

ATTUALITÀ

MALAIKA BIANCHI

**Esclusa la messa alla prova per i minori autori di
violenze sessuali aggravate.
Profili di illegittimità costituzionale
dell'emendamento dell'art. 28 del D.P.R.
448/1988**

Il D.l. 123/2023 (cd. Decreto Caivano), convertito con modificazioni dalla l. 13 novembre 2023, n. 159, è intervenuto sulla disciplina della messa alla prova minorile, introducendo, con il nuovo comma 5-bis dell'art. 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, un elenco di reati "gravi" ostativi alla sua concessione. L'emendamento crea un rigido automatismo che si pone in conflitto con alcuni principi fondanti la giustizia penale minorile, impedendo al giudice di effettuare una valutazione individuale, di ricercare la risposta migliore per il minore nella situazione concreta, di stimolare il percorso ri-educativo anche del minore autore di un "reato grave".

Nel presente contributo si pone in evidenza l'infondatezza di questo emendamento, anche attraverso lo studio di approfondite indagini empiriche effettuate sia a livello nazionale, sia presso alcuni Tribunali per i Minorenni. L'analisi si focalizza, in particolare, sull'esclusione automatica della messa alla prova per i delitti di violenza sessuale e di violenza sessuale di gruppo (aggravati ai sensi dell'art. 609-ter c.p.), che sono peraltro oggetto di una interpretazione molto ampia da parte della giurisprudenza evolutiva e per i quali sono previste sanzioni particolarmente severe. Proprio relativamente all'esclusione della messa alla prova minorile per questi delitti sono state sollevate recentemente due questioni di legittimità costituzionale.

Excluding Probation for Juvenile Offenders of Aggravated Sexual Violence. Constitutional Issues of the Amendment to Article 28 of D.P.R. 448/1988.

Decree 123/2023, so-called Caivano Decree (converted, with amendments, into Act n. 159, Nov. 13, 2023), amended the regulation on juvenile probation, introducing a list of 'serious' crimes for which probation is now excluded. The amendment creates a rigid automatism that conflicts with some of the fundamental principles of juvenile criminal justice: it inhibits the judge from making an individual assessment, from seeking the best response for the minor and from encouraging a re-educational path of the minor who has committed a 'serious crime'.

In this essay we underline the weaknesses of this amendment, also through the analysis of empirical investigations carried out both nationally and in some Juvenile Courts. The focus is on the automatic exclusion of probation for aggravated sexual violence (individual or in group), crimes which are the subject of a broad interpretation in the case law and for which very severe penalties are provided. With regard to the exclusion of juvenile probation for these crimes, two constitutional issues have recently been raised.

SOMMARIO: 1. Clima emergenziale e aporie normative. - 2. La sospensione del processo con messa alla prova per reati gravi (*ante* cd. Decreto Caivano). - 3. La messa alla prova per i minori autori di reati

sessuali. Preoccupazioni sull'interpretazione giurisprudenziale evolutiva dei reati sessuali. – 4. Minorenni autori di violenza sessuale aggravata e violenza sessuale di gruppo aggravata. Quali alternative oggi? – 5. Le prime due ordinanze in cui si solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, comma 5 *bis*, del D.P.R. 448/1988, a soli quattro mesi dall'entrata in vigore della riforma. Aspettative conclusive in attesa della pronuncia della Corte costituzionale.

1. *Clima emergenziale e aporie normative*. I giornali e i mass media riferiscono che, fra giugno e luglio 2023, presso il quartiere del Parco Verde di Caivano, in provincia di Napoli, due cugine di dieci e dodici anni sono state ripetutamente stuprate da un gruppo di nove ragazzi, fra cui sette minorenni¹.

Questo episodio e la contestuale acquisita consapevolezza del profondo degrado del territorio in cui i fatti sono avvenuti hanno sicuramente contribuito ad individuare le ragioni di straordinaria necessità ed urgenza a fondamento del d.l. 15 settembre 2023, n. 123, recante “misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e della criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale”, (cd., appunto, Decreto Caivano). Non a caso la prima parte del Decreto è dedicata appositamente a “fronteggiare le situazioni di degrado, vulnerabilità sociale e disagio giovanile presenti nel territorio del Comune di Caivano”.

Il dettato del Decreto introduce, tuttavia, in un'ottica molto più ampia, significative novità nell'ambito della disciplina generale dedicata al minore autore di reato, incidendo così anche su disposizioni portanti del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. In questa sede non si soffermerà l'attenzione su tutti gli interventi di riforma che sono stati attuati, su cui la dottrina ha già iniziato ad esprimersi², ma ci si concentrerà sull'introduzione, nella fase di conversione in Legge del Decreto e, da quanto ci risulti, in assenza di qualsivoglia discussione parlamentare, del nuovo comma 5-*bis* nell'ambito dell'art. 28 del D.P.R. 448/1988. Un nuovo comma che stravolge radicalmente in senso negativo, a mio avviso, la *ratio* e l'efficacia di un istituto che costituiva un simbo-

¹ Cfr. <https://tg24.sky.it/cronaca/2024/02/20/stupro-caivano-minori-processo>.

² PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto “Caivano”*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 12, 1554 ss.; TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 12, 1568 ss.; CAVALIERE, *Il Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in www.penaedp.it, 9 febbraio 2024, 10 ss.; MASSARO, *La risposta “punitiva” al disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 2, 488 ss.

lo della giustizia penale minorile e che interpretava perfettamente, anche in ossequio ai dettami internazionali, i valori e le finalità del processo del minore autore di reato.

La Novella legislativa comporta l'esclusione automatica della sospensione del processo con messa alla prova allorquando si proceda per i delitti di cui all'art. 575 c.p., limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 576 c.p., nonché per i delitti previsti dagli artt. 609-*bis* e 609-*octies* c.p., limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-*ter*; e dall'art. 628, co. 3 nn. 2, 3 e 3-*quinqüies*, c.p.

In un sistema fondato sui principi di minima offensività, di adeguatezza applicativa, e volto ad evitare pericolosi automatismi che si pongono in conflitto con le esigenze educative del minore³, interviene oggi il legislatore, introducendo esclusioni automatiche basate sull'oggettiva fattispecie di reato, prescindendo da qualsiasi individualizzazione, non solo in considerazione del ruolo del singolo minore nella perpetrazione del reato, ma soprattutto in ordine alla opportunità di osservare la personalità ancora in evoluzione del minore all'esito di un progetto educativo.

Si tratta, a mio avviso, di una scelta irrazionale e irragionevole sotto vari profili.

Si pone, innanzitutto, in contrasto con le direttrici fondamentali dei documenti internazionali, che vedono nella "educazione" e risocializzazione del minore autore di reato la finalità principe del sistema penale minorile, che mettono in guardia dai rischi che possono derivare al minore dall'ingresso nel circuito penale, che sollecitano, laddove possibile, interventi di *diversion* e che individuano nella pena detentiva una *extrema ratio*⁴. Si pone in conflitto

³ La Corte costituzionale ha in più occasioni censurato norme che introducono automatismi in campo minorile, evidenziando l'impossibilità nel sistema minorile di prevedere meccanismi preclusivi, incompatibili con la necessità di valutazioni individualizzate, dirette a perseguire, con il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena (v. Corte cost., 20 aprile 1978, n. 46; Corte cost., 25 marzo 1992, n. 125; Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125; Corte cost., 9 aprile 1997, n. 109; Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 403; Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90; Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 263).

⁴ Cfr. la Risoluzione n. 40/33 dell'Assemblea Generale dell'ONU concernente le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile approvata il 29 novembre 1985 (cosiddette "Regole di Pechino") (cfr. FADIGA, *Le regole di Pechino e la giustizia minorile*, in *Giust. cost.*, 1989, 2, 16 ss.); la Raccomandazione n. 87/20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (Risposte sociali alla delinquenza giovanile), approvata il 17 settembre 1987; la Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata

con la norma costituzionale di riferimento della giustizia penale minorile, ossia l'art. 31, co. 2 Cost., che impone alla Repubblica il compito di “proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”, dove “proteggere” si declina, nella prospettiva *de qua*, nell'obiettivo di “recuperare socialmente il minore”, preservando il processo educativo in atto, incidendo positivamente su una personalità *in fieri* e sottraendo i minori da situazioni che possono portare ad un loro ingresso o consolidamento nella carriera deviante⁵. Più precisamente confligge con il combinato disposto degli artt. 27, co. 3, e 31, co. 2 Cost., fondamento costituzionale dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, «che affidano al legislatore il compito di individuare, per gli imputati minorenni, strumenti sanzionatori che ne favoriscano il recupero, tenendo conto della specificità della loro condizione psicofisica»⁶.

All'infondatezza e incoerenza sostanziale della scelta di prevedere questo automatismo, si associa l'irragionevolezza della tecnica casistica adottata, che se da un lato non considera alcuni delitti di altrettanto grave disvalore, come l'estorsione aggravata⁷ e l'associazione a delinquere⁸, dall'altro contempla solo alcune ipotesi di rapina aggravata, mentre include tutte le ipotesi di violenza sessuale aggravata, e pertanto copre indiscriminatamente tutti i casi di violenza sessuale su minorenni posti in essere da minorenni.

Sembra che si siano volute sostanzialmente ritagliare e stigmatizzare tre categorie di “minori autori” di reato, ossia gli omicidi, i rapinatori, gli abusanti sessuali (con tutta l'ampiezza che la giurisprudenza conferisce alla nozione di

dall'ONU il 20 novembre 1989.

⁵ Sulle disposizioni costituzionali di riferimento per il diritto penale minorile ed in particolare sull'art. 31, ultimo comma Cost., v. LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005, 53 ss.

⁶ CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, in *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano, 2021, 465. Sui parametri costituzionali che possono ritenersi violati dall'emendamento in commento v., *amplius*, *infra*, par. 5.

⁷ CAVALIERE, *Il Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 10 ss.

