso sistematico della violenza quale trattamento ordinario del minore, sia pure sostenuto dall'animus corrigendi.

Articolo 572 c.p.

I maltrattamenti in famiglia[204]

La famiglia costituisce quasi istituzionalmente il luogo d'elezione per la ricerca delle "vittime deboli".

Indubitabilmente la struttura della famiglia ha nel corso degli ultimi anni subito una profonda mutazione passando da una struttura allargata a forme ben più ristrette del nucleo familiare sino a giungere alla forma estrema della famiglia monoparentale.

Una struttura sempre più delimitata, quasi esclusiva, impermeabile ai rapporti con l'esterno e, quindi e conseguentemente, anche incapace di essere oggetto di controllo sociale esterno.

Nonni, zii, nipoti, familiari in genere e financo "vicini di casa" risultano essere quasi totalmente esclusi di ogni e qualsiasi rapporto con la "famiglia" che pare sopra-vivere in un ambiente protetto ed ermeticamente separato dal resto della società.

Un ambiente "chiuso" nel quale non "entrano" e non "escono" né voci né urla.

L'habitat naturale per vittime deboli.

Il legislatore si occupa dei maltrattamenti in famiglia inserendo la fattispecie astratta dedicata all'interno del libro II titolo XI del codice

---

[204] *Il paragrafo è stato pubblicato su "Vittimologia e Vittime fragile" F Angeli ed. 2010 e realizzto da G. Travaini, C. Bossi e A. Cristina*

penale che deputato a trattare dei delitti “contro la famiglia” e, nello specifico, dei delitti contro l’assistenza familiare.

La disposizione normativa specifica è contenuta nell’articolo 572 del codice sostanziale che, intitolato “maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli”, recita:

“Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a venti anni”

Si tratta di una norma che esplica la propria efficacia su diversi piani che, criminologicamente parlando, interessano esclusivamente vittime deboli.

Vittime appartenenti ai gruppi di seguito elencati

persone della famiglia,

minori degli anni quattordici,

persone sottoposte all’autorità (del maltrattatore)

persone affidate (al maltrattatore) per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, per l’esercizio di una professione o di un’arte.

Alla luce dell’analisi circa i destinatari della particolare protezione accordata dal legislatore, appare davvero evidente come la collocazione della norma non sia particolarmente felice.

Essa infatti accorda tutela a soggetti che non appartengono neppure in senso lato alla famiglia e che paiono essere fra loro collegati più in ragione delle peculiarità connesse al loro status di “affidati” alle “cure” del maltrattatore che dall’esistenza di vincoli di sangue tra essi ed il perpetratore.

In altre parole la norma, dettata in un periodo di particolare oscurantismo, non può che lasciare stupiti per l’acutezza mostrata dal Legislatore che, sfruttando l’occasione di fornire tutela ad una delle componenti della “sacra triade” , riesce ad ampliare l’oggetto della tutela penale ricomprendendovi numerosi soggetti “deboli” .

La prima categoria che deve essere fatta oggetto d’esame, anche in ragione dello specifico tema da trattare, è costituito dalle persone “appartenenti alla famiglia”

In ordine a questa categoria è necessario premettere che il Legislatore penale non fornisce alcuna definizione di famiglia.

Dunque, l’interprete, non è posto nell’immediata possibilità di comprendere quali siano i soggetti nei confronti dei quali la norma esplica tutela.

La circostanza assume ermeneuticamente parlando grande valenza: sono membri della famiglia i nipoti, gli zii, i cugini, i figli non coabitanti, le mogli separate ma non divorziate, le nuore, le suocere ?

La definizione di famiglia, praticamente sconosciuta prima dell’era Repubblicana , è ricostruibile facendo ricorso all’interpretazione di fonti giuridiche diverse, visto che, come detto, il Legislatore penale non ha

sentito il bisogno di dettarne una definizione e, con una perfetta condivisione di intenti, neppure quello civile si è sentito obbligato a farlo.

La prima norma che viene certamente in conto è costituita dall'articolo 29 della Costituzione che definisce la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio".

Matrimonio che trova la propria regolamentazione degli articoli 143 e seguenti del codice civile che si "limitano" a stabilire diritti e doveri reciproci dei coniugi.

Ancorando l'esistenza di diritti e doveri alla coabitazione tra coniugi.

Ricordando altresì all'articolo 147 l'esistenza di doveri nei confronti dei figli.

La famiglia è dunque una società naturale fondata sul matrimonio, di cui il Legislatore si occupa, in via diretta, esclusivamente con riferimento ai rapporti di coniugio e filiazione.

In via indiretta è possibile ricostruire una differente definizione di famiglia facendo riferimento alle norme dettate in tema di successione.

solo con riferimento ai che, per definizione legislativa, non contempla altri membri Due manca, come si vede, qualsiasi riferimento all'esistenza nell'ambito della famiglia, di rapporti differenti rispetto a quelli di coniugio e filiazione.

Ma la famiglia è certamente anche altro.

Ed il Legislatore ha inteso, secondo la comune interpretazione Giurisprudenziale, offrire tutela anche ad alte e differenti forme di "rapporti" e di "famiglie" .

Con la rivoluzione culturale che accompagno il decennio degli anni 70 del secolo scorso, la Giurisprudenza, ancora prima del Legislatore , si trovò innanzi alla necessità di tutelare le altre forme di famiglia che si formavano sempre con maggiore frequenza nel tessuto sociale.

La nascita delle famiglia di fatto , l'introduzione nell'ordinamento della legislazione sul divorzio , hanno dato corso ad una molteplicità di situazione di fatto che, oggettivamente sfuggivano (e sfuggono) al dettato normativo.

In punto occorre far riferimento al principio di tipicità , ovvero a quella particolare e precipua caratteristica che debbono avere le norme penali di circoscrive "*specifiche forme di aggressione ai beni penalmente tutelati*".

Soltanto un'interpretazione, coraggiosa, e teleologica circa la nozione di famiglia e conseguentemente del bene che il Legislatore intendeva proteggere ha consentito di fornire tutela a molteplici e spesso imbarazzanti aggressioni portate a vittime deboli all'interno di formazioni sociali non fondate sul "vincolo del matrimonio" .

Recentemente (Seconda Sezione Penale sentenza n. 40727/09) la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto irrilevante la circostanza che destinatario dell'azione delittuosa fosse "il convivente more uxorio".

Si tratta di un esempio di quella interpretazione di carattere teleologico che ha consentito, non senza sforzi, di conferire tutela a soggetti non appartenenti al nucleo familiari.

Detta tutela viene accordata facendo riferimento alla portata più ampia della norma che, seppure inserita tra i delitti contro la famiglia, deve

intendersi avere portata più ampia "*in quanto riguarda condotte che trascendono i rapporti familiari propriamente intesi. Invero, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante, la "famiglia" va intesa in senso lato come ogni consorzio di persone tra le quali, per intime relazioni e abitudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezione.*"

Una interpretazione estensiva della norma che non pare attagliarsi in modo coerente ai principio di tipicità ma che, alla luce delle necessità di tutela delle vittime deboli, anzi in questo caso debolissime, pare difficilmente criticabile.

In ogni caso la Corte deve destreggiarsi con abilità in una intricata selva di contraddizioni per affermare che "*oggetto specifico del suddetto reato sono i singoli rapporti di "familiarità", ovvero quei rapporti psicologici di varia natura intercorrenti anche tra persone fra le quali non vi sia siano legami di coniugio, di parentela o affinità*".

Giungendo ad affermare una inevitabile eterogeneità dei possibili soggetti passivi del reato, tra i quali rientrano la concubina, il compagno, il nipote convivente, i domestici, al fine di "*tutelare la personalità di taluni soggetti anche nell'ambito di rapporti di diversa natura da quelli definiti familiari, quali quelli sorti per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia e solidarietà per strette consuetudini di vita come, nel caso di specie, in presenza di famiglia di fatto.*"

Una corretta esigenza di natura "sociale" che però confligge con il dettato normativo che non fa alcun riferimento ai soggetti descritti.

Una “forzatura” della lettera della legge che se al cittadino non può che far piacere lascia il giurista perplesso a causa della patente violazione del Principio Costituzionale di tipicità.

Proprio ai fini di porre rimedio alla violazione, e di consentire una “più serena” applicazione della norma, appare inevitabile un intervento legislativo destinato a definire i nuovi ambiti di quella che oggi, comunemente, viene intesa quale “famiglia”.

Oppure ad addivenire ad una collocazione differente della norma con la conseguente chiarificazione dei soggetti destinatari della tutela.

Evidenziata la natura del bene protetto dalla norma e, in via indiretta quella dei soggetti cui essa concede tutela, è necessario analizzare quali sia la struttura del reato, ovvero quali condotte, commissive od omissive, possano integrarlo.

Prima però di passare oltre riteniamo necessario compendiare quanto esposto nella definizione che la Giurisprudenza di merito ha fornito di bene giuridico tutelato dalla norma nel caso di specie, identificandolo nella “*famiglia quale società naturale nella quale si svolge la personalità dei singoli componenti, per cui la condotta criminosa che offende più componenti la famiglia integra una pluralità di reati.*” (Tribunale Paola 06 aprile 2005).

Ancora una volta l’analisi della fattispecie dovrà essere effettuata facendo riferimento all’elaborazione giurisprudenziale della norma.

Per i Giudici di merito e di legittimità formano condotte idonee ad integrare il delitto, oltre ai fatti

di violenza fisica e morale, anche gli atti di disprezzo e di offesa alla dignità .

Siamo dunque innanzi ad una fattispecie finalizzata alla tutela e dell'integrità fisica e dell'integrità psichica della vittima da identificarsi a sensi di quanto sopra ricordato.

Pacifico che ai fini di configurazione della fattispecie sia necessario dar corso ad una serie di condotte protratte nel tempo per un lasso di tempo apprezzabile.

L'esecuzione di una singola condotta da parte dell'agente, lungi dall'integrare la fattispecie astratta dell'articolo 572,si estrinsecherebbe unicamente nella commissione del differente atto illecito previsto dalla diversa norma incriminatrice.

Siamo dunque innanzi ad una figura delittuosa caratterizzata dall'abitualità , a condotta plurima e reiterata nel tempo.

La norma astratta viene integrata da condotte caratterizzate dal compimento di più atti commissivi od omissivi, integranti o meno autonome figure di reato, fra loro posti in relazione temporale, agiti con l'intenzione di ledere l'integrità fisica o morale del soggetto passivo della condotta, che deve appartenere alla medesima formazione sociale primaria di cui è parte l'autore delle condotte, caratterizzata dalla presenza fra i soggetti che la compongono di vincoli di natura affettiva dotati di certa stabilità temporale.

Ai fini di verificare se la descrizione della condotta necessaria ad integrare la fattispecie delittuosa prevista dall'articolo 572 c.p., possa o meno definirsi quale accettabile, è necessario applicarla a quelle

situazioni giuridiche di “frontiera”, affatto parte della definizione di famiglia pensata dal Legislatore, che caratterizzano, sempre più spesso, la società Italiana.

Prima di effettuare la verifica è bene però chiarire che le condotte che possono integrare la condotta punita dalla norma astratta possono avere, come ricordato, duplice natura ovvero essere commissive od omissive.

Per condotte commissive debbono intendersi quelle frutto di un’azione estrinsecantesi in una fisica alterazione dello stato di fatto volontariamente causata dall’autore.

Per omissioni, penalmente rilevanti, debbono invece intendersi quelle condotte caratterizzate dal’assenza di qualsiasi azione, posta in essere da parte dell’autore dell’illecito, finalizzata al mantenimento della situazione illecita esistente o alla causazione della medesima.

Tornando al tema che ci si era proposti di affrontare, ovvero se la definizione fornite potesse “coprire” le differenti forme di “famiglia” oggi conosciute è necessario accostarla alla formazione sociale costituita dalla famiglia di fatto.

Appare evidente come le caratteristiche della formazione sociale e della definizione, reciprocamente analizzate, consentano di tutelare i soggetti deboli presenti all’interno della famiglia di fatto a mezzo dell’applicazione della norma.

Analogamente può dirsi in relazione alla famiglia omosessuale ed a quella monoparentale, non essendo contenuta nella definizione offerta alcuna indicazione di genere o riferimento al numero dei componenti della formazione sociale primaria.

Indicate le caratteristiche peculiari della norma in questione e definita la condotta tipica in grado di rendere applicabile il disposto normativo al caso concreto, occorre interrogarsi sulla tutela effettiva che la norma fornisce alle “vittime deboli”.

Occorre per rispondere al quesito, prendere le mosse dalla funzione che si intende attribuire al precetto penale.

Laddove ad esso si riconnetta unicamente la funzione di rendere applicabile al consociato trasgressore la pena in virtù della necessità di riaffermare il valore del precetto positivo contenuto nella norma (non maltrattare i familiari), uno degli indici da utilizzarsi ai fini di verificare la funzionalità della norma sarà indubitabilmente costituito dalla sua applicazione concreta.

Laddove, attraverso la norma penale, si intenda unicamente affermare il valore del bene protetto a prescindere dalle aggressioni concrete cui lo stesso è concretamente sottoposto, è evidente che l’indice d’utilità della norma non ha alcun senso o bisogno d’essere ricercato o determinato posto che essa è ritenuta utile in sé quale affermazione di un Principio che si intende condiviso.

In un momento storico quale quello in cui viviamo è, forse e nonostante si debba auspicare di poter vivere tempi migliori, necessario far riferimento all’indice costituito dall’applicazione concreta della norma.

Applicando il suddetto criterio non è possibile non rilevare come la norma abbia avuto nel corso degli ultimi anni un’applicazione che possiamo definire in costante e rilevante aumento.

A livello nazionale i delitti di maltrattamento in famiglia denunciati all'Autorità giudiziaria e per i quali la stessa ha iniziato l'azione penale, sono passati dall'anno 1998 al 2003 da 2.829 a 4.784.

Un aumento esponenziale dell'esercizio dell'azione penale relativa alla fattispecie che in soli cinque anni ha visto il raddoppio delle vicende portate all'attenzione dei Tribunali.

A fronte di un aumento così evidente e massiccio sta però un secondo dato che merita d'essere analizzato: i soggetti dichiarati responsabili della condotta ascritta non raggiungono la metà dei rinviati a giudizio.

Quali sono le ragioni di una così ampia "forbice" tra il numero dei rinviati a giudizio e quello dei condannati ?

Cosa accade innanzi ai Tribunali per far emergere una simile discrasia?

Una prima spiegazione che però non pare appagante, è che alcune delle denuncie formulate avanti all'Autorità Giudiziaria in sede requirente abbiano carattere strumentale, ovvero siano in qualche modo pre - ordinate all'ottenimento di posizioni di maggior vantaggio nell'ambito di instaurande od instaurate controversie di carattere familiare.

Ma la considerazione, in qualche modo maligna che vede nella forte discrepanza tra azioni intraprese dall'Autorità Giudiziaria e condanne emesse un indice della strumentalizzazione delle denunce per maltrattamenti in famiglia in una sorta di reviviscenza del "panpenalismo" ,non può da sola essere sufficiente a spiegare il fenomeno.

Fenomeno che può trovare più semplice ma anche più problematica spiegazione, nella stessa struttura della norma incriminatrice e nella

difficoltà di fornire le prove, nell'ambito di un procedimento di stampo accusatorio, della colpevolezza dell'imputato.

La norma come visto richiede che vi sia un "*perpetrarsi di molteplici condotte telologicamente finalizzate*" ad arrecare danno, fisico o psichico, alla vittima.

Occorre dunque che la vittima fornisca prove, credibili, accettabili ed in grado di convincere il Giudice, della presenza di una siffatta condotta.

Prova che non sempre è facile a fornirsi.

Se potenzialmente è possibile ritenere che si possano provare con una certa facilità l'esistenza di più eventi lesivi occorsi in capo alla vittima e causati dal perpetratore , meno facile è dimostrare che le differenti condotte siano state poste in essere con l'intenzione specifica da parte del perpetratore di "mal trattare" il componente della famiglia.

A ciò si aggiunga la difficoltà di fornire la prova dell'esistenza di un'ampissima serie di condotte atte ad integrare, almeno astrattamente, il reato previsto e punito dall''articolo 572 c.p., costituita dalle condotte destinate ad arrecare i propri effetti sulla componente dell'uomo meno facile a mostrare segni visibili ma anche più portata a subirne di indelebili: la psiche.

In un sistema connotato quale quello attuale la vittima, al fine di veder attestata la propria sottoposizione a molteplici condotte agite dal perpetratore ciascuna potenzialmente e tutte insieme effettivamente in grado d'arrecare danno psichico, dovrebbe sottoporsi a visita medico psichiatrica ai fini d'accertare l'esistenza di un danno causalmente connesso e collegato agli agiti del mal – trattatore.

Una scelta difficile, pesante, che indubitabilmente sottoporrebbe la potenziale vittima ad una serie di “contro - prove” processuali fastidiose ed invasive .

Una situazione che i commentatori dei costumi processuali, che in fondo altro non sono che costumi sociali, ben conoscono per averla vissuta (subita ?) e analizzata per anni in un campo assai simile, quello relativo alle violenze sessuali.

La denuncia di un maltrattamento subito, ancor oggi, pare, così come capita con buona frequenza per la violenza sessuale, importare anche una sorta di silenziosa, strisciante dichiarazione di corresponsabilità in capo alla vittima che, forse, non ha posto in essere quei comportamenti che potevano (dovevano ?) indurre il mal – trattatore a comportamenti diversi.

A fronte del rischio, tutto psicologico, di veder aggiunto al danno subito la beffa di vedersi in qualche modo additare quale concausa delle proprie disgrazie, è facile immaginare come la vittima possa “ammorbidire” le proprie dichiarazioni trasformando gli inferi di una esistenza in sporadici e scollegati, seppur violentissimi, episodi frutto di litigi dovuti ad “incompatibilità di carattere”.

A fronte delle considerazioni sin qui svolte non può, in ogni caso, però negarsi che ci si trova innanzi ad una vera e propria esplosione delle denuncie di maltrattamenti in famiglia.

Il quesito che l’interprete si trova ad affrontare rispetto a dati statistici così costituiti è, neppur troppo curiosamente, sempre il solito: ci si trova

innanzi ad un incremento reale delle condotte violente oppure innanzi ad una maggior capacità delle vittime di denunciare i torti subiti?

La risposta, anche alla luce delle considerazioni fino ad ora svolte non pare semplice.

Certo è che comportamenti un tempo socialmente e familiarmente accettati oggi sono considerati quali intollerabili e che, spesso, le vittime tradizionalmente "deboli" (le donne ed i figli) hanno oggi maggiori possibilità di sopra – vivere anche in assenza delle garanzie economiche loro fornite dal perpetratore in virtù delle profonde modificazioni cui è stato sottoposto il tessuto sociale.

Altrettanto pacifico è che il numero oscuro relativo alla fattispecie di cui si tratta ancor oggi deve essere ragguardevole se è vero che la rete di assistenza prevista e realizzata in massima parte delle associazioni di terzo settore fornisce uno spaccato della situazione italiana tutt'altro che idilliaco.

La paura di denunciare, la vergogna, il malinteso senso di protezione di quell'istituzione, la famiglia, aggredita dal perpetratore che non pare affatto rispettarla, sono tutti fattori che influenzano pesantemente la rilevazione dei dati statistici relativi alla commissione della fattispecie criminale.

Lo stesso legame affettivo nei confronti dell'autore del mal – trattamento da parte della vittima, la volontà di redimere l'autore violento, la speranza di ricostruire un legame che almeno inizialmente doveva fondarsi su presupposti differenti, sono altrettanti fattori in grado di influenzare la volontà di denuncia del sopruso.

Anche in funzione o a cagione di queste considerazioni occorrerebbe introdurre nel sistema giuridico positivo esperienze di trattamento degli autori violenti.

Attraverso il "trattamento" degli autori sarebbe possibile, da un canto, riuscire a salvaguardare il legame famigliare e, dall'altro, ad impedire o diminuire il rischio di comportamenti recidivanti.

Ancora l'utilizzo di strutture e modi tipici della "restorative justice" , profondamente contrassegnata ed improntata alla necessità di "riannodare" i legami personali e sociali spezzati dal crimine , appare un valido strumento il cui utilizzo, possibile in una logica di non contrapposizione con la giustizia retributiva, potrebbe contribuire a realizzare quella "svolta", anche culturale, quanto mai necessaria in un settore tanto delicato quanto quello soggetto d'analisi.

Le "vittime deboli" necessitano di poter contare, per essere meno "deboli", su strumenti di prevenzione, repressione e recupero di cui lo stato, o meglio di cui uno Stato Democratico, deve sapersi fare carico.

Il semplice ricorso alle forme di mera "repressione", affidate al coraggio dei denunciatori od alla coscienza civile di coloro che delle condotte mal-trattanti sono a conoscenza, non può più essere considerata una risposta sufficiente ed appagante.

Percorsi differenti, alternativi o da affiancarsi rispetto a quelli classici, debbono essere resi funzionanti e funzionali alle esigenze delle "vittime deboli".

Pena il sentirne sempre meno i flebili lamenti.

Articolo 591 c.p.

La norma punisce chiunque abbandoni una persona, minore degli anni quattordici o incapace, per qualsiasi causa, di provvedere a se stessa e della quale abbia la custodia o debba avere la cura.

Le pene previste sono aumentate se dal fatto dell'abbandono derivi la lesione personale o la morte del soggetto abbandonato.

Un ulteriore aumento di pena sussiste se a commettere il fatto siano il genitore, il figlio, il tutore, il coniuge, l'adottante o l'adottato.

Costituisce abbandono ai sensi dell'art. 591 c.p., ogni situazione od omissione che contrasti con gli obblighi della custodia e della cura e da cui derivi un pericolo, seppure potenziale, per la vita o per l'incolumità del minore o dell'incapace.

Oggetto della tutela penale è evidente

Nonostante la norma dia una definizione alquanto generica del soggetto attivo, per l'uso del pronome "chiunque", si tratta in realtà di un reato proprio, per la commissione del quale occorre che l'agente si trovi in una particolare relazione col soggetto passivo, ossia che ne abbia la custodia ovvero ne debba avere la cura.

Se manca una relazione sottostante tra abbandonante e abbandonato, l'omessa assistenza alla persona incapace potrà dare luogo, ove ne esistano i presupposti, al diverso delitto di omissione di soccorso.

Nel caso di abbandono di minori degli anni quattordici, essendovi presunzione assoluta di incapacità[205], sia i genitori *(in primis)* che gli altri

---

[205] *In relazione a detti minori sussiste una presunzione assoluta di incapacità.*
Il dovere di custodia o di cura è imposto direttamente dalla legge a chiunque viene a trovarsi, anche per un rapporto di mero fatto, in una situazione che ponga il minore a propria disposizione.

familiari conviventi con i minori hanno l'obbligo giuridico di cura e custodia, la cui violazione integra automaticamente gli estremi del reato *de quo*, prescindendo da qualsivoglia accertamento al riguardo.

Diversamente, infatti, nel caso in cui la condotta delittuosa viene commessa nei confronti di soggetti anziani, affinché si realizzi il reato, è necessario accertare in concreto l'incapacità del soggetto di provvedere a se stesso.

Con riguardo a tali soggetti non sussiste una presunzione assoluta di incapacità per vecchiaia, essendo quest'ultima una condizione non patologica, bensì fisiologica, che deve essere accertata concretamente quale possibile causa di inettitudine fisica o mentale all'adeguato controllo di ordinarie situazioni di pericolo per l'incolumità propria.

Presupposto della condotta di abbandono sono i rapporti di custodia e di cura.

Per la custodia è sufficiente una relazione interpersonale tra soggetto attivo e passivo, sia pure momentanea, purché per un tempo apprezzabile, in modo che possa essere messa in pericolo l'incolumità e la vita del soggetto passivo.

È il caso, ad esempio, di insegnanti e baby-sitter cui i genitori affidano la cura dei propri figli per parte della giornata.

La cura, invece, deve essere tassativamente imposta da un dovere giuridico.

Infatti, per configurare il reato non basta che venga violato un semplice dovere morale.

La condotta si concretizza nell’abbandono di una persona minore o incapace, per la quale si profili un pericolo di incolumità.

Il reato di cui all’art. 591 c.p. si consuma con la semplice esposizione al pericolo del minore o dell’incapace anche se si tratta di un pericolo meramente potenziale, ed è un reato a condotta permanente in quanto la condotta si protrae fino a che i soggetti agenti non facciano cessare la situazione di abbandono consentendo quindi la cura o la dovuta assistenza del soggetto minore o incapace.

Si tratta di un reato che si realizza indifferentemente mediante azione od omissione.

L’abbandono, che deve essere sempre materiale e non puramente morale, consiste in un’azione (ad esempio lasciare il soggetto in un determinato luogo) od in un'omissione (ad esempio non prestare al soggetto passivo le cure necessarie alla tutela della sua incolumità personale) volontaria e contraria all’obbligo di custodia e di cura, verso una persona che non è in grado di provvedere a se stessa.

Si realizza reato di abbandono anche nel caso in cui l’agente lasci che l’incapace si allontani dalla sua sfera di custodia o di cura.

Nel delitto di abbandono, la situazione di pericolo viene creata dall’agente.

Per la sussistenza del delitto di abbandono di persone incapaci di provvedere è sufficiente aver creato per la persona, verso la quale sussiste l’obbligo di cura o custodia, una situazione di pericolo, anche temporanea, da cui può derivarle un pericolo nel corpo o nella mente.

Per quanto riguarda l'elemento psicologico del reato di abbandono, è richiesta la consapevolezza di abbandonare il soggetto passivo che non abbia la capacità di provvedere a se stesso, in una situazione di pericolo di cui si abbia l'esatta percezione.

In tal senso anche la costante giurisprudenza la quale afferma che "*(…) l'elemento psicologico del reato di abbandono di persone minori o incapaci consiste nella coscienza di abbandonare il soggetto passivo, che non ha la capacità di provvedere a se stesso in una situazione di pericolo per la sua integrità fisica, senza che occorre un particolare malanimo da parte del reo (…)*"[206].

L'elemento soggettivo è infatti costituito dalla coscienza e volontà di abbandonare il minore o l'incapace, con la consapevolezza dei potenziali pericoli, conseguenti al suo stato di incapacità di difesa o di percezione dei pericoli, a cui resterebbe esposto.

Il delitto è dunque ascrivibile solo ed esclusivamente a titolo di dolo con la conseguenza che se l'abbandono avviene per negligenza, il delitto non sussiste.

I motivi dell'abbandono non rilevano ai fini della configurabilità del reato, ma a quelli della commisurazione della pena e dell'applicabilità di circostanze aggravanti o attenuanti comuni.

Si tratta di reato di pericolo astratto, per cui l'evento si realizza quando l'incolumità del soggetto passivo è esposta ad un pericolo anche non concreto e determinato.

---

[206] *Cassazione Penale, sezione V, n. 128371.*

Da qui la concreta possibilità di punire l'abbandono anche quando si sostanzi in una situazione di fatto solo temporanea.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione non assume rilevanza ai fini della configurabilità del reato che non si tratti di abbandono materiale assoluto, sussistendo il reato anche in presenza di un abbandono solo temporaneo, pur non rilevandosi l'*animus derelinquendi* dell'agente.

Appare chiaro che l'abbandono non sia punibile ai sensi dell'art. 591 c.p. quando manchi anche la minima possibilità di un siffatto pericolo.

È stata, altresì, esclusa la configurabilità del reato nel caso di abbandono del soggetto passivo in un luogo che consenta il tempestivo ritrovamento ed il soccorso.

Con riferimento all'ipotesi di abbandono di neonato, la Suprema Corte ha ormai da tempo chiarito come tale condotta della madre possa, avuto riguardo alle specifiche circostanze del fatto, non costituire la fattispecie di reato punita dall'art. 591 c.p.

In particolare, non sussiste abbandono, ai sensi dell'art. 591 c.p. allorquando il neonato sia lasciato in condizioni tali da essere certamente ed immediatamente raccolto dalla pubblica o privata assistenza, con esclusione di qualsivoglia pericolo per la vita e l'incolumità personale[207].

Alla luce di tale orientamento, integra sicuramente l'ipotesi aggravata di cui all'art. 591 c.p. la condotta di quella madre la quale, pur essendo a conoscenza delle precarie condizioni di salute del proprio figlio, decida di abbandonarlo a poche ore dalla nascita lasciandolo nelle ore notturne, in

---

[207] *Cassazione Penale, sezione V, 24 febbraio 1970, n. 365*

pieno inverno, in strada dentro la sua carrozzina ove ne sia derivata la morte del piccolo.

