

Sommario: 15.1 Le ragioni della riformulazione del reato e il nuovo oggetto della tutela. La comunicazione al tribunale dei minorenni prevista dall'art. 609-*decies* c.p. - 15.2 Gli elementi di novità nella struttura tipica del delitto - 15.3 La nuova pena detentiva e la mancata previsione della pena accessoria - 15.4 La clausola di riserva e il concorso di reati - 15.4.1 Riduzione o mantenimento in schiavitù - 15.4.2 Violenza privata - 15.4.3 Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli - 15.5 Profili di diritto intertemporale.

15.1 Le ragioni della riformulazione del reato e il nuovo oggetto della tutela. La comunicazione al tribunale dei minorenni prevista dall'art. 609-*decies* c.p.

art. 600-*octies* c.p.

Nella prospettiva di una maggiore tutela per i soggetti minori di età si colloca anche l'introduzione (ad opera dell'art. 3, comma 19, lett. a), l. 15 luglio 2009, n. 94), con la previsione del **nuovo art. 600-*octies* c.p.**, del reato di **Impiego di minori nell'accattonaggio**: viene così spostato tra le fattispecie delittuose, specificamente fra i *Delitti contro la personalità individuale* (sezione I, capo III, titolo XII, libro II c.p.), un fatto già penalmente rilevante ma oggi connotato da un disvalore troppo fortemente percepito sul piano sociale per poter rimanere costretto nella cornice meramente contravvenzionale dell'**art. 671 c.p.** (contestualmente **abrogato** dalla lett. d) dello stesso comma) nella quale ancora era inquadrato conformemente all'impianto codicistico del 1930¹.

Sempre più diffuso, infatti, è lo sfruttamento di minori, soprattutto stranieri, attraverso il loro impiego nell'attività di piccola vendita o di richiesta di elemosina per le strade: la risposta legislativa al fenomeno è stata quella, più espressiva e meno costosa, dell'inasprimento della reazione penale nei confronti degli sfruttatori, mentre nessun passo è stato contestualmente fatto nella direzione di un rafforzamento, certamente più oneroso, degli apparati sociali e amministrativi di controllo, di protezione e di integrazione dei minori sfruttati e delle loro famiglie.

L'unica novità in questo senso, può essere rintracciata nella modifica apportata al **comma 1 dell'art. 609-*decies* c.p.**, che prevede la **comunicazione al tribunale dei minorenni** quando si procede per gravi delitti commessi nei confronti di soggetti minori: lo stesso art. 3, comma 19 (che introduce alla lett. a) il delitto in esame), infatti, con la **lett. c)** inserisce **anche il nuovo art. 600-*octies* c.p. nel novero di tali reati**, così opportunamente estendendo anche al fanciullo impiegato nell'accattonaggio il sistema di protezione predisposto

¹ Sull'abrogata fattispecie dell'art. 671 c.p., di cui la nuova figura riproduce sostanzialmente la struttura, si veda A. Coseddu, voce *Mendicizia*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 604 ss.; S. Panagia, voce *Mendicizia* (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 90 ss.; G. Sabatini, *Le contravvenzioni nel codice penale vigente*, Milano, 1961.

dall'art. 609-*decies* c.p., che assicura al minore un'adeguata assistenza affettiva e psicologica durante tutto il corso del procedimento².

L'esigenza di una diversa e più adeguata collocazione della figura di accattonaggio minorile era comunque già da tempo avvertita ed invocata non solo dalle associazioni in difesa dei minori ma anche dalla dottrina penalistica ed è stata largamente condivisa, nel dibattito parlamentare, dai contrapposti schieramenti politici (la nuova norma, peraltro, recepisce sostanzialmente il testo di un disegno di legge presentato già nella precedente legislatura: cfr. c.d. pacchetto sicurezza del d.d.l. Amato del 2007).

La nuova collocazione codicistica della fattispecie è chiaramente indicativa del radicale mutamento dell'oggettività giuridica tutelata: non più la pubblica tranquillità, la probità e il decoro della civile convivenza (incrostazioni dell'originario sistema di valori del Codice penale) ma – secondo una linea evolutiva che ha sempre più messo al centro la figura del soggetto minore – il **diritto del fanciullo ad un corretto sviluppo della propria personalità**: l'offesa è compenetrata nel fatto che l'accattonaggio rischia di deviare il minore da quelle attività che ne guidano lo sviluppo (istruzione, gioco, sport ecc.), esponendolo peraltro a situazioni e a pericoli inadeguati alla minore età. Quella che in passato era al più individuata dalla giurisprudenza come *ratio* di tutela³ assurge finalmente al rango di oggetto giuridico primario e immediato di protezione, con tutte le conseguenze ermeneutiche sui contorni dell'offesa e sull'estensione del tipo.