⁸ CAMALDO, *Al vaglio della Corte Costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-bis D.P.R. n. 448/1988 (cd. Messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal Decreto Caivano*, in www.sistemapenale.it, 29 marzo 2024. Per un commento, in senso favorevole, ad un'ordinanza di sospensione di messa alla prova di un minorenne imputato di associazione di tipo mafioso, v. SCIVOLETTI, *Messa alla prova e criminalità organizzata*, in *Min. giust.*, 2007, 1, 238 ss.; cfr., inoltre, *La messa alla prova minorile e i reati associativi*, a cura di Moyersoen, Milano, 2018.

atti sessuali): soggetti, che per il sol fatto di aver commesso quello specifico reato, sono da presumersi pericolosi, macchiatisi di un crimine troppo grave e quindi non meritevoli di una dimostrazione di fiducia da parte dell'ordinamento, attraverso la sospensione del procedimento, in attesa di valutare, all'esito di un periodo di tempo in cui il minore viene sottoposto a un percorso educativo, la sua personalità.

A ciò si aggiunga che, per quanto riguarda i reati sessuali e a sfondo sessuale in particolare, si sta assistendo negli ultimi dieci anni, come approfondiremo più avanti nel commento, a una evoluzione normativa e giurisprudenziale che segue due direzioni intersecantesi. Sotto il profilo sostanziale, si registra un progressivo inasprimento del comparto sanzionatorio e l'introduzione di nuove fattispecie o sotto-fattispecie che incriminano condotte a sfondo sessuale (v. il recente delitto di cui art. 612-ter c.p.); sotto il profilo ermeneutico non si può non rilevare una "riscrittura giurisprudenziale" di questi reati, che implica un'estensione della loro portata applicativa, per mezzo di interpretazioni svincolate dalla tipicità delle norme, anche attraverso la tacita abrogazione di alcuni elementi costitutivi e l'introduzione di nuovi.

Ebbene, l'esclusione dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni autori di reati di violenza sessuale individuale e di gruppo aggravate sembra collocarsi all'interno della prima direzione, ossia eliminare tale misura in considerazione della apodittica riprovevolezza e gravità di questi delitti, trascurando, tuttavia, la graduale estensione interpretativa della definizione normativa di violenza sessuale, le caratteristiche personali e le competenze dei minori, soprattutto in contesti sessualmente connotati, la sempre maggiore eterogeneità delle forme di approccio sessuale, anche alla luce del processo di "digitalizzazione" delle relazioni interpersonali. Ed è proprio sulla esclusione dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova per i minorenni autori di questa categoria di reati (aggravati) che si concentrerà la presente indagine.

2. La sospensione del processo con messa alla prova per reati gravi (ante Decreto Caivano). Premettiamo che non ci soffermeremo in questa sede sull'analisi dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova,

sui presupposti, sul procedimento, sui contenuti del progetto di intervento, profili generali per i quali si rinvia alla cospicua dottrina che se ne è occupata⁹, ma entreremo subito *in medias res*, indagando innanzitutto la *ratio* alla base della scelta originaria del legislatore di dare la possibilità al giudice di concedere la misura al minore autore di qualsiasi reato.

La volontà del legislatore del D.P.R. 448/1988 è stata quella di escludere qualsiasi preclusione di tipo soggettivo e oggettivo all'operatività dell'istituto, delegando così ai giudici minorili ampia discrezionalità, nell'ambito della loro competenza specializzata, nel riconoscimento della messa alla prova quale risposta idonea, sempre in un'ottica individualizzante, anche per il minorenni autore di un reato grave. Una valvola di tutela, dunque, anche in considerazione dell'assenza nel nostro ordinamento di un sistema sanzionatorio specifico per i minorenni, pensato e costruito per le loro esigenze e caratteristiche peculiari¹⁰, nonché della diffidenza verso le effettive potenzialità educative della pena detentiva applicata ai minorenni¹¹ e del principio di *extrema ratio* del

⁹ La bibliografia in tema di sospensione del processo con messa alla prova è amplissima. Si richiamano qui, in ordine cronologico, solo alcuni fra i contributi più recenti: COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Padova, 2011; COLAMUSSI-MESTITZ, (voce) *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, 2010, V Agg., 558 ss.; COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di Palermo Fabris-Presutti, Milano, 2011, 607 ss.; LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflativo*, Milano, 2017, 43 ss.; SPANGHER, *Il processo penale minorile*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, Torino, 2018, 761 ss.; DELLA CASA, *Processo penale minorile*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Bargis, Padova, 2018, 1194 s.; CESARI, *Le strategie di diversione*, in *Procedura penale minorile*, a cura di Bargis, Torino, 2019, 218 ss.; CIAVOLA-PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zappalà, Torino, 2019, 187 ss.; TRIGGIANI, *La messa alla prova dell'imputato minorenni, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, in *Annali 2019 del Dipartimento ionico*, Anno VII, 2019, 517 ss.; CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 461 ss.

¹⁰ LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005, 141; DELLA BELLA-MARIANI, *Il sistema penale minorile in precario equilibrio tra esigenze di rieducazione e bisogno di certezza ed effettività della pena*, in *Cass. pen.*, 2005, IV, 4048 ss.; BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, t. I, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2009, 347 ss.; LARIZZA, *Considerazioni de lege ferenda*, in *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Pennisi, Milano, 2012, 566 ss.; PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012, 347 ss.; MARIANI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive evolutive. Un'analisi criminologica dalla giustizia penale minorile a quella ordinaria*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 82; SIRACUSANO, *La sanzione penale nei confronti dell'imputato minorenni*, in *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di Zuccalà, Torino, 2019, 212 ss.

¹¹ LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, cit., 252.

ricorso alla privazione della libertà personale, come enunciato da più parti a livello internazionale¹².

La possibilità di concedere la messa alla prova per qualsiasi tipo di reato è stata ribadita con fermezza e convinzione anche dalla Corte costituzionale, che afferma come questa opzione si ponga in linea con le finalità della *probation* e sia necessaria, in quanto «la gravità del reato» non può «escludere nel minore un eccezionale, non più ripetibile momento di anomalo sviluppo della personalità»¹³. Anche in una recente pronuncia, in cui la Corte mette in relazione la messa alla prova del minore con quella dell'adulto, dichiara che: «la messa alla prova del minore è prevista per tutti i reati, anche quelli di gravità massima, rispetto ai quali l'ordinamento sospende il processo in vista dell'eventuale estinzione del reato per finalità puramente rieducative, quindi non perché l'imputato lo richieda e il pubblico ministero vi consenta, ma solo perché, ed in quanto, lo ritenga opportuno un giudice strutturalmente idoneo a valutare la personalità del minore»¹⁴.

Se il giudice, dunque, riscontra nel minore i segni di una volontà di cambiamento, può decidere di sospendere il processo per poter valutare la sua personalità all'esito di un periodo di prova, con l'ausilio dei servizi sociali, e ciò indipendentemente dal tipo di reato realizzato, da quante volte il minore abbia già commesso reati e da quante volte abbia già beneficiato di questo istituto.

Il legislatore non fissa criteri guida per il giudice: quest'ultimo possiede quindi un'amplissima discrezionalità, sia in ordine all'*an* che al *quomodo* dell'applicazione dell'istituto.

In dottrina non sono mancate, pertanto, voci di preoccupazione relativamente alla eccessiva discrezionalità in capo al giudice minorile, per due motivi in particolare. Secondo una ragione di natura sostanziale, si è obiettato che

¹² V., *inter alia*, Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile adottate con risoluzione ONU 40/33 del 1985 (artt. 18 e 19); Convenzione sui diritti dell'infanzia approvata dall'ONU il 20 novembre 1989 (art. 37); Raccomandazione (87) 20 sulle 'Reazioni sociali alla delinquenza minorile' (art. 14); Raccomandazione (2008) 11 su "Regole europee per i minori sottoposti a sanzioni e misure restrittive della libertà personale" (Part. 1.A.10); Direttiva UE 800/2016 sulle garanzie procedurali per i minori (art. 10).

¹³ Corte cost., 27 aprile 1990, n. 412, in *Giur. cost.*, 1990, 2505 ss.

¹⁴ Corte cost., 6 luglio 2020, n. 139.

l'assenza di limiti in ordine alla tipologia di reati per cui è applicabile l'istituto implica che venga riservata la medesima risposta penale a condotte molto distanti sotto il profilo del disvalore, con conseguente compromissione della certezza e omogeneità delle risposte¹⁵; vi è poi chi lamenta l'inadeguatezza dell'«esclusione, anche per delitti gravissimi, di qualsiasi conseguenza penale attraverso una pronuncia di proscioglimento emanabile, sempre a discrezione del giudice, entro breve tempo (non essendo prevista una durata minima della “prova”)»¹⁶.

Di natura maggiormente pratica-applicativa è la seconda ragione: la possibilità di ricorrere a questa misura per tutti i reati comporterebbe il rischio di una disparità di trattamento sul territorio nazionale, laddove la sua applicazione dipende anche dalla disponibilità o meno di risorse necessarie per il suo espletamento¹⁷.

Per tutti questi motivi, vi sono Autori che già in passato avevano suggerito di escludere l'applicabilità dell'istituto per i reati gravi¹⁸, e lo stesso legislatore aveva proposto, con il d.d.l. n. 2501 dell'8 marzo 2002, intitolato “Modifiche alla composizione ed alle competenze del tribunale penale per i minorenni”, l'esclusione della messa alla prova per l'omicidio volontario, tentato e consumato, nonché per i reati di cui agli artt. 416-*bis*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p. Il contesto di allarme sociale in cui si innestava questa proposta, che poi non venne approvata, era molto simile a quello attuale, come è reso evidente dalle parole della relazione illustrativa: «L'istituto della sospensione del processo e della messa alla prova - che com'è noto è una delle figure che caratterizzano il processo minorile - merita di essere confermato nella sua so-

¹⁵ V., nell'ambito di un più ampio discorso sul bilanciamento fra esigenze collegate al miglior interesse del minore e necessità di certezza della pena, LARIZZA, *Bisogno di educazione o bisogno di punizione? Il perenne dilemma della giustizia minorile*, in *Cass. pen.*, 2006, 2979; si esprime in senso critico in ordine alla discrezionalità nell'applicazione delle misure adottabili in ambito minorile (che “rendono impossibile all'adolescente prevedere la natura delle risposte che corrisponderanno alle sue azioni”), fra cui la messa alla prova, ROLI, *Le ambiguità del processo minorile tra educazione e punizione*, in *Quest. giust.*, 1989, 892.

¹⁶ V. GHIARA, *La “messa alla prova” nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 86.

¹⁷ Cfr. DI NUOVO-GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile*, Milano, 2005, 326.