Posto che per abbandono deve intendersi la condotta di chi esponga a pericolo, anche astratto, l'incolumità fisia del soggetto passivo "abbandonare" significa lasciare in situazione di pericolo, l'elemento soggettivo del reato esige non soltanto la volontà di privare dell'assistenza il minore o l'incapace, con la consapevolezza dell'età minore ovvero dello stato di incapacità, ma anche la consapevolezza della situazione di concreto pericolo per la vita o l'incolumità del soggetto abbandonato[208].

Ove invece la volontà dell'agente sia diretta a causare "danno", il fatto esula dalla sfera di applicazione dell'art. 591, integrando un reato di specie diversa, quale la lesione personale o l'omicidio.

Il terzo capoverso dell'art. 591 c.p. prevede pene più severe per il caso in cui dal fatto derivi una lesione personale o la morte, sempre che questi eventi non siano stati voluti o rappresentati dall'agente.

Si ritiene che il delitto di abbandono possa concorrere con quello di lesioni personali dolose di cui all'art. 582 c.p., in quanto quest'ultimo reato non esaurisce mai la potenzialità lesiva inerente al fatto dell'abbandono.

Non si ritiene che possa invece concorrere con il reato di omicidio di cui all'art. 575 c.p.

L'infanticidio

---

[208] *Scalozzi, Sull'Abbandono di persona minore o incapace, in Giustizia Penale, 1986, II, 376.*

L’articolo 578 dispone che qualora la madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto o del feto durante il parto, quando il fatto sia determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, sia punita con la reclusione da quattro a dodici anni.

La norma prevede altresì che eventuali ulteriori concorrenti al fatto non possano essere puniti con pena inferiore ai ventuno anni, salvo che abbiano agito per favorire la madre.

In tal caso ad essi si applica la medesima pena che può essere ridotta da un terzo a due terzi.

Sono escluse dall’applicazione alla fattispecie le aggravanti di cui all’articolo 61 del codice penale.

Come può vedersi si tratta di una sorta di “piccolo omicidio”, ovvero di omicidio commesso nei confronti di un soggetto, il neonato od il feto, dotato di un minor valore sociale per il Legislatore.

Legislatore che, certamente, richiede che il piccolo omicidio sia commesso in condizioni particolari ovvero di abbandono materiale e morale.

Alla disattenzione della società che ha lasciato sola, materialmente e moralmente, la madre, consegue un minor interesse a proteggere la vita del neonato che, indubitabilmente, vale, almeno per il nostro Legislatore, meno rispetto alla vita di qualsiasi altro soggetto.

Non è possibile non vedere nella disposizione in commento il riecheggiare dell’antico diritto del pater familias romano di accettare o meno il neonato della propria casa.

Alla disposizione in oggetto faceva da contraltare quella contenuta nell'articolo 592 del codice sostanziale, abrogato solo nel 1982.

La vita incomincia, è proprio il caso di dirlo, tra grandi difficoltà.

Sconsiderata mancanza nel fornire da parte di chi ha la responsabilità della protezione, della vigilanza e del controllo del bambino, l'opportuno o il necessario supporto, l'istruzione come stabilito dalla legge, il nutrimento, le cure mediche, chirurgiche o qualunque altra assistenza utile al suo benessere: inoltre cibo, vestiario, protezione sufficienti per vivere o cure mediche e chirurgiche indispensabili"
Legge del Missouri (U.S.A.)

La negligenza

Preliminarmente occorre definire cosa possa o debba intendersi per negligenza.

Appare in punto utilissimo far riferimento[209] alla definizione coniata ed utilizzata dalla dottrina psico- criminologica statunitense che la individua quale " incapacità di far fronte da parte dei responsabili alle esigenze basilari dei loro bambini.

Detta incapacità può manifestarsi sia in forme lievi che gravi e può essere acuta o cronica"

Non v'è chi non veda come la definizione proposta, ed utilizzata ai fini della presente trattazione mostri particolari somiglianze con descrizioni di stampo "medico".

La negligenza ha sintomi (incapacità di far fronte alle esigenze basilari) che si manifestano in differente forma (lieve o grave) e con modalità temporali tipiche (acuta o cronica).

La somiglianza non deve stupire.

Essa è figlia certamente dell'ansia catalogatoria tipiche del mondo americano (si catalogano a fini statistici i crimini, criminali, modalità d'azione, profili psicologici per poi dar corso a sistemi di profiling) ma anche della necessità di rendere palmare, evidente, facilmente comprensibile la natura e la caratteristiche di un fenomeno che,

---

[209] *J. A. Monteleone "Gli indicatori dell'Abuso Infantile" Centro scientifico editore*

certamente e lontano dalle voci smodate dei talk show, sta sempre più diffondendosi.

La negligenza quale incapacità di far fronte alle esigenze basilari del bambino, espletata sia in forme lievi che gravi, in maniera episodica o continuativa, è un'immagine semplice da adottarsi a simbolo di ciò che spesso accade anche dietro gli usci di rispettabili dimore.

Le esigenze basilari del minore, del bambino, non possono infatti essere limitate, utilizzando una lettura invero francamente disturbante, al soddisfacimento delle esigenze di carattere alimentare, abitativo o del vestiario, proiettandosi anche in altri settori che, per esempio, impingono e rilevano con riferimento allo sviluppo psico – fiscio o scolastico del medesimo.

È evidente che il mantenere un minore in un ambiente abitativo costituito da immobile, le cui temperature di riscaldamento sono costantemente mantenute a livelli estremi, magari in locali affatto curati, sozzi, senza che in essi esista separazione tra i rifiuti e la materia alimentare, debba necessariamente essere considerata una forma di negligenza abusante perpetrata nei confronti del minore.

La stessa omessa cura dell'igiene del minore, costituisce, oggi, indubitabile negligenza abusante: i rapporti sociali del minore la cui igiene sia scarsamente curata dai genitori saranno indubitabilmente limitati, così come limitata sarà la disponibilità degli adulti che svolgano funzione di formazione (insegnati, maestri, artigiani) nei loro confronti, con conseguenze tanto intuibili ed immaginabili dal rendere inutile il dilungarsi sulle stesse.

Ciò posto, e provato a definire la negligenza, consci dell'impossibilità di affrontare nel dettaglio un tema tanto complesso che, evidentemente, non può che definirsi partendo da un livello minimo di cura ma che è destinato ad essere analizzato, sezionato e **suddiviso**, in ambiti da delinearsi anche in funzione della "quota di socialità"[210] occupata dai genitori, proviamo a definire quelle che possono essere le forme più comuni di negligenza.[211]

Protezione inadeguata

Per protezione inadeguata deve intendersi la situazione in cui versi il minore alloggiato in abitazioni, nelle quali risiedano molte persone, ingombre di mobilio, con nutrita presenza di adulti i quali vivano nelle convinzione reciproca che i minori siano accuditi da altri appartenti al gruppo.

La definizione, come può vedersi, appare sufficientemente vasta dal poter ricomprendere condotte non strettamente riferibili e rinvenibili nell'ambito delle fasce del disagio sociale o del dergado morale.

Si pensi, a titolo di mero esempio, alle condizioni in cui ipoteticamente potrebbe trovarsi un minore affidato ad una struttura alla quale fossero affidati numerosi altri minori, con alta densità di mobilio ivi stipata, in cui gli operatori siano convinti l'un l'altro che ad accudire i bambini sia, in quel preciso ed infinito istante, addetto il collega ….

---

[210] Per "quota di socialità" deve intendersi lo status sociale attribuito dai consociati alla famiglia del minore e da questa sentita quale proprio.
È ovvio che una famiglia che occupare una quota sociale più elevata sarà tenuta a "standard minimi" confacenti e superiori rispetto a quelli richiesti a famiglie che occupino status inferiori.

[211] Ancora una volta si farà riferimento, in linea di massima, alla catalogazione del fenomeno effettuato da J.A. Monteleone op.cit.

Sottospecie di protezione inadeguata possono individuarsi nella

Sistemazione inadeguata per il riposo

L'impossibilità del bambino di godere di un riposo adeguato, magari causate dalla presenza di numerosi e rumorosi adulti, la consuetudine di costringere o di consentire al minore di dormire con adulti, l'uso di biancheria inadeguata per tipologia o caratteristiche, la negazione al diritto all'intimità del bambino costretto a condividere spazi (letto) con altri minori anche di sesso opposto.

Condizioni non igieniche dell'ambiente

Casa con presenza di cumuli di rifiuti, cianfrusaglie, servizi igeienci non utilizzabili, scarsamente mantenuti, presenza di animali domestici usi a defecare sui pavimenti, feci animali non raccolte.

Presenza di topi, ragni, scarafaggi.

Carenze strutturali dell'immobile

L'immobile adibito ad abitazione, o nel quale il minore si trova a trascorrere lunghi periodi della giornata, risulta essere in condizioni tali dal costituire fonte di rischio per il minore medesimo

Problemi di gestione nella casa

La "somma" o la presenza di più di una delle condizioni sopra evidenziate nell'ambito dell'ambiente domestico.

Accessibilità a farmaci, droghe, alcool o liquidi pericolosi

La cattiva custodia di farmaci, droghe alcool o liquidi pericolosi posti in luoghi accessibili dal minore.

Utilizzo di acqua ad uso sanitario a temperatura elevata

La negligenza nel verificare e nel impedire che l'acqua per uso sanitario raggiunga temperature troppo elevate che possano essere fonte di ustioni per il minor.

Altra tipologia di negligenza che è possibile individuare è quella relativa alla mancanza di

standard adeguati di attenzioni

ne costituiscono esplicitazioni e manifestazioni l'omesso rispetto degli standard relativi al

nutrimento

somministrazione al minore di cibo di scarsa qualità e scarso valore nutritivo.

Sottoposizione del medesimo a regime alimentare inadeguato

Preparazione inappropriata dei pasti

Cibo o modalità di sua somministrazione inadeguati all'età del minore.

Cattiva conservazione del cibo

Modalità di somministrazione del cibo inadeguate con riferimento al contesto in cui avvengono

Vestiario

Vestiario inadeguato, sporco, non appropriato all'occasione o alla stagione.

Igiene personale

Scarsa pulizia, trascuratezza nella detersione degli organi genitali, scarsa cura della biancheria intima, presenza di incrostazioni di sporco, scarsa cura dell'igiene e della capigliatura.

Cura della salute

Mancanza di attenzione alle ncessità psico- fiscihe del minore.

Omissione dell'esecuzione delle vaccinazioni obbligatorie, ricorso assente od esagerato alle strutture emergenziali, omesso rispetto delle prescrizioni mediche soprattutto con riferimento all'utilizzo di apparecchiature riabilitative o d'ausilio sensoriali (occhiali, impianti acustici).

Trascuratezza dell'igiene dentaria e di cure odontoiatriche.

Mancato rispetto di diete consigliate per la cura di malattie croniche.

Sorveglianza

Omessa sorveglianza del genitore e o del responsabile sulle attività compiute dal bambino

Istruzione

Scarsa od assente attenzione per le problematiche connesse all'istruzione da impartirsi o ricevuta dal bambino.

Sua mancata frequentazione od omessa iscrizione dello stesso a corsi scolastici.

Giustificazioni fornite alle frequenti assenze dalle lezioni

Negligenza emotiva

Omessa disponibilità dell'adulto che lo ha in carico a fornire supporto emotivo ed incoraggiamento necessari al suo sviluppo.

Distacco emozionale dalle esigenze del minore e dalle emozioni che lo stesso vive.

Tutte le caratteristiche comportamentali citate assumono ed appaiono ancor più importanti se solo si ponga mente che esse possono essere utilizzate con una duplice funzione.

Da un canto esse costituiscono indubitabilmente un criterio di fondo cui potersi attenere ai fini di individuare le condotte che possono costituire forma di negligenza (in ossequio o meglio quasi a simulare una sorta di "tassatività" della condotta dell'adulto) dall'altro ed indubitabilmente costituiscono sintomi e segnali predittivi circa la possibilità che ambienti o minori che mostrino manifestazioni di dette condotte possano essere oggetto di abusi.

Indici predittivi che, ove correttamente interpretati potrebbero contribuire a diminuire il ricorso alla Giustizia Penale a fronte di un ampliamento della rete di assistenza sociale.

...su babbo smettila di bere, e non mi picchiare un'altra volta,
che ogni volta ho più paura e non arrivo mai alla porta …
F. Concato

Nuovi "abusi" ?

Le battering mothers

La dottrina, alimentata soprattutto dall'ansia classificatoria nord americana e dalla necessità di trovare spiegazioni al fenomeno degli abusi, e segnatamente a quello dei figlicidi, ha individuato una categoria speciale, è proprio il caso di dirlo, di madri.

Si tratta delle "battering mothers", ovvero delle madri aduse a percuotere i propri figli, e ad abusarne, con pervicace continuità.

Alla categoria è stato associato un profilo di carattere psicologico, psichiatrico e criminologico.

Esse sono rintracciabili tra donne con un profilo di carattere psichico – psicologico caratterizzato da aspetti sadici.

Sadismo che si mischia ad evidenti contorni e manifestazioni di onnipotenza.

La vita creata può essere distrutta.

La madre è la creatrice e quindi, sente di poter disporre della vita che essa ha realizzato.

Una onnipotenza conclamata che, concatenata con i profili di franco sadismo cui si è accennato, genera cocktail esplosivi.

Una personalità assai vicina a quella dei "narcisisti maligni", tipica dei killer seriali, che se ne differenzia però sotto un profilo relativo all'oggetto delle proprie perversioni che, nel caso di specie, è limitato al figlio generato.

Come ben posto in evidenza da Catanesi e Troccoli[212] "*Superfluo sottolineare, ad esempio, quale rilievo possa avere nello sviluppo del cosiddetto 'amore materno' la relazione avuta/in atto fra madre e figlia, quando solo si pensi al processo di identificazione che naturalmente si verifica fra le due figure; lo sviluppo di un proficuo rapporto madre-figlio può essere ostacolato, o reso angoscioso, dalla possibile riattivazione di conflitti infantili, di sentimenti fortemente ambivalenti della donna nei confronti della propria madre*"

Le battering mothers risultano essere, ed è evidente la ragione, una fra le principali cause del possibile instaurarsi del "cricle of abuse".

Il sadismo che ne genera la condotta, sotto un profilo strettamente nosografico, rientra nelle perversioni e, conseguentemente, non può essere invocato quale vizio capace di agire sulla imputabilità dell'agente.[213]

Le domestic violence

Stimolata dalla ricerca criminologica, che ha tentato di verificare se esistesse correlazione tra l'ambiente domestico caratterizzato da agiti violenti, sia verbali che fisici, tra i coniugi e child abuse, la dottrina è giunta ad una conclusione che appare essere all'un tempo ovvia ed all'altro sconcertante.

---

[212] *Catanesi R., Troccoli G., La madre omicida. Aspetti criminologici, Rassegna di Criminologia, n. 2, pg. 167, 1994*

[213] *Per una disamina delle possibilità di influire sul vizio di mente delle patologie e dei disturbi di personalità si rimanda alla lettura della notissima sentenza delle sezioni Unite della Corte di Cassazione 09.03.2005.*

Esiste netta correlazione tra la violenza agita tra i coniugi e la violenza esercitata nel medesimo ambito sui minori.[214]

A fronte di siffatta correlazione è però possibile attivare fattori "protettivi" che rallentano o impediscono la commissione dell'abuso sul minore.

Ancora una volta detti fattori sono costituiti dal sostegno socio assistenziale, e dall'attenta analisi della personalità del minore le cui particolari caratteristiche di "resilienza possono consentire la prevenzione della transposizione del comportamento violento dall'adulto al minore".[215]

Non può poi negarsi la correlazione esistente tra la vittimizzazione di un genitore ad opera della condotta aggressiva dall'altro ed il verificarsi di un vero e proprio abuso a danno del minore.

L'abuso, di carattere psicologico, può giungere a conseguenze distruttive nel percorso evolutivo del minore il quale, pur non essendo l'oggetto della violenza, ne subisce indubitabilmente gli effetti.

---

[214] *Cfr. Lindsquist, Wolfe e coll., Peled Jaffe , Edelson*

[215] *L. C. Di Filippo "L'abuso intrafamiliare sui minori nella prospettiva criminologica integrata" A. Giuffrè editore*

La violenza assistita

Secondo la definizione elaborata dal C.I.S.M.A.I.[216] per violenza assistita si intende "*l'esperire da parte del bambino qualsiasi forma di maltrattamento compiuto attraverso atti di violenza fisica, verbale, psicologica, sessuale ed economica, su figure di riferimento o su altre figure affettivamente significative, adulti o minori.*

Il bambino può farne esperienza direttamente (quando essa avviene nel suo campo percettivo), indirettamente (quando il minore è a conoscenza della violenza), e/o percependone gli effetti.

Si include l'assistere a violenze di minori su altri minori e/o su altri membri della famiglia e ad abbandoni e maltrattamenti ai danni di animali domestici".

Una definizione dai contenuti assai ampi, di difficile interpretazione giuridica ma certamente di enorme portata circa la determinazione delle condotte che possono costituire child abuse.

Condotte che, quotidianamente, ci vengono raccontate o cui assistiamo, inermi ed inerti spettatori, speriamo mai complici, che manifesteranno i propri effetti deleteri sui minori a distanza di tempo.

Effetti imprevisti, imprevedibili e, spesso, di portata disastrosa.

Tipologie comportamentali spesso poste in atto ed in essere nei confronti dei nonni, specie a seguito di separazione dei genitori del minore, dall'uno piuttosto che dall'altro dei contendenti che, magari, fino a poco tempo prima dell'esplosione del nucleo famigliare, avevano costituito e

---

[216] *Coordinamento Italiano dei Servizi Contro il Maltrattamento e l'Abuso Infantile*

garantito lo spazio fisico ed affettivo presso ed in cui il minore aveva cominciato la propria esperienza di crescita psico - fisica.

Figure di riferimento che immediatamente sono “costrette” a dissolversi dall’immaginario del minore, ri -coperte da una spessa coltre di indifferenza, o peggio, di contumelie.

Ci sono misteri nell'anima che nessuna ipotesi può scoprire, nè nessuna intenzione può rivelare.
Kahlil Gibran

La Sindrome di Munchausen per procura (MSBP)

Tra le tipologie di condotte abusanti merita certamente di essere menzionata la cosiddetta Sindrome di Munchausen, che, per quanto di interesse si manifesta nelle forme "per procura".

Di qui l'acronimo anglofono di MSBP, ovvero Munchausen sindrome by proxy.

Il termine "Sindrome di Munchausen" fu coniato dal medico Richard Asher nel 1951 , in un articolo pubblicato sulla rivista medica The Lancet, riferendosi al personaggio del barone Karl Friedrich Hieronymus von Munchausen, noto per i suoi racconti estremamente fantasiosi e avvincenti.[217]

La Sindrome di Munchausen è stata classificata, nosograficamente, quale Disturbo Fittizio.

Essa descrive il comportamento di chi intenda "*produrre o simulare intenzionali di segni o sintomi fisici o psichici, al fine di assumere il ruolo di malato, in assenza di incentivi esterni per l'assunzione del predetto comportamento.*"

Si tratta ovviamente di un fenomeno abusante collegato alla iper cura, resa possibile solo in e da una cultura "in cui la scienza medica e l'assistenza sanitaria sono particolarmente sviluppate"[218]

La variante della sindrome su cui incentreremo la nostra brevissima analisi è quella costituita dalla forma per procura.

---

[217] *Per un approfondimento vv. I.Merzagora Betsos "Demoni del Focolare" e J. A. Monteleone "Gli indicatori dell'Abuso Infantile"*

[218] *I. Merzagora Betsos op.cit.*

Il DSM la definisce come "*produzione deliberata o simulazione di segni o sintomi fisici o psichici in un'altra persona che è affidata alle cure del soggetto.*

Tipicamente la vittima è un bambino piccolo e il responsabile è la madre del bambino.

La motivazione di tale comportamento viene ritenuta essere il bisogno psicologico di assumere, per interposta persona, il ruolo di malato"

Le capacità abusanti di una simile condotta appaiono essere davvero evidentei.

Il bambino è sottoposto a continue attenzioni, a costanti stress, a condizioni psicologiche tali dal caratterizzarne, nelle forme più estreme, l'intero ciclo della vita.[219]

I metodi usati per dar corpo ai sintomi necessari ad attivare la richiesta d'aiuto sono tra i più vari.

Solitamente, ma la caratteristica non è assolutamente necessaria né presente in ogni caso, si parte dall'insorgenza di un sintomo reale per giungere addirittura alla creazione del sintomo.

Creazione che avviene anche attraverso l'utilizzo di farmaci o, in alcuni casi di interventi violenti sul minore medesimo, caratterizzati addirittura dalla creazione di lesioni.

L'utilizzo di sostanze chimiche o biologiche per simulare sintomi è delle più varie: dall'insulina, a microbi di origine vaginali, le madri attrici si sono sbizzarrite.

---

[219] *Sempre in I. Merzagora Betsos vv. "La bambina che doveva morire"*

Nella categoria delle aggressioni fisiche violente si sono riscontrate punture di spillo sul viso e sul corpo, lesioni facciali da strumento o con unghie ed addirittura soffocamento a mezzo dell'utilizzo di un cuscino sul volto.

Rientrano nella fenomenologia della MSBP anche la volontaria sottonutrizione, l' induzione di attacchi epilettici o la causazione della perdita di coscienza.

Donna Rosemberg dell'Health Sciences Center dell'Università del Colorado ha individuato quattro principali caratteristiche della Sindrome di Munchausen per procura:

1. la malattia del bambino viene simulata e/o provocata da un genitore o da chi ne fa le veci;
2. il bambino viene ripetutamente sottoposto a esami e trattamenti medici;
3. il responsabile dei maltrattamenti nega di sapere la causa della malattia del bambino;
4. la sintomatologia acuta si riduce quando il bambino viene allontanato dal responsabile.

Un altro sottotipo di Sindrome di Munchausen per procura è stato individuato nella Sindrome di Munchausen c.d. "seriale", vale a dire che si ripete rispetto a più figli della stessa famiglia.

In una rassegna di 117 casi riportati in letteratura la percentuale di episodi che si ripetono all'interno della stessa famiglia è del 9 per cento.

Spesso in tali casi i figli si ammalano uno per volta, di solito intorno alla stessa età del fratello precedente, ma sono riportati casi in cui tutti i figli venivano ricoverati nello stesso momento.

La tipologia di madre MSP è quella di una donna dotata di un livello di istruzione medio elevato, cui corrisponde congruo livello culturale, capace di buona capacità espositiva, in grado di utilizzare terminologia medico farmaceutica appropriata.

Francamente manipolatrice.

Proseguendo nell'attività di "profiling" essa segue con attenzione le serie televisive di ambientazione ospedaliera o medica, compra riviste che trattino dell'argomento e legge dizionari medici.

Quando il figlio viene ricoverato si dimostra un'ottima interlocutrice per il personale sanitario, ascolta con attenzione e si dimostra collaborativa.

È per questo che una diagnosi di MSP viene solitamente accolta con sorpresa dagli operatori, che la consideravano una madre affettuosa, amorevole e premurosa.

Frequentemente affette da un disturbo di personalità più o meno marcato (istrionico, borderline, passivo-aggressivo, paranoide, narcisistico).

Misterioso ed incerto appare essere il ruolo del padre.

Talvolta il comportamento della madre evidenzia un attacco al marito in quanto padre emotivamente distante e fisicamente assente.

La crisi matrimoniale dà alla madre una giustificazione per vendicarsi dell'uomo cha ha accanto e con il quale ha avuto un figlio proprio attaccando il bambino.

Il più delle volte si è presenza di un padre assente dalla vita familiare o che resta lontano da casa per la maggioranza del tempo.

Questo, naturalmente aiuta la madre nel fabbricare i sintomi senza che nessuno se ne accorga.

Curiosamente il marito, una volta che siano stati scoperti gli abusi perpetrati, sostiene e giustifica la moglie.

Abbastanza frequente la presenza di MSBP in soggetti affetti anche da MS.

I sintomi più spesso addotti a fondamento delle richieste di intervento medico sono:di origine neuro-psichica (come convulsioni e disturbi neurosensoriali), respiratoria (apnea), cardiocircolatora, gastro-intestinale (nausea, vomito), quelli dermatologica, sanguinamenti, allergie, febbre e infezioni.

Lo shopping medico

Tra le più recenti forme di abuso sui minori riconosciute dalla dottrina, vi è certamente quella costituita dal cosiddetto “shopping medico”.

Si tratta di una manifestazione comportamentale che in qualche modo assomiglia alla MSBP dalla quale si differenzia per la costante ricerca da parte del genitore, solitamente della genitrice, di un medico in grado di diagnosticare la lamentata malattia in un minore che risulta essere del tutto sano.

Lo sviluppo di questa condotta postula che ciascun medico alla quale la genitrice si sia rivolta si rifiuti di diagnosticare malattie inesistenti, e, quindi, compia controlli attenti e precisi sul minore, all’esito del quale non può che proclamare l’assoluta assenza di patologie a suo carico.

Delusa dall’assenza di diagnosi la genitrice si rivolge ad altro medico, dal quale ovviamente, otterrà medesima risposta.

Essa avrà cura di non menzionare mai al nuovo professionista il nome dei colleghi cui precedentemente si è rivolta.

Il risultato sarà ovviamente quello di veder sottoposto il minore ad una serie pressoché infinita di esami clinici, psichici o psicologici.

Si tratta di una condotta che tende a diffondersi con buona frequenza, forse anche in qualche modo aiutata dall’esistenza di un diffuso sistema di welfare sanitario, in cui in molti anno di professione non c’eravamo mai imbattuti.

Sino a che, pochi mesi or sono, una madre separata ha preso a richiedere al coniuge con insistenza per il figlio supporto di uno psicologo.

La richiesta è stata accolta.

Dopo alcune sedute la madre ha comunicato al marito la necessità di rivolgersi ad altro specialista.

Ancora una volta la richiesta ha trovato accoglimento.

Con estremo stupore, decorse poche settimane la signora ha nuovamente comunicato che lo specialista, da essa stessa individuato, avrebbe dovuto essere sostituito con un terzo psicologo.

Il tutto ovviamente supportato da pressanti richieste del collega officiato del mandato defensionale.

L'impressione è che lo shopping abbia avuto inizio.

La difficoltà sarà quella di richiedere alla controparte tecnica di non prestarsi a quella che rischia di essere una forma di abuso strisciante, e per ciò ancor più pericoloso, ai danni di una vittima non soltanto innocente ma assolutamente inerme.

Per il tuo strazio li uccisi
Medea

I figli vittima del conflitto fra i genitori

I dissapori con il partner, una conflittualità in cui il figlio è utilizzato come arma non tanto di ricatto (questo purtroppo avviene sovente nei casi di conflittualità genitoriale e specialmente nelle separazioni giudiziali), quanto piuttosto come mezzo per nuocere all'altro, scagliando contro il figlio quell'aggressività rancorosa che non riesce a sfogare con il partner.

Ma non solo.

Nei casi di cronaca, appare evidente anche la tensione di onnipotenza materna, in cui la madre si erge a giudice di vita e di morte ed uccide il figlio perché non soffra, perché non sia costretto a subire ciò che ha subito lei.

Analizziamo due casi di Medea moderna:

nel primo, la madre uccide, soffocandola, la figlioletta di un anno e mezzo.

All'arrivo della polizia, in evidente stato di shock, la signora dichiara di aver avuto una crisi di tipo ansioso, ricordandosi la difficile situazione familiare con il proprio marito e di essere terrorizzata dal fatto che il marito le potesse portare via la figlia.

Dai colloqui successivi emergevano in modo sempre più evidente, manie persecutorie e un delirio di gelosia nei confronti del marito.

Nel secondo caso, dopo un alterco con il suo convivente, la donna perdeva il controllo e buttava dalla finestra della camera da letto la bambina che aveva in braccio.

Qualche ora dopo il fatto, la donna dichiarava alla Polizia che i rapporti con il convivente erano tesi e che aveva il timore che il compagno le volesse portare via la bambina.

Quella mattina, infatti, il convivente aveva manifestato l'intenzione di voler portare con sé la figlia in ufficio e la donna, presa dal panico, l'aveva buttata giù dalla finestra.

Dichiarava di aver pensato che se non la poteva tenere lei, nemmeno lui l'avrebbe avuta.

I casi esposti hanno molte e suggestive analogie con il mito di Medea, come reinterpretato da psicanalisti e criminologi.

E' evidente, in entrambi i casi, il tentativo di estromissione del padre con la realizzazione allucinatoria del desiderio di possesso totale dei propri figli, cosi come è evidente il timore che il figlio venga portato via.

Ma siamo certi di trovarci innanzi a gesti inspiegabili o unicamente leggibili in chiave di esistenza di vizio mentale, di patologia tanto grave dall'oscurare la capacità di raziocinio oppure il gesto può e deve essere ritenuto assolutamente lucido, compreso e voluto ?

Mad or bad, il quesito rimane e resta oggi di stringente attualità.

La "mamma", quella per cui la "canzone vola", non può uccidere.

Tantomeno il proprio figlio.

La spiegazione ai gesti "inspiegabili" deve "per forza" ritrovarsi in cause patologiche.

Un atto contro natura non può essere commesso.

E noi, disperatamente, ci impegniamo affinchè le "cose" seguano il corso naturale.

La prima linea dell'impegno è rappresentata proprio dalla Magistratura giudicante.

Catanesi e Troccoli esprimono in modo limpido e convincente il preconcetto che guida a volte il magistrato, con ciò rappresentando il sentimento comune: "*nella nostra esperienza, anche se nel singolo caso non vi sono precedenti psichiatrici di rilievo o chiari segni di alterazioni psichiche al momento del fatto, il ricorso alla perizia è tappa pressoché obbligata …*

Solo la patologia psichica riesce, infatti, a giustificare, a rendere derivabile e comprensibile un delitto che richiede, per la sua esecuzione, lo stravolgimento di uno degli istinti fondamentali, quello materno. E' questo il nuovo stereotipo culturale. Tanto radicato che in simili casi, allorquando siamo stati contattati per sottoporre a perizia psichiatrica donne responsabili dell'omicidio del proprio figlio, abbiamo potuto verificare come le aspettative di infermità fossero talmente forti da non far accettare agevolmente a nessuna delle parti, neppure al pubblico ministero, relazioni che concludessero per la mancanza di un vizio di mente".[220]

---

[220] *Isabella Merzagora Betsos "Demoni del focolare".*

due cose belle ha il mondo: amore e morte.
Giacomo Leopardi

Donne assassine

Pare interessante concludere la nostra analisi con uno sguardo alle mogli che uccidono i proprio mariti.

Le "nostre" Clitemnestre.

Parafrasando Oscar Wilde possiamo dire che l'uxoricidio faccia poca notizia, posto che nel caso di uccisione di un coniuge i sospetti ricadono subito e soprattutto su quello superstite.

Ciò in virtù della fama di cui gode il matrimonio.

La dottrina in tema, costituita in larga misura da studi condotti da donne, indica l'esistenza di grandi differenze di frequenza, modalità e motivazioni a seconda che ad agire sia l'uomo piuttosto che la donna.

Clitemnestra, oggi come allora, ucciderebbe in risposta a condizioni di insopportabile frustrazione, sofferenza, oppressione o dolore.

Quando l'omicidio è motivato da questioni economiche Clitemnestra tramuta le proprie vesti in Circe.

A testimonianza della fondatezza dell'assunto, uno studio condotte sulle carceri statunitensi ha rilevato come, a metà degli anni novanta, sulle quarantasei detenute di sesso femminile presenti nei "bracci della morte" oltre quaranta risultavano essere donne abusate che avevano ucciso il marito o il partner per sfuggire agli abusi perpetrati su di esse o sui figli.

Tanto che negli Stati Uniti è stata addirittura introdotta una specifica forma di attenuante, pressappoco corrispondente alla nostra non

imputabilità, definita *insanity defense,* che si fonda proprio sulla *battered woman syndrome.*[221]

Anche in Italia, la Battered Woman Syndrome, comincia a farsi strada, tanto che a Roma, durante il primo convegno nazionale sulla violenza di genere organizzato dal "Centro europeo di psicologia investigazione e criminologia", si è dato voce al coro silenzioso delle donne vittime di violenza domestica.

La voce non assume, purtroppo, il tono del coro a cagione, a nostro parere, del concorrere di differenti motivi: la paura dell'abusatore, la sfiducia che si nutre nei confronti delle forze dell'ordine e delle istituzioni, il timore di non venire credute o di venire mal giudicate, la difficoltà a trovare altre ed idonee collocazioni per sé ed i propri figli, il malinteso senso della famiglia figlio dell'ancestrale cultura patriarcale che vede la donna silente sottomessa alle follie del capo branco.

Le reazioni e gli effetti causate dall'abuso commesso dal partner sono di portata devastante.

Chi lo ha subito perde la fiducia "nell'altro" e nelle proprie capacità di valutazione e discernimento.

La vittima si sente in qualche modo con – causa dell'evento di cui si attribuisce co – responsabilità.

Non esiste una tipologia di abusatore.

---

[221] *La sensazione di assenza di controllo sul proprio ambiente è la peggiore che un essere umano possa provare. Una condizione che influisce anche a livello fisiologico, inibendo le capacità di apprendimento e di risoluzione dei problemi. Una specialista, Leonore Malker ha applicato questo paradigma alla violenza domestica, definendolo "battered woman syndrome".*

Il processo che isola la “donna” e la priva dei rapporti sociali e solidali di cui godeva è assai vario.

Raramente caratterizzato da violente forzature.

Lo scopo viene raggiunto in modo silenzioso, quasi inosservabile.

Un processo che, all’inizio, si manifesta con richieste apparentemente innocue, per esempio, di passare meno tempo al telefono con amici e parenti, per dedicarsi di più alla coppia o risparmiare soldi per il futuro insieme, oppure di gestire personalmente il bilancio familiare per sollevare la compagna da ulteriori impegni.

L’isolamento da familiari e amici, l’abuso economico e il controllo dei movimenti, spesso giustificato da una gelosia patologica e immotivata, hanno lo scopo di imporre il proprio controllo e di assicurarsi che la moglie non abbia mezzi o sostegno per allontanarsi.

Una volta certi di aver conquistato la donna, di aver ottenuto un impegno, questi uomini iniziano a divenire violenti fisicamente, verbalmente e, talvolta, anche sessualmente.

È a questo punto che può scatenarsi l’inferno.

Minacce, intimidazioni, agiti fisicamente violenti, vengono posti in essere con l’intento di incutere timore di piegare la volontà della donna sino a renderla del tutto incapace di manifestarsi.

La partner viene umiliata, anche pubblicamente, affinché il suo livello di autostima si abbassi, sino a giungere al convincimento della ineluttabilità della condotta dell’abusatore dovuta alla loro incapacità di svolgere i compiti anche più elementari.

Il maltrattamento si alterna, in un gioco di sapore sadico, alla luna di miele.

Il partner per incanto si manifesta attento , affettuoso, rassicurante.

La causa scatenante le condotte è attribuita al nervosissmo, al mondo che li circonda.

A ciò che è estraneo alla coppia.

Insomma, si vivrà bene se si vivrà soli.

Ecco pronto l'inizio di un nuovo ciclo in cui l'abusata è, drammaticamente, sempre più sola.

Spesso la donna agisce nei confronti del partner con la finalità dichiarata di proteggere i propri figli[222].

Questa esigenza, nei casi limiti, porta alla commissione di fatti reato che, come si può intuire, possano assumere veste omicidiaria.

Non di rado, dunque, padri e mariti vengono uccisi dopo anni o decenni di violenze, prevaricazioni e prepotenze di ogni genere che l'omicida ha subito da parte della vittima.

Può accadere che, a volte, l'omicidio sia commesso da più persone, perché più persone della stessa famiglia sono sottoposte al padre-padrone.

Sono questi i casi, a dire il vero rari, in cui la coppia non è composta da amanti ma da due donne, madre e figlia.

Per questo, ieri come oggi, è difficile condannare Clitemnestra

Clitemnestra oggi

---

[222] *Chiara Camerani, dal Convegno nazionale sulla violenza in genere.*

Il primo episodio vede come protagonista una donna che dichiara di aver ucciso il marito, dopo essere stata sottoposta a continue violenze fisiche e psichiche.

La “Clitemnestra” raccontava di essere sempre stata oggetto di minacce e di violenze, anche sessuali da parte del marito, il quale soffriva di una gelosia esasperante.

Gli esempi e gli episodi narrati dalla donna erano molti: era costretta a stare in casa sempre con le finestre chiuse e poteva aprirle per i lavori domestici solo alla domenica ed alla presenza del marito; lui le impediva di uscire persino per portare a spasso il cane; le ispezionava la borsetta e le chiedeva di rendere conto anche degli spiccioli che spendeva.

Il marito possedeva una rivoltella, con la quale era solito minacciare la moglie, puntandogliela alla testa. Le ore precedenti al delitto erano state caratterizzate da minacce ed insulti, ai quali si erano aggiunte le intimidazioni con il coltello e la rivoltella, che il marito le aveva puntato contro gridando che l’avrebbe voluta ammazzare.

L’epilogo della serata era stata fatale per il marito: la donna ricordava di non aver minimamente pensato alle conseguenze mentre afferrava un tagliere di legno appeso alla parete del soggiorno e lo scagliava contro il marito, che dormiva in camera da letto, all’altezza del capo.

Anche il secondo caso vede come protagonista una donna che ha ucciso il marito colpendolo con una coltellata sotto il torace inferta con un coltello da cucina.

Interrogata dal PM poche ore dopo il fatto, la signora dipingeva il rapporto con il marito come di “amore ed odio”.

Quello che emergeva dalla sue dichiarazioni era la sua assoluta dipendenza e sottomissione al marito; relativamente al gesto compiuto, mentre ripeteva la descrizione al consulente del PM, aggiungeva che mentre colpiva il marito gli avrebbe detto "*Ti amo con tutto il mio cuore*".

e voleremo in cielo in carne e ossa,
non torneremo più
F. De Gregori

Il suicidio figlicidio

La separazione familiare è considerata dagli psicologi la seconda causa, nella vita di un essere umano, di disagio e di squilibrio subito dopo la morte inattesa di un genitore o di un figlio.

Un lutto, quello della separazione grave, pesante e difficile, per dirla in termine psicanalitico, difficile da rielaborare.

Quando la separazione è subita dal genitore, dal maschio, pare che essa sortisca effetti ancor più devastanti.

La perdita del "potere" su quella donna, sui propri figli, in una cultura ancora densa di retaggi di carattere "patriarcale" profondamente sessista, l'impossibilità di dar sfogo alle proprie frustrazioni ("i bimbi grandi non piangono" diceva Diamante al piccolo Zucchero) creano uno stato emozionale nel padre tale dal poter essere considerato materia primitiva di facile innesco.

La ritrosia dei Tribunali a ritenere maggiormente idoneo il padre rispetto alla madre ad accudire alle esigenze dei figli, la diffusa sordità alle richieste di questi, può far sì che la temperatura di quella materia primitiva si alzi, sino a raggiungere i livelli dell'auto combustione.

E quando l'incendio divampa i padri uccidono.

I figli e se stessi.

In un gesto lucido, non folle, drammatico, terribile, simbolico, attraente e repellente.

A. F. aveva 42 anni. Ha ucciso con un fucile da caccia la figlia N. di tre anni, il loro cane.

Poi si è ucciso.

A. avrebbe dovuto riaccompagnare la figlia a casa della ex compagna, dopo aver trascorso con lei l'intera giornata.

A. era rimasto particolarmente scosso dalla decisione del tribunale che, solo una settimana prima del tragico gesto, aveva stabilito l'affidamento esclusivo alla madre.

A lui era stato concesso di vedere N. un solo giorno la settimana.

Quasi contemporaneamente alla sentenza, la mamma di N. si era risposata.

N. sarebbe cresciuta con un altro papà.

Avrebbe perso inevitabilmente anche lei.

Un solo giorno alla settimana non poteva bastare a creare il necessario rapporto tra padre e figlia.

A. non voleva finisse così.

Il primo giorno di A. e di N. insieme inizia con i saluti alla ex compagna.

N., A. ed il loro cane salgono in auto.

Si dirigono verso una strada di campagna.

A. arresta l'autovettura.

È arrivato.

Spegne la macchina.

Fa scendere N. dall'auto, probabilmente la invita ad andare avanti rassicurandola che l'avrebbe di li a poco raggiunta.

Dice al cane di raggiungerla.

Imbraccia il fucile.

Spara alle spalle di N.

Spara anche al cane, l'amico fedele suo e della figlia.

Poi rivolge contro di se l'arma.

Ora non ci saranno più giorni di separazione e giorni di visita.

La Giustizia dei Tribunali è lontana.

Lui e lei, per sempre insieme.

Un macabro, ma non per questo meno toccante, remake dell'ultima scena de "il Gladiatore"[223]: il padre apre la portiera di quell'autovettura quasi fosse l'ingresso dei campi elisi, vi accompagna la figlia, manda a raggiungerla il cane e poi, finalmente, può sorriderle e tenderle la mano.

Ora saranno per sempre insieme.

---

[223] *Il Gladiatore di R. Scott Universal pictures 2000*

Oh mio dio, non sono le parole, Signora! Lei vuol farmi intendere sotto le parole qualche cosa che la parola non dice !
L. Pirandello

LA SINDROME DA ALIENAZIONE PARENTALE.

A partire dall'introduzione in Italia della normativa relativa al divorzio (anni settanta) si è sviluppata una serie quasi infinita di controversie relative all'affidamento dei figli ed alle modalità di esercizio del diritto di visita degli stessi.

A cagione dei conflitti relativi e conseguenti alla "esplosione" della coppia si è assistito al drammatico aumento di un disturbo raramente riscontrato in passato e che lo psichiatra americano Richard Gardner ha definito Sindrome da Alienazione Parentale.

Nel suo primo lavoro edito nel 1985 egli definisce la sindrome come "*(…) un disturbo che insorge principalmente nel contesto delle controversie per la custodia dei figli. La sua manifestazione principale è la campagna di denigrazione rivolta contro un genitore: una campagna che non ha giustificazioni. Essa è il risultato della combinazione di una programmazione (lavaggio del cervello) effettuata dal genitore indottrinante e del contributo dato dal bambino in proprio, alla denigrazione del genitore bersaglio. In presenza di reali abusi o trascuratezza dei genitori, l'ostilità del bambino può essere giustificata e, di conseguenza, la Sindrome da Alienazione Parentale come spiegazione dell'ostilità del bambino non è applicabile (…)*".

Sempre a Gardner si deve l'individuazione nel 1992 degli otto sintomi primari che caratterizzano la Sindrome di Alienazione Parentale che sono:

<u>campagna di denigrazione</u>: in una situazione di normalità, ciascun genitore non permette che i figli esibiscano mancanza di rispetto nei

confronti dell'altro. In presenza della PAS, invece, il genitore programmatore non mette in discussione questa mancanza di rispetto, ma può addirittura arrivare a favorirla.

razionalizzazioni deboli, superficiali e assurde per giustificare il biasimo: si tratta di scuse assurde e prive di consistenza con le quali il bambino PAS tenta di giustificare il proprio comportamento verso il genitore alienato.

mancanza di ambivalenza: in una famiglia sana, ad un bambino viene insegnato che qualsiasi persona possiede caratteristiche più o meno apprezzabili, compresi i genitore. Nella Sindrome di Alienazione Parentale tale principio è ignorato. I bambini PAS pensano che il genitore alienato sia un compendio di qualità negative, trovando per ciò piacevole infliggergli delle sofferenze. Il genitore rifiutato viene descritto dal bambino come "*tutto negativo*" mentre il genitore alienante, al contrario, come "*tutto positivo*".

fenomeno del "pensatore indipendente": parte essenziale del progetto di programmazione posto in essere dal genitore alienante consiste nell'inculcare nel minore PAS la convinzione di aver maturato autonomamente il proprio giudizio negativo nei confronti del genitore denigrato, indipendentemente dalla sua influenza[224].

---

[224] *Viene ad instaurarsi un meccanismo perverso per cui il quando il genitore alienante viene accusato di avere attivato una campagna di denigrazione nella mente del bambino, questo prende le sue difese, negando qualsiasi responsabilità da parte del genitore. Il bambino capisce perfettamente che il genitore alienante vuole che egli professi tale tipo di indipendenza, e teme che in caso contrario possa perdere il suo affetto. Così G. Gullotta, A. Cavedon e Moira Liberate in La Sindrome da Alienazione Parentale (PAS), Giuffrè editore.*

appoggio automatico al genitore alienante nel conflitto genitoriale: tale sintomo si traduce in una presa di posizione del bambino sempre e solo a favore del genitore alienante. Questo elemento unitamente al fenomeno psicologico di "identificazione con l'aggressore"[225] contribuisce al senso di acquisizione di potere da parte del bambino.

assenza di senso di colpa per la crudeltà e l'insensibilità verso il genitore alienato: secondo Gardner il bambino PAS è addestrato ad essere psicopatico. Egli non sembra mostrare né dolore né empatia alcuna per le sofferenze inflitte al genitore bersaglio delle sue azioni.

utilizzo di scenari presi a prestito: la qualità dei contenuti nelle formulazioni del bambino appare sottesa ad una sceneggiatura data in prestito dal genitore alienante; lo stesso bambino tende ad utilizzare termini o frasi del tutto estrenee ad un minore di quella età[226].

estensione dell'ostilità alla famiglia allargata ed agli amici del genitore alienato: i familiari e gli amici del genitore alienato finiscono per essere coinvolti dal processo di alienazione. Il minore rifiuta categoricamente anche la rete dei parenti del genitore odiato soprattutto quando questi ultimi si sono sempre presi cura dello stesso, nonostante, quindi, una preesistente soddisfacente o buona relazione con gli stessi.

Generalmente i minori affetti da PAS manifestano la maggior parte di questi sintomi.

---

[225] *Il bambino, anello debole della triade familiare, tende a superare tale condizione alleandosi con il genitore che ritiene più forte o che è dotato di maggiore potere nei suoi confronti. Tale è sicuramente il genitore con il quale trascorre più tempo, e che normalmente è il genitore alienante.*

[226] *Il bambino sa che tali frasi, che ha sentito usare dal genitore alienante, o da altre figure a lui vicine, dette da lui fanno piacere a chi normalmente le usa e capisce che anche esse possono contribuire a giustificare l'alienazione del genitore vittima.*

Nei casi più gravi anche la loro totalità.

La sua principale manifestazione è costituita dall'esercizio di una campagna di denigrazione "assolutamente ingiustificata" che un genitore, solitamente la madre, (definito alienante o programmatore) mette in atto nei confronti del proprio coniuge (per ciò definito alienato o bersaglio) servendosi del figlio.

Tuttavia non si può parlare di semplice programmazione del genitore alienante sul figlio poiché nelle situazioni di PAS il figlio stesso assume un proprio ruolo attivo fornendo un personale apporto alla campagna di denigrazione del genitore alienato.

La PAS può dirsi presente esclusivamente in quelle situazione nelle quali la programmazione parentale si unisce alla rappresentazione da parte del bambino del disprezzo nei confronti del genitore oggetto di denigrazione.

I figli si alleano con il genitore apparentemente sofferente, si mostrano come contaminati da questa sofferenza ed iniziano ad appoggiare la visione del genitore alienante, esprimendo, a loro volta in modo apparentemente autonomo, astio, disprezzo e denigrazione contro il genitore alienato.

Una simile dinamica di programmazione spesso arriva a distruggere la relazione tra i figli ed il genitore alienato; porta i figli a perdere il contatto con la realtà degli affetti e ad esibire astio e disprezzo ingiustificato e continuo verso l'altro genitore.

I figli così programmati arrivano a rifiutare qualunque contatto, anche solo telefonico, con il genitore alienato.

Al fine di arrivare ad una corretta valutazione della sindrome, Gardner ha di seguito aggiunto agli otto criteri appena considerati, che prendono in considerazione esclusivamente il comportamento del minore, altri quattro criteri o fattori, che tendono ad indagare in modo specifico la relazione che intercorre tra il minore e i due genitori.

Dovranno pertanto essere valutate:

le difficoltà del minore nel periodo di transizione da un genitore all'altro: spesso infatti il minore affetto da PAS, poco prima di incontrare il genitore alienato, manifesta l'intenzione di non incontrarlo servendosi di motivazione superficiali ed assurde. È dimostrato che i bambini arrivano addirittura a somatizzare tale rifiuto con disturbi quali mal di testa, mal di pancia, senso di vomito ecc.

il comportamento del minore durante la permanenza a casa del genitore alienato: il minore potrebbe tenere un comportamento volutamente teso a far perdere la pazienza al genitore alienato, il quale a quel punto potrebbe anche arrabbiarsi con il figlio che potrà così giustificare il proprio rifiuto di ritornare a vederlo.

il legame del minore con il genitore alienante: facilmente il legame che si è instaurato tra il minore ed il genitore alienante sarà di tipo esclusivo e talmente forte ed invadente da indurre il primo a cercare la continua approvazione del genitore con il quale, nei casi più gravi, potrà addirittura evidenziare un legame simbiotico-patologico.

il legame del minore con il genitore alienato prima della separazione o, in ogni caso, dell'alienazione: come è stato ribadito, si può parlare di PAS

solo se da parte del minore c'è un ingiustificato cambiamento nei confronti di un genitore con il quale prima aveva un rapporto positivo.

La valutazione dello status del rapporto precedente è quindi il punto focale da cui partire per poter capire se sia plausibile o meno parlare di Sindrome da Alienazione Parentale in riferimento al comportamento del minore.

In particolare, una corretta valutazione del grado di deterioramento relazione post-separazione dei rapporti tra il minore ed il genitore alienante, prima assolutamente equilibrati e sereni, consente di valutare la presenza e l'intensità del processo di alienazione e le probabilità di un suo successo, in termini di effetti negativi, dapprima sul bambino e poi sul resto della famiglia.

Le modalità o tecniche che il genitore alienante mette in atto per la "programmazione" del figlio possono consistere nel:

a) **negare** sempre e continuamente l'esistenza dell'altro genitore ostacolando i rapporti tra questo ed il figlio.

b) **manipolare** gli avvenimenti sempre a proprio vantaggio ed a svantaggio dell'altro genitore;

c) **disapprovare** i comportamenti del coniuge alienato, facendoli passare come comportamenti "malati";

d) **drammatizzare** gli avvenimento ricordando al bambino di essere il genitore migliore tra i due e l'unico che lo ha cresciuto e si è occupato di lui;

e) sottolineare l'**inaffidabilità** dell'altro genitore e considerarsi l'unico capace di prendersi cura dei bambini;

f) **minacciare** una diminuzione del proprio affetto e amore verso il bambino se questi si avvicina troppo all'altro genitore;

g) mettere il bambino nella posizione di **riferire e giudicare** i comportamenti dell'altro genitore;

h) costantemente **allineare i pensieri** e i giudizi dei figli con i propri;

i) **riscrivere a proprio vantaggio** il passato e la realtà, facendo comparire in una veste compromessa l'ex partner;

l) **soddisfare le richieste** del bambino **disapprovate** dall'altro genitore;

m) mostrare **gusti, pensieri completamente opposti** a quelli dell'altro genitore;

n) creare **confusione e sensi di colpa** nel momento in cui il bambino deve vedere l'altro genitore.

Tutte queste tecniche, ripetute costantemente nel tempo, hanno come conseguenza fondamentale il fatto che il bambino interpreti i fatti e la realtà con gli occhi del genitore alienante e si schieri con lui in tutto e per tutto.

Si deve ad ogni modo precisare che le tecniche ed i comportamenti posti essere dal genitore alienanti possono spingersi al punto di accusare l’altro coniuge di avere abusato sessualmente del figlio.

Tali denunce, fatte di solito dalla madre, raggiungono di solito lo scopo voluto che è quello di fare interrompere immediatamente le visite del minore al genitore presunto abusante.

A questo proposito, è dunque necessario distinguere tra le false denunce create ad arte, delle quali, per l’appunto, uno dei casi più eclatanti è il contesto della PAS, dalle false accuse fatte in buona fede dal genitore

che, preoccupato del comportamento del figlio, giunge a sospettare un abuso o lo teme a tal punto da convincersi che questo sia veramente accaduto.

La Sindrome da Alienazione Parentale, in quanto forma di distorsione relazionale, non coinvolge solamente la triade madre-padre e bambino, ma riguarda l'intero sistema familiare.

Così come normalmente l'alienazione compromette non solo uno dei due genitori ma anche la famiglia da intendersi allargata ai nonni ed ai gradi di parentela più stretta, allo stesso modo l'azione alienante può essere attuata non solo dalla madre o dal padre, bensì dall'intera famiglia d'origine.

Nella quasi totalità dei casi in cui è stato possibile arrivare alla formulazione di una diagnosi di PAS, è stato registrato un forte coinvolgimento dei nonni nell'azione di alienazione del minore.

In molti casi l'azione della nonna materna è risultata essere marcatamente più pregnante di quella operata dalla madre stessa[227].

Nelle famiglie in cui si assiste, dopo la separazione dei genitori, all'alienazione del bambino al padre è ricorrente un'organizzazione familiare di stampo fortemente matriarcale.

In questi nuclei sono le donne ad avere il potere mentre i maschi sono solitamente figure accessorie, secondarie e di scarso prestigio.

In alcuni casi la relazione coniugale è strumentale al concepimento.

---

[227] *G. Gullotta, A. Cavedon e M. Liberatore, in La Sindrome da Alienazione Parentale (PAS), Giuffrè editore.*

Come ogni tipo di disturbo, anche la Sindrome da Alienazione Parentale può avere diversi livelli di gravità che vengono indicati come lieve, medio e grave.

I casi di PAS lieve sono particolarmente frequenti; i bambini che rientrano nel livello di grado lieve hanno manifestazioni abbastanza attenuate degli otto sintomi.

In essi si evidenzia un comportamento del genitore alienante che tende ad ingraziarsi il minore e ad intrattenere con lui un rapporto privilegiato.

Non sono comunque presenti particolari difficoltà del minore nel transitare da un genitore all'altro né comportamenti particolarmente ostili di questo nei confronti del genitore bersaglio[228].

Spostando l'attenzione sul comportamento del genitore alienante, è possibile osservare come lo stesso sia connotato da una scarsa considerazione sia dell'importanza che il minore attribuisce agli incontri con l'altro genitore, che tende per ciò a scoraggiare, sia dei discorsi che il minore intrattiene con questi.

I casi di PAS di livello medio sono i più diffusi.

In essi si caratterizzano per una maggiore intensità dei sintomi evidenziati rispetto allo stadio lieve.

A questo livello di PAS si registra un totale annullamento dell'ambivalenza che il bambino solitamente prova verso entrambi i genitori[229].

---

[228] *Nel caso di PAS lieve è molto difficile accorgersi, se non si dispone di adeguati strumenti e persone competenti, del cambiamento di comportamento che il bambino sta mettendo in atto grazie alle tecniche di manipolazione messe in atto dal genitore alienante nei suoi confronti.*

Uno dei sintomi che caratterizzano questa fase è l'assenza di senso di colpa del minore verso la sofferenza che il genitore alienato prova proprio a causa del suo comportamento.

A questo livello di PAS più evidenti ed incisivi diventano anche i tentativi di programmazione messi in atto dal genitore alienante nei confronti del minore.

Il genitore alienante può infatti spingersi al punto di rifiutare di incontrare l'altro genitore o di muovere accuse nei suoi confronti.

Secondo Gardner abbastanza rari sarebbero infine i casi di PAS grave.

In questa fase il rapporto tra il genitore alienante ed il minore è talmente forte ed invischiato sì da indurre quest'ultimo a far propri i pensieri, le emozioni ed i comportamenti del genitore come fossero frutto di un pensiero autonomo (fenomeno del pensatore indipendente).

A questo livello di PAS il genitore bersaglio è percepito come un pericolo dal quale il minore tenta di rifuggire con manifestazioni emotive tanto palesi da renderne financo impossibile l'incontro.

Da ultimo, è definita "pura"quella forma di sindrome che presenta tutti e otto i sintomi individuati da Gardner.

Una corretta diagnosi di Sindrome da Alienazione Parentale si fonda sulla valutazione del comportamento del minore e non sul grado di indottrinamento che questi ha subito e dunque non può che partire da un adeguato ascolto del minore.

L'ascolto del minore costituisce però soltanto il punto di partenza.