¹⁸ V. PECORELLA, *Prospettive di politica legislativa*, in Aa.Vv., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia?*, Milano, 2004, 145 (l'A. suggeriva di escludere la messa alla prova per i delitti che di per sé, in ogni caso, costituiscono la manifestazione di una spiccata tendenza a delinquere, come la rapina, lo stupro, la partecipazione ad associazioni terroristiche o ad associazioni mafiose).

stanziale validità, che l'esperienza di questi anni ha evidenziato. Pur tuttavia, tale istituto deve essere ripensato nella sua definizione normativa, soprattutto per impedire taluni eccessi che la pratica applicativa ha posto in luce. Non sembra, infatti, ipotizzabile che per delitti che evidenziano una pericolosità ed un allarme sociale di massimo livello possa lasciarsi alla discrezionalità del giudice una causa di estinzione del reato, che finisce per sacrificare pressoché integralmente le esigenze di tutela della collettività ed in particolare le aspettative delle persone offese dal reato»¹⁹.

Per dare una risposta fondata a queste preoccupazioni diventano dunque indispensabili indagini statistiche ed empiriche che rilevino se, ed in quale percentuale, viene applicata la messa alla prova ai minori autori di reati gravi, quali siano i criteri che adotta il giudice per orientare la propria discrezionalità, se gli esiti del periodo di messa alla prova siano prevalentemente positivi o negativi e, infine, se vi siano studi volti a verificare il grado di recidiva di minorenni sottoposti alla messa alla prova per reati gravi rispetto a minori condannati per i medesimi reati.

Orbene, dalle ricerche effettuate nella prassi dei tribunali per i minorenni e dalle indagini statistiche si registra che l'ambito privilegiato di applicazione della messa alla prova sia proprio quello dei "reati gravi": come afferma attenta dottrina, proprio in questi casi essa costituisce «l'unica chance per intervenire sui minori a più alto rischio e tentare il loro reinserimento nella società e nella legalità...; l'unica forma di intervento - alternativo alla detenzione e fortemente educativo - nei confronti del minorenne delinquente che abbia commesso reati anche gravissimi: in questi casi, infatti, le altre misure (come il perdono giudiziale, il proscioglimento per irrilevanza del fatto, le sanzioni sostitutive, la sospensione condizionale), oltre a non possedere una caratterizzazione così fortemente educativa, possono non essere - o non essere più - applicabili»²⁰.

¹⁹ D.d.l. n. 2501 del 8 marzo 2002 "Modifiche alla composizione ed alle competenze del tribunale penale per i minorenni" (https://leg14.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0024010.pdf). L'esclusione aprioristica di alcune categorie di reati dall'applicazione della messa alla prova è stata criticata in dottrina, v. LARIZZA, *Una minore giustizia: a proposito del disegno di legge di riforma del Tribunale per i minorenni*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 11, 1319 ss.; PULITANÒ, *Quale futuro per la giustizia penale minorile?*, in *Min. giust.*, 2002, 1-2, 83; COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Padova, 2011, 124.

²⁰ MEDICO, *La 'sospensione del processo e messa alla prova': fra prassi e prospettive di riforma*, in

In particolare, dall'esame dei più recenti dati statistici effettuati dal Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, riferiti all'anno 2021, emerge che al primo posto fra i reati per i quali viene disposta la sospensione del processo con messa alla prova vi sono le violazioni delle disposizioni sugli stupefacenti, seguono i reati contro il patrimonio (furto, rapina, ricettazione, estorsione...) e quindi i delitti contro la persona (lesioni personali volontarie, minacce, violenze sessuali...)²¹.

Preso atto del significativo ricorso all'istituto della messa alla prova per minori autori di reati gravi, è interessante comprendere, ai nostri fini, in assenza di linee guida legislative, quali criteri utilizzino i giudici per orientare la loro scelta in merito alla concessione o meno dell'istituto.

A questo proposito risultano di grande interesse alcune ricerche empiriche effettuate in dottrina.

Numerosi sono gli studi sulla messa alla prova applicata in casi di omicidio. Vi è, per esempio, un intero numero monografico della rivista "MinoriGiustizia" dedicato proprio al "Minore omicida e la messa alla prova", che raccoglie i contributi di "pratici" e "teorici" del diritto minorile (giudici onorari, sostituti procuratori, avvocati, psicologi, docenti, ecc.)²². Si riportano le parole conclusive dell'articolo di Saverio Abbruzzese, allora Giudice Onorario del Tribunale per i Minorenni di Bari: «La messa alla prova è un tentativo di mediazione fra un minore imputato e la comunità offesa dal reato...è un tentati-

Cass. pen., 2003, 2484-2485. Sull'applicazione della messa alla prova per i reati di particolare allarme sociale v. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit., 124 ss.

²¹ *La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88). Elaborazione sui dati statistici - Anno 2021, a cura del Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, Ufficio I del Capo Dipartimento Sezione Statistica*, 9 Marzo 2022. Molto interessanti alcune ricerche che leggono i dati anche in rapporto percentuale, non solo in termini assoluti (es. "nell'ambito di tutti gli avvisi di azioni penali per furto, in quanti casi è stata disposta la messa alla prova? Nell'ambito di tutti gli avvisi di azioni penali per violenza sessuale, in quanti casi è stata disposta la messa alla prova? ...). Dai risultati emerge, come illustreremo più avanti nel testo, una maggiore applicazione della messa alla prova per i reati gravi (per esempio, il reato di furto - che è quello più diffuso - è quello che vede la minore applicazione della messa alla prova (solo nel 6% dei casi), mentre per il reato di violenza sessuale è stata disposta la messa alla prova nel 22% dei casi e per l'omicidio nel 25% dei casi) (MONTELEONE, *Messa alla prova e "Reati gravi": uno studio della prassi applicativa del Tribunale per i Minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2008, 9, 3484-3485); a simili risultati giunge un'altra ricerca effettuata sull'applicazione della messa alla prova ai reati di gruppo: MARIANI-BIANCHETTI, *L'applicazione della "messa alla prova" nei reati di gruppo commessi da minori nel distretto della Corte d'Appello di Milano*, in *Cass. pen.*, 2005, 2422 (in misura percentuale risultano preponderanti la violenza sessuale e l'omicidio volontario).

²² *Il minore omicida e la messa alla prova*, *Min. giust.*, 1996, 1.

vo che va percorso perché su questo si fonda una società civile non violenta, alla ricerca della pace. Perché avere “fiducia nella giustizia” significa soprattutto avere fiducia in questi ragazzi, che si sono macchiati di reati così terribili e contro i quali molti gridano vendetta. Ma giustizia non è vendetta»²³.

Sul tema vi è poi un più recente lavoro che prende in esame una decisione del Tribunale per i Minorenni di Milano relativamente all’omicidio di una prostituta da parte di due quindicenni, caso che ebbe notevole risonanza mediatica. Dall’analisi della sentenza emergono i criteri adottati dal giudice per decidere se concedere o meno la messa alla prova, fra cui la personalità del giovane e le sue risorse personali, il movente del delitto, le modalità esecutive, la mancanza di precedenti denunce, il contesto socio-familiare, il comportamento processuale, l’inadeguatezza del regime carcerario a promuovere il processo di crescita, responsabilizzazione e risocializzazione del minore in considerazione delle caratteristiche personalistiche dello stesso²⁴.

Vi è poi un’interessante ricerca sulla prassi applicativa del Tribunale per i Minorenni di Milano che prende in considerazione più in generale la messa alla prova per “reati gravi”. Essa comprende sia un’indagine quantitativa, che estrae i dati relativi alla messa alla prova concessa nell’arco temporale compreso fra il 2003 e il 2007 a minori, appunto, autori di reati gravi (sulla base della cornice edittale sono stati selezionati i seguenti reati: omicidio; violenza sessuale; rapina; estorsione; produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope), sia un’indagine qualitativa sulla messa alla prova concessa per reati di omicidio e violenza sessuale. Dallo studio emerge, innanzitutto, che: «se in termini assoluti i minori autori di reati contro il patrimonio sono quelli ai quali viene maggiormente applicata la messa alla prova, ad una più attenta analisi si evidenzia una maggiore applicazione della messa alla prova proprio nel caso di commissione di reati “gravi”», cioè sulla base di un calcolo percentuale (per esempio, la messa alla prova è stata concessa nel 36% dei casi di rapina e nel 22% dei casi di violenza sessuale)²⁵. Da ciò si

²³ ABBRUZZESE, *La messa alla prova del minore omicida*, in *Min. giust.*, 1996, 26-27.

²⁴ CAMALDO, *Sospensione del processo e messa alla prova del minore imputato di omicidio: una recente decisione del Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2006, 1589 ss.

²⁵ MONTELEONE, *Messa alla prova e “Reati gravi”: uno studio della prassi applicativa del Tribunale per i Minorenni di Milano*, cit., 3485.

evinces che la tipologia di reato commesso rappresenta un elemento secondario rispetto alla valutazione delle “caratteristiche della personalità del minore” e all’“accertamento della disponibilità dello stesso ad intraprendere un percorso educativo”²⁶.

Il fatto che la scelta del giudice di concedere o meno la messa alla prova non dipenda tanto dalla gravità del reato quanto dalla capacità del minore di impegnarsi nel progetto di intervento per lui/lei predisposto e di rielaborare quanto accaduto è dimostrato anche dal fatto che, dall’analisi dei fascicoli, risulta che per il medesimo reato vengono previsti periodi di messa alla prova di durata molto eterogenea (ovviamente nell’ambito dei limiti massimi indicati dal legislatore)²⁷.

Per individuare i criteri che guidano il giudice nella decisione circa la concessione o meno della messa alla prova, nonché in ordine alla valutazione della prova stessa, l’autore ha ritenuto necessario circoscrivere la seconda parte della ricerca ai fascicoli relativi ai reati di omicidio e violenza sessuale. Risulta, innanzitutto, che il giudice trae un apporto fondamentale dalle relazioni dei servizi sociali, che analizzano la personalità e la vita del minore sotto tre principali profili: l’ambito familiare in cui il minore vive, l’aspetto psicologico e il rapporto tra il minore e il reato. Analizzando i fascicoli attraverso queste tre macro-aree, si registra come all’interno di ciascuna di esse si possano rinvenire i criteri che il giudice adotta per decidere se autorizzare o meno la messa alla prova e che la valutazione finale in ordine all’esito della prova si fonda sulla presenza di alcuni indici che mostrano una personalità che si è evoluta, che ha acquisito la capacità di “rileggere criticamente la propria condotta”, quali “il distaccamento dal gruppo deviante, l’assolvimento degli obblighi previsti dal progetto, il superamento dei nodi problematici preesistenti”.