---

[229] *A questo livello di PAS il minore troverà nel genitore alienante solo ed esclusivamente caratteristiche positive; al contrario tenderà a descrivere in modo assolutamente negativo il genitore bersaglio.*

Una corretta valutazione diagnostica presuppone infatti che il comportamento del minore venga analizzato alla luce della dinamica familiare ossia dei legami esistenti tra il minore e ciascuno dei due genitori e di quelli esistenti tra i due coniugi.

Ciascuno dei componenti il nucleo familiare (madre, padre e figlio) dovranno essere sentiti prima singolarmente e poi congiuntamente.

È fondamentale che il minore venga prima sentito individualmente.

La presenza dei genitori, specie quello alienante, così come di qualunque altro componente del nucleo familiare, come ad esempio un fratello più grande, rischierebbe di influenzare le risposte del minore sì da contaminarne la genuinità delle dichiarazioni.

Al fine di valutare la dinamica delle relazioni familiari è poi importante che vengano condotte interviste congiunte del minore con ciascuno dei due genitori.

Un attenta lettura delle dichiarazioni e degli atteggiamenti del minore in presenza di ciascuno di essi consentirà di individuare la presenza di una possibile programmazione attuata da taluno dei due genitori.

È a tal fine importante che in questa situazione specifica vengano evidenziati taluni particolari atteggiamenti quali:

il tipo di legame che il genitore aveva con i suoi genitori nell'infanzia;

la qualità e quantità del tempo trascorso con i propri figli durante i loro primi anni di vita;

il coinvolgimento dei genitori nelle attività scolastiche dei figli e la loro partecipazione a queste[230];

l'atteggiamento che ciascuno di essi dimostra verso l'altro genitore[231];

atteggiamenti di ostilità verso lo stesso intervistatore che può essere visto dal genitore alienante come complice dell'altro genitore o del sistema giudiziario.

La valutazione di questi ed altri fattori dello stesso genere consentirà, in particolare, di individuare tra i due coniugi le figure di "genitore alienante" e "genitore bersaglio".

Il passo successivo consiste nell'intervistare i due genitori congiuntamente.

Tale intervista padre-madre è in grado di fornire, oltre a talune indispensabili informazioni circa il genere di rapporti esistenti tra i due coniugi, anche molte informazioni utili al fine di individuare la presenza della PAS.

È infatti di solito il genitore alienante quello che si lamenta del comportamento dell'altro mentre il genitore alienato reagisce spesso debolmente, nonostante gli insulti di cui viene ricoperto ad opera dell'altro.

L'ultimo step è costituito dall'intervista familiare che ancor meglio delle precedenti è in grado di offrire informazioni circa la dinamica familiare.

La prima informazione utile verrà offerta dal modo in cui i componenti della famiglia prenderanno posto nella stanza.

---

[230] *Il genitore alienante tende normalmente ad ostacolare o proibire all'altro di parteciparvi.*

[231] *Un genitore alienante denigra l'altro anche quando questi è assente.*

Quasi certamente infatti i figli si sistemeranno vicino al genitore programmatore lasciando l’altro isolato e in disparte.

In questo contesto i figli manifesteranno opinioni negative nei confronti del genitore bersaglio, senza però riuscire a motivarle o supportarle in modo significativo.

Anche il genitore bersaglio non si lascerà sfuggire l’occasione per denigrare o rivolgere accuse nei confronti dell’altro coniuge servendosi a tal fine anche dei figli.

Compiutamente individuata la sussistenza della Sindrome da Alienazione Parentale, l'intervento terapeutico da adottare dovrà essere di tipo multifocale e diretto all'intero sistema familiare.

Al bambino, al fine di ristabilire un corretto esame di realtà, ricostruire il legame e la relazione con il genitore "alienato", lavorare sul senso di colpa e sull'incapacità di differenziarsi e separarsi dal genitore alienante e dai suoi giudizi e pensieri.

Al genitore alienante affinché possa comprendere la differenza che intercorre tra il conflitto coniugale di coppia e il ruolo genitoriale, che da tale conflitto non può né deve essere messo in discussione, possa riconoscere i danni che tale comportamento può creare nel presente e nel futuro al proprio bambino e, pertanto, tentare ricostruire un legame con quest'ultimo caratterizzato dall'equilibrio, dalla protezione dai conflitti, dall'attenzione alle sue esigenze, emozioni, necessità e al fine di evitare che egli sia trattato come uno strumento e un'arma nel conflitto con l'ex partner e non come una persona.

Al genitore alienato, per aiutarlo a far fronte all'impotenza e alla sofferenza che le conseguenze dell'atteggiamento dell'ex partner determinano, per aiutarlo a trovare nuovi modi di gestire il conflitto e per offrire strategie concrete per ristabilire il legame e il contatto con il bambino.

È ad ogni modo importante rendersi conto che un genitore che inculca la PAS in un bambino commette una forma di **violenza emozionale** in quanto questa programmazione può produrre nel bambino non solo una alienazione permanente da un genitore affettuoso, ma anche turbe psichiatriche.

Il genitore alienante determina la rottura di un legame psicologico che potrebbe, nella maggioranza dei casi, rivelarsi di grande importanza per il bambino, nonostante la separazione o il divorzio dei genitori.

"Chissà chi era cosa voleva, perché ha ucciso i miei pensieri
chissà se un giorno potrò scordare, e ritornare quella di ieri"
L. Barbarossa

GLI ABUSI SESSUALI

L'American Medical Associaton nel 1985 ha definito come abuso sessuale " l'uso di un bambino da parte di un adulto per la propria gratificazione o guadagno".

L'abuso può spaziare dalle carezze al rapporto sessuale fino all'uso del minore per produrre materiale pornografico.

Secondo Burton e Myers (1992) l'abuso sessuale include: la richiesta di denudarsi, mostrare i genitali, l'osservare quando il minore si veste o fa il bagno, il baciare ed il penetrare il retto o la vagina con le dita o con il pene.

Un abuso sessuale senza contatto fisico comprende delle avances sessuali importune o incontri esibizionistici nell'infanzia (Peters 1986)[232].

L'elemento chiave dell' "abuso sessuale sul minore", è dunque il coinvolgimento del minore in attività sessuali da parte dell'adulto finalizzate al soddisfacimento di questi, che sfrutta la condizione di inferiorità fisica e psichica del succube non in grado di comprendere il senso dell'atto del'adulto.

L'abuso sessuale comporta lo sfruttamento sessuale del minore in un ampio paradigma di comportamenti e di situazioni.

Sia che intervenga o meno un contatto di carattere sessuale, tale tipologia di maltrattamento può consumarsi anche in ulteriori condotte

---

[232] *A. SALVATORI, S. SALVATORI, "L'abuso sessuale al minore e il danno psichico". Giuffrè Editore*

che implicano un coinvolgimento, anche psichico, del minore in attività comunque definite di carattere sessuale come ad esempio l'esibizionismo, la coercizione per indurre il minore ad osservare comportamenti sessuali di altri o il suo coinvolgimento nella visione di materiale pornografico (Finkelhor, 1979).

Pare dunque chiaro che l'abuso sessuale si possa esprimere in differenti condotte che possono abbracciare le forme di violenza sessuale (violenza carnale e atti di libidine); incesto (illecita relazione tra consanguinei); esibizionismo (minore indotto ad osservare i genitali dell'adulto o a mostrare i propri); prostituzione e pornografia.

Atti sessuali con minorenne.

Nell'antico codice di Hammurabi 4000 mila anni fa erano già previste pene severissime per chi si rendeva autore di rapporti sessuali con minori.

Se ne deduce che l'insana abitudine è storicamente ben radicata.

Nel corso dell'ultimo decennio il tema è stato oggetto di importanti interventi legislativi.

Dapprima si è proceduto a modificare pesantemente le fattispecie incriminatrici in materia di delitti sessuali ne ha disposto la collocazione fra i delitti contro la persona, ed in particolare tra quelli contro la libertà personale (libro II, capo III, sezione II del c.p.).

Successivamente si è proceduto ad introdurre la figura cosiddetta unitaria di "violenza sessuale".

Poi le aggressioni non violente contro i minori hanno avuto autonoma tutela, è stata prevista la riforma del reato di corruzione di minorenne ed è stato introdotto quello di violenza sessuale di gruppo.

L'evoluzione legislativa è stata improntata alla creazione di un ventaglio di norme realizzanti un'attività di protezione sempre più articolata e intensa del minore dai fenomeni di violenza o abuso, finalizzata a preservarne l'integrità sessuale.

Oggi può dirsi che il compendio di norme dettato dal Legislatore italiano sia tra i più avanzati al mondo, e, conseguentemente la sessualità del minore, meglio, il diritto alla integrità sessuale del minore, protetto da disposizioni precise, puntuali e severe.

A sensi dell'articolo 609 del codice penale è punito con la pena stabilità dall'art. 609 - bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

non ha compiuto gli anni quattordici;

non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente , il genitore adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo una relazione di convivenza.

non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'art. 609 - bis compie atti sessuali con minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età non è superiore a tre anni.

nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino a due terzi.

Si applica la pena di cui all'art. 609 - ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

Appare evidente come la norma abbia delineato il campo di protezione della sessualità del minore indicandone legislativamente la dizione e, con operazione un po' più discutibile, parametrando le età tra compartecipi dell'atto sessuale.

Si tratta di una normativa che non presuppone l'esistenza dei requisiti dettati dall'articolo 609 bis del codice penale, la cui consistenza e caratterizzazione è ben nota, ma che ritiene, sic et simpliciter, illecita la condotta di chi compia atti sessuali con una dei soggetti indicati nella disposizione stessa.

La norma, come risulta evidente, non punisce il mero compimento di atti di congiunzione carnale ma, con scelta apprezzabilissima, la realizzazione di atti sessuali cui, il minore, può essere costretto a partecipare anche ed esclusivamente in virtù di spettatore.

Perde quindi ogni significato la necessità di interrogarsi sul "concetto e sulla portata" da attribuirsi all'allocuzione atto sessuale.

Essa diviene, nell'intenzione del Legislatore, in ciò supportato dalla Giurisprudenza vuoi di merito che di legittimità, qualsiasi atto rapportabile alla sfera della sessualità, agita od immaginifica, commesso nei confronti o con la partecipazione, attiva o passiva, del minore, come identificato dall'articolo 609 quater c.p., da parte di un altro soggetto che si trovi nelle condizioni sempre ivi previste.

La violenza sessuale.

Il Legislatore ha inteso costruire la fattispecie di violenza sessuale sul minore quale ipotesi aggravata dell'ipotesi generale di violenza sessuale.

Così almeno pare potersi dire a seguito della lettura dell'articolo 609 ter n. 1 c.p.

Al fine di stabilire cosa debba intendersi per violenza sessuale dobbiamo, dunque, necessariamente far riferimento alle ipotesi previste dall'articolo 60 bis del codice sostanziale.

Il legislatore ha previsto differenti modalità attuative del reato:

la prima costituita dall'esercizio della violenza, la seconda dalla formulazione di minaccia e la terza dall'abuso dell'autorità che sulla vittima l'autore esercita.

Parificate alle ipotesi di violenza così commesse sono quelle (articolo 609 c.p. n. 2 e 3) caratterizzate dall'abuso delle situazioni di inferiorità fisica o psichica della vittima o attraverso l'inganno circa l'identità dell'offender.

Per violenza deve intendersi non solo da ogni forma di costrizione fisica della vittima, ma anche quella psicologica che tende a sfumare verso la minaccia.

La giurisprudenza ha progressivamente ampliato il concetto di violenza, asserendo che "*… la violenza s'identifica con qualsiasi mezzo adoperato dall'agente che sia idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e d'azione …*"[233]; ed anche "*… il requisito della violenza, ai fini della configurabilità del delitto, si identifica con qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente della libertà di determinazione e di azione l'offeso, il quale sia, pertanto, costretto a fare, tollerare o omettere qualcosa contro la propria volontà…*"[234] o,ancora, "*… A integrare il reato*

---

[233] *Cass. Pen. Sez. VI, n. 1818 del 01-03-1983*

[234] *(Cass. Pen. Sez. V, n. 3403 del 29-01-2004)*

di cui all'art. 610 codice penale (violenza privata) è sufficiente che il soggetto passivo abbia perduto o abbia ridotto sensibilmente la capacità di determinarsi e di agire secondo la propria volontà…"[235]

La minaccia può essere costituita dal prospettare alla vittima un male ingiusto il cui verificarsi o meno dipenderà dal fatto che la vittima stessa si adegui alle richieste (illecite) dell'aggressore.

La valutazione circa l'idoneità della violenza e/o della minaccia va effettuata in concreto: "*l'idoneità della violenza o della minaccia a coartare la volontà della vittima nei reati di violenza sessuale vanno esaminate non secondo criteri astratti aprioristici, ma tenendo conto, in concreto, di ogni circostanza oggettiva e soggettiva; sicché anche una semplice minaccia o intimidazione psicologica, attuata in situazioni particolari tali da influire negativamente sul processo mentale di libera determinazione della vittima, può esser sufficiente a integrare, senza necessità di protrazione nel corso della successiva fase della condotta tipica dei reati in esame, gli estremi della violenza..*"[236].

È possibile che l'azione venga compiuta con rapidità ed insidiosità tali da parte dell'aggressore tali dall'escludere alla vittima qualsiasi possibilità di manifestare il proprio intendimento.

In punto l'insegnamento della Giurisprudenza di legittimità appare non generare dubbi: "*… la violenza richiesta per la integrazione del reato non è soltanto quella che pone il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, tanto da realizzare un vero e proprio costringi*

---

[235] *Cass. Pen. Sez. V, n. 2545 del 19-03-1985).*

[236] *Cass. Pen. sez. III, n. 1911 del 21-02-2000)*

mento fisico, ma anche quella che si manifesta nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminoso, così venendosi a superare la contraria volontà del soggetto passivo…"[237].

L'abuso di autorità, quale "mezzo" per commettere il reato, è stato previsto dalla riforma del 1996.

Per abuso di autorità deve intendersi la posizione subordinata che la vittima assume rispetto all'aggressore, in ragione di una posizione dominante che questi abbia o mantenga in virtù di preesistenti rapporti giuridici tra le parti.

In questo caso vi è la prestazione di consenso della vittima al compimento dell'atto sessuale, ma il consenso prestato non è "libero" ovvero è figlio del rapporto, sbilanciato ed abusante, esistente tra essa e l'offender.

In relazione alla condotta di chi abusi delle condizioni di inferiorità psichica o fisica della vittima, occorre far riferimento a quanto dottrina e giurisprudenza hanno elaborato in tema di circonvenzione di incapace, partendo dal presupposto che la riforma, con innegabile spirito e senso di civiltà, ha restituito il diritto alla sessualità a coloro i quali fossero affetti da infermità di mente.[238]

Attualmente è punibile l'offender che ottenga la prestazione del consenso all'atto facendo leva ed utilizzando la condizione di inferiorità, psichica o fisica della vittima, di cui sia a conoscenza o che sia riconoscibile.

---

[237] *Cass. Pen. Sez. III, n. 3990 del 01-02-2001).*
[238] *Articolo 519 c.p.*

La predetta attività "*… non si configura come attività di persuasione, cui corrisponde la 'volontaria' adesione del soggetto più debole, bensì come una vera e propria sopraffazione nei confronti della vittima; la quale non è in grado di aderire perché convinta, ma soggiace al volere del soggetto attivo, ridotto a strumento di soddisfazione delle sue voglie…"*.[239] Cass. Pen. Sez. III, n. 4426 del 13-05-1997).

Per considerarsi l'abuso devono sussistere condizioni patologiche di inferiorità (mentali o fisiche) che sono utilizzate in modo distorto dall'autore per ottenere una persuasione viziata, ovviamente le situazioni si accerteranno ogni volta dal giudice ("…Per induzione va intesa l'opera di persuasione mediante la quale il soggetto passivo viene convinto a compiere o subire l'atto sessuale, mentre l'abuso consiste nella distorta utilizzazione delle condizioni di menomazione da parte dell'agente. E' compito del giudice accertare, attraverso la valutazione dell'intera vicenda, la sussistenza e il grado dell'abuso…".

La condizione di inferiorità può derivare da un fatto patologico preesistente (tipicamente una malattia psichica, ma anche un handicap fisico), o da una situazione contingente di particolare fragilità.

E' il caso tipico del soggetto sotto effetto di alcol o di farmaci ad azione psicotropa (tra cui le cosiddette date rape drugs), oppure del tossicodipendente in crisi di astinenza da cui si ottiene l'assenso a una prestazione sessuale con la promessa di una dose di stupefacente o del denaro necessario a procurarla.

---

[239] Cass. pen. Sez. III n.4114 15/02/1997

Il concetto di abuso presuppone un utilizzo strumentale e deliberato della condizione di inferiorità del partner per arrivare all'atto sessuale e la condizione di inferiorità deve essere conosciuta come tale dall'aggressore.

Il Giudicante dovrà compiere "*un'indagine adeguata per verificare se l'agente abbia avuto la consapevolezza non soltanto delle minorate condizioni del soggetto passivo ma anche di abusarne per fini sessuali*"[240]

[240] Cass. pen. Sez. III 11541/99

l'attenuante della minore gravità

La scelta, condivisibile, del Legislatore di non costruire fattispecie di atti sessuali caratterizzati da elencazione tassative delle condotte, ma di ritenerle tutte, almeno inizialmente, di pari gravità, ha fatto sì che nell'ordinamento positivo venisse introdotta una particolarissima circostanza attenuante costituita dalla "minor gravità".

Minor gravità che può importare la riduzione della pena edittale prevista sino a due terzi.

Ma cosa deve intendersi per fatti di minor gravità?

La domanda non trova risposta legislativa.

Né la legge n. 66 del 1996, né il sistema normativo nel suo complesso consentono di attribuire un significato preciso ed univoco alla allocuzione.

Per l'applicazione della circostanza attenuante, il legislatore ha voluto demandare al giudice la valutazione concreta del caso secondo i criteri soggettivi che potranno sfociare in enunciazioni diverse rispetto a casi simili.

Il giudice dovrà valutare la minore gravità quando sulla scorta della condotta del reo, dei mezzi dal medesimo utilizzati, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione, al grado di compromissione della libertà sessuale della vittima, insomma ad una valutazione globale del fatto.[241]

---

[241] *Cosi frà le tante Cass. Sez. III, 20 giugno 2003, n. 223756; Cass. Sez. III, 11 febbraio 2003 n. 12007*

L'incesto

L'incesto è una condotta che affonda le proprie origine nella notte dei tempi.

Previsto un tempo addirittura per alcune caste (si pensi ai faraoni egizi) ha subito un'evoluzione del tutto particolare sotto il profilo della sua conformità al precetto penale.

Il codice penale francese del 1810, il codice penale delle Due Sicilie del 1819, il codice penale del Ducato di Parma del 1820, non lo consideravano reato.

Reato invece previsto dal codice sardo-italiano del 1859 e nel codice toscano del 1853.

Il codice Zanardelli del 1889 adottò una soluzione di compromesso e la punizione del reato venne calibrata sul "pubblico scandalo" considerando solo importante quello che la società pensava.

Il codice Rocco ha previsto il reato nell'articolo 564 del codice penale *"Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello è punito con la reclusione da uno a cinque anni ….".*

La norma prevede una causa oggettiva di punibilità, costituita dall'aver causato "pubblico scandalo".

Ove la condotta non sfoci nella produzione di questo requisito, l'incesto, ex sé, non integra reato.

Arrecato il pubblico scandalo si verserà in ipotesi di incesto allorchè:

l’ascendente, oppure la sorella o il fratello convivente, compiano atti sessuali con il discendente di età superiore ai sedici anni e consenziente.
il fratello, la sorella o l’affine in linea retta non conviventi compiono tali atti con il familiare di età superiore a quattordici anni.
Le persone coinvolte nell’atto debbono essere entrambe consenzienti.
Differentemente troveranno applicazione le norme sulla violenza sessuale.
Il reato è caratterizzato da “ dolo generico”.
Il reato è di competenza del Tribunale e la procedibilità è d’ufficio.
Fra le diverse tipologie incestuose la più frequente vede coinvolti padri e figlie, assai più raramente madre e figlio.
Tra le “ragioni” più frequenti addotte a giustificazione della condotte si è soliti indicare quelle relative alla presenza di un padre padrone associato ad una madre assente, il quale si considera il soggetto dominante e ritiene che il proprio ruolo dell’educatore comprenda anche il “ rito di iniziazione ” connesso con l’esperienza sessuale.
Il padre-endogamico, associato a una madre affettivamente distante che lascia il suo ruolo alla figlia, nel quale finisce con l’essere associata anche dal padre.

Ogni Paese ha le sue leggi, ogni famiglia le sue regole.
Proverbio cinese

Elementi di individuazione nell'abuso sessuale intrafamiliare.

In ambito familiare pare che l'abuso sessuale dei minori sia statisticamente più diffuso che altrove.

La circostanza non deve stupire.

Il minore, solitamente presta fiducia ed è propenso ad accettare i comportamenti propostogli allorchè esse proposte provengano da soggetti cui egli riconosce particolare autorità e che su di lui esercitano grande influenza.

Chi meglio dei genitori o degli stretti parenti può assumere agli occhi del minore simili caratteristiche?

Il silenzio delle vittime circa l'abuso subito silenzio che può dipendere da molteplici ragioni e considerazioni di natura conscia od inconscia che siano, contribuisce a coprire reati, autori e vittime, con il velo dell'ipocrita difesa della famiglia archetipo di ogni protezione.

Ben noti sono altresì i percorsi ed i processi di auto colpevolizzazione che rendono difficile per la vittima raccontare la violenza.

Ciò posto, ai fini di poter intervenire con vaga speranza di ridurre la portata del fenomeno, sarebbe assolutamente opportuno individuare quei segni premonitori (predittivi) in grado di poter aiutare l'interprete a scorgere la possibile esistenza di situazioni per così dire "abuso favorenti".

Si tratta di un aspetto assai delicato della vicenda.

La volontà di ricercare segni di abuso, anzi segni predittivi circa la commissione di un abuso, può condurre a vedere abusi anche laddove essi non si sono mai commessi o mai avrebbero potuto avere la possibilità di verificarsi.

Senza contare la possibilità che indagini troppo accurate circa l'esistenza di segni predittivi possano indurre i genitori, i nonni, ed in generale i parenti, ad assumere atteggiamenti auto mutilanti rispetto al contatto fisico tra essi ed i bambini che finirebbero, a ben vedere, col riverberarsi in abusi subiti dal minore, a cagione della scarsa empatia e partecipazione emotiva affettiva alla sua vita.

La presenza di indicatori di abuso nelle famiglie deve essere analizzata e valutata con estrema attenzione, pena la costruzione di mostri laddove esistevano soggetti atti esclusivamente a vivere con il proprio corpo, e con quello del minore, un rapporto pieno, sereno e, in ultima analisi corretto.

In ogni caso, sulla scorta del lavoro svolto da Monteleone[242] riteniamo opportuno segnalare alcuni aspetti che debbono e possono essere utilizzati ai fini di compiere una analisi delle condotte.

In termini generali le ragazze sono soggetti maggiormente esposti al rischio di commissione di condotte abusanti.

I bambini risultano essere più vulnerabili nella sfera di età che va dagli otto ai dodici anni.

---

[242] J. A. monte leone op. cit.

I maggiori rischi si hanno nel caso di disgregazione della famiglia, di conflitti fra i genitori, di assenza o non disponibilità degli stessi, di presenza di un padre non biologicamente correlato.

I bambini risultano essere maggiormente vulnerabili allorchè un fratello od un cugino o un bambino non in rapporto di parentela assuma condotte o comportamenti sessualmente reattivi o abusivi.

La presenza di precedenti vittimizzazioni nella famiglia costituisce un fattore di elevato rischio.

Tra gli indicatori comportamentali che possono aiutare a comprendere se vi sia stata la commissione di un abuso possiamo ricordare i:

disturbi del sonno

cambiamenti nell'alimentazione,

comportamenti o condotte regressive

iperattività, ipervigilanza o condotte insicure

timori eccessivi e/o non appropriati

comportamenti/o modi di giocare ostili, aggressivi o senza controllo

vari e ripetuti disturbi somatici senza eziologia conosciuta

variazione/calo nel rendimento scolastico

scarsi rapporti con i parie età

comportamenti che fanno pensare a, o in risposta a, un alto livello di ansia o di depressione,

comportamenti delinquenziali o fughe

I comportamenti indicativi specifici per gli abusi sessuali possono essere ravvisati in:

eccessiva masturbazione (non consona al livello ed al grado di sviluppo)

promiscuità,

abuso sessuale in danno di altri.

I bambini che hanno subito violenza sessuale possono presentare sintomi associati ad una diagnosi di Disturbo post traumatico da stress.

Si tratta come detto di indicatori, che non necessariamente danno atto della commissione di un abuso in danno del minore né classificano condotte o comportamenti di quest'ultimo unicamente quali sintomi dell'abuso subito.

I bambini, gli adolescenti e più in generale i minori possono manifestare reazioni di stampo psicologico od emotivo simili a quelle evidenziate dagli indicatori che, però, nulla hanno a che vedere con la commissione di abusi.

Solo un analisi attenta e libera da pregiudizi potrà aiutare l'interprete a discernere "loglio dal grano".

Altri sintomi dovranno essere ricavati dall'accertamento medico clinico.

Anche in questo caso l'accertamento dovrà essere condotto sulla scorta di rigidi parametri scientifici evitando le facili semplificazioni e le suggestioni.

L'esistenza di liquido seminale, la contrazione di malattie veneree, l'esistenza di lesioni o contusioni o infezioni dell'area anale possano essere segni di abuso ma anche evidenze dovute ad altre cause o ad altre e differenti patologie.

La menzogna non è nel discorso, è nelle cose.
I. Calvino

L'INCREDIBILITA' DEL TESTIMONE IN GENERALE

Il processo penale si configura come un'ordalia parlata (De Cataldo Neuburgere 1989), poichè si svolge attraverso una disputa tra attori che hanno l'obbiettivo di far prevalere la propria tesi dinanzi al giudice.

Il modello accusatorio del nostro modello processualistico prevede che i giudici debbano giudicare le prove raccolte dalle parti, così come emergono dal dibattimento.

L'articolo 196 del codice di procedura penale dispone che: "*Ogni persona ha la capacità di testimoniare"*, pertanto, la testimonianza non prevede alcun limite in relazione all'età, potendo affermare che la deposizione di un minore sia equiparabile a quella di un adulto.

In ambito processuale l'accertamento della verità avviene tramite la *resocontazione* dei fatti da diversi punti di osservazione diretta e indiretta del reato in questione.

La memoria pertanto acquista un ruolo centrale.

Il problema è che della memoria conosciamo, come operatori del diritto, davvero poco.

Oggi può dirsi assodato che il processo mnemonico sia di tipo ricostruttivo e si articoli in tre fasi: acquisizione, ritenzione e recupero.

La ricostruzione è possibile grazie all'utilizzo della memoria sensoriale, della memoria a breve e a lungo termine.

La memoria a lungo termine è sua volta composta dalla memoria *episodica*, cioè la ritenzione di episodi che sono chiaramente collocabili

nel tempo e nello spazio, ad esempio, ci permette di tornare in un certo luogo, e dalla memoria *semantica*, cioè dalla conoscenza concettuale e linguistica legata alle esperienze maturate.

Tale memoria è strutturata in *schemi* che ci permettono di associare concetti ed elementi in grado di dargli concretezza, come ad esempio l'albero, e da *scripts,* o strutture complesse che riguardano rappresentazioni di eventi, ad esempio andare all'aereoporto.

Nel processo della testimonianza gli schemi e gli scripts rivestono un ruolo fondamentale nell'interpretazione degli eventi un tempo percepiti direttamente e nella loro ricostruzione.

Alla base della memoria episodica e semantica è posta la *memoria procedurale*.

Si tratta di una forma di memoria operativa che permette di trattenere le connessioni tra stimolo e risposta e che agisce in modo indipendente dagli altri due sistemi.

La percezione si ritiene essere il primo stadio del processo mnemonico.

Essa coincide perfettamente con la codifica dell'evento.

Ad esempio, una pistola come pistola, percepita fisicamente, sarà da noi riconosciuta quale potenziale strumento pericoloso solo attraverso il recupero del "concetto" presente nella memoria a lungo termine.

Ovviamente sul concetto non interverranno gli scriprts.

Ma che ne p del bagaglio di conoscenze, credenze, emozioni, deduzioni, di cui ci cibamiamo quotidianamente allorchè si tratta di ricostruire un evento nel dettaglio ?