Si segnala, infine, che dall’indagine quantitativa sulle messe alla prova concesse ad autori di reati gravi, la maggior parte di esse ha avuto esito positivo con conseguente estinzione del reato (l’87% dei casi).

Senza ripercorrere tutto il pregevole studio, al quale si rinvia, appaiono, a mio avviso, particolarmente importanti le conclusioni a cui giunge questa analisi,

²⁶ MONTELEONE, *Messa alla prova e “Reati gravi”*, cit., 3485, 3486.

²⁷ MONTELEONE, *Messa alla prova e “Reati gravi”*, cit., 3489.

che meritano di essere qui riportate: «I risultati della ricerca ci consentono di considerare l'istituto della messa alla prova una soluzione possibile, alternativa alla detenzione e fortemente rieducativa, valida soprattutto nei confronti di minori autori di gravi reati. In primo luogo perché, come abbiamo avuto modo di osservare, nell'età evolutiva i comportamenti devianti sono spesso determinati da crisi e sbandamenti transitori e i reati "gravi" possono considerarsi un episodio isolato nella vita del minore; in secondo luogo perché la personalità del minore, se adeguatamente seguita, consente un rapido superamento di tali sbandamenti: anzi, il coinvolgimento emotivo che segue la commissione di un reato grave costituisce un ottimo presupposto per il cambiamento»²⁸.

3. *La messa alla prova per i minori autori di reati sessuali. Preoccupazioni sull'interpretazione giurisprudenziale evolutiva dei reati sessuali.* L'indagine si sposta ora sui minori autori di reati sessuali. Se la riforma dell'art. 28 del D.P.R. 448 del 1988 lascia molto perplessi in generale, l'esclusione della messa alla prova per i minori autori di violenza sessuale aggravata e di violenza sessuale di gruppo aggravata crea davvero disorientamento e ciò sia per motivi di ordine sociologico, criminologico, psicologico, per i quali rinvio a un recente studio realizzato dal dipartimento per la giustizia minorile e di comunità²⁹ (che riprenderò più avanti nel testo), sia per ragioni prettamente giuridiche.

Si tratta di un tema estremamente delicato, in cui ovviamente non si mette in secondo piano il fondamentale ruolo della vittima e l'offesa ad un bene giuridico di primaria importanza. Questa necessaria e doverosa premessa non esime, tuttavia, dal soffermarsi a riflettere sulla complessità sociale, culturale e politica in cui crescono gli adolescenti in questo periodo storico, sull'evoluzione delle dinamiche sessuali nel contesto sociale, sull'uso endemico delle moderne tecnologie e dei *social network* da parte dei giovani per ap-

²⁸ MONTELEONE, *Messa alla prova e "Reati gravi"*, cit., 3501. Cfr. anche CHESSA-GASPARINI-POLI, *La messa alla prova nella esperienza del Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Min. giust.*, 2008, 4, 102 ss.

²⁹ *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, in *I numeri pensati. Quaderni dell'osservatorio sulla devianza minorile in Europa*, a cura di Mastropasqua-Bracalenti-Totaro, Roma, 2021.

prendere, per comunicare, per conoscersi, per sperimentare i primi approcci sessuali, per vivere. Un mondo, quello digitale, in cui abita la subcultura dell'oggettivizzazione della donna, in cui i minori si confrontano con modelli di mascolinità e femminilità spesso distorti; in cui si esaspera la politica del "tutto e subito", del "possedere per essere", in luogo dell'osservazione, dell'attesa, del rispetto.

In questo contesto diventa dunque fondamentale, non solo mantenere forte l'attenzione sul sostegno delle vittime, ma anche portare il dibattito verso l'individuazione della risposta penale più adeguata per i minorenni autori di questi reati, sia in termini di progetto socio-educativo sia di prevenzione dalla recidiva.

I dati statistici più recenti mostrano come la violenza contro le donne sia un fenomeno in allarmante crescita, così come le denunce siano aumentate rispetto al passato, seppur esista ancora un preoccupante numero oscuro³⁰. Questo è ovviamente indice di un'evoluzione culturale e di una progressiva acquisita consapevolezza della donna rispetto ai propri diritti.

Dal punto di vista legislativo, negli ultimi decenni, grazie soprattutto agli stimoli provenienti dal quadro normativo sovranazionale, si è assistito anche a livello nazionale ad un progressivo rafforzamento della tutela della donna nel diritto penale, attraverso l'emanazione di diverse leggi che hanno introdotto nuovi reati, hanno inasprito le pene esistenti, hanno inserito nuove circostanze aggravanti³¹. Da ultimo, nel 2019, è entrato in vigore il cd. Codice Rosso, che sotto il profilo del diritto penale sostanziale, non solo è intervenuto sul quadro sanzionatorio, ma ha altresì arricchito il codice penale di nuovi delitti, fra cui quello di "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" (art. 612-ter c.p.), una nuova forma di "violenza sessuale virtuale" che necessitava una disciplina *ad hoc*, seppur quella attuale sia carente sotto diversi profili, che peraltro non sono oggetto di analisi in questa sede.

A questo rafforzamento della tutela sotto il profilo legislativo si affianca un'estensione della portata applicativa di questi reati nella prassi. Ci concen-

³⁰ V. GOISIS, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Quest. giust.*, 2022, 4, 44.

³¹ Per approfondite riflessioni sulla relazione fra le recenti riforme nell'ambito del settore dei reati sessualmente connotati e una politica criminale ispirata alla logica del "diritto penale del nemico", v. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, 13 ss.

triamo in particolare sui reati di violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo, ossia due delle fattispecie che, se aggravate, oggi sono ostative alla concessione ai minorenni della misura della messa alla prova.

Per quanto riguarda il reato di violenza sessuale, si sta assistendo sostanzialmente ad una riscrittura della norma da parte della giurisprudenza.

Il requisito esplicito della “violenza” si è sostanzialmente “volatilizzato” per essere sostituito dall’elemento del “consenso”. Ancora: alcune pronunce giurisprudenziali non solo ritengono sufficiente l’assenza di consenso all’atto sessuale, ma si accontentano di una non manifesta espressione del consenso da parte della vittima per dichiarare l’atto punibile. In altre parole, non occorre una manifestazione di dissenso da parte della vittima perché quest’ultimo, in ragione dell’intimità della sfera personale attinta, sarebbe sostanzialmente presunto, e quindi per la punibilità sarebbe sufficiente l’assenza di un manifesto consenso³². E’ evidente come l’opzione di prescindere dalla richiesta di un dissenso espresso da parte del soggetto passivo, che renda chiara al partner la contrarietà agli atti sessuali, possa aumentare i rischi di fraintendimenti, di errore sul consenso del soggetto passivo, dubbi che peraltro non rilevano per escludere il dolo di violenza sessuale, proprio perché, per ritenerlo sussistente, oggi ci si accontenta della circostanza che l’agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali³³.

A ciò si aggiunga che l’assenza di una definizione di atti sessuali ha portato la giurisprudenza, pur accogliendo una concezione oggettivistica, ad includere nella nozione di atti sessuali tutti quelli indirizzati verso “zone erogene”, con conseguenti condanne per violenza sessuale consumata nel caso di chi allunga le mani tra le gambe (senza toccare le zone pudende), nel caso di bacio non solo sulla bocca ma anche sulla guancia, nel caso di pacca sul sedere³⁴, e ciò

³² Cfr. Cass., Sez. III, 17 giugno 2022, n. 32846; Cass., Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6520; Cass., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597.

³³ *Amplius*, CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 158 ss.; CADOPPI, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, in CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*³, Milano 2023, vol. II, t. II, *I reati contro la persona. Reati contro i soggetti deboli*, 11 ss.

³⁴ CADOPPI, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, cit., 32 ss.

anche se si tratta di contatti corporei di breve durata³⁵.

La nozione di atto sessuale viene poi ulteriormente estesa dalla più recente giurisprudenza alle interazioni sessuali che avvengono da remoto: l'uso dei mezzi di comunicazione informatica e dei *social network*, come canali funzionali all'instaurazione virtuale di relazioni intime di natura sessuale fra due o più persone, ha determinato infatti anche la creazione di nuovi spazi per la commissione di vecchi e nuovi reati, fra cui "violenze sessuali telematiche". Viene così qualificata come violenza sessuale consumata l'induzione della vittima, mediante comunicazioni telematiche che non comportino contatto fisico, al compimento di atti che comunque ne coinvolgano la corporeità sessuale e siano idonei a violarne la libertà personale³⁶.

In una recente pronuncia, la Corte di Cassazione si spinge fino a riconoscere la configurabilità del reato di violenza sessuale nella condotta di un soggetto adulto che, nell'ambito di una conversazione via whatsapp, dopo avere inviato una foto erotica, riceve da una minorenne, dietro minaccia di pubblicare su canali social la chat sessualmente esplicita, una foto con esposizione di una zona erogena (nella specie, il seno nudo). Secondo i giudici, lo scambio dietro minaccia, attraverso un social network, di foto hard, costituisce "atto sessuale", con conseguente condanna per il reato di cui all'art. 609-*bis* c.p. aggravato dall'art. 609-*ter* c.p.³⁷. Senza indagare in questa sede sulla correttezza o meno della qualificazione giuridica di questa condotta, considerata la sua sostanziale sovrapposizione con le fattispecie di pornografia minorile, disciplina a cui la giurisprudenza riconduce anche le condotte di *sexting* minorile cd. abusivo (come in questo caso, ove la richiesta di immagini a contenuto sessuale avviene "con minaccia"³⁸), non possiamo invece non valutare con preoccupazione

³⁵ V. Cass., Sez. III, 15 marzo 2022, n. 11624.

³⁶ Cass., Sez. III, 5 luglio 2019, n. 41951; v. anche Cass., Sez. III, 23 gennaio 2024, n. 10692.

³⁷ V. Cass., Sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266, con nota di PARISI, *Violenza sessuale via WhatsApp? La progressiva estensione della nozione di atto sessuale in una sentenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 2021, 146(4), 268-272. Per la giurisprudenza in tema di violenza sessuale commessa mediante strumenti telematici di comunicazione a distanza, v., *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 26 marzo 2013, n. 19033; Cass., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 17509.

³⁸ Ricordiamo come la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si sia espressa in due occasioni (Cass., Sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815; Cass., Sez. un., 9 febbraio 2022, n. 4616) delineando il perimetro del reato di "produzione di pornografia minorile", distinguendo fra produzione di "pedo-pornografia domestica" e produzione abusiva di pedo-pornografia (ossia realizzata "utilizzando", *rectius* "strumentalizzando")

questa ulteriore estensione interpretativa, ove l'invio dell'immagine intima è equiparato al compimento di un atto sessuale.

Pensiamo poi alla disciplina dell'ignoranza dell'età della persona offesa nei reati sessuali (artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 609-*undecies*), che, come sancito dall'art. 609-*sexies* c.p., scusa solo se si tratta di ignoranza inevitabile. La norma mira, da un lato, a garantire una forte tutela ai minorenni, la cui età rende particolarmente delicata ogni intromissione nella loro sfera sessuale da parte di terzi e, dall'altro, aspira, con la sua nuova formulazione, a risolvere il precedente contrasto con il principio di colpevolezza, rendendo di natura relativa una presunzione che prima era assoluta (per circa un decennio dalla sua introduzione la norma infatti escludeva valore scusante a qualsiasi tipo di ignoranza dell'età della persona offesa, anche se inevitabile)³⁹.

zando”, il minore). La produzione di pedo-pornografia domestica riguarda quelle immagini che hanno “per oggetto la vita privata sessuale nell’ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti derivanti dalla posizione dell’autore, ma siano frutto di una libera scelta - come avviene, per esempio, nell’ambito di una relazione paritaria tra minorenni ultraquattordicenni - e siano destinate ad un uso strettamente privato”: questa fattispecie sarebbe “atipica” rispetto al reato di cui all’art. 600-*ter*, comma 1, c.p. perché difetta il presupposto dell’utilizzazione del minore. La Corte indica, quindi, i criteri dai quali è possibile desumere la condizione di “utilizzazione” del minore e quindi l’abusività della condotta: fra questi si annovera anche la produzione di tale materiale con la modalità della “minaccia”. Considerando che, sempre secondo la ricostruzione giurisprudenziale, l’utilizzazione del minore può manifestarsi non solo quando l’agente realizzi egli stesso la produzione di tale materiale, ma anche quando induca o istighi a tali azioni il minore, si può affermare che indurre il minore ad inviare propri autoscatti a contenuto sessuale (l’invio di *selfie* pedo-pornografici rientra nel fenomeno del cd. *sexting*), dietro minaccia della pubblicazione di comunicazioni riservate, possa configurare, laddove ne ricorrano tutti gli estremi, il reato di produzione di pornografia minorile (sul tema, cfr. BIANCHI, *Produzione di materiale pedo-pornografico: il nuovo principio di diritto delle Sezioni unite*, in *Arch. pen. web*, 2019, 1, 1 ss.; PICOTTI, *La pedopornografia nel Cyberspace: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell’evoluzione normativa*, in *Dir. internet*, 2019, 1, 187 ss.; ROMANO, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 601 ss.; ROSANI, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d’età*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 9 ss.; BERNARDI, *La “pornografia domestica” davanti alle Sezioni Unite: alcune riflessioni sulla libertà del minore di disporre della propria immagine sessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1157 ss.; PECCIOLI, *La rilevanza penale della pedopornografia ad uso personale tra punti fermi e residui profili critici*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1195 ss.; RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, in *Giur. it.*, 2022, 1470 ss.; si consenta di rinviare a BIANCHI, *Per una tipizzazione della produzione e diffusione di “pedo-pornografia domestica”*, in *Arch. pen. web*, 2023, 1, 229 ss.). Sull’inclusione della rappresentazione di parti erogene (seno e glutei) nella nozione di pornografia minorile, v. Cass., Sez. III, 19 ottobre 2021, n. 6302; Cass., Sez. III, 8 gennaio 2020, n. 9354; Cass., Sez. III, 5 luglio 2019, n. 36710.

³⁹ V. Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322. Sull’argomento, approfonditamente, MATTHEUDAKIS,

Se esploriamo però la giurisprudenza di legittimità, nelle rare sentenze che si sono pronunciate sul punto, è consolidato l'orientamento secondo cui si esclude che l'ignoranza inevitabile possa «fondarsi soltanto, od essenzialmente, sulla dichiarazione della vittima di avere un'età superiore a quella effettiva essendo richiesto, a chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, un impegno conoscitivo proporzionale alla presenza dei valori in gioco»⁴⁰. Le pronunce giurisprudenziali sembrano tutte orientarsi a indicare i casi in cui l'ignoranza è evitabile e quindi non scusabile, mentre tacciono in ordine ai casi in cui essa possa dirsi inevitabile. Può, per esempio, una fisicità molto più sviluppata rispetto all'età reale della persona offesa rendere l'ignoranza inevitabile? La dottrina esclude che tale dato possa rilevare dal momento che è notorio che vi sono soggetti infraquattordicenni o infrasedicenni che sono particolarmente sviluppati ed hanno le sembianze di maggiorenni⁴¹.

Gli orientamenti estensivi della più recente giurisprudenza evolutiva e la conseguente assai ampia applicabilità del delitto di violenza sessuale, fattispecie di elevata gravità, non solo sotto il profilo sanzionatorio ma anche nella prospettiva dello stigma sociale, lasciano perplessi, soprattutto quando si calano queste opzioni ermeneutiche nell'ambito dell'interazione sessuale fra minorenni. L'immagine che abbiamo davanti non può essere solo quella dello stupro violento o degli stupri del "branco" di minorenni; non possiamo ignorare tutte le situazioni in cui si vedono coinvolti due minorenni pressoché coetanei, un autore e una vittima, protagonisti di comportamenti sessualizzati, nell'ambito di una fase di sviluppo psico-sessuale e relazionale, in cui il primo, in un approccio improprio di sperimentazione della sessualità, con prepotenza, a volte mista ad inesperienza e incompetenza, spinge l'altra parte ad un contatto sessuale; ovvero la induce via chat a compiere atti sessuali su se stessa, mentre lui/lei fa altrettanto, nell'ambito di una prima sperimentazione della sessualità,

L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale, Bologna, 2020, 127 ss.

⁴⁰ V. Cass., Sez. III, 25 settembre 2013, n. 42873; Cass., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 38084.

⁴¹ MATTHEUDAKIS, *Ignoranza dell'età della persona offesa*, in CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*³, Milano, 2023, vol. II, t. II, *I reati contro la persona. Reati contro i soggetti deboli*, 129.

senza coinvolgimento fisico diretto, senza contatti reali, in una parvente sicurezza.

Da una interessantissima recente ricerca del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità su “Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile” emerge, nell’analisi qualitativa, che «la tipologia dei comportamenti che configurano il reato (capi di imputazione) spazia da una quota minoritaria di vere e proprie forme di sopraffazione violenta (come nel caso esemplare dell’abuso sessuale, individuale e di gruppo) fino ad una quota ampiamente maggioritaria di condotte in cui il reato sembra rimandare ad una “sperimentazione maldestra” della sessualità. In tale quota maggioritaria rientrano condotte agite da ragazzi che: a) non presentano profili specifici, né dal punto di vista psicologico né dal punto di vista sociologico; b) entrano in contatto con il sistema penale per la prima e spesso unica volta, in seguito ad un reato relazionale, che vede coinvolta una vittima coetanea; c) si rendono protagonisti, pur senza averne piena consapevolezza, di comportamenti che si potrebbero definire “sessualizzati”, in cui è carente il completo consenso dell’altro e che rappresentano un momento transitorio del proprio sviluppo psicosessuale e relazionale». Estremamente interessante anche il tema relativo al consenso: «si connette altresì alla variabile ‘relazionalità del reato’ il tema altrettanto complesso del consenso: molti dei casi presentati – e fatta eccezione per quelli che riguardano chiari atti di sopraffazione – raccontano di reati per i quali diviene complicato stabilire quando e come il consenso non sia stato effettivamente richiesto, quando ancora sia stato cercato ma non acquisito tanto da rendere difficile marcare il confine tra consuetudine all’intimità e prepotenza, insistenza e minaccia, richiesta. Ne deriva un quadro in cui l’ampia maggioranza dei “fatti” da cui scaturisce il procedimento penale s’inquadra in situazioni relazionali, che vedono posti, l’uno dinanzi all’altro, adolescenti – presoché coetanei – tra i quali è frequente una sorta di “frintendimento del gesto”»⁴².

Ribadiamo che non si vuole in alcun modo minimizzare l’offesa arrecata alla

⁴² ATTAR, *Il progetto Violenza O! Gli esiti. Premessa*, in *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, in *I numeri pensati. Quaderni dell’osservatorio sulla devianza minorile in Europa*, a cura di Mastropasqua-Bracalenti-Totaro, Roma, 2021, 77.

vittima, che merita una reazione da parte del sistema penale, ma allo stesso tempo non possiamo ignorare che l'autore minorenni si trova in un momento transitorio del proprio sviluppo psico-sessuale e relazionale e che la messa alla prova possa rappresentare la strategia di intervento più equilibrata ed efficace, laddove ne sussistano i presupposti, per una sua responsabilizzazione, acquisizione di consapevolezza dell'accaduto, per una promozione del valore del rispetto dell'altro e per una stigmatizzazione della cultura della dominanza. Una risposta che può costituire una strategia efficace anche nelle violenze sessuali più gravi, anche negli stupri di gruppo, come peraltro emerge nella medesima ricerca⁴³, ove viene definita come l'«istituto che più di ogni altro e per la sua stessa natura consente di conseguire appieno l'obiettivo di responsabilizzare e recuperare il minore autore di reato» e risulta pertanto «una risorsa preziosa anche nel caso di minori protagonisti di reati a sfondo sessuale»⁴⁴.

4. *Minorenni autori di violenza sessuale aggravata e violenza sessuale di gruppo aggravata. Quali alternative oggi?* L'irragionevolezza e incoerenza della scelta di escludere il ricorso alla messa alla prova, per quanto riguarda specificatamente i delitti previsti dagli artt. 609-bis e 609-octies c.p., relativamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-ter c.p., è resa ancor più palese se ci si sofferma su alcune delle circostanze aggravanti ivi contemplate.