Può dirsi che la resocontazione di un evento avvenga anche attraverso l'intervento involontario di meccanismi ricostruttivi e interpretativi[243].

La testimonianza è frutto di un ricordo libero ed autonomo oppure è influenzata da interazioni ambientali capaci di generare falsi ricordi ?

La risposta alle domande, tuttaltro che scontate o retoriche, è che la memoria non è un procedimento cerebrale asettico.

Anzi essa sopravvive ed è alimentata proprio dalle continue contaminazione che subisce e ricerca con l'ambiente circostante.

Essa infatti è influenzata, oltre che da caratteristiche interne e fisiche, ad esempio la miopia del teste oculare, anche da fattori esterni.

Fattori esterni caratterizzati da informazioni assunte successivamente all'evento, che se compatibili con lo schema o con lo scripts che dell'evento abbiamo sono destinate ad incidere pesantemente sulla percezione del fatto modificandone pesantemente i contenuti. Ultimo fattore in grado di influenzare la meoria ed il ricordo è costituito dalla relazione intercorrente tra interrogante ed interrogato.

Tanto più l'interrogato riconoscerà autorità all'interrogante tanto più egli accetterà di inserire nel proprio ricordo i dettagli e le proposizioni propostegli.

Il tutto a tacere delle possibilità di influenzare la percezione dei fatti, e quindi il loro ricordo, dovuto all'utilizzo di sostanze psicotrope od alla produzione autonoma di sostanze cpace di influrie sul sistema nervoso centrale.

---

[243] *G. DE LEO, M. SCALI, L. CASO "La testimonianza problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni", il Mulino.*

Le capacità percettive e cognitive subiscono alterazioni anche in presenza di disturbi psicologici o psichiatrici.

Altri fattori fondamentali nella ricostruzione del ricordo sono costituiti dalla frequenza dell'esposizione all'evento, dalla durata dell'osservazione dalla percezione seriale dell'evento.

Le distorsioni nel ricordo possono avvenire nella fase di percezione immagazzinamento, ma anche nella fase di recupero del ricordo.

Non è questa la sede per addentrarci nei meccanismi di produzione di falsi ricordi indotti, ciò che interessa ai fini del presente lavoro è l'aver dato conto di come si possa mentire in buona fede.

… io non c'ero non son stato, non sono mai venuto qui
a quell'ora faccio sempre la pipì..
ma il bassotto poliziotto scoprirà la verità
L. Toffolo

I BAMBINI NON MENTONO MAI?

I bambini non mentono mai ?

L'affermazione, che spesso, sentiamo sostenere l'impalcatura di interi procedimenti penali pone e presenta quale postulato una circostanza assolutamente inesistente ed infondata.

Non solo i bambini mentono, ma mentono, più o meno consapevolmente, in misura superiore a quanto effettuato dagli adulti.

Essi sono dotati di fantasia, profonda e vivace, vivono anche del meccanismo del compiacimento, costruiscono vissuti immaginari che vivono però come reali.

Hanno "amici" trasparenti con i quali dialogano e che pretendono di far dialogare anche con gli adulti che mai li hanno conosciuti né potranno mai conoscerli.

Insomma, i bambini mentono, parecchio, tanto, forse troppo.

Quasi sempre però, beata innocenza, lo fanno in buona fede.[244]

Ai fini quindi di accertare un abuso sessuale commesso ai danni di un minore sarà opportuno - necessario non basarsi solo sulla testimonianza fornita dal minore che, last but not least, può essere, anzi quasi sicuramente è, influenzata dal meccanismo del ricordo indotto.[245]

Ai fine di condurre detta analisi è bene poggiare sull'esistenza di tre indicatori ben noti alla dottrina.

Essi possono essere suddivisi in:

---

244 si vedano in punto gli studi di G. Gullotta, G. Mazzoni e M. Vannucci.

245 Ancora, per una comprensione del meccanismo vv. Mazzoni Vannucci

indicatori cognitivi relativi alla conoscenze sessuali che debbono essere adeguate all'età del minore, alle modalità di rivelazione dell'abuso sessuale subito, ai dettagli descritti.

Nel valutare questi fattori bisognerà tener presente il livello di coerenza delle dichiarazioni, l'elaborazione fantastica, il giudizio morale e la chiarezza semantica.

È noto infatti che lo sviluppo cognitivo del bambino si differenzi in relazione e ragione della sua età.

Nella prima-infanzia, zero - quattro anni, si manifesta la fase del pensiero pre-logico e pre-morale.

Il minore necessita di immediata gratificazione, pertanto, viene meno la distinzione tra il mondo reale e immaginario.

Manca totalmente la capacità di esprimere qualsivoglia giudizio morale, la distinzione tra bene e male e problematica, difficoltosa, quasi impossibile.

Il bambino è concentrato solo sulla sua persona.

L'apprendimento del linguaggio avviene molto velocemente ma la maggior parte delle parole vengono ripetute senza attribuirgli il significato loro proprio.

L'assenza dell'esame della realtà fa venir meno la capacità testimoniale.

La fase secondaria di infanzia, compresa tra i quattro e i sei anni, vede l'affermarsi di processi cognitivi di generalizzazione, ovvero la capacità del bambino di trasferire le conoscenze di u'esperienza specifica ad altre esperienze simili.

La fase preadolescenziale si caratterizza per lo sviluppo del pensiero operativo formale, logico, flessibile, e per la capacità di dar corso ad astrazioni ed al pensiero ipotetico-deduttivo.

In questa fase vengono perfezionate le operazioni logico formali.[246]

Indicatori fisici medico-legali

Ovvero segni quali: contusioni, abrasioni, infiammazioni localizzate e sanguinamenti, gravi lesioni genitali, infezioni genito-urinarie e malattie sessualmente trasmissibili.

In tali casi bisognerà porre attenzione se tali lesioni siano o meno conseguenza diretta di un abuso.

Occorre peraltro ricordare che le lesioni hanno una durata limitata ad un arco di tempo definito oltre il quale diviene impossibile avere riscontri oggettivi.

indicatori emotivi e comportamentali

gli stato ansiosi, le depressioni, il sentimento di paura, insonnia, stati di vigilanza o "vigilanza di ghiaccio" (Kempe, 1978) cioè un'attenzione ansiosa e immobile rivolta all'ambiente circostante, come se il bambino scrutasse con angoscia il mondo esterno per scoprire un eventuale pericolo, possono essere indici della commissione di abusi.

Questi "indicatori" debbono, necessariamente, essere assunti e analizzati in uno alla/alle deposizioni dei minori presunti abusati ai fini di poterne dedurre ed inferire elementi di prova o prove.

Nell'ambito delle consulenze tecniche e delle perizie, sovente, si riscontra la commissione di grossolani errori

---

[246] *Cnf. Jean Piaget psicologo svizzero.*

Nel caso di indicatori cognitivi, ad esempio, un errore frequente è indotto dalle specifiche conoscenze sessuali maturate dal minore.

Esse, se inadeguate all'età vengono attribuite a contatto sessuale diretto e quindi, ad abuso.

Sarebbe invece opportuno considerare l'ambiente in cui il minore vive, gli stimoli cui egli è sottoposto, la possibilità che il bambino ha di entrare in contatto, attraverso i mezzi di comunicazione, con stimoli riguardanti la sessualità.

Sono possibili errori anche con riguardo agli indicatori fisici, nelle bambine, ad esempio, una diagnosi di vascolarizzazione è giudicata compatibile con ripetuti atti sessuali, ma anche con infiammazioni vaginali.

Le forme di abuso sessuale comportano nei minori situazioni di stress e di ansia.

Abbiamo già detto del disturbo Post-Traumatico da Stress (Post-Traumatic Stress Disorder-PTSD).

Tale diagnosi è però possibile sia per i casi di abuso sia per i casi relativi ed inerenti la separazione od il divorzio dei genitori.

Sia situazioni di notevole tensione generatesi nell'ambito familiare, ancora non esploso, ma dotate di grande intensità e come tali percepite dal minore.

Il soggetto affetto da PTSD può presentare un intenso disagio psicologico quando viene esposto nuovamente a fattori che assomigliano o simbolizzano l'evento traumatico, ovvero alle rappresentazioni dell'evento stressante.

La Sindrome da accuse sessuali in divorzio (Said Syndrome) è spesso causa di confusione notevole tra vero e presunto abuso.

Le accuse rivolte da un genitore all'altro d'aver compiuto abuso sessuale sul figlio, presentate spesso in costanza di giudizio di separazione o divorzio, provocano sintomi sul minore nuovamente confondibili con quelli di un vero e proprio abuso sessuale.

Ma da essi sintomi, magari causati dallo stress subito dal minore per la separazione in corso tra i genitore, il genitore accusante trae confrma circa la propria intuizione.

Intuizione che il minore potrà, o potrebbe confermare, preso dal meccanismo di compiacimento nei confronti di quell'adulto, genitore, che rappresenta in una situazione tanto complessa un'ancora di slavezza certa, pronta e disponibile.

Un riferimento che gli non vuole né può perdere.

Detti sintomi (ansia, stress, irascibilità, disturbi del sonno, incubi, crisi di pianto, comportamento aggressivo, sensi di colpa per l'infelicità dei genitori, eccesso di masturbazione, spiccata erotizzazione nei giochi e nei comportamenti) possono dare origine ad una vera e propria reazione corto circuitaria che, un genitore, rischia di innescare anche in perfetta buona fede in danno dell'altro.

Ciò che può ancora una volte divenire utile è il ricorso, quasi si trattasse di diagnosi differenziale, ad altri parametri.

Parametri costituiti dalle conoscenze sessuali inusuali per l'età e per la collocazione sociale e famigliare del minore, dalla paura manifestata in

presenza del genitore abusante, dall'alterazione della personalità con sintomi di psiconevrotici.

Veri indicatori dell' abuso sessuale.

L'utilizzo dei test reattivi e proiettivi può essere d'ausilio.

A patto che essi siano proposti da testisti, ovvero da soggetti che abbiano frequentato appositi corsi finalizzati alla somministrazione ed alla lettura dei risultati dei test.

Non tutti gli psichiatri e gli psicologici sono "abilitati" alla somministrazione dei test.

Tutti i consulenti od i periti invece ritengono di esserlo.

Anche in questo caso occorre però sapere che né il disegno tematico, né il test di Rorschach, né le favole di Duess, dimostrano significative differenze di risultato tra minori sessualmente abusati e non.

I test dunque potranno fornire solo indicazioni circa la struttura della personalità del soggetto, del suo assetto relazione e degli eventuali disturbi psicopatologici.

In tali casi potrebbe rivelarsi utile l'utilizzo de criterio di discriminazione elaborato dal neuropsichiatra infantile Richard Gardener che può essere di fondamentale importanza per stabilire la verità o falsità dell'accusa[247].

Gardener partendo dalla constatazione circa l'identità dello stato di sofferenza di un minore abusato e di un minore non abusato vittima di altri e differenti traumi, consci dell'impossibilità del perito di utilizzare uno strumento testale per riconoscere il tipo di trauma, considerata la

---

[247] *Cnf. LUISELLA DE CATALDO NEUBURGER, "La testimonianza del minore". Cedam.*

difficoltà d'aver a che fare con un soggetto "vergine" e libero da manipolazioni di adulti, fantasie, fraintendimenti, falsi ricordi, i quali possono aver falsato la sua memoria degli eventi, ha introdotto un metodo di indagine particolare ed innovativo.

Detto metodo si fonda sulla necessità di discriminare tra i sintomi esibiti dal minore in tre diverse fasi temporali: evento (presunto abuso), scoperta (rivelazione abuso), indagini.

Secondo Gardener il trauma, evidenziato dal consulente e quindi certamente presente nel minore, potrebbe essere causato non solo dall'abuso ma anche dall'intervento, pressante, sul minore da parte di altri soggetti che egli indica in: genitori, assistenti sociali, avvocati, psicologi.

Il trauma da essi arrecato viene indicato quale legal process trauma.

Per distinguere tra sintomi emersi prima della rivelazione e sintomi che si manifestano in fase successiva, il perito od il consulente deve saper dar corso alla ricostruzione degli eventi che hanno portato alla formulazione dell'accusa di abuso sessuale.

Detta indagine va condotta non solo con la vittima ma anche con l'adulto che spesso è un genitore.

Le domande da porre al minore dovrebbero essere così congeniate:

"Vorrei che lei, riandando indietro con il pensiero, quando è stata la prima volta che ha pensato che il bambino fosse stato abusato?"

"Esattamente, che cosa è accaduto che le ha fatto pensare che si era verificato un abuso sessuale?"

"E qual'è stata la cosa che è successa dopo?"

Così focalizzando l’attenzione proprio sul giorno della dis-velazione del “segreto”.

Da qui l’esperto dovrebbe risalire e proseguire nella ricostruzione dell’indagine condotta, raccogliendo gli indizi che potrebbero far presumere l’intervento di falsi ricordi, di suggestioni, di meccanismi di compiacimento, di confermazione, di conformismo nel minore.

Rilevati i differenti aspetti sintomatici relativi alle diverse fasi della vicenda, egli deve ricollocarli in un continuom temporale, finalizzato ad evidenziare la presenza o meno di interventi esterni sul racconto dei fatti del minore che abbiano potuto influenzarne i contenuti.

Mi ricordo quando ero piccola, avevo dato la mia canottiera a Birba Chiara

IL BAMBINO ED I FENOMENI TIPICI DELLA MEMORIA INDOTTA

La memoria dei bambini, a differenza di quella degli adulti, nella fase di codifica permette di immagazzinare, in modo più accurato, i dettagli relativi a persone, cose e oggetti che suscitano interesse nel minore.

I bambini pongono maggior attenzione ai dettagli che riguardano le azioni e agli oggetti, soffermandosi molto poco sui luoghi in cui esse avvengono o sulle persone che le compiono.

La ricerca condotta da Neisser 1979 (Lindberg 1991) pone in evidenza come i bambini riescano a ricordare meglio i dettagli centrali di un evento piuttosto che quelli periferici.

I dettagli centrali, sono le informazioni fornite dal soggetto relativamente agli individui, agli oggetti, alle azioni caratterizzanti l'evento.

Ad esempio, nel reato di abuso sessuale il bambino si ricorderà delle informazioni relative alla dinamica dell'azione sessuale e alle parti del corpo interessato dalle stesse.

Oggi il minore è considerato soggetto in grado di testimoniare.[248]

---

[248] *Il diritto romano classico, caratterizzato dal sistema accusatorio, pur considerando importante la testimonianza per raggiungere la verità, prevedeva per gli impuberi una presunzione giuridica di incapacità a testimoniare.*
L'incapacità del minore di testimoniare viene riscontrata anche nelle legislature barbariche secondo cui vengono ritenuti inidonei a prestare giuramento.
Pur considerando l'importanza di poter valutare tutte le prove la testimonianza viene soggetta al limite d'età. Nel codice di procedura penale emanato da Carlo Alberto nel 1847 per gli Stati Sardi viene ribadito il principio secondo cui i testimoni di entrambi i sessi devono aver compiuto i quattordici anni, differentemente i minori di quattordici anni se sentiti era in via di semplici dichiarazioni senza giuramento.
Solo nel XX secolo si abbandonerà la presunzione di incapacità legale dei minori di testimoniare legata all'età.

Anche il ricordo di un bambino di età inferiore ai cinque anni può essere accurato.

Goodman e Red (1986 e Dent 1988) hanno evidenziato come un bambino di quattro anni sia in grado di fornire un racconto libero anche più accurato di un adulto.

Il problema è far effettuare al bambino un racconto libero nell'ambito delle esigenze di un processo.

L'unica domanda ammissibile dovrebbe suonare più o meno così:"Che cosa ricordi della situazione?".

Il racconto libero sarà accurato ma povero di dettagli.

I ricordi del bambino sono costituiti da quelli che per lui sono stati gli aspetti salienti della situazione in cui si è trovato ad agire od a subire le azioni.

Detti aspetti non è detto coincidano con quelli che sarebbero gli aspetti salienti cui un adulto avrebbe prestato attenzione.

Nel racconto libero dei bambini difficilmente vengono inseriti elementi di fantasia o invenzione.

A meno che non gli si chieda di raccontare una situazione che viene definita dall'adulto "di gioco".

Che, a ben vedere, è solitamente quanto viene richiesto di fare al minore nel corso del procedimento penale per abuso sesuale.

La ripetizione di un evento sarà una versione corretta dei fatti se nell'intervallo di tempo non sono state fatte domande o non è stata fornita altra informazione con un contenuto suggestivo.

La quantità di elementi che il minore è in grado di riconoscere rispetto ad un adulto sono inferiori.

L'accuratezza sembra aumentare se nel momento del recupero della memoria viene instaurato lo stesso contesto dell'episodio iniziale (Wilkinson 1987).

Il minore a cui viene rivolta una domanda diretta tenderà a rispondere di si.

È consigliabile formulare domande strutturate in modo che la risposta sia il più possibile lontano da quel sì o quel non che costantemente ricerchiamo in tema di esame o contro esame.

La ricerca ha messo in luce che la memoria di un bambino sembra migliorare se l'evento è stato vissuto in prima persona, o se il bambino è personalmente coinvolto nell'episodio anziché essere semplice spettatore (Rudy e Goodman, 1991).

Si capisce come la memoria dei bambini sia molto malleabile e i suoi contenuti modificabili tramite l'intervento esterno.

Spesso nei casi di sospetti di abuso i bambini vengono tempestati di domande che contengono informazioni e consentono risposte "compiacenti" e conformi alle attese.

"Dimmi è stata la maestra Dina?", "A Luisa è successa la stessa cosa?" " E Mauro non si è accorto di niente?"

Si trata di un modo di procedere errato.

Pericoloso, capace di generare mostri creati dalla incapacità del bambino di rendere risposte anti conformiste.

Tecniche ed informazioni note sin dal 1911 allorchè Varendonck aveva capito che la risposta dei bambini variava a seconda della domanda.[249]

Molti intervistatori pongono domande inducenti, la psicologia attribuisce a questo fenomeno due motivi: le regole che governano una conversazione in circostanze normali, ad esempio all'interno della famiglia, sono basate sul presupposto che la coscienza che noi abbiamo sia condivisa.[250]

Secondariamente spontaneamente tendiamo a confermare le nostre ipotesi.

Partendo da ipotesi di presunti abusi cercheremo, anche inconsciamente, le conferme dell'ipotesi stessa, cadendo in quello che mi paice chiamare paradosso dell'inquisitore.

Paradosso che rende inutile la disposizione dell'articolo 358 del c.p.p. e l'attuale veste della Pubblica accusa.

Il caso della scuola materna Sorelli pare essere un alto e tragico esempio di questi errori.[251]

---

[249] *egli aveva chiesto a bambini di sette anni di pensare ad un loro insegnante, il maestro H., poi aveva rivolto la seguente domanda :"Di che colore è la barba del maestro H?" " Sedici bambini su diciotto avevano risposto nera, ma in realtà il maestro non aveva la barba. La domanda posta in modo corretto sarebbe stata: "Il maestro H ha la barba?" i bambini avrebbero risposto di no. Deve essere chiara l'importanza dell'assenza di informazioni nel testo della domanda.*

[250] *, ad esempio "Hai acceso la luce in cantina ?" non chiediamo prima al coniuge se nella nostra casa c'è una cantina, questo perché noi sappiamo che l'altro sa che c'è una cantina.*

[251] *" ....la complessa vicenda processuale vede coinvolti sei insegnanti ed un ausiliario inquadrati nell'organico del personale della scuola materna " Sorelli " di Brescia nonché un sacerdote dimorante in alcuni locali siti nel medesimo stabile in cui sorge l'edificio scolastico; tutti in tesi accusatoria, facenti parte di un'associazione per delinquere, comprendente anche soggetti esterni non identificati, finalizzata alla commissione*

La "Carta di Noto" ha tentato di porre rimedio a queste deprecabili derive.

---

sistematica di abusi sessuali nei confronti di numerosi bambini frequentanti l'asilo ed alla produzione, per tale via, di materiale pedo – pornografico, nonché individualmente concorrenti nella realizzazione, fino al maggio del 2003, dei singoli reati – fine, connotati da condotte di abuso sessuale di varia natura ed intensità, realizzate sia all'esterno, che all'interno dell'istituto.

Le fonti di prova provengono principalmente dai minori coinvolti nella vicenda processuale dapprima ai genitori e successivamente al GIP in sede di incidente probatorio. Importante evidenziare che in questo processo che in seguito alla prima ed alle successive rivelazioni si svolgevano ripetute riunioni, nel corso delle quali i genitori che avevano appreso il racconto dei figli portavano a conoscenza degli altri l'esistenza di fatti sospetti, connotati nel senso dell'abuso sessuale, informando circa particolari fatti. Tali riunioni, erano animate da un genitore che parlava del fenomeno della pedofilia per cui fin dall'inizio si è evidenziato un senso di ansietà e preoccupazione. Si evidenzia la teoria delle cosiddette " dichiarazioni a reticolo " evidenziandosi come l'instaurazione tra i genitori, in un contesto emotivo particolarmente pregnante e segnato dalla convinzione circa la veridicità dei fatti narrati dai bambini, condizionando l'approccio emotivo con i figli tali da compromettere la genuità della narrazioni.

L'operare senza regole è il più difficile e faticoso mestiere di questo mondo.
A. Manzoni

LA CARTA DI NOTO

Dal 6 al 9 1996 si è svolto a Noto (SR) il convegno *"l'abuso sessuale sui minori e processo penale".*

Al convegno hanno partecipato figure professionali di diversa formazione unite dal loro operare nel campo dell'accertamento di condotte abusanti, sessualmente abusanti, commesse sul minore.

Avvocati, magistrati, psicologi, psichiatri, neuropsichiatri infantili, criminologi e medici-legali, si sono incontrati per definire il gold standard dei comportamenti da assumersi da parte degli operatori in un procedimento così complesso ai fini di addivenire all'accertamento dei fatti e, ove possibile, ad attivarsi ai fini di attenuare il danno arrecato al minore dall'abuso subito.

Nasce così la **Carta di Noto** che fornisce le linee guida per l'indagine e l'esame psicologico del minore.

Un successivo incontro di esperti tenuto dall'I.S.I.S.C. (Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali) a Noto nel luglio del 2002, organizzato dall'avvocato Luisella de Cataldo Neuburger, ha portato al suo aggiornamento.

La nuova formulazione delle guide line si è resa necessaria ai sensi delle nuove normative e dei progressi compiuti dalla ricerca scientifica svolta in tema.[252]

---

[252] *La Carta di Noto del 2002 riporta tra i firmatari, oltre a criminologi e docenti universitari, il Direttore della DIA Pierluigi Vigna, l'ex Ministro della Giustizia S.E. Giovanni Conso, il PM del Tribunale per i Minorenni di Venezia Sergio, il Presidente della Corte d'Assise di Venezia Lanza, la dott.ssa Luisella de Cataldo Neuburger Presidentessa dell'Associazione Italiana di Psicologia Giuridica, il dott. Paolo Capri Presidente*

La lettura delle premesse della Carta da atto dei cambiamenti che la revisione ha inteso apportare rispetto alla prima redazione della stessa evidenzia i cambiamenti e la direzione che la carta del 2002 ha voluto intraprendere.

Recita la premessa all'edizione 2002: " *Il presente aggiornamento della Carta di Noto del 1996, che costituisce ormai un riferimento costante per giurisprudenza, letteratura e dottrina, è stato reso necessario dalle innovazioni legislative intervenute nel frattempo e dall'evoluzione della ricerca scientifica in materia.*

Le linee guida che seguono devono considerarsi quali suggerimenti diretti a garantire l'attendibilità dei risultati degli accertamenti tecnici e la genuinità delle dichiarazioni, assicurando nel contempo al minore la protezione psicologica, nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo e degli strumenti del diritto internazionale.

Quando non fanno riferimento a specifiche figure professionali le linee guida valgono per qualunque soggetto che nell'ambito del procedimento instauri un rapporto con il minore".

La Carta di Noto, attualmente da ritenersi in "vigore" prevede fra l'altro che:

"*La consulenza tecnica e la perizia in materia di abuso sessuale devono essere affidate a professionisti specificamente formati, tanto se scelti in ambito pubblico quanto se scelti in ambito privato. Essi sono tenuti a garantire il loro costante aggiornamento professionale. Nel raccogliere e valutare le informazioni del minore gli esperti devono:*

---

dell'Istituto di Formazione e Rocerca Scientifica CEIPA di Roma, la dott. ssa Anita Lanotte Vice-Presidente del Ceipa e l'avvocato e psicologo Guglielmo Gullotta.

a utilizzare metodologie e criteri riconosciuti come affidabili dalla comunità scientifica di riferimento;

b esplicare i modelli teorici utilizzati, così da permettere la valutazione critica dei risultati."[253]

La consulenza e la perizia dunque debbono, ai fini di essere rispettosi del gold standard essere affidati a soggetti specificamente formati, non basta la qualifica medica o scientifica, è richiesto ai fini di operare sul minore un quid pluris, ovvero l'aver avuto specifica formazione in tema.

Quasi a riecheggiare la disposizione dettata dall'articolo 498 comma 4 del codice di procedura penale che prevede la possibiltà nel corso dell'esame del minorenne, condotto dal Presidente, che costui si avvalga di "*di un esperto in psicologia infantile …"* la Carta ha ritenuto di ribadire che questa "esperienza" è tanto più necessaria allorchè l'esame debba riguardare la psiche del minore, la sua memoria, la sua capacità di rielaborare fatti drammatici.

I quesiti proposti e formulati al consulente debbono essere costruiti in modo tale che egli possa concretamente rispondervi.[254]

2 "*La valutazione psicologica non può avere ad oggetto l'accertamento dei fatti per cui si procede che spetta esclusivamente all'Autorità giudiziaria.*

---

[253] *Articolo 1 vigente L'articolo 1 della Carta di Noto del 1996 prevedeva che: "Nell'espletamento delle sue funzioni l'esperto deve utilizzare metodologie scientificamente affidali a rendere espliciti i modelli teorici di riferimento utilizzati"*

[254] *Articolo 3 delle Linee Guida Deontologiche per lo Psicologo Forense. Testo approvato dal Consiglio Direttivo dell'Associazione Italiana di Psicologia Giuridica a Roma il 17 gennaio 1999 e dalla Assemblea dell'Associazione Italiana di Psicologia Giuridica a Torino il 15 ottobre 1999.*

L'esperto deve esprimere giudizi di natura psicologica avuto anche a riguardo alla peculiare fase evolutiva del minore"[255]

L'esperto non ricerca né tantomeno accerta la "verità" fornisce semplicemente una valutazione psicologica del minore che, dovrà essere utilizzata, anzi posta alla base, del procedimento valutativo, di carattere logico induttivo che il Giudicante sarà chiamato a compiere ai fini di rendere il proprio giudizio.

Giudizio di cui il consulente non sarà parte ed, anzi, a ben vedere, neppure avrà contribuito, se non in relazione all'analisi psicologica commessagli, a costruire.

Le attività svolte dal consulente vanno documentate.

- 4 "*Si deve ricorrere in ogni caso possibile alla videoregistrazione, o quanto meno all'audioregistrazione, delle attività di acquisizione delle dichiarazioni e dei comportamenti del minore. Tale materiale, per essere autorizzato ai fini del giudizio, va messo a disposizione delle parti e del magistrato. Qualora il minore sia stato sottoposto a test psicologici i protocolli e gli esiti della somministrazione devono essere prodotti integralmente in originale*".[256]

---

[255] *L'articolo 2 della Carta di Noto del 1966 disponeva che:"All'esperto non deve essere sottoposto un quesito volto all'accertamento della verità sotto il profilo giudiziario"*

[256] *L'articolo 4 della Carta di Noto del 1996 prevedeva che: "L'esperto deve in ogni caso ricorrere alla videoregistrazione o, quanto meno, all'audioregistrazione delle attività svolte, consistenti nell'acquisizione delle dichiarazioni o delle manifestazioni comportamentali. Tale materiale deve essere posto a disposizione delle parti e del magistrato".*

I test proposti al minore, ca va sans dire, da parte di un esperto, ed i risultati ottenuti dovranno essere forniti integralmente all'attenzione delle parti e del giudicante.

Stralci, omissis, loro parziali letture od acquisizioni sono considerate pratiche non conformi al gold standard

Protocollo protocolli poco utilizzati e sperimentati rischiano di essere complici o causa di valutazioni che finiscono con lo sfociare in una soggettività inaccettabile.