I delitti in oggetto sono infatti aggravati, *inter alia*, se sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto (n. 5); all'interno o nelle immediate vicinanze di istituto d'istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa (n. 5-bis); nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza (n. 5-quater); ed infine si aggiunga che, ai sensi dell'ultimo comma della norma, la pena stabilita dall'articolo 609-bis c.p. è aumentata della metà se i fatti sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici.

⁴³ CATTARUZZI, *L'esperienza del territorio bresciano*, in *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., 207.

⁴⁴ ATTAR-MUNTONI, *I percorsi educativi: buone prassi e criticità "nei" percorsi e "dei" percorsi*, in *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., 85.

Ciò significa che il giudice minorile non potrà più orientarsi sulla messa alla prova in tutti i casi di violenza sessuale posta in essere ai danni di un pari, di un coetaneo/a, ovvero all'interno della scuola, o di un altro centro educativo, ovvero ai danni di una persona alla quale il minore è, o è stato/a legato/a, da un rapporto affettivo. Si escludono, dunque, paradossalmente dalla messa alla prova anche tutte quelle forme di "violenza sessuale relazionale" di cui si parlava precedentemente, che rappresenterebbero "la quota maggioritaria" delle violenze sessuali agite da minorenni⁴⁵. Ma si esclude dalla messa alla prova anche la violenza sessuale realizzata, per esempio, da un quattordicenne ai danni di una tredicenne, perché questo caso rientrerebbe nella circostanza aggravante prevista dall'ultimo comma della norma. E se colleghiamo queste preclusioni agli orientamenti della recente giurisprudenza evolutiva, relativamente alla nozione di atti sessuali (baci, palpeggiamenti, ecc.), in ordine al requisito della non manifestazione di consenso, ai casi di violenza sessuale a distanza (che si realizza attraverso i social network, via web), alla sostanziale "abrogazione tacita" della inevitabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa, l'attuale situazione diventa davvero allarmante.

Perplessità emergono anche con riferimento alla esclusione della messa alla prova per la violenza sessuale di gruppo posta in essere da minorenni ai danni di coetanei, sia per la varietà di fatti che possono verificarsi, sia la diversità di ruoli che possono ricoprire gli autori di questo reato, punito peraltro molto severamente e in assenza di una causa di minore gravità. Rammentiamo, a tale proposito, che risponde di violenza sessuale di gruppo anche il soggetto che non compie atti sessuali sulla vittima, ma che, presente sul luogo e al momento del fatto, partecipa dando un contributo «morale», così rafforzando nel compartecipe l'intento di usare violenza alla persona offesa⁴⁶.

Attenzione però. Ho voluto evidenziare come l'estensione ermeneutica degli elementi costitutivi del delitto di violenza sessuale implichi la riconduzione a

⁴⁵ MASTROPASQUA, *Minorenni, reati sessuali, giustizia*, in *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., 13.

⁴⁶ V., *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 12 luglio 2022, n. 32503 (nella specie, la ricorrente proferiva la frase «troppo forte raga, quell'altro gli sta facendo pure il video» mentre presenziava fisicamente alla commissione del delitto ad opera del gruppo); Cass., Sez. III, 2 marzo 2022, n. 15659; Cass., Sez. III, 21 luglio 2020, n. 29096. V., *amplius, infra*, nt. 55.

questa fattispecie anche di comportamenti in cui sono assenti vere e proprie forme di coercizione e abuso, in cui si è molto distanti dall'immaginario criminologico dello stupro. Ritengo, tuttavia, che l'irragionevolezza dell'esclusione della messa alla prova per questi reati riguardi anche i fatti più gravi, le forme di sopraffazione violenta, come i veri e propri stupri individuali e di gruppo. Proprio nei casi più gravi la messa alla prova, come dimostrato dalle statistiche e dalla casistica riportata dalla letteratura, può esplicitare i suoi effetti positivi, quale «scommessa nell'identificare un'alternativa alla condanna e alla reclusione, pur nel rispetto delle esigenze di responsabilizzazione del giovane, ma anche di quelle preventive e di difesa sociale»⁴⁷. Ovviamente è compito del giudice specializzato selezionare i casi in cui investire sulla messa alla prova, tenuto conto di una compiuta valutazione della personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, da cui si può presumere un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione. Ebbene la gravità del fatto-reato, sebbene non precludesse, prima della riforma, la concessione della messa alla prova, poteva comunque costituire uno degli elementi di valutazione della personalità del minorenne e contribuire ad evidenziare la non idoneità della misura alla realizzazione degli obiettivi di rieducazione e risocializzazione del minore e quindi a negarne la concessione⁴⁸. L'analisi del fatto-reato poteva avere dunque un ruolo nella valutazione della personalità, ma al centro era sempre e comunque la personalità in formazione del minore autore, e la messa alla prova aiutava il giovane reo, attraverso il progetto educativo, a riflettere sul fatto commesso, a essere sostenuto nelle sue fragilità, realizzan-

⁴⁷ MARIANI-BIANCHETTI, *L'applicazione della "messa alla prova" nei reati di gruppo commessi da minori nel distretto della Corte d'Appello di Milano*, cit., 2423.

⁴⁸ LARIZZA, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, cit., 259; TRIGGIANI, *La messa alla prova dell'imputato minorenne, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, cit., 533. Per una pronuncia recente sul punto v. Cass., Sez. I, 24 maggio 2019, n. 26156 secondo cui: «La concessione del beneficio della sospensione del processo con messa alla prova presuppone un giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del minore, per la cui formulazione non può prescindere dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi a delinquere, al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita, che faccia escludere un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità del minore verso modelli socialmente adeguati. (Fattispecie relativa a delitti di omicidio consumato e tentato, in cui la Corte ha ritenuto corretto il diniego del beneficio fondato sulle modalità particolarmente allarmanti delle condotte delittuose, poste in essere dall'imputato e dai complici, nel contesto di risentiti dissidi esistenti tra due bande giovanili sudamericane, cd. Pandillas, con particolare accanimento e in luogo pubblico, mettendo a rischio anche l'incolumità di eventuali passanti)».

do così il pieno recupero di soggetti per i quali la condanna ad una sanzione tradizionale avrebbe potuto essere dannosa, sia in termini di rieducazione che di difesa sociale⁴⁹.

Quest'ultimo è un punto su cui occorre soffermarsi: il rapporto fra l'istituto della messa alla prova e le esigenze di difesa sociale. Ora, la recente decisione di circoscrivere la discrezionalità del giudice minorile, escludendo la messa alla prova, per via legislativa, per alcuni delitti considerati particolarmente allarmanti, deriva, tenuto conto anche del contesto in cui l'emendamento è stato introdotto, dalla convinzione che la messa alla prova sia un istituto indulgenziale, una risposta troppo debole per i reati gravi, non sufficientemente repressiva, poco responsabilizzante e inadeguata a garantire le finalità di difesa sociale.

Ad avviso di chi scrive, un legislatore che decida di stravolgere un istituto simbolo della filosofia di fondo della giustizia penale minorile, avrebbe quantomeno dovuto fondare l'emendamento su dati statistici rivelatori della limitata efficacia della misura sotto il profilo della prevenzione speciale rispetto ad altri percorsi penali.

Innanzitutto, la messa alla prova non è un rimedio di tipo clemenziale: «premesse che la prova può risultare particolarmente impegnativa – tant'è che molti minori non si dichiarano disponibili ad affrontare questo percorso –, l'esigenza repressiva non viene frustrata, ma soltanto posticipata, perché, in caso di esito negativo dell'esperimento, il processo riprenderà lo svolgimento ordinario dal punto in cui si era interrotto»⁵⁰.

Inoltre, da indagini statistiche emerge che vi è una significativa riduzione del tasso di recidiva per i soggetti che hanno superato positivamente la prova. Vi sono in particolare due ricerche sul punto.

Nel 2013 è stata pubblicata una ricerca del Dipartimento per la Giustizia Minorile in collaborazione con l'Università degli Studi di Perugia – Dipartimento di Economia, Finanza e Statistica sul tema “La recidiva nei percorsi penali dei minori autori di reato”, ove uno dei contributi riguarda la valutazione in

⁴⁹ TRIGGIANI, *La messa alla prova dell'imputato minorenni, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, cit., 524.

⁵⁰ TRIGGIANI, *La messa alla prova dell'imputato minorenni, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, cit., 526.

termini di recidiva dell'efficacia della messa alla prova rispetto ad altri percorsi "tradizionali". L'indagine è stata condotta sulla coorte di giovani autori di reato nati nell'anno 1987, comparando gli effetti della messa alla prova in termini di recidiva rispetto a quelli ottenuti da minorenni autori di reato che sono stati sottoposti ad altre misure di natura penale. Dall'indagine emerge che vi «è un più alto tasso di recidiva stimata per i giovani che hanno sperimentato altre misure rispetto alla messa alla prova, indipendentemente dalla lunghezza della stessa. La percentuale di recidiva è di circa il 30%, un valore più alto di circa 10 punti percentuali rispetto a coloro che sono stati sottoposti alla misura della messa alla prova». Considerando anche i minori che sono stati sottoposti a misure cautelari, si registra che la messa alla prova «appare avere un effetto molto significativo rispetto ad individui che hanno forme di devianza più forte, il cui percorso sembra condizionato da un'efficiente e duratura riabilitazione sociale»⁵¹.

Ad esiti simili è giunta una ricerca pubblicata nel 2012 che propone un'analisi su dati raccolti presso gli uffici giudiziari minorili e ordinari di Bari, mettendo a confronto gli effetti ottenuti sulla comparsa della recidiva, a molti anni di distanza, in soggetti adulti che avevano commesso reati quando erano minorenni e che erano stati trattati con misure punitive, indulgenziali o con la messa alla prova. Dai risultati si apprende che la recidiva da adulti risulta molto più bassa nel gruppo di soggetti ai quali era stata applicata, da minorenni, la messa alla prova⁵².

L'emendamento non ha evidentemente attinto da questi dati e da questi ragionamenti.

Quali alternative ha dunque a disposizione oggi il giudice per i minori autori di violenza sessuale individuale o di gruppo aggravate ai sensi dell'art. 609-ter c.p.? Tendiamo ad escludere che il reato sessuale aggravato, anche quello occasionale, possa essere giudicato irrilevante con conseguente proscioglimento

⁵¹ GILLI-PIERONI, *L'applicazione della messa alla prova nella riduzione del tasso di recidiva: primi risultati*, in *La recidiva nei percorsi penali dei minori autori di reato*, a cura di Mastropasqua-Leogrande-Zanghi-Totaro-Pieron-Gili, in *I numeri pensati. Quaderni dell'Osservatorio sulla devianza minorile in Europa*, Roma, 2013, 90 ss.

⁵² COLAMUSSI-MESTITZ, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano, 2012.

per irrilevanza del fatto⁵³, così come non sarà comune che sussistano tutte le condizioni e le circostanze attenuanti che permettano di giungere a una sanzione così bassa da rientrare nella soglia di due anni prevista per l'applicabilità del perdono giudiziale⁵⁴. Residua quindi la condanna alla pena detentiva, e nei casi in cui, soprattutto nelle ipotesi di "minore gravità" (art. 609-*bis*, ultimo comma c.p.⁵⁵), la pena, sulla base del bilanciamento fra circostanze, non superi quattro anni di reclusione, essa potrà essere sostituita con una pena sostitutiva (semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva), ovvero con il lavoro di pubblica utilità sostitutivo laddove la pena sia quantificata entro i tre anni⁵⁶. Si tratta comunque di istituti privi della capacità fortemente educativa e responsabilizzante che caratterizza la sospensione del processo con messa alla prova e che è fondamentale proprio per il recupero dei minori autori di reati gravi.

Ovviamente, laddove il giudice ritenga che, al momento della commissione del fatto, il minore non fosse in grado di intendere la portata antisociale del proprio comportamento e di determinarsi conformemente, potrà pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità (si pensi, per

⁵³ BRACALENTI-MASTROPASQUA, *Conclusioni*, in *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., 96.

⁵⁴ Esclude per i reati gravi, di cui al comma 5-*bis* dell'art. 28 D.P.R. 448/88, la possibilità di pronunciare irrilevanza del fatto e, nella maggior parte dei casi, il perdono giudiziale anche CAMALDO, *Al vaglio della Corte Costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-*bis* D.P.R. n. 448/1988 (cd. Messa alla prova semplificata), recentemente introdotto dal Decreto Caivano*, in *www.sistemapenale.it*, 29 marzo 2024.

⁵⁵ Ricordiamo che l'attenuante dei casi di minore gravità (che comporta una riduzione di pena molto significativa, poiché è "in misura non eccedente i due terzi") è prevista per il delitto di "violenza sessuale" (oltre che per il delitto di "atti sessuali con minorenni"), ma non per il delitto di "violenza sessuale di gruppo", che prevede all'ultimo comma una riduzione di pena "per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato" che, tuttavia, comporta una diminuzione di pena più limitata. L'omessa previsione di un'attenuante dei casi di minore gravità per il delitto di violenza sessuale di gruppo è stata oggetto di critiche in dottrina e ha portato a una questione di legittimità costituzionale della norma da parte della giurisprudenza, con la quale si eccepeva che tale omissione determinava l'applicazione di una pena sproporzionata e «una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla medesima condotta di ridotta offensività realizzata da un solo agente e punita in modo sensibilmente più lieve dall'art. 609-*bis*, terzo comma, c.p.». La Corte costituzionale, investita di tale obiezione, non ha tuttavia ritenuto irragionevole tale discrepanza (Corte cost., 26 luglio 2005, n. 325).

⁵⁶ Si esclude che si possa giungere a quantificare una pena non eccedente il limite di un anno che permetta di applicare la pena pecuniaria (per una descrizione delle pene sostitutive a seguito della cd. Riforma Cartabia, v. CONTI, *Le modifiche introdotte dalla "Riforma Cartabia" in tema di processo penale minorile*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 2, 309 ss.).

esempio, ad un minore che ha da poco superato la soglia dei quattordici anni e che commette per la prima volta una violenza sessuale). Mentre prima della riforma del “processo penale minorile” ad opera del D.P.R. 448/1988 si assisteva ad un abuso del proscioglimento per immaturità ai sensi dell’art. 98 c.p., anche per sottrarre il minore alla sanzione penale, con l’introduzione dei nuovi strumenti di *diversion* del proscioglimento per irrilevanza del fatto e della sospensione del processo con messa alla prova, si è registrata una diminuzione di proscioglimenti con finalità clemenziale, poiché queste nuove misure consentono, da un lato, una rapida uscita del minore dal circuito penale, e dall’altro, soprattutto la messa alla prova, di intervenire tempestivamente e di stimolare nel minore un processo di «revisione critica del proprio passato e un correlativo processo di cambiamento»⁵⁷. Non si può escludere oggi il rischio, per i procedimenti relativi a minori autori di uno dei reati di cui al nuovo comma *5-bis* dell’art. 28 del D.P.R. 448/88, di un ritorno al passato, di un regresso ad un uso inflazionistico del proscioglimento per immaturità⁵⁸, nei casi in cui le altre risposte penali non siano possibili ovvero risultino, in considerazione della personalità del minore e del fatto-reato nel suo complesso, sproporzionate e/o pregiudizievoli per il percorso educativo del minore.

5. Le prime due ordinanze in cui si solleva questione di legittimità costituzionale dell’art. 28, comma 5-bis, del D.P.R. 448/1988, a soli quattro mesi dall’entrata in vigore della riforma. Aspettative conclusive in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. Nelle more della conclusione del presente lavoro, si ha notizia della presentazione di due ordinanze con cui si solleva questione di legittimità costituzionale dell’art. 28, co. *5-bis* D.P.R. 448/1988, per contrasto con l’art. 31 Cost., proprio con riferimento alla non applicabilità della sospensione del processo con messa alla prova per i delitti previsti dall’art. 609-*bis* c.p. e 609-*octies* c.p., aggravati ai sensi dell’art. 609-*ter* c.p. Le ordinanze, entrambe del G.U.P. del Tribunale per i Minorenni di Bari, sono state depositate a marzo 2024, trascorsi solo quattro mesi dall’entrata in vigo-

⁵⁷ Cfr. Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 68.

⁵⁸ Evidenziava questo rischio, con riferimento alla modifica proposta dal D.d.l. n. 2501 del 8 marzo 2002, MIEDICO, *La ‘sospensione del processo e messa alla prova’: fra prassi e prospettive di riforma*, cit., 2486.

re del Decreto Caivano⁵⁹. Esse agevolano molto le nostre conclusioni. Sinteticamente le due vicende.

La prima vicenda. Un minore viene chiamato a rispondere di violenza sessuale (art. 609-*bis*) aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter*, n. 2, c.p. per avere, nel corso di una festa privata, toccato una minorenni da sotto i di lei vestiti, spostandole anche gli indumenti intimi, mentre la giovane era sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, e altresì (in concorso con altri due minorenni) del delitto di omissione di soccorso per non avere adeguatamente soccorso la minorenni mentre si trovava in stato di incoscienza.

La seconda vicenda. Un minore viene chiamato a rispondere, unitamente ad altri due soggetti (per i quali si procede separatamente e dei quali non è dato sapere l'età), del reato di violenza sessuale di gruppo (artt. 609-*octies*, comma 1, 2 e 3) ulteriormente aggravato dall'art. 609-*ter*, co. 1 n. 1 c.p. per avere partecipato ad atti di violenza sessuale nei confronti di una minore infraquattordicenne, in particolare i minori la bloccavano e la facevano sedere su degli scalini mentre uno degli altri due ragazzi, non l'imputato, la costringeva a compiere un rapporto sessuale orale senza riuscirvi, poiché la minore di opponeva, e successivamente la costringeva a masturbarlo. L'imputato assisteva a quanto stava accadendo e aiutava gli altri a bloccare la ragazza per farla sedere sui gradini dove è stato consumato l'atto sessuale.

In entrambi i processi i difensori, con il parere favorevole del pubblico ministero, chiedevano la sospensione del processo con messa alla prova. Il Collegio rinviava il procedimento, incaricando i servizi sociali della verifica della fattibilità della misura. Nelle more del rinvio dell'udienza, entra in vigore, tuttavia, la L. 13 novembre 2023, n. 159 (che ha convertito, con modificazioni, il cd. Decreto Caivano) che, introducendo il nuovo comma 5-*bis* all'art. 28 del D.P.R. 448/1988, esclude l'applicazione della messa alla prova, fra gli altri,

⁵⁹ Ordinanze del G.U.P. del Tribunale per i Minorenni di Bari: n. 76 del 25 marzo 2024 (v. il commento di CAMALDO, *Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile*, in *Sist. pen.*, 2024, 5, 135 ss.) e n. 104 del 25 marzo 2024. Si segnala che è pendente anche una questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 27-*bis* D.P.R. 448/1988, recentemente introdotto dal cd. Decreto Caivano (Trib. Minorenni Trento, g.i.p., ord. 6 marzo 2024) (sul tema v. CAMALDO, *Al vaglio della Corte Costituzionale il percorso di reinserimento e rieducazione del minore, ai sensi dell'art. 27-*bis* D.p.r. n. 448/1988*, cit.).

anche per i reati sessuali (aggravati) contestati nei due procedimenti in oggetto.

Le difese degli imputati depositano istanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità costituzionale del nuovo comma dell'art. 28, richiesta alla quale si associa il pubblico ministero. Il Giudice dell'udienza preliminare ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 28, co. 5-*bis* D.P.R. 448/1988 per contrasto con l'art. 31, co. 2 Cost.

Senza soffermarci sulle questioni inerenti alla natura processuale o sostanziale dell'istituto della messa alla prova e la conseguente disciplina in tema di successione di leggi nel tempo⁶⁰, ci preme qui focalizzare l'attenzione sulle argomentazioni, condivisibili, presentate dal Collegio giudicante in due ordinanze "gemelle", che potremmo schematizzare in tre principali questioni: *ratio* del processo penale minorile e dell'istituto della messa alla prova; *vulnus* dell'automatismo prodotto con l'esclusione di un catalogo di reati gravi; bilanciamento fra le esigenze di sicurezza e la protezione dei minori.