Solo l'esibizione integrale dei protocolli, dei test e dei risultati cui si è pervenuti può, in qualche modo, porre argine alla situazione.

5 "*Al fine di garantire nel modo migliore l'obbiettivo dell'indagine, l'esperto avrà cura di individuare, esplicitare e valutare le varie ipotesi alternative, siano esse emerse o meno nel corso dei colloqui*"[257]

L'esperto deve dunque valuta le ipotesi alternative che possano essere emerse nel corso dei colloqui.

La possibilità di alternative è dunque non solo possibile, ma così probabile dall'essere addirittura normata.

Il consulente che intende rispettare gli standards comportamentali tipici della propria attività deve saperlo, e, con dette alternative confrontarsi.

Il minore è soggetto suggestionabile.

Ogni suggestione può dar corso ad un'alternativa.

6 "*Nel colloquio con il minore occorre:*

---

[257] *L'articolo 5 della Carta di Noto del 1996 prevedeva che: "Al fine di garantire nel modo migliore l'obbiettività dell'indagine, l'esperto avrà cura di individuare ed esplicitare le varie e alternative ipotesi prospettabili in base all'esame del caso"*

a. garantire che l'incontro avvenga in orari, tempi, modi e luoghi tali da assicurare, per quanto possibile, la serenità del minore;

b. informarlo dei suoi diritti e del suo ruolo in relazione alla procedura;

c. consentirgli di esprimere opinioni, esigenze e preoccupazioni;

e. evitare domande e comportamenti che possano compromettere la spontaneità, la sincerità e la genuinità delle risposte, senza impegnare il minore in responsabilità per ogni eventuale sviluppo procedimentale".[258]

La normazione delle modalità di colloquio, che pare preoccuparsi di escludere in radice l'esistenza di un vincolo terapeutico tra soggetto della consulenza ed esperto, reca una disciplina delle domande da proporre che dovrebbe essere familiare a chi si occupi di processo penale: sono vietate le domande suggestive e nocive.

Sono poi previste le modalità secondo cui il colloquio verrà svolto.

La Carta si preoccupa anche di definire i tempi "processuali" dell'intervento dell'esperto.

Con scelta assolutamente condivisibile essa dispone che "l'*incidente probatorio è la sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore nel corso del procedimento*"[259]

---

[258] *L'articolo 6 della carta di Noto del 1996 disponeva che: "Nella comunicazione con il minore l'esperto deve:*
a. garantire che l'incontro avvenga in tempo, modi e luoghi tali da assicurare la serenità del minore e la spontaneità della comunicazione;
b. evitare, in particolare, il ricorso a domande suggestive o implicative che diano per scontata la sussistenza del fatto che è oggetto dell'indagine."

[259] *L'articolo 7 della Carta di Noto del 1966 prevedeva che: "Nel caso di pluralità di esperti, è opportuno favorire la concentrazione dei colloqui con il minore in modo da minimizzare lo stress che la ripetizione dei colloqui può causare al bambino."*

Per preservare l'attendibilità della dichiarazione resa dal minore e nell'intento codicicsticamente condiviso di protezione del meesimo, la stessa può essere raccolta "a porte chiuse".

La scelta di ritenere l'incidente probatorio quale luogo di elezione dell'intervento appare corretta e sorretta anche da indubitabile ed apprezzabile attenzione nei confronti della psiche del minore.

Una sola deposizione resa in ambiente protetto, che diviene appaena eseguita prove, pare essere meno invasiva dell'equilibrio del minore rispetto alla richiesta di continua ricostruzione dell'evento traumatico che richiederebbe il normale iter processuale.

La possibilità di limitare l'insorgenza di falsi ricordi, di fatti mai avvenuti, è possibile solo se colui che effettua l'intervista è consapevole degli effetti che le sue domande avranno sul minore.

Per questo la Carta si preoccupa di specificare che " i *sintomi di disagio che il minore manifesta non possono essere considerati di per sé come indicatori specifici di abuso sessuale, potendo derivare da conflittualità familiare o da altre cause, mentre la loro assenza non esclude di per sé l'abuso*".[260]

Abbiamo già detto delle possibili cause dei sintomi.

Essi non sono definiti quali fattori predittivi od indicativi d'abuso subito.

Ma neppure la loro assenza sarà invocabile a sostegno dell'inesistenza del fatto abuso.

---

[260] *L'articolo 8 della Carta di Noto del 1996 disciplinava che:"L'esperto deve rendere espliciti al minore gli scopi del colloquio,tenuto conto della sua età e della capacità di comprensione, evitando –in quanto possibile- di caricarlo di responsabilità per quello che riguarda gli eventuali sviluppi del procedimento".*

“ Quando sia formulato un quesito o prospettata una questione relativa alla compatibilità tra quadro psicologico del minore e ipotesi di reato di violenza sessuale è necessario che l’esperto rappresenti, a chi gli conferisce l’incarico, che le attuali conoscenze in materia non consentono di individuare dei nessi di compatibilità od incompatibilità tra sintomi di disagio e supposti eventi traumatici.

L’esperto, anche, se non richiesto, non deve esprimersi sul punto della compatibilità né pareri né formulare alcuna conclusione.”[261]

L’esperto non ricerca la verità.

Egli scientificamente valuta.

Altrettanto scientificamente deve dichiarare l’impossibilità di percorrere facili semplificazioni che, allo stato delle conoscenze, sono impossibili a percorrersi ed a sostenersi.

Egli deve rendere espliciti i modelli teorici di riferimento utilizzati e, all’occorrenza, vagliare ed esporre ipotesi alternative esplicitando i limiti dei propri risultati.

Evitare altresì di esprimere opinioni personali non suffragate da valutazioni scientifiche.

Nei casi di abuso intrafamiliare, qualora non possa valutare psicologicamente tutti i membri del contesto familiare (compreso l’abusante), deve denunciare i limiti della propria indagine dando atto dei

---

[261] *L’articolo 9 della carta di Noto del 1996 prevedeva che: “Deve tenersi conto che la sintomatologia da stress riscontrabile in bambini abusati è in genere rilevare da indicatori psico-comportamentali aspecifici, che, in quanto tali, possono rappresentare risposte a stress diversi dall’abuso quali,per esempio, quelli dovuti a conflitti o disagio intrafamiliari”.*

motivi di tale incompletezza (articolo 7 delle Linee Guida Deontologiche per lo Psicologo Forense).

" *La funzione dell'esperto incaricato di effettuare una valutazione sul minore a fini giudiziari deve restare distinta da quella finalizzata al sostegno e trattamento e va pertanto affidata a soggetti diversi.*

La distinzione dei ruoli e dei soggetti deve essere rispettata anche nel caso in cui tali compiti siano attribuiti ai servizi socio-sanitari pubblici. In ogni caso i dati ottenuti nel corso delle attività di sostegno e di terapia del minore non sono influenti, per loro natura, ai fini dell'accertamento dei fatti che è riservato esclusivamente all'autorità giudiziaria"[262]

Non viè né vi può essere, neppure in campo minorile, alcuna corrispondenza tra l'indagine processuale d il vincolo terapeutico.

Tra esaminato ed esperto non si stipula alcun patto.

Anzi, l'esperto deve necessariamente esplicitare all'esaminato che gli non è stato chiamato da alcuno per aiutarlo, per sorreggerlo, per alleviare le sue sofferenze.

Egli si trova a colloquiare con l'esaminato per tutt'altre cause che deve necessariamente esplicitare.

Al fine di evitare fraintendimenti, dubbi, pericolose commistioni.

Il principio è peraltro sancito anche dalle Linee Guida Deontologiche per lo Psicologo Forense, all'articolo 16 che dispone: "*i ruoli dell'esperto nel procedimento penale e dello psicoterapeuta sono incompatibili. L'alleanza terapeutica, che è la caratteristica relazionale che domina la realtà psicoterapeutica, è incompatibile col distacco che il perito e il*

---

[262] *L'articolo 10 della Carta di Noto del 1996 prevedeva che: " Nel procedimento penale, i ruoli dell'esperto, dello psicoterapeuta o psico- riabilitatore sono incompatibili."*

consulente tecnico devono mantenere nel processo. Per questo, chi ha o abbia avuto in psicoterapia una delle parti del processo o un bambino di cui si tratta nel processo o un suo parente, o abbia altre implicazioni che potrebbero compromettere l'obbiettività si astiene dall'assumere ruoli di carattere formali" .

L'articolo 11 della Carta si preoccupa dell'assistenza psicologica del minore, invitando ad affidarla "… *ad un operatore specializzato che manterrà l'incarico in ogni stato e grado del procedimento penale.*

Tale persona dovrà essere diversa dall'esperto e non potrà comunque interferire nelle attività di indagine e di formazione della prova"[263]

L'articolo 12 invece richiama i principi internazionali cui essa fa riferimento ribadendo che: " *Alla luce dei principi espressi da questa Carta si segnale l'urgenza che le istituzioni competenti diano concreta attuazione alle seguenti prescrizioni contenute nell'articolo 8 del protocollo alla convenzione dei diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini (stipulato il 6 settembre 2000 a New York, ratificato con legge dello stato 11 marzo 2002, n. 46) con le quali:*

1.Gli Stati Parte adottano ad ogni stadio della procedura penale le misure necessarie per proteggere i diritti e gli interessi dei bambini che sono vittime delle pratiche prescritte dal presente protocollo, in particolare:

---

[263] *L'articolo 11 della Carta di Noto del 1996 disciplinava che: " L'assistenza psicologica in giudizio al minore sarà affidata ad operatore specializzato e si svolgerà in tutte le fasi e presso tutte le sedi giudiziarie in cui il caso di abuso è trattato".*

a. Riconoscendo la vulnerabilità delle vittime ed adottando le procedure in modo da tenere debitamente conto dei loro particolari bisogni, in particolare in quanto testimoni;

b. Informando le vittime riguardo ai loro diritti, al ruolo ed alla portata della procedura, nonché alla programmazione e allo svolgimento della stessa, e circa la decisione pronunciata per il loro caso;

c. Permettendo che, quando gli interessi personali delle vittime sono stati coinvolti, le loro opinioni, i loro bisogni e le loro preoccupazioni siano presentate ed esaminate durante la procedura in modo conforme alle regole di procedura del diritto interno;

d. Fornendo alle vittime servizi di assistenza appropriati, ad ogni stadio della procedura giudiziaria;

e. Proteggendo, se del caso, la vita privata e l'identità delle vittime e adottando misure conformi al diritto per prevenire la divulgazione di qualsiasi informazione atta ad identificarle;

3.Gli Stati Parte si accertano che nel modo di trattare le vittime dei reati descritti nel presente Protocollo da parte dell'ordinamento giudiziario penale, l'interesse superiore del bambino sia sempre il criterio fondamentale.

4.Gli Stati Parte adottano misure per impartire una formazione appropriata, in particolare in ambito giuridico psicologico, alle persone che si occupano delle vittime dei reati di cui al presente Protocollo.

5.Se del caso, gli Stati Parte si adoperano come necessario per garantire la sicurezza e l'integrità delle persone e/o degli organismi di prevenzione e/o di tutela e riabilitazione delle vittime di tali reati

6.Nessuna disposizione del presente articolo pregiudica il diritto dell'accusato ad un processo equo o imparziale o è incompatibile con tale diritto."

LA GRIGLIA DI CREDIBILITA'

Ai fini valutare la testimonianza e l'attendibilità di un minore di età, ed in particolare di un minore degli anni 14, è possibile far riferimento alla cosidetta "griglia di credibilità"

Il bambino è un soggetto instabile e non padrone dei propri processi cognitivi, vive in una dimensione in cui si delinea, con difficoltà, la differenza tra fantasia e realtà.

L'articolo 196 del codice di procedura penale dispone*:*

"Ogni persona ha la capacità di testimoniare.

Qualora, al fine di valutare le dichiarazioni del testimone, sia necessario verificare l'idoneità fisica o mentale a rendere testimonianza, il giudice anche di ufficio può ordinare gli accertamenti opportuni con i mezzi consentiti dalla legge.

I risultati degli accertamenti che, a norma del comma 2, siano stati disposti prima dell'esame testimoniale non precludono l'assunzione della testimonianza"

La Corte di Cassazione con pronuncia della terza sezione penale del 3 ottobre 1997, ha chiarito come "l*a valutazione del contenuto della dichiarazione del minore-parte offesa, in materia di reati sessuali, in considerazione delle complesse implicazioni che la materia stessa comporta, deve contenere un esame dell'attitudine psico-fisica del teste ad esporre le vicende in modo utile ed esatto, ad un esame della sua posizione psicologica rispetto al contesto delle situazioni interne ed esterne.*

Proficuo è l'uso dell'indagine che concerne due aspetti fondamentali: l'attitudine del bambino a testimoniare, sotto il profilo intellettivo ed affettivo, e la sua credibilità. Il primo consiste nell'accertamento della sua capacità a recepire le informazioni, di raccordarle con altre, di ricordarle ed esprimerle in una visione complessa, da considerare in relazione all'età, alle condizioni emozionali che regolano le su relazioni con il mondo esterno, alla qualità e natura dei rapporti familiari.

Il secondo, da tenere distinto dall'attendibilità della prova che rientra nei compiti esclusivi del giudice, è diretto ad esaminare il modo in cui la giovane vittima ha rielaborato la vicenda in maniera da selezionarne sincerità, travisamento dei fatti e menzogna.."

Nella letteratura psicologica-giuridica clinica il concetto di *attendibilità* viene considerato sotto due profili: quello dell'accuratezza e quello della credibilità.

L'*accuratezza* riguarda la valutazione delle competenze di base del soggetto, e in particolare la percezione, la memoria e il linguaggi; ma valuta anche quanto e come la testimonianza sia accurata, precisa, dettagliata e coerente sotto il profilo delle competenze/capacità di memoria e di percezione da parte del soggetto.

La *credibilità* attiene agli aspetti motivazionali della testimonianza e consiste nel valutare eventuali ragioni o fonti di influenzamento che possono avere orientato le dichiarazioni rese.[264]

La valutazione dell'attendibilità del testimone è effettuata anche alla luce della comunicazione non verbale da questi posta in essere.

---

[264] *G. LEO, M. SCALI, L. CASO "La testimonianza problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni", il Mulino*

Uno dei metodi più diffusi per la valutazione della testimonianza è costituito dallo (Statement Validity Analysis).

Statement Validity Analysis.

La Statement Validity Analysis[265](in italiano, esame della validità della deposizione) è un metodo per strutturare la valutazione di giudizio relativo ad accuse di abuso sessuale.

Si tratta di un metodo che utilizza la raccolta sistematica e l'esame dell'informazione proveniente dalle interviste dei bambini e da altre fonti.

I fatti vengono ricavati dai verbali di polizia, gli schedari dei servizi per la protezione all'infanzia, l'anamnesi psicosociale delle persone coinvolte, test diagnostici, documenti del tribunale e le informazioni della scuola. L'intervista è strutturata secondo i principi dello sviluppo cognitivo dei bambini.

E' stata riconosciuta la capacità del "racconto libero" di aumentare la probabilità di accuratezza dell'informazione.

Le domande dell'intervista si articolano a partire da domande generali fino a giungere, in base alle necessità, domande specifiche.

Le affermazioni circa ad eventi realmente vissuti differiscono, quanto a contenuto e qualità dalle affermazioni basate su fantasie racconti o coercizione.

Per verificare se l'evento sia realmente accaduto vengono utilizzati alcuni criteri specifici elaborati da Undeutsch negli anni '50.

Essi sono raggruppati in cinque categorie:

---

[265] *La Statement Analysis ha avuto origine in Germania e in Svezia quarant'anni fa. (Undeutsch, 1967; Arntzen,1970; Trankell,1972; Szewczyk, 1973).*

la prima categoria richiede l'esame dell'intera disposizione ai fini di verificarne la struttura logica.

la seconda e la terza categoria si riferiscono ad aspetti specifici della deposizione e si focalizzano sulle abilità cognitive del bambino;

la quarta categoria riguarda la motivazione del bambino a produrre un'accusa falsa;

la quinta categoria riguarda gli elementi specifici dell'offesa e si riferisce ai dettagli del fatto reato descritto.

La deposizione viene valutata alla luce delle abilità verbali e cognitive del bambino e della complessità degli eventi descritti.

REALITY MONITORING

Il reality monitoring è un modello che valuta la testimonianza individuando la fonte del ricordo.

I ricordi delle persone possono essere originati da stimoli esterni o da pensieri che si differenziano per la fonte.

Fonte per gli stimoli esterni sono gli eventi realmente accaduti e connessi ai canali percettivi.

La fonte interna è legata a eventi immaginati, cioè prodotti dal pensiero, dal ragionamento o dall'immaginazione.

Per capire a che fonte il ricordo può essere attribuito, è necessario definire un adeguato modello teorico che sia in grado di giustificare le discriminazioni tra fantasia e percezione del passato.

Johnson e Raya, nel loro modello teorico, affrontano due linee di pensiero: la prima per cui la percezione di un evento è un ricordo più

forte rispetto a quello immaginato, la seconda per cui la percezione e l'immaginazione sono due operazioni di natura differente.

Il fulcro del problema è insito nella caratteristica, tipica della memoria, di produrre "tracce" persistenti sia per gli eventi realmente accaduti sia per gli eventi immaginati.

Il presupposto teorico per il modello del reality monitoring è la presenza di tre azioni cognitive legate alla memoria:

a. la prima categoria: la ri-rappresentazione, cioè le esperienze percettive oppure il ricordo di qualcosa che è avvenuto nel passato, l'informazione recuperata dalla coscienza, o il lavoro di memoria, è riattivata dopo molto tempo, ovvero quando lo stimolo non è più presente;

b. la seconda categoria: i pensieri situati (cotemporal thoughts), riguarda il processo elaborativo e associato che argomenta, abbellisce e costruisce i pensieri sulla esperienza percettiva. La maggior parte del lavoro di memoria sui processi immaginativi è diretta da questa categoria;

c. la terza categoria: la fantasia che si sviluppa da nuove combinazioni di informazioni che prendono vita solo nella nostra immaginazione, ad esempio quando si inventa una storia.

Si dovrà inoltre valutare che, quando un ricordo viene recuperato dalla memoria, può essere influenzato da altri fattori: la natura dell'informazione ricordata, le condizioni attraverso le quali viene condotto il monitoraggio e il peso degli errori.

Il reality monitoring è legato a due grandi variabili:

la natura delle tracce della memoria che devono essere valutate

i processi che sono stati utilizzati;

Si tratta di elementi che sono in grado di influire sul ricordo rendendolo o più confuso o più nitido ma indotto o falso.

Fondamentali sono le dimensioni del ricordo: le caratteristiche sensoriali dello stimolo presentato (informazioni uditive), il tipo di processo cognitivo, il contenuto semantico e le informazioni contestuali (spaziali o temporali).

Le dimensioni di un ricordo fanno sì che, più forti e specifiche sono le caratteristiche di uno stimolo, tanto più automaticamente verrà generata la risposta di rievocazione.

Se la risposta richiede maggiore sforzo di ricerca può diventare un potenziale segnale di fonte interna.

Sul modello operativo di Reality Monitoring, Sporer (1997) individuò otto criteri dei quali i primi sette valutano la veridicità della testimonianza, mentre l'ultimo valuta se i resoconti sono coerenti con una realtà esterna.

Detti criteri sono:

1. Chiarezza, cioè la chiarezza e l'intensità del ricordo; tale criterio sarà presente se il resoconto risulta chiaro e vivido.

2. Informazioni percettive, quando la testimonianza include esperienze sensoriali come suoni, odori, gusti, sensazioni fisiche e dettagli visivi.

3. Informazioni spaziali; criterio presente nel caso in cui la testimonianza includa informazioni circa il posto o la posizione spaziale delle persone e degli oggetti.

4. Informazioni temporali se la testimonianza contiene informazioni circa il quando l'evento è accaduto o quando vengono descritte le sequenze degli eventi.
5. Affetti se nella testimonianza viene descritto lo stato emotivo del soggetto durante l'evento.
6. Ricostruibilità della storia; tale criterio è presente se vi è la possibilità di ricostruire gli eventi sulla base delle informazioni date.
7. Realismo: nel caso in cui si attribuisce un senso logico alla storia.
8. Operazioni cognitive, nel caso in cui la testimonianza sono presenti descrizioni di ragionamenti o interferenze fatte dai partecipanti, ad esempio "la sua reazione mi diede l'impressione che lei fosse confusa".

Stern e Rotello (2000) con una procedura sperimentale costatarono che i ricordi di eventi immaginati si deteriorano più rapidamente di quelli realmente esperiti.

Ulteriore elemento da considerare deriva da ricerche svolte da Johnson e colleghi (1988), che hanno evidenziato come le differenze tra ricordi degli eventi realmente accaduti e quelli immaginati diminuiscono con il tempo.

I ricercatori hanno giustificato tale fenomeno con il fatto che, mentre le persone parlano o pensano ad un evento i ricordi esterni (di eventi cioè realmente esperiti) diventeranno sempre più ricchi di particolari, anche elaborati, mentre i ricordi interni (di fatti fittizi) diventeranno sempre più apparentemente reali.

Tale presupposto può spiegare come le persone che mentono vengono individuate più facilmente nel caso in cui le risposte siano immediate e

spontanee e non quando il soggetto esiti prima della risposta o abbia del tempo per rispondere (Alonso-Quecuty 1992; Manzanero e Diges 1996).
I limiti nell'uso del Reality Monitoring certamente sussistono e divengono più evidenti nel caso di testimonianze relative ad eventi risalenti.

Una media di un caso ogni due anni, di cui soltanto cinque relativi a bambini al di sotto dei 10 anni.
Dati ufficiali ISTAT

I bambini rapiti

Il fenomeno dei rapimenti di bambini italiani, co cadenze impreviste ed imprevedibili, si affaccia sugli schermi dei nostri telvisori o sulle prime pagine dei quotidiani.

Si tratta dell'urlo disperato di questo o di quel genitore che denuncia la scomparsa del proprio figlio rapito da una pericolosa banda di nomadi.

Ci siamo sempre chiesti quale fosse la ragione dei furti e ci pare d'averla individuata nella necessità di procurarsi una cosa di cui non si possa avere legittimamente il possesso o che manchi all'autore.+Ora, è abbastanza noto che i nomadi siano "ricchi" soprattutto di … figli.

Rapirne altri non si capisce bene cosa possa servire.

Le ragioni dei rapimenti vengono spesso individuate nella possibilità di far dedicare i figli rapiti all'accattonaggio o, nelle più fantasiose leggende metropolitane, destinarli a banche per prelievo di organi.

La ricerca criminologica ha posto in evidenza l'impossibilità di percorrere la seconda soluzione, più utili sono le cosiddette donazioni samaritane che mettono meno a rischio il ricevente, e, in relazione alla prima possibilità pare purtroppo che alla bisogna siano già destinati i figli legittimi.

Siamo dunque innanzi ad una vera e propria "bufala": quasi paragonabile al "coccodrillo che viene fuori dalla doccia" di cui si cantava qualche tempo fa.

Carlo Melegari, sociologo direttore del Cestim (centro Studi Immigrazione di Verona), cerca di spiegare la paura collettiva.

"Come negli anni Sessanta, quando negli Usa girava la storia della baby sitter che l'Lsd trasformava in cannibale, nelle leggende i bambini rappresentano l'indifeso in pericolo, al diverso tocca il ruolo di minaccia.

Ma in un quadro verosimile, avvalorato magari da elementi concreti, in questo caso la microcriminalità o l'accattonaggio tra i nomadi, queste storie di fantasie raccontano soltanto le nostre paure collettive."

Ciò emerge dall'analisi delle statistiche diffuse dalla direzione centrale della polizia criminale riguardanti la scomparsa di minori in Italia e dai pareri espressi da alcuni esperti.

Casi di rapimenti di minori italiani da parte di nomadi non compaiono nemmeno nel vasto archivio dei dati raccolti dal Centro Studi Immigrazione, che comprende anche una casistica sulla criminalità.

A volte le rappresentazioni dell'immaginario collettivo non corrispondono nemmeno lontanamente alla realtà, non partono da osservazioni oggettive ma dal consolidarsi di uno stereotipo.

Secondo i dati della Polizia, nel periodo compreso tra il 1999 e il 2004 il fenomeno dei minori scomparsi in Italia (1404 stranieri, 440 italiani nel 2004) ha riguardato prevalentemente, tra gli stranieri compresi nella fascia 15-17 anni, ragazzi giunti con flussi di immigrati clandestini che sono fuggiti da istituti di accoglienza cui sono stati affidati dai Tribunali per i minori.

Nella stessa fascia di età, tra gli italiani (225 nel 2004) prevalgono le ragazze che si sono allontanate volontariamente da casa per seri motivi di disadattamento o gravi dissidi familiari.

Tra i minori sino a 10 anni stranieri (105 nel 2004) e i italiani (93 nel 2004) prevale sempre di più la sottrazione da parte di uno dei coniugi separato o in via di separazione conflittuale, o di genitori resisi irreperibili con un minore che il tribunale per i minorenni aveva affidato ad appositi istituti o ad altre famiglie.

Il monitoraggio della Polizia, esclude che esistano organizzazioni criminali dedite a rapimenti di minori per lo sfruttamento del mondo della pedofilia o della prostituzione, o per espianti di organi.

E rivela, nell'accattonaggio bimbi in prevalenza delle comunità di nomadi Rom di origine slava, una minoranza in crescita specie al Nord di bimbi marocchini e di minorenni di etnia albanese e rumena "affidati" dalle proprie famiglie ad organizzazioni criminali che li collocano in Italia.

I reati riflesso

La violazione dell'art. 570 c.p.

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, il codice penale all'art. 570 c.p. prevede tre diverse ipotesi,

l'abbandono del domicilio domestico o il sottrarsi agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori, serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale della famiglia (primo comma dell'art. 570 c.p.);

Il malversare o dilapidare i beni del figlio minore o del coniuge (secondo comma, art. 570 c.p., n.1);

far mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa(secondo comma, art. 570 c.p., n.2).

Il terzo comma specifica che "*il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti dal numero 1 e, quando il reato è commesso nei confronti dei minori, dal numero 2 del precedente comma".*

Analizziamo ora le singole fattispecie incriminatrici.

La violazione degli obblighi di assistenza

L'art 570 c.p., primo comma, stabilisce che "*chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori, o alla qualità del coniuge, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa da 103 euro a 1.032 euro".*

Affinché possa configurarsi il reato di cui all'art. 570 c.p., pertanto, è necessario che l'allontanamento dal domicilio domestico (che, naturalmente, deve essere comune altrimenti mancherebbe l'elemento materiale del reato) sia ingiustificato, che cagioni volutamente l'inadempimento degli obblighi di assistenza inerenti alla potestà di genitori ed alla qualità di coniuge e che vi sia la volontà di non farvi più ritorno.

Pertanto, il semplice abbandono del domicilio non integra di per sé il reato di cui all'art. 570 c.c., poiché occorre anche la conseguente e necessaria inosservanza degli obblighi di assistenza morale e materiale, che rappresenta l'evento del reato.

La condotta incriminata consiste nel "*sottrarsi agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori o alla qualità di coniuge".*

Per individuare tali obblighi è necessario richiamare l'art. 30 Cost. e l'art. 147 c.c., ove è ribadito il dovere

per i genitori di mantenere, istruire ed educare i figli.

Occorre immediatamente specificare che il concetto di assistenza non coincide con quello di mantenimento, ricomprendendo quest'ultimo termine nella sua accezione più ampia tutto ciò che è necessario dal punto di vista economico-sociale per garantire all'avente diritto una qualità di vita corrispondente a quella goduta prima della separazione[266].

Relativamente alla condotta "*contraria all'ordine o alla morale delle famiglie"* deve essere fatto un ulteriore sforzo interpretativo poiché tale definizione è estremamente generica ed elastica.

---

[266] *Cfr Fiandaca Musco- Parte speciale, vol. II, tomo I, pagina 329*

Si ritiene, pertanto,che tale condotta consista in ogni comportamento lesivo della tranquillità, della pace, della serenità, della prosperità, dell'onore, della dignità, della solidarietà e del buon costume della famiglia.

In particolare per condotta contraria all'ordine si intende ogni comportamento anomalo, eccessivo, deviante rispetto al regolare regime interno della famiglia e alla normalità dei rapporti esterni che la stessa intrattiene.[267]

Per l'integrazione dell'elemento soggettivo (dolo generico) è necessario che la condotta del reo venga posta in essere con l'intenzione e la volontà di non far ritorno al proprio domicilio domestico per un lungo periodo e la sussistenza della volontà di far mancare i mezzi di sussistenza alla persona bisognosa.

Il reato in oggetto è un reato permanente (si protrae nel tempo a causa del perdurare della condotta del soggetto obbligato) che cessa con il compimento dell'azione che interrompe la condotta illecita oppure con la pronuncia della sentenza di primo grado.

La Suprema Corte di Cassazione ha specificato che il contenuto degli obblighi di assistenza coniugale non si esaurisce in esigenze di carattere materiale ed economico, ma tocca anche la sfera degli interessi morali e di solidarietà, che stanno alla base del rapporto di convivenza coniugale (*ex pluribus* Cass. Pen. 90620/85).

---

[267] *Cfr Studi di diritto penale, parte speciale, Roberto Giovagnoli, ed. Giuffè pag. 306 e ss.*

Oppure, se l’imputato sia costretto ad abbandonare il domicilio per la necessità di salvare sé od altri dal pericolo di un grave danno alla persona, deve essere assolto in quanto non punibile per avere agito in stato di necessità.

Chiaramente non costituisce reato l’allontanamento se questo avvenga sull’accordo comune dei coniugi.

L'abbandono della casa coniugale è giustificato - e, quindi, non idoneo ad integrare la fattispecie criminosa di cui all'art. 570 c.p. - non soltanto quando segua la proposizione della domanda di separazione o di annullamento o di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (considerate dall'art. 146 c.c. come giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare), ma anche quando esistano - a prescindere dalla proposizione di una delle dette domande giudiziali - oggettive ragioni di carattere interpersonale che non consentano la prosecuzione della vita in comune. Ciò in quanto le ipotesi espressamente considerate dal citato art. 146 c.c. non sono tassative e ben possono essere integrate mutando dalle disposizioni in tema di separazione (art. 151 c.c.) le ulteriori previsioni della "intollerabilità della prosecuzione della convivenza" e del "grave pregiudizio per l'educazione della prole" (Cass. pen. 11064/99 e Cass. Pen. 208987/95).

E' ingiustificato, e pertanto, idoneo a rendere configurabile il reato di cui all'art. 570 comma 1 c.p., l'allontanamento di un coniuge dal domicilio coniugale quando esso sia motivato soltanto dall'intento dell'agente di coltivare senza impacci una diversa relazione sentimentale (Cass. pen., 9440/00).

La Cassazione penale, con una recentissima pronuncia e in ottemperanza ad un già consolidato proprio orientamento, ha ritenuto colpevole del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare una donna che, al momento di partire per una vacanza con la figlia, aveva lasciato al marito una lettera in cui gli comunicava di voler "rifarsi una vita" con un altro uomo. Dopo la partenza la donna per vari giorni non aveva dato al marito notizie di sé e della figlia, tanto che il coniuge l'aveva denunciata: solo dopo la denuncia la moglie aveva fatto ritorno a casa.

La Suprema Corte, nell'occasione, ha confermato la condanna inflitta alla donna dalla Corte d'Appello, affermando che il comportamento della coniuge integra grave violazione dei doveri coniugali in quanto non è lecito abbandonare la casa coniugale con l'intento unilaterale di separarsi senza dare spiegazioni al coniuge (Cass. Pen. Sent. n. 14981/2009);

Rassegna giurisprudenziale sull'abbandono del domicilio coniugale:

1) L'abbandono del domicilio domestico acquista rilevanza penale, ai sensi dell'art. 570, comma 1, c.p., solo in assenza di una giusta causa, la quale potrà dirsi integrata anche da motivazioni attinenti ai rapporti interpersonali fra i coniugi, tali da non consentire la prosecuzione della convivenza.

Nel valutare i presupposti per la sussistenza del reato il giudice dovrà tener conto che con la riforma del diritto di famiglia, ex L. 19.5.1975, n. 151, tra le cause che non consentono il protrarsi della vita in comune vi sono tutte quelle desumibili dai principi enunciati agli artt. 145, 146, 151 c.c., tra cui rientra anche l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza (Cass. Pen. Sent. n.11327/2008);

2) Rientra nel delitto di calunnia il comportamento del marito che denuncia la moglie di violazione degli obblighi di assistenza familiare, nella modalità di abbandono del domicilio domestico, pur conoscendo che tale comportamento era avvenuto per giusta causa, dovuta all'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, e, pertanto, nella piena consapevolezza dell'innocenza della consorte, secondo quanto previsto dall'art. 368 c.p. (Cass. Pen. Sent. n. 11327/2008);

3) L'articolo 570, comma 1, del c.p., riconduce, anche lessicalmente, l'abbandono del domicilio domestico a una delle possibili condotte contrarie all'ordine o alla morale delle famiglie ("o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie") e perciò, richiedendo che la condotta di allontanamento si connoti di disvalore etico-sociale, rende punibile non l'allontanamento in sé, ma solo quello privo di una giusta causa. In una tale ottica, il compito del giudice non può esaurirsi nell'accertamento del fatto storico dell'abbandono, ma comprende quello di ricostruire la situazione in cui esso si è verificato, onde valutare la presenza di cause di giustificazione, per impossibilità, intollerabilità o estrema penosità della convivenza (Cass. Pen., Sent. n. 44614/2004);

4) Integra gli estremi del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) l'abbandono del domicilio coniugale in assenza di una giusta causa, che renda intollerabile la prosecuzione della convivenza (Nella specie la S.C. ha ritenuto non giustificato il comportamento del coniuge che immotivatamente aveva abbandonato casa coniugale per

coltivare senza impacci di sorta una diversa relazione sentimentale) (Cass. Pen., Sent. n. 9440/2000);

5) L'abbandono del domicilio coniugale non assume rilevanza penale quando risulti giustificato da un comportamento gravemente ingiurioso o iniquo da parte dell'altro coniuge in modo da rendere impossibile o gravemente penosa la prosecuzione della convivenza (Cass. Pen., Sent. n. 1341/2000);

6) L'abbandono del domicilio coniugale può trovare giustificazione, non solo quando segua alla proposizione della domanda di separazione, di annullamento, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (come espressamente previsto dall'art. 146 c.c.), ma anche quando, a prescindere da detta proposizione, esistano oggettive ragioni di carattere interpersonale che non consentano la prosecuzione della vita in comune, rendendo quest'ultima intollerabile o comportando un grave pregiudizio per l'educazione della prole. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la S.C. ha annullato con rinvio, per difetto di motivazione, la sentenza di merito che aveva affermato la penale responsabilità dell'imputata per abbandono del domicilio domestico senza prendere in considerazione la rappresentata intollerabilità della convivenza con i suoceri) (Cass. Pen. n. 11064/1999);

7) E ancora, per la configurabilità del delitto di cui all'art. 570 c.p. non è sufficiente la violazione dell'obbligo di fedeltà ma è necessario l'abbandono del domicilio domestico, consistendo la violazione dell'obbligo di assistenza familiare nel dovere positivo di fornire all'altro

coniuge, in tutti i casi della vita, concreta ed adeguata assistenza fisica, intellettuale, morale ed effettiva (Trib. Massa, 22 agosto 2000).

Malversazione o dilapidazione dei beni

Al numero 1) dell'art. 570 cpv, comma secondo, è previsto che le pene di cui al primo comma si applicano anche a chi "*malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge*".

Nel termine malversazione si ricomprendono tutti quegli atti di *mala gestio* nell'amministrazione dei beni (ad esempio, l'appropriazione o la distrazione di beni mobili o immobili).

Per dilapidazione si intende, invece, la dissipazione o la distruzione, anche solo parzialmente, del patrimonio del figlio o del coniuge anche attraverso la mancata vigilanza e la trascuratezza, con conseguente produzione di un danno di una certa gravità (ad esempio, spese voluttuarie eccessive rispetto alle reali possibilità di reddito).

A differenza della malversazione, nella condotta di dilapidare non viene perseguito lo scopo di procurare un profitto.

Per dottrina e giurisprudenza prevalente perché si abbia malversazione o dilapidazione sono necessari una serie di atti di tal genere e non un singolo atto di cattiva gestione.

Quanto alla malversazione un esempio di tentativo punibile è offerto dalla dottrina (vedi ad es. Manzini, Trattato di diritto penale, Torino, 1952, p.870) che lo rileva nella condotta del "genitore che, con l'intenzione di appropriarsi del rilevante ricavato, chieda al giudice l'autorizzazione a vendere beni del figlio minore, dimostrando fraudolentemente la necessità o l'utilità di tale vendita".

Invero, se il soggetto agente non porta a compimento la condotta criminosa - perché ad es. il giudice, "resosi conto della falsità delle prove addotte, rifiuta l'autorizzazione- potrà benissimo patire l'incriminazione per reato tentato, dato che tutti gli atti da lui posti in essere sono stati tutti astrattamente idonei a commettere la malversazione, ma non sono venuti a perfezione per il rifiuto del giudice all'autorizzazione".

D'altronde la non equivocità è intrinsecamente data dal *fumus fraudis* posto in essere dal genitore con l'atteggiamento falso, fraudolento e preordinato ad ingannare il giudice.

Quanto, invece, alla dilapidazione dei beni, la condotta del genitore che animato dall'intenzione per qualunque motivo di dar fondo ai beni del figlio minore, inizia un'attività di *mala gestio* ma viene tempestivamente fermato dal giudice tutelare che lo rimuove dall'amministrazione dei beni (art.324 c.c.), è senz'altro un'azione "criminogena" che non può produrre gli effetti del reato compiuto ma potrebbe benissimo integrare un reato tentato.

Infatti, anche in questo caso, la condotta non raggiunge gli effetti estremi soltanto per un intervento estraneo alla sfera d'azione dell'autore.

Infine, rilievo comune alle due modalità di condotta è la non rilevanza di un fine ben specifico di malversare o dilapidare i beni del figlio minore o del coniuge.

Infatti quand'anche questo dolo specifico non sia riscontrabile nell'atteggiamento psichico del soggetto agente, ciò non varrebbe ad escludere la possibilità di un tentativo punibile; tanto più che la

fattispecie in questione è senza dubbio reato di danno e non di mero pericolo.

Omessa prestazione degli obblighi di sussistenza

Al numero 2) dell'art. 570 cpv, comma secondo, è previsto che le pene di cui al primo comma si applicano anche a chi "*fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti, o al coniuge, il quale non sia legalmente separato".*

Occorre preliminarmente rilevare come il concetto di "mezzi di sussistenza" comprende il soddisfacimento di tutte le esigenze da valutarsi in relazione alle reali capacità economiche dell'obbligato (si ritiene, pertanto, che tale concetto non sia solo limitato al semplice vitto e alloggio ma comprenda anche il soddisfacimento di altre esigenze come vestiti, mezzi di trasporto, medicinali, libri).

La Corte di Cassazione Penale, sez. VI, con sentenza 11.07.2001 ha specificato che "*l'inosservanza delle statuizioni economiche adottate in sede di separazione personale dei coniugi dal giudice civile non integrino automaticamente il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare. Quest'ultimo, infatti, si realizza solo quando, sussistendo uno stato di bisogno, il soggetto obbligato per legge non fornisca agli aventi diritto i mezzi di sussistenza, a prescindere dalle condizioni sociali o di vita pregressa degli aventi diritto."*

In senso contrario, la Corte di Cassazione con sentenza 25560/06 ha condannato il coniuge al risarcimento dei danni subiti dalla parte civile, in quanto responsabile del reato di cui all'art. 570 c.p. comma 2, n. 2, per aver fatto mancare i mezzi di sussistenza alla moglie e ai figli minori non

corrispondendo l’assegno di mantenimento fissato all’atto della separazione consensuale, né provvedendo in altro modo alle esigenze di vita dei coniugi, ritenendo, altresì, irrilevante il fatto che i figli minori avessero ricevuto assistenza dai nonni materni e dalla madre.

Rispetto al concetto di “mantenimento”, quello di mezzi di sussistenza è meno ampio: infatti il mantenimento è fondato sulla valutazione e comparazione delle condizioni socio economiche dei coniugi, mentre il primo comprende i mezzi economici minimi necessari per la soddisfazione delle esigenze elementari di vita degli aventi diritto

Ai fini della sussistenza del reato devono concorrere due condizioni:

1)La disponibilità di risorse sufficienti da parte dell’obbligato;

2)Lo stato di effettivo bisogno del figlio o del coniuge.

In particolare, la Corte di Cassazione Penale, n. 27245/02 non ha ritenuto sufficiente la dichiarazione di fallimento dell’obbligato (questi avrebbe dovuto provare che a seguito del fallimento sia stato privato di tutti i mezzi economici) né che l’obbligato abbia costituito un nuovo nucleo familiare e abbia, pertanto, l’obbligo di mantenimento anche della nuova famiglia.

<u>Rassegna giurisprudenziale sulla mancanza dei mezzi di sussistenza</u>

Colui il quale, con una sola omissione, faccia mancare i mezzi di sussistenza a più familiari, commette non uno, ma tanti reati quanti sono i familiari al cui obbligo di assistenza è venuto meno, con la conseguenza che, trattandosi di un concorso formale, la pena va aumentata secondo i criteri di cui all' art. 81 c.p. (Cass. pen., 36070/02).

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare la condizione di impossibilità economica dell'obbligato vale come scriminante soltanto se essa si estenda a tutto il periodo di tempo nel quale si sono reiterate le inadempienze e se consista in una situazione incolpevole di indisponibilità di introiti sufficienti a soddisfare le esigenze minime di vita degli aventi diritto (Cass. pen., 7806/98).

In tema di obblighi di assistenza familiare, entrambi i genitori sono tenuti a ovviare allo stato di bisogno del figlio che non sia in grado di procurarsi un proprio reddito. Commette pertanto il reato di cui all'art. 570 c.p., il genitore che non adempie a tale obbligo; né lo stato di bisogno può ritenersi soddisfatto se al mantenimento provveda in via sussidiaria l'altro genitore, specialmente se quest'ultimo non abbia risorse ordinarie e per tale motivo non possa compiutamente provvedervi, incontrando difficoltà nel mantenimento del minore (Cass. pen., 10216/98).

Il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare, di cui all'art. 570 c.p. , sussiste in tutti i casi in cui il genitore venga meno al dovere di mantenimento della prole su lui incombenti, a nulla rilevando che, in concreto, i figli non si trovino in stato di bisogno, perché ad essi provveda l' altro coniuge, ovvero altri parenti (Cass. pen., 27245/02).

Per la sussistenza del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p., deve concorrere, oltre allo stato di effettivo bisogno del soggetto passivo, anche la disponibilità di risorse sufficienti da parte dell'obbligato, con la conseguenza che la impossibilità assoluta di somministrare i mezzi di sussistenza esclude il reato, quando sia derivata da un evento che il soggetto sia costretto a

subire e che sia tale da rendere inevitabile una certa condotta, escludendone la punibilità in virtù della causa di giustificazione della forza maggiore (nella fattispecie, lo stato di detenzione del soggetto obbligato) ex art. 45 c.p. (Cass. pen., 10539/97).

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, l'ipotesi aggravata consistente nel far mancare ai familiari i mezzi di sussistenza, non ha carattere meramente sanzionatorio dell'obbligo civile derivante dalla sentenza di separazione; occorre perciò verificare che la mancata corresponsione delle somme dovute non sia da attribuire ad uno stato di indigenza assoluta da parte dell'obbligato. In tal caso infatti la indisponibilità di mezzi, se accertata e verificatasi incolpevolmente, esclude il reato in parola, valendo come esimente (Cass. pen., 5969/97).

Il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare, di cui all'art. 570 c.p. , non è escluso dalla circostanza che il reo sia disoccupato, a meno che la disoccupazione sia incolpevole (Cass. pen., 27245/02).

In particolare, la Suprema Corte ha dichiarato che "*(…) la Corte di Appello ha accertato (…), che l'importo versato da B. è inidoneo a garantire alla figlia minore le esigenze primarie di vita, pur tenendo conto del concorrente obbligo di mantenimento gravante sulla madre. Legittimamente, pertanto, il giudice del gravame ha ravvisato nella condotta dell'imputato gli estremi integrativi del reato contestato, avendo dato atto delle concrete possibilità economiche del ricorrente, che risulta titolare di due studi odontoiatrici, ed avendo correttamente ritenuto irrilevanti, ai fini della valutazione degli obblighi genitoriali di mantenimento gravanti sul prevenuto, la situazione economica della*

moglie e gli aiuti economici eventualmente forniti a quest'ultima dal convivente".

In un'altra pronuncia la Suprema Corte ha dichiarato come debba escludersi la sussistenza della responsabilità penale nel caso in cui l'obbligato versi in una situazione di incapacità economica assoluta non ascrivibile a colpa (Cass. Sez. IV pen. 14.12.2008 n. 45273).

E ancora, la Corte di Cassazione, con sentenza n.46200/09 ha stabilito che "*è naturale lo stato di bisogno del minore che non abbia fonti di reddito proprie e che quindi è rimesso necessariamente al sostegno di altri da sé. Tale situazione obbliga, per specifica disposizione costituzionale (art. 30) e di legge ordinaria (art. 147 c.c.), ciascuno dei due genitori a provvedere ad assicurare quella disponibilità continuativa, regolare e certa, che non lasci pause o inadeguatezze che il minore da solo non può superare. Tale obbligo è finalizzato intrinsecamente a garantire la tranquillità della quotidiana esistenza sotto il profilo della sicura disponibilità delle risorse minime per il sostentamento (…) e non è nella disponibilità del singolo genitore. Per questo la supplenza dell'altro genitore, o di soggetti comunque terzi rispetto al genitore obbligato (…), a fronte di una norma incriminatrice specifica quale quella di cui al capoverso n. 2 dell'art. 570 c.p. (…) non può costituire esimente. Anzi, l'adempimento dell'obbligo di assicurare i mezzi di sussistenza non può che concretizzarsi con la messa a disposizione dei mezzi economici in favore del genitore affidatario, responsabile immediato di una gestione ordinata della sussistenza del minore, o quantomeno con la contribuzione autonoma ma in accordo con quello (il che spiega l'inidoneità di contributi*

economici materiali che pur comportando impegno di risorse a vantaggio mediato del minore non siano armonici al coordinamento permanente delle sue esigenze primarie : si pensi (…) a spese voluttuarie e comunque superflue o non indispensabili, pur in favore del minore, da parte del genitore non affidatario, quando prima il singolo genitore non abbia provveduto a concorrere direttamente ad assicurare, con continuità e certezza, il quotidiano soddisfacimento delle esigenze primarie: vitto, alloggio confortevole, scuola, sanità)".

Nel caso in cui la condotta di omessa somministrazione dei mezzi di sussistenza sia posta in essere nei confronti di più soggetti conviventi nello stesso nucleo familiare, si configura una pluralità di reati. L'art. 570 c.p. incrimina, infatti, condotte disomogenee: soltanto in relazione a quelle di cui al comma 1 (l'abbandono del domicilio domestico ovvero il tenere condotte contrarie all'ordine o alla morale delle famiglie) non è ipotizzabile una tutela differenziata dei vari componenti della famiglia (sarebbe, ad esempio, impossibile abbandonare il domicilio soltanto nei confronti di taluni dei coabitanti); al contrario, le condotte incriminate nel comma 2 non tutelano soltanto l'astratta unità familiare, ma anche specifici interessi economici di congiunti deboli, non necessariamente vulnerati in toto dalla condotta dell'agente (è ben possibile che quest'ultimo malversi o dilapidi i beni di uno soltanto dei soggetti protetti, ovvero adempia gli obblighi di assistenza economica soltanto in favore di uno o più di essi, e non anche degli altri), il che porta, in tali casi, a escludere l'unicità del reato commesso in danno di più congiunti. In presenza di più omissioni (ad esempio nel caso in cui l'agente fosse

tenuto a versamenti separati), sarebbe configurabile, ricorrendone i presupposti, un reato continuato, non un concorso formale di reati (Cass. pen., Sez. Unite, 20/12/2007 n. 8413);

Non scatta il reato per aver fatto mancare i mezzi di sussistenza ai propri figli nei confronti del papà affetto di disturbo di personalità. Il vizio parziale di mente, una volta verificata l'incidenza della patologia sulla condotta incriminata, esclude il dolo e, quindi, la condanna per il reato di cui all'art. 570 c.p. (Cass. Pen. Sent. 23.09.2010 n. 34333).

<u>Rassegna giurisprudenziale su rapporto tra articolo 570 c.p. e assegno di mantenimento:</u>

"*L'inosservanza dell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento ai figli minori integra eventualmente il delitto di cui all'art. 570, cooma2, c.p. in presenza dello stato di bisogno e laddove l'inadempimento si risolva in una mancanza di mezzi di sussistenza per il beneficiario, mentre non si configura il delitto di cui l'art. 388, c.2, c.p., in quanto detta previsione, concernendo la mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice in materia di affidamento dei minori o di persone incapaci, attiene ai rapporti personali e non a quelli economici del provvedimento emesso in sede di separazione".*(Tribunale di Nola, 25.02.2008 n. 362).

Non sussiste alcuna interdipendenza fra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570, comma 2 c.p. e l'assegno di mantenimento liquidato dal giudice civile in sede di separazione, sia che tale assegno venga corrisposto nella misura stabilita, sia che venga corrisposto in misura ridotta, infine, che non venga affatto corrisposto, ciò in quanto il concetto di "mezzi di sussistenza" va tenuto distinto dalle

nozioni civilistiche di "mantenimento" e di "alimenti" (Cass. pen., 586/01).
La disposizione di cui all'art. 570 comma 2 c.p. non tutela il mantenimento stabile delle riserve finanziarie liquide di ciascuno degli aventi diritto, ma vuole evitare che a causa di inottemperanza agli obblighi di assistenza familiare l'avente diritto si venga a trovare in una situazione tale da non disporre delle risorse indispensabili al soddisfacimento delle elementari esigenze di vita.

Ne consegue che l'omesso versamento delle somme determinate dal giudice civile non integra di per sè il reato di cui all'art. 570 c.p., ma occorre accertare se nella fattispecie concreta tale omesso versamento abbia determinato in capo all'avente diritto una vera e propria indisponibilità dei basilari mezzi patrimoniali necessari per il proprio sostentamento. Nel caso di indisponibilità dell'assegno divorzile, il richiamo fatto dall'art. 12 sexies l. n. 898 del 1970 all'art. 570 c.p. deve intendersi con riferimento non esclusivamente alla pena, ma anche al precetto, per lo meno per quelle parti che non siano intimamente connesse con la procedura specifica di cessazione degli effetti civili del matrimonio, e così in particolare con riferimento alla minore età dei figli e allo stato di bisogno, in quanto una diversa interpretazione condurrebbe al paradosso di una maggior tutela del coniuge divorziato rispetto al coniuge separato, in contrasto con l'art. 3 cost. (Trib. Milano, 27 giugno 2000).
In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, non vi è interdipendenza tra il reato di cui all'art. 570 comma 2 n. 2 c.p. e

l'assegno liquidato dal giudice civile, sia che tale assegno venga corrisposto, sia che non venga corrisposto agli aventi diritto.

L'illecito in questione è rapportato unicamente alla sussistenza dello stato di bisogno dell'avente diritto alla somministrazione dei mezzi indispensabili per vivere e al mancato apprestamento di tali mezzi da parte di chi, per legge, vi è obbligato. L'ipotesi delittuosa in questione, pur avendo come presupposto l'esistenza di un'obbligazione alimentare, non ha carattere sanzionatorio dell'inadempimento del provvedimento del giudice civile che fissa l'entità dell'obbligazione, con la conseguenza che l'operatività o meno di tale provvedimento non rileva ai fini della configurabilità del reato. Ciò è tanto vero che il provvedimento del giudice civile non fa stato nel giudizio penale nè in ordine alle condizioni economiche del coniuge obbligato, nè per ciò che riguarda lo stato di bisogno degli aventi diritto ai mezzi di sussistenza, circostanze queste che devono essere accertate in concreto (Cass. pen., 3450/98).

In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare per mancata somministrazione dei mezzi di sussistenza, occorre distinguere tra assegno stabilito dal giudice civile e mezzi di sussistenza: detta ultima nozione comprende, infatti, solo ciò che è necessario per la sopravvivenza dei familiari dell'obbligato nel momento storico in cui il fatto avviene. Pertanto, nell'ipotesi di mancata corresponsione dell'assegno stabilito in sede civile - in tutto o in parte - da parte del coniuge obbligato al versamento, il giudice penale deve accertare se, per effetto di tale condotta, siano venuti a mancare ai beneficiari i mezzi di sussistenza (Cass. pen., 1172/98).

In tema di violazione degli obblighi di assistenza per aver fatto mancare ai familiari i mezzi di sussistenza, la mancata corresponsione dell'assegno stabilito dal giudice civile non è sufficiente a dimostrare la responsabilità penale in assenza della prova che in ragione dell'omissione siano venuti meno ai familiari i mezzi di sussistenza e che l'obbligato sia in condizione di corrispondere quanto dovuto o quantomeno che tale disponibilità sia venuta meno per colpa dello stesso obbligato (Cass. pen., 8419/97).
"*…nell'ipotesi di mancata corresponsione da parte del coniuge obbligato dell'assegno stabilito in sede civile, il giudice penale, al fine di ritenere la configurabilità del reato di cui all'art. 570 cpv., n.2 c.p., deve accertare se per effetto di tale condotta siano venuti a mancare ai beneficiari i mezzi di sussistenza. L'ipotesi di reato si realizza infatti solo se sussistono da una parte lo stato di bisogno dell'avente diritto alla somministrazione dei mezzi di sussistenza e dall'altra la concreta capacità economica dell'obbligato a fornirglieli". (*Tribunale di Monza, 04.05.2010 n. 771).

<u>Rapporto tra articolo 570 c.p. e art. 572 c.p.</u>

In tema di reati contro la famiglia, ed in particolare di reati tra coniugi, occorre di volta in volta verificare se la condotta irrispettosa dell'un coniuge verso l'altro abbia carattere meramente estemporaneo ed occasionale, nel senso che sia solo l'espressione reattiva di uno stato di tensione, che comunque può sempre verificarsi nella vita di coppia, nel qual caso si dovrà eventualmente fare richiamo a figure criminose estranee ai delitti contro la famiglia e rientranti tra quelli contro la persona, oppure se la detta condotta si concreti nella inosservanza cosciente e volontaria dell'obbligo di assistenza morale ed affettiva verso

l'altro coniuge, obbligo che scaturisce dal vincolo matrimoniale e che ha la finalità di garantire che l'altro coniuge - in caso di difficoltà - non sia mai lasciato solo a se stesso, nel qual caso si versa nell'ipotesi delittuosa di cui all'art. 570 comma 1 c.p., oppure, ancora se la condotta antidoverosa assuma connotati di tale gravità da costituire, per il soggetto passivo, fonte abituale di sofferenze fisiche e morali, nel quale caso l'ipotesi delittuosa configurabile è quella di maltrattamenti di cui all'art. 572 (Cass. pen., 8650/96 e 205762/96).

Un'ultima considerazione sulla possibilità di applicazione dell'art. 570 c.p. anche alle coppie di fatto.

Dato che il concetto di famiglia è andato ad allargarsi grazie all'interpretazione offerta dalle norme del diritto civile, non può essere esclusa la loro estensione alle norme penali, recependo, in tal modo, gli stessi significati e le stesse interpretazioni.

Con l'inevitabile conseguenza che, se nell'ambito del diritto civile si assiste ad un'estensione del concetto di coniuge e di figlio, si deve ritenere che tale estensione del concetto giuridico debba aversi anche nell'interpretazione dell'art. 570 c.p.

La violazione dell'art. 388 c.p.

Il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice è stato inserito dal legislatore del 1930 tra i delitti contro l'amministrazione della giustizia (in quanto reato diretto a garantire la volontà e la funzione dello stato nella conservazione del vincolo impresso sulle cose per finalità di giustizia).

La *ratio legis* è stata quella di tutelare l'esigenza che i provvedimenti giudiziari possono trovare regolare esecuzione.

L'art. 388 c.p. prevede che " *chiunque per sottrarsi all'adempimento degli obblighi nascenti da un provvedimento dell'autorità giudiziaria, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria stessa, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, è punito, qualora non ottemperi all'ingiunzione di esecuzione del provvedimento, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da 103 a 1.032 euro*.

La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo, ovvero contabile, che concerna l'affidamento dei minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito(…)".