A parere del Collegio, l'emendamento dell'art. 28 D.P.R. 448/1988 si pone in conflitto con «tutto l'impianto normativo che regola il processo penale minorile e che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 31, comma secondo, della Costituzione», in base al quale il processo «è volto principalmente al recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale, anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo. Tutta la *ratio* della disciplina del processo penale minorile è in effetti basata sulle finalità del recupero del minore e della sua rapida fuoriuscita dal circuito penale». Il GUP si sofferma sul ruolo fondamentale dell'esame della personalità del minore imputato e su come la messa alla prova costituisca uno dei principali strumenti che consente al giudice di valutarla compiutamente e di osservare il recupero del minore durante e all'esito del periodo di prova: «parrebbe infatti sommamente ingiusto punire un soggetto che, all'esito di un positivo percorso di messa alla prova, abbia conseguito un totale mutamento

⁶⁰ TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, cit., 1574.

di vita e sia divenuto “altro” rispetto a quello che ha commesso il reato»⁶¹.

Per quanto concerne l'esclusione dell'accesso della messa alla prova per alcuni reati (tra cui la violenza sessuale aggravata e la violenza sessuale di gruppo aggravata), essa «costituisce un *vulnus* non solo di tutela e protezione del minore autore del reato ma anche di tutela dell'intera collettività contro i rischi di una possibile recidiva». Il sistema penale minorile non può basarsi su automatismi fondati su presunzioni di pericolosità, che escludono la valutazione del caso concreto e delle specifiche esigenze del minore⁶². Rileviamo come il riferimento ai rischi di recidiva, perfettamente congruente con le statistiche sopra riportate in merito alla efficacia della misura anche sotto il profilo della prevenzione speciale negativa, contraddica evidentemente la convinzione dell'attuale legislatore di trovarsi di fronte ad uno strumento inadeguato a rispondere ad esigenze di sicurezza e difesa sociale.

Infine, un monito, che sembra rivolto al legislatore, al quale si ricorda che la percepita emergenza, a seguito dei fatti di Caivano, non può «giustificare la compressione di diritti fondamentali della persona minore di età, nell'ottica di una generica e indiscriminata tutela della salute e della incolumità pubblica». L'emendamento apportato all'art. 28 D.P.R. 448/88 sposta il peso a favore delle esigenze di sicurezza e di ordine pubblico, a detrimento di quelle di “protezione dell'infanzia e della gioventù”, impedendo così quel bilanciamento che da anni è di competenza del giudice specializzato, che è capace, anche grazie alle competenze multidisciplinari che possiede, di valutare e comprendere, caso per caso, la situazione del minore autore di reato «per rendere la risposta del processo penale minorile aderente alla personalità del minore e maggiormente rispondente alla finalità rieducative, di recupero e di reinserimento sociale»⁶³ dello stesso.

Ora, le condotte dei due minori imputati nei due distinti processi inquadrano

⁶¹ Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 76 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 4; Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 104 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 4.

⁶² Il Collegio richiama la recente sentenza della Corte cost. n. 90 del 28 aprile 2017, relativamente all'illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. per violazione dell'art. 31, co. 2 Cost. (Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 76 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 4; Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 104 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 4).

⁶³ Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 76 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 6; Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 104 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 6.

forme di prevaricazione, di disprezzo o noncuranza della volontà della vittima, della sua intimità, di oggettivizzazione del corpo della donna, funzionale ad appagare il proprio istinto sessuale. Si tratta di fatti, offensivi dei beni giuridici tutelati dai reati contestati, che richiedono una risposta penale da parte del sistema, che sia primariamente educativa e responsabilizzante, che dia al minore gli strumenti per ripercorrere e rielaborare l'accaduto, impegnandosi in una riflessione critica del vissuto; un progetto educativo che lo aiuti a gestire maggiormente gli impulsi e che lo accompagni a far proprio il valore del rispetto dell'altro. La messa alla prova ha queste potenzialità⁶⁴.

Non possiamo pensare di placare il senso di inquietudine e di disapprovazione dell'opinione pubblica per reati gravi posti in essere da minorenni ai danni di altri minorenni, quietandola assicurando il castigo e la punizione dei minori autori, senza poter più prendere in considerazione la possibilità di valutare la personalità in via di formazione di quel minore attraverso un percorso educativo durante il processo.

L'opinione pubblica non va sempre assecondata, soprattutto quando questo implica un inasprimento dell'intervento penale, ma va piuttosto informata ed educata, anche attraverso i *mass media*, sul significato e i contenuti dei principi di diritto e di alcuni istituti giuridici. Con titoli che evocano slogan di disapprovazione, le cronache giudiziarie annunciano ai lettori l'estinzione del reato, a seguito della concessione della messa alla prova, a favore di minorenni resisi autori di reati che avevano inquietato e indignato l'opinione pubblica⁶⁵, come se questa misura equivalesse a una resa del sistema, a una sottovalutazione del problema, a una rinuncia ad intervenire. Questo metodo giornalistico, nell'epoca del populismo penale, non fa che fomentare ulteriori richieste retribuzioniste⁶⁶, che diventano ancor più incoerenti e infondate quan-

⁶⁴ E ciò emerge in entrambe le vicende in esame, ove, come dichiara il Collegio, paiono «ricorrere tutti i presupposti per la sospensione del procedimento e avvio della messa alla prova» (Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 76 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 4; Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 104 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 5).

⁶⁵ V., per esempio, <https://www.ilgiornale.it/news/politica/i-bulli-si-sono-ravveduti-carolina-si-uccisa-i-suoi-1619232.html>; https://www.ilmessaggero.it/italia/carolina_picchio_reato_estinto_cyberbullismo-4182713.html; <https://www.agringtonotizie.it/cronaca/aragona-giovane-picchiato-branco-messa-alla-prova.html>.

⁶⁶ Cfr. TRIGGIANI, *La messa alla prova dell'imputato minorenne*, cit., 526 ss.; CAVALIERE, *Il Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit.; con particolare riferimento ai reati sessuali, v. FADIGA,

do si parla di minori.

La Corte costituzionale è già intervenuta su altre norme che, comportando “automatismi” nei confronti di minori autori di alcune categorie di reati, impedivano valutazioni individualizzate, e ne ha riconosciuto l’illegittimità costituzionale. Secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale, la giustizia minorile, sia nella fase processuale che esecutiva, deve rifuggire dagli automatismi, poiché ciò contrasta con il compito del giudice specializzato di vagliare la personalità del minore per poter compiere valutazioni fondate su prognosi individualizzate e identificare la risposta educativa più adeguata⁶⁷.

In aggiunta alle considerazioni, pienamente condivisibili, del giudice rimettente, riteniamo opportuno ribadire l’inconciliabilità assoluta della nuova clausola ostativa prevista dall’art. 28, co. 5-*bis* D.P.R. 448/88 con gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza evolutiva dei delitti sessuali, sempre più estensivi della lettera delle norme. Come abbiamo avuto modo di illustrare, nel contenitore “violenza sessuale” e “violenza sessuale di gruppo” convergono condotte, relazioni, approcci, consapevolezze, ruoli che individuano un disvalore d’azione e un grado di offesa molto eterogeneo. La rigidità della clausola di esclusione assoluta non permette al giudice di valorizzare queste differenze, creando un automatismo che, anche in questa prospettiva, si pone in conflitto con i principi fondamentali che governano la giustizia penale minorile. Preoccupazione che si può estendere anche alle altre fattispecie di reato contemplate dalla clausola ostativa.

Per tutte le ragioni esposte, si auspica che la Corte costituzionale voglia accogliere le censure presentate dal Tribunale per i minorenni di Bari, per contra-

Sessualità e giustizia minorile, in *Minori e sessualità. Vecchi tabù e nuovi diritti*, a cura di Abbruzzese, Milano, 1999, 223.

⁶⁷ V. Corte cost., 20 aprile 1978, n. 46; Corte cost., 25 marzo 1992, n. 125; Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125; Corte cost., 9 aprile 1997, n. 109; Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 403; Corte cost., 28 aprile 2017, n. 90 (con nota di COPPETTA, *Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti di condannati minorenni*, in *Giur. cost.*, 2017, 62, 906 ss.); Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263 (con nota di CAMALDO, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni. La prima pronuncia d’illegittimità costituzionale del nuovo ordinamento penitenziario minorile*, in www.dirittopenaleuomo.org, 31 gennaio 2020. Sul punto v., inoltre, TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul “giusto processo minorile” il passo è breve*, cit., 1574.

sto dell'art. 28, co. 5-*bis* D.P.R. 448/1988 con il dettato dell'art. 31, co. 2 Cost., e, aggiungiamo, dell'art. 27, co. 3 Cost. e dell'art. 3 Cost., perché implica dei meccanismi preclusivi automatici che impediscono al giudice specializzato di effettuare una valutazione individuale, che gli permetta di ricercare la risposta migliore per il minore nella situazione concreta, di tener conto della specifica condizione psico-fisica del soggetto minorenne e delle peculiarità del caso concreto, di effettuare prognosi individualizzate che siano volte a stimolare il percorso ri-educativo del minore⁶⁸. Ci si augura pertanto un ripristino della disciplina originariamente congegnata, capace di realizzare l'obiettivo di un graduale recupero dei minorenni autori di reato, la cui personalità è ancora in formazione, senza pregiudicare le esigenze di difesa sociale.

⁶⁸ Il Collegio, precisamente, dichiara: «La previsione ex lege del divieto assoluto di accesso alla messa alla prova, nei casi di violenza sessuale aggravata, appare dunque contrastare con l'art. 31, comma secondo, della Costituzione, sottraendo al vaglio di un giudice specializzato e interdisciplinare la possibilità di valutare, caso per caso, le condizioni contingenti, per rendere la risposta del processo penale minorile aderente alla personalità del minore e maggiormente rispondente alla finalità rieducative, di recupero e di reinserimento sociale del minore autore di reato. In questa cornice si colloca la recente pronuncia della Corte costituzionale, allorché, mettendo in relazione la messa alla prova dell'adulto con la messa alla prova del minorenne, ha statuito che: «la messa alla prova del minore è prevista per tutti i reati anche quelli di gravità massima, rispetto ai quali l'ordinamento sospende il processo in vista dell'eventuale estinzione del reato per finalità puramente rieducative, quindi non perché l'imputato lo richieda e il pubblico ministero vi consenta, ma solo perché, ed in quanto, lo ritenga opportuno un giudice strutturalmente idoneo a valutare la personalità del minore» (sentenza n. 139 del 6 luglio 2020)» (Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 76 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 6; Trib. minorenni Bari, G.U.P., ord. n. 104 del 25 marzo 2024, giud. Stilla, p. 6).