Il reato ex art. 388 c.p. è sempre procedibile a querela della persona offesa.

Per quanto riguarda l'elemento psicologico del reato si ritiene sia sufficiente un dolo generico e, quindi, la coscienza e la volontà di disobbedire al provvedimento del giudice.

La parte che qui interessa è la fattispecie relativa al secondo comma, in particolare relativa ai minori.

Tale disposizione richiede come presupposto del reato che vi sia stato un provvedimento del giudice civile attinente l'affidamento dei minori o di incapaci.

Si tratta di un reato istantaneo, perché si consuma nel momento in cui l'agente, dolosamente, non ottemperi ad un provvedimento del giudice civile emesso per le finalità elencate dall'art. 388 c.p.

Il reato è configurabile sia se l'agente adotti una condotta attiva, consistente in un comportamento positivo nel compiere atti vietati, sia se adotti una condotta omissiva, consistente nell'omissione del compimento di atti imposti.

In particolare, la Suprema Corte si è pronunciata con sentenza n. 2925 del 09.03.2000, ha ritenuto che sia perseguibile penalmente chi elude il provvedimento del giudice cha attribuisce all'ex coniuge il potere di esercitare il diritto di visita nei confronti delle figlie.

Nel caso di specie, il comportamento omissivo da parte del genitore affidatario, consisteva nel non educare né sensibilizzare i figli ad avere un rapporto con l'altro genitore.

La Corte di Cassazioni, quindi, fornisce un'interpretazione estensiva dell'art. 388 c.p., ricomprendendo nella condotta criminosa riconducibile al reato di cui al citato articolo, anche il comportamento del genitore separato che, non si attiva per far sì che i figli minori vedano l'altro coniuge secondo quanto stabilito dal giudice.

<u>Rassegna giurisprudenziale sul punto</u>:

"*L'inosservanza dell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento ai figli minori integra eventualmente il delitto di cui all'art. 570, comma 2, c.p. in presenza dello stato di bisogno e laddove l'inadempimento si risolva in una mancanza di mezzi di sussistenza per il beneficiario, mentre non si configura il delitto di cui l'art. 388, c.2, c.p., in quanto detta*

previsione, concernendo la mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice in materia di affidamento dei minori o di persone incapaci, attiene ai rapporti personali e non a quelli economici del provvedimento emesso in sede di separazione".(Tribunale di Nola, 25.02.2008 n. 362).

La corte di Cassazione con sentenza n. 18494 del 14.04.2010, rigetta Trib. Lib. Torino dell' 11.11.2009 e dichiara che "*integra il reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice la condotta di colui che, per sottrarre i propri beni all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, cede gli stessi ad un fondo fiduciario di cui è amministratore, il quale successivamente provvede alla loro vendita in favore di una società della quale l'agente risulta essere procuratore speciale*".

"*In tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, ai fini della sussistenza del dolo, occorre stabilire da parte del giudice penale, se il genitore affidatario, nell'impedire al genitore non affidatario il diritto di visita nei confronti del minore, sia stato eventualmente mosso da una necessità di tutelare l'interesse morale e materiale del minore medesimo (…). Infatti, il genitore affidatario, pur obbligato a consentire l'esercizio del diritto di visita da parte dell'altro genitore secondo le prescrizioni stabilite dal giudice (…), ha in ogni momento il diritto-dovere di assicurare la massima tutela all'interesse preminente del minore, ove tale interesse, per la naturale fluidità di ogni situazione umana, non sia stato potuto essere tempestivamente portato alla valutazione del giudice civile: per l'effetto, il rifiuto di visita, specie laddove ricusato dal minore, può trovare*

*giustificazione nell'esigenza prevalente di tutelare l'interesse morale e materiale del minor" e ancora "l'occasionale inosservanza da parte dell'ex moglie dell'obbligo di consentire al padre di tenere con sé la figlia (nella specie, la madre aveva impedito al padre di tenere con sé la bambina che nella notte era stata male per via della crescita di un dente) non integra il reato di cui all'art. 388 c.p. Il genitore affidatario, infatti, pur obbligato a consentire l'esercizio del diritto di visita da parte dell'altro genitore secondo le prescrizioni stabilite dal giudice, ha in ogni momento il diritto-dovere di assicurare massima tutela all'interesse preminente del minore. Ai fini della sussistenza del dolo occorre pertanto stabilire da parte del giudice penale se il genitore affidatario nell'impedire all'altro coniuge il diritto di visita sia stato eventualmente mosso dalla necessitò di tutelare l'interesse morale e materiale del minore, soggetto di diritti e non mero oggetto di finalità esecutive perseguite da altri"(*Cass. penale, sez. VI, 11.03.2010 n. 10701).

"*Integra il reato di elusione di un provvedimento del giudice, il soggetto che ponga in essere, con consapevole volontà, una condotta diversa da quella disposta dal giudice, così ledendo il bene giuridico protetto. Nella specie il Supremo Collegio ha confermato il giudizio di appello che aveva ritenuto sussistente la fattispecie incriminatrice ex art. 388, comma 2, c.p., realizzata da una donna, la quale con la propria condotta non aveva ottemperato al rispetto del diritto di visita tra figlia e padre*" (Cass-penale, sez. VI, 04.06.2010, n. 32562).

"*In materia di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice, ai fini della configurabilità del reato di cui all' art. 388, comma 2, c.p.,*

concernente l'eluzione di un provvedimento del giudice relativo all'affidamento dei minori, il concetto di elusione non può equipararsi puramente e semplicemente a quello di inadempimento, occorrendo, affinchè possa concretarsi il reato, che il genitore affidatario si sottragga, con atti fraudolenti o simulati, all'adempimento del suo obbligo di consentire le visite del genitore non affidatario, ostacolandone appunto attraverso comportamenti implicanti un inadempimento in mala fede e non riconducibile a una mera inosservanza dell'obbligo". (Cass. penale, sez VI, 04.05.2010, n. 23274).

La Suprema Corte, nel caso di specie, ha annullato con rinvio la sentenza di condanna evidenziando come, a fronte della giustificazione di fatto addotta dall'imputata che non le aveva permesso di consentire all'altro genitore non affidatario di vedere la figlia minore due volte alla settimana, aveva omesso di accertare ogni circostanza del caso concreto, al fine di verificare, almeno,m il fondamento di tale giustificazione, limitandosi ad equiparare l'inadempimento alla elusione.

"*In tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, il motivo plausibile e giustificato che può costituire valida causa di esclusione della colpevolezza, anche se non deve configurarsi l'esimente dello stato di necessità, deve comunque essere stato determinato dalla volontà di esercitare il diritto dovere di tutela dell'interesse del minore, in situazione che non abbia potuto essere devoluta al giudice per eventuale modifica del provvedimento"* (Cass. 2720/1997).

Pertanto, il plausibile motivo, che possa scriminare il rifiuto di dare esecuzione ad un provvedimento del giudice concernente l'affidamento dei figli minori, deve essere sopravvenuto e tale, per il suo carattere transitorio, da non consentire la devoluzione del giudice civile per l'eventuale modifica del provvedimento.

L'art. 570 c.p. : un possibile ponte tra esigenze economiche ed esigenze affettive del minore ?

Alla luce di quanto esposto sopra, è necessario, a questo punto, cercare di capire quali condotte, in concreto, possano rientrare nelle fattispecie degli "*obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori*", in considerazione anche del principio di frammentarietà e del divieto di analogia del diritto penale.

Prendiamo come esempio il classico caso in cui marito e moglie si separano.

I coniugi hanno un figlio di sette anni che rimane a vivere nella casa coniugale con la madre (come accade nella maggior parte dei casi).

Il padre adempie esattamente tutti gli obblighi economici di mantenimento del figlio previsti dall'accordo di separazione.

Apparentemente siamo di fronte ad un genitore perfetto.

Ogni sera, però, il bambino chiede alla mamma notizie del papà, esprimendo il proprio desiderio di passare con il genitore più tempo e di fare con lo stesso tutte quelle attività che di solito un padre e un figlio svolgono insieme (una una partita di calcio, una gita e così via).

Il punto è: può essere utilizzato l'art. 570 c.p. per obbligare un genitore a "fare il genitore"?

Certo, in sede civile la tutela per il minore nei confronti del genitore che non si comporta come tale, esiste: si può ricorrere alla sospensione o, nei casi più gravi, alla decadenza della potestà genitoriale.

Ma di quali rimedi penali ci si può valere?

E’ proprio qui che, in base al principio di frammentarietà del diritto penale, si crea un vuoto normativo.

Infatti, il genitore inadempiente può essere obbligato a corrispondere il mantenimento stabilito in sede di separazione o divorzio ai sensi dell’art. 388 c.p.

Il genitore inadempiente può essere sanzionato penalmente in caso di violazione degli obblighi di assistenza ex art. 570 c.p.

Ma può questi essere obbligato a fare il genitore?

Esiste, cioè, una norma che tuteli il diritto all’amore del minore?

Gli obblighi inerenti la potestà del genitore, ai sensi dell’art. 147 c.c. impongono ai genitori di “*mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto della capacità, dell’inclinazione e delle aspirazioni dei figli”.*

Il bambino quindi ha diritto ad essere mantenuto, ad avere un tetto sulla testa, ad avere la pancia piena,ad avere un’istruzione ed un’educazione.

Ma ha effettivamente diritto di essere amato?

Può la previsione di cui all’art. 570 c.p. aiutarci in questo?

Ma dov’è la certezza che assistenza non significhi anche occuparsi dei propri figli, trascorrere del tempo con loro, contribuire all’educazione, frequentarli con assiduità?

Utilizzando un’interpretazione estensiva della fattispecie incriminatrice di cui alla norma sopra citata, si potrebbe far rientrare il diritto all’amore del minore tra gli obblighi di assistenza inerenti la potestà del genitore.

In base a tale ragionamento, quindi, nel caso in cui il padre adempia al mantenimento economico del figlio, ma non al dovere di essere padre,

potrebbero essere applicate a quest'ultimo le sanzioni di cui all'art. 570 c.p., comma primo.

Ma come fare in concreto?

Con un'interessante disegno di legge, presentato al Consiglio dei Ministri proprio in questi giorni, in materia di figli naturali e legittimi, per la prima volta viene introdotta la parola amore in una disposizione legislativa.

Infatti, il disegno di legge prevede che il figlio ha diritto non solo ad essere mantenuto, educato e assistito dai genitori ma anche ad essere amato.

Il Consiglio dei Ministri, però, ha tolto questa ultima parte perché ha ritenuto che il diritto all'amore non sia un diritto esigibile.

Anche a parere di chi scrive non è possibile obbligare qualcuno a "fare il genitore".

Sarebbe davvero nell'interesse superiore del fanciullo obbligare il genitore a comportarsi come tale?

Ha davvero senso un diritto all'amore forzato?

Falsi abusi

La sindrome dei falsi lividi

“Arresto psicomotorio, emorragie da fragilità capillare in varie parti del corpo (lividi), disturbi gastrointestinali (diarrea cronica). In bambini di pochi mesi.”

A fronte di questi sintomi può derivare il dubbio che si tratti di condotte direttamente collegabili ad abusi subiti dal minore.

La comparsa di lividi sul corpo, il disagio mostrato dalla costante presenza di disturbi gastrointestinali, sono facilmente confondibili con indicatori d’abuso.

Ed invece essi possono essere causati da una patologia specifica che possiamo chiamare la «malattia dei lividi».

Scientificamente si di “encefalopatia etilmalonica”, patologia finora incurabile.

Chi ne è affetto non supera la prima decade di vita.

Causata da un gene alterato, Ethe, scoperto nel 2003.

Recentissimamente lo stesso team di scopritori ne ha individuato una possibile cura.

Si tratta di ricercatori italiani operanti presso l’istituto Carlo besta di Milano.

La malattia, rarissima, pare in aumento: nel 2003 erano 40 casi in tutto il mondo e oggi 70 solo al Besta, punto di riferimento internazionale. Scarsissimo l’interesse delle aziende farmaceutiche, speriamo meno scarso quello degli esperti giuridici e giudiziari che rischiano di aggiungere con scarsa attenzione a disgrazia tragedia.

Le malattie dermatologiche

Howard B. Pride, dermatologo americano, ha recentemente lanciato un potente grido d'allarme.

Le diagnosi sbagliate, i sintomi di patologie scambiate per abusi sui minori sono in aumento.

Solo la responsabilità e la serietà dei medici coinvolti nelle diagnosi, la loro attenzione e preparazione, possono porre freno e rimedio ad una situazione che rischia di degenrare.

La vicenda inerente la piccola bimba, di circa un anno, che alla visita pediatrica mostrava segni di violenza carnale, il cui padre finì sotto processo, con congrua applicazione di custodia cautelare, prima di essere completamente scagionato dall'infamante accusa e scoprire che la propria figlia era affetta da una sorta di dermatite causata dalla cura con dei farmaci che le avevano procurato un eritema fisso da medicamento a livello dell'ano, ma vista la rarità dell'evento nessuno ci aveva pensato e la denuncia penale era partita come un fulmine a ciel sereno.

Non si e' ancora concluso il caso di Biella in cui quattro persone, mamma, zio e i due nonni, proclamandosi innocenti, ma incapaci di reggere al peso delle accuse di violenze sui due figli della donna, si sono dati la morte.

Proviamo ad analizzare alcune patologie che spesso sono scambiate con abusi

Fitofotodermatite causata da succo di limone ed esposizione al sole interpretata come colpi di frusta, in soggetto di 10 anni.

Edema emorragico acuto sul volto di un bambino, scambiato per lividi da percosse.

Linfoangioma pretibiale sulla gamba di una bimba, che ha fatto pensare a un livido da maltrattamenti.

Lichen scleroatrofico, che produce bolle e fenomeni emorragici, ipopigmentazione, prurito e fastidio se localizzato a livello anale. Pemfigoide vulvare e altre malattie immunobollose possono presentare sintomi simili: bolle, disepitelizzazione o erosioni sui genitali.

La Malattia di Behchet puo' determinare Ulcere aftose sia si genitali che sulla mucosa orale, ma qui la diagnosi differenziale con un abuso e' piu' facile per il concomitante coinvolgimento degli occhi, delle articolazioni ed altri organi.

La Sindrome di Crohn e' frequentemente associata con un ampia dilatazione del canale anale, che in un bambino e' stato, purtroppo, confuso con una penetrazione anale.

La Histiocitiosi X causa una dermatite di tipo seborroica che, quando si localizza nella regione perianale può' determinare fissurazioni e erosioni che possono condurre al sospetto di violenza. Anche alcune infezioni ed allergie che si localizzano nelle zone genitali possono portare ad una diagnosi errata.

Lo streptococco perianale puo' dar luogo ad un’infezione che si presenta rosso sangue e un eritema.

La malattia di Darier la iperplasia epiteliale focale e la malattia di Hailey-Hailey si manifestano con proliferazioni verrucose.

L’emangioma vulvare che sono stati confusi con una violenza sessuale.

I disordini della coagulazione, frequentemente ed erroneamente diagnosticati come casi di maltrattamento.

La malattia di Ehlers-Danlos, particolarmente i tipi 1,4, e 10, possono manifestarsi come bruciature e cicatrici senza alcun problema sistemico o altri segni che possono aiutare nella corretta diagnosi.

La Macula cerulea da punture di pidocchi pubici, ma puo' succedere anche con il pidocchio capitis dei bambini, puo' provocare lesioni tipo lividi sul collo o sulle spalle.

Mongolian spots, comuni fra la popolazione nera e asiatica, sono stati confusi talvolta come lividi.

Il linfoangioma, possono apparire come lividi.

L'epidermolisi bollosa e lo xeroderma pigmentosa possono dar luogo a lesioni simili a bruciature e talvolta l'impetigine, nella fase di guarigione, puo' lasciare una escara scura che somiglia ad una bruciatura da sigaretta...

Condizioni dermatologiche associate a fratture ossee anormali, che, seppure rare, hanno portato ad errori diagnostici di abuso su minori.

La Sindrome di Menkes, si accompagna a fratture e convulsioni.

La Osteogenesi imperfetta, specialmente il tipo 1 e 4, può' presentarsi con fratture e ovviamente con anormalità ortopediche.

La pratica delle "coppette", antica e tradizionale terapia dei cinesi

La moxibustione, arte praticata dagli agopuntori, può' provocare, incidentalmente, piccole bruciature che, nel passato, sono state prese erroneamente per maltrattamenti.

Insomma diagnosi da non sbagliare.

BIBLIOGRAFIA

A. PETRUZZI, "I sentieri della messa alla prova", in Minori Giustizia, Milano, n. 3/1994.

A. SALVATORI, S. SALVATORI, "L'abuso sessuale al minore e il danno psichico", Giuffrè Editore.

ANCESCHI, "Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità", Milano, 2007.

BARBARA MORETTI, "La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato",Milano, Giuffrè Editore, 2005.

BETTIOL, "Diritto penale", Cedam.

C. SERRA,"Proposte di criminologia applicata 2003",Giuffrè Editore, 2003.

CARLA PANSINI, "Trattato di diritto di famiglia".

CESARE PARODI, "Stalking e tutela penale",Giuffrè.

DENNIS HOWITT, "Pedofilia e reati sessuali contro i bambini",Centro Scientifico Editore.

F. PALOMBA, "Il sistema del nuovo processo penale minorile".

FRANCESCO ANTOLISEI, "Manuale di diritto penale", Parte Speciale, vol. II, Giuffrè, Milano, 1982.

FRANCESCO SAVERINO FORTUNA, "Reati contro la famiglia e i minori", Giuffrè Editore.

G. COLESANTI, L. LUNARDI, "Il maltrattamento del minore aspetti medico-legali, giuridici e sociali",Milano, Giuffrè Editore.

G. DE LEO, M. SCALI, L. CASO, "La testimonianza problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni", il Mulino

G. FIANDACA, E. MUSCO, "Diritto penale parte speciale", Volume II, Tomo I, Zanichelli Editore.

G. GULLOTTA, A. CAVEDON, M. LIBERATORE, "La sindrome da alienazione parentale (PAS)",Giuffrè Editore.

GABRIELLA CONTIERO, "L'affidamento dei minori", Giuffrè Editore.

GARDNER R. A., "Protocols for the Sex-Abuse Evalutation", Cresskill, New Jersey.

GIAMPAOLO FREZZA, "Mantenimento diretto e affido condiviso", Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2008.

GIANLUIGI PONTI, "Compendio di criminologia", Cortina Milano, 1990.

GIULIANA MAZZONI, "Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria", Il Mulino.

GLAUCO GIOSTRA, "Il processo penale minorile",Giuffrè.

GUGLIELMO GULLOTTA, "Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico",Giuffrè.

GUGLIELMO GULLOTTA, "Famiglia e violenza", edizione Giuffrè, 1984.

ISABELLA MERZAGORA BETSOS, "I demoni del focolare. Madri e mogli che uccidono",Centro Scientifico Editore.

ISABELLA MERZAGORA BETSOS,"L'incesto. Aggressori e vittime diagnosi e terapia",Giuffrè editore,1986.

ISABELLA MERZAGORA BETSOS,"Uomini Violenti. I partner abusanti e il loro trattamento", Raffaello Cortina Editore.

JAMES A. MONTELEONE, "Gli indicatori dell'abuso infantile", Centro Scientifico Editore.

L. ABAZIA, "La perizia psicologica in ambito civile e penale", Franco Angeli.

L. ABAZIA, "Psicologia dello sviluppo linguistico", Giuffrè editore.

L. MIAZZI, "I contesti dell'operatività dei servizi sociali nel processo penale minorile",in Minori Giustizia, Milano, n. 3/1994.

LARIZZA, "Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale".

LAURA C. FILIPPO, "L'abuso intrafamiliare sui minori nella prospettiva criminologica integrativa", Milano, Dott. A. Giuffrè editore,2003.

LUIGI APRILE, "Psicologia dello sviluppo linguistico", Giuffrè

LUISELLA DE CATALDO NEUBURGER, "La testimonianza del minore", Cedam.

M. ACCONCI, T. BANDINI, A.BERTI, "Infanzia violata, interventi psico-spciali, giustizia", Giuffrè Editore.

M. G. BASCO, S. DE GENNARO, "La messa alla prova nel processo penale minorile", Torino, Giapichelli Editore.

MANILA VANNUCCI, "Quando la memoria ci inganna. La psicologia delle false memorie", Carocci.

MASSIMO PICOZZI, "Piccoli omicidi. La (stra)ordinaria violenza degli adolescenti",Monti.

MICHELE SESTA, "Responsabilità nelle relazioni familiari".

MINISTERO DI GIUSTIZIA, "La sottrazione internazionale dei minori",Gangemi Editore.

N. GRATTERI, A. NICASO, "La malapianta", Mondadori.

P. GIANNINO, "Il processo penale minorile".

PALMIRO TOGLIATI, "Corso sugli avversari. Le lezioni sul fascismo", Einaudi.

PAOLA DI BLASIO, "Psicologia del bambino maltrattato",Il Mulino, 1980.

PAOLO DE PASQUALI, "Figli che uccidono", edizione Rubbettino.

PAOLO ZATTI, "Diritto e procedura penale minorile",volume II, Giuffrè Editore.

PAOLO ZATTI, "Trattato di diritto di famiglia", Volume IV.

PATTI, "L'affidamento condiviso", Milano 2006.

QUADRI, "Affidamento dei figli e assegnazione della casa coniugale: la recente riforma",in Familia, 2006.

ROBERTO GIOVAGNOLI, "Studi di diritto penale, parte speciale", edizione Giuffrè.

SUSANNA VEZZADINI, "Mediazione penale fra vittima ed autore di reato. Esperienze statunitensi, francesi ed italiane a confronto", Clueb.

T. BANDINI, B. GUALCO, "Infanzia e abuso sessuale",Milano, Giuffrè editore 2000.

T. BANDINI, G. ROCCA, "Fondamenti di psicologia forense", Giuffrè editore.

U. FORNARI, S. CODA, "Tre orrendi delitti del passato",Centro Scientifico Editore.

UGO FORNARI, "Trattato di Psichiatria Forense",terza edizione, UTET.

VICENZO RUGGIERO, "Economie sporche. L'impresa criminale in Europa", Bollati Boringhieri.

Alla fine di questo lavoro, certo confuso e non esaustivo, non possiamo che ringraziare quelle persone che ci hanno consentito, e ci consentono di poter dar spazio a queste nostre curiosità "culturali".

Primi fra tutti i nostri familiari che sono costretti agli straordinari ogni volta che decidiamo di partire con una nuova follia.

Un grazie particolare a Paola, comprensiva sino all'inverosimile.

Poi i nostri collaboratori.

Pazientemente subiscono i nostri sbalzi d'umore causati dal nervosismo dovuto al cronico ritardo con cui siamo costretti a lavorare.

I nostri colleghi che ci aiutano a realizzare questi contributi, nuotando fra le nostre incertezze, le nostre intuizioni ed i nostri errori.

Da ultimo Sabrina e la casa Editrice che ci consentono di far "circolare" le idee nelle quali crediamo.

BIBLIOGRAFIA

A. PETRUZZI, "I sentieri della messa alla prova", in Minori Giustizia, Milano, n. 3/1994.

A. SALVATORI, S. SALVATORI, "L'abuso sessuale al minore e il danno psichico", Giuffrè Editore.

ANCESCHI, "Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità", Milano, 2007.

BARBARA MORETTI, "La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato",Milano, Giuffrè Editore, 2005.

BETTIOL, "Diritto penale", Cedam.

C. SERRA,"Proposte di criminologia applicata 2003",Giuffrè Editore, 2003.

CARLA PANSINI, "Trattato di diritto di famiglia".

DENNIS HOWITT, "Pedofilia e reati sessuali contro i bambini",Centro Scientifico Editore.

F. PALOMBA, "Il sistema del nuovo processo penale minorile".

FRANCESCO ANTOLISEI, "Manuale di diritto penale", Parte Speciale, vol. II, Giuffrè, Milano, 1982.

FRANCESCO SAVERINO FORTUNA, "Reati contro la famiglia e i minori", Giuffrè Editore.

G. COLESANTI, L. LUNARDI, " Il maltrattamento del minore aspetti medico-legali, giuridici e sociali",Milano, Giuffrè Editore.

G. DE LEO, M. SCALI, L. CASO, "La testimonianza problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni", il Mulino

G. FIANDACA, E. MUSCO, "Diritto penale parte speciale", Volume II, Tomo I, Zanichelli Editore.

G. GULLOTTA, A. CAVEDON, M. LIBERATORE, "La sindrome da alienazione parentale (PAS)",Giuffrè Editore.

GABRIELLA CONTIERO, "L'affidamento dei minori", Giuffrè Editore.

GARDNER R. A., " Protocols for the Sex-Abuse Evalutation", Cresskill, New Jersey.

GIAMPAOLO FREZZA, "Mantenimento diretto e affido condiviso", Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2008.

GIANLUIGI PONTI, " Compendio di criminologia", Cortina Milano, 1990.

GIULIANA MAZZONI, "Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria", Il Mulino.

GUGLIELMO GULLOTTA, "Famiglia e violenza", edizione Giuffrè, 1984.

ISABELLA MERZAGORA BETSOS, "I demoni del focolare. Madri e mogli che uccidono",Centro Scientifico Editore.

ISABELLA MERZAGORA BETSOS,"L'incesto. Aggressori e vittime diagnosi e terapia",Giuffrè editore,1986.

ISABELLA MERZAGORA BETSOS,"Uomini Violenti e partner abusanti e il loro trattamento", Raffaello Cortina Editore.

JAMES A. MONTELEONE, "Gli indicatori dell'abuso infantile", Centro Scientifico Editore.

L. ABAZIA, "La perizia psicologica in ambito civile e penale", Franco Angeli.

L. ABAZIA, "Psicologia dello sviluppo linguistico", Giuffrè editore.

L. MIAZZI, "I contesti dell'operatività dei servizi sociali nel processo penale minorile",in Minori Giustizia, Milano, n. 3/1994.

LARIZZA, "Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale".

LAURA C. FILIPPO, "L'abuso intrafamiliare sui minori nella prospettiva criminologica integrativa", Milano, Dott. A. Giuffrè editore,2003.

LUISELLA DE CATALDO NEUBURGER, "La testimonianza del minore", Cedam.

M. ACCONCI, T. BANDINI, A.BERTI, "Infanzia violata, interventi psico-spciali, giustizia", Giuffrè Editore.

M. G. BASCO, S. DE GENNARO, "La messa alla prova nel processo penale minorile", Torino, Giapichelli Editore.

MANILA VANNUCCI, "Quando la memoria ci inganna. La psicologia delle false memorie", Carocci.

MASSIMO PICOZZI, "Piccoli omicidi. La (stra)ordinaria violenza degli adolescenti",Monti.

MICHELE SESTA, "Responsabilità nelle relazioni familiari".

MINISTERO DI GIUSTIZIA, "La sottrazione internazionale dei minori",Gangemi Editore.

P. GIANNINO, "Il processo penale minorile".

PAOLO DE PASQUALI, "Figli che uccidono", edizione Rubbettino.

PAOLO ZATTI, " Diritto e procedura penale minorile",volume II, Giuffrè Editore.

PAOLO ZATTI, "Trattato di diritto di famiglia", Volume IV.

PATTI, "L'affidamento condiviso", Milano 2006.

QUADRI, " Affidamento dei figli e assegnazione della casa coniugale: la recente riforma",in Familia, 2006.

ROBERTO GIOVAGNOLI, "Studi di diritto penale, parte speciale", edizione Giuffrè.

SUSANNA VEZZADINI, "Mediazione penale fra vittima ed autore di reato", Clueb.

T. BANDINI, B. GUALCO, "Infanzia e abuso sessuale",Milano, Giuffrè editore 2000.

T. BANDINI, G. ROCCA, "Fondamenti di psicologia forense", Giuffrè editore.

U. FORNARI, S. CODA, "Tre orrendi delitti del passato",Centro Scientifico Editore.

UGO FORNARI, "Trattato di Psichiatria Forense",terza edizione, UTET.

Realizzato e stampato in proprio dallo Studio legale B.B.D. avvocati in Novara, anno 2010 con la collaborazione degli avv. Marina Viola e Alessandra Castorio., dei dottori Alice Beltrami, Sara Fortunelli, Alessandra Cristina e Sandro Bartucciotto.

MVLTA PAVCIS AG

GIUFFRÈ EDITORE

Studio Legale Associato
BBD
Bossi Buscaglia Dulio
avvocati in Novara