15.2 Gli elementi di novità nella struttura tipica del delitto

L'intervento legislativo, a ben vedere, non attua solo la meccanica trasposizione dell'originario fatto tipico contravvenzionale – attraverso la modifica sanzionatoria e dell'ubicazione codicistica – ma interviene anche parzialmente sulla struttura del fatto tipico.

1) La **condotta** delittuosa rimane sostanzialmente analoga a quella dell'abrogato art. 671 c.p., che distingue tre distinte sottofattispecie alternative⁴: (i) l'**avvalersi** di un minore per mendicare, che può realizzarsi sia inducendo il minore a chiedere autonomamente l'elemosina, sia elemosinando in presenza del minore in modo di impietosire i terzi; (ii) il **permettere** che il minore mendichi o (iii) il **consentire** che altri si avvalga del minore per mendicare⁵; condotte, queste due, che si possono realizzare sia in *forma commissiva*, espressamente autorizzando l'accattonaggio, sia in *forma omissiva*, non impedendo che il minore (o il non imputabile) mendichi.

² Sull'istituto della comunicazione al tribunale dei minorenni e sulla sua progressiva estensione ai reati con vittima minore, cfr. G. Di Paolo, *Commento all'art. 609-*decies* c.p.*, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2006, 815 ss.

³ Cfr. Cass. 13 novembre, 1997, Di Rosa, in *CED Cass.*, n. 209950.

⁴ Per un'analisi dettagliata delle condotte di impiego di minori, si vedano gli studi citati alla precedente nota 1.

⁵ Si configura, in questo caso, una fattispecie plurisoggettiva propria, in quanto risulteranno puniti sia il terzo che si avvale del minore sia il soggetto garante che ciò consente: cfr. S. Panagia, voce *Mendicità*, cit., 103.

2) Anche il novero dei **soggetti passivi** del reato è rimasto invariato rispetto al passato, individuati nella “persona minore degli anni quattordici o, comunque, non imputabile”, cioè incapace di intendere e di volere (art. 85 c.p.); l'impiego di *minori ultraquattordicenni* rimane pertanto, oggi come ieri, un fatto penalmente irrilevante, a meno che non si configuri nei loro confronti una *diversa condotta tipica*, ad esempio di maltrattamenti (art. 572 c.p.) o di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.)⁶.

3) *Cambia* invece la sfera dei **soggetti attivi** del reato: invero, la contravvenzione abrogata configurava un reato “proprio”, in quanto caratterizzato, in ciascuna delle tre ipotesi alternative di realizzazione della condotta, da un particolare rapporto tipico intercorrente tra l'autore del fatto e il minore impiegato nell'accattonaggio, dovendo quest'ultimo essere *sottoposto all'autorità* ovvero *affidato alla custodia o vigilanza*⁷ del soggetto attivo (**c.d. soprastante**). La formulazione normativa del nuovo art. 600-*octies* c.p., infatti, mentre continua a richiedere la sussistenza di un rapporto di autorità, di custodia o di vigilanza nella seconda (*permettere* che il minore mendichi) e nella terza (*permettere* che altri si valga del minore per mendicare) delle condotte suddette – che delineano in sostanza due particolari fattispecie omissive improprie⁸ costruite sulla base della particolare qualifica soggettiva dell'agente soprastante –, configura invece un **reato comune** in relazione alla condotta commissiva di impiego, realizzabile da “chiunque”, anche privo della qualifica di “soprastante”, si avvalga di soggetti minori per mendicare.

4) Rispetto al profilo dell'**offensività**, il reato descrive un fatto di *pericolo astratto* al bene giuridico del corretto sviluppo della personalità del minore: il legislatore, sulla base del proprio sapere e delle proprie valutazioni politico-criminali, presume *uris et de iure* che le condotte tipizzate dall'art. 600-*octies* c.p. siano pregiudizievoli per la personalità *in fieri* del minore di età o per la dignità del soggetto non imputabile; a nulla varrà, pertanto, addurre in concreto, ad esempio, il pieno consenso (giuridicamente irrilevante) del soggetto passivo, il suo buon inserimento nel contesto sociale od educativo, l'assenza attuale di riflessi o condizionamenti nella sua sfera comportamentale o caratteriale. D'altra parte, proprio la circostanza che il bene giuridico abbia assunto una dimensione strettamente personalistica, rende condivisibile l'orientamento giurisprudenziale (già formatosi in relazione all'art. 671 c.p.) secondo cui il minore tutelato dalla norma debba almeno essere in grado di recepire, quand'anche “in modo som-

⁶ Da notare che fino all'abrogazione (con l. 25 giugno 1999, n. 205) della contravvenzione di mendicizia (art. 670 c.p.), il minore ultraquattordicenne poteva essere sanzionato a tale titolo; attualmente la condotta di mendicizia potrebbe essere eventualmente punita ex art. 650 c.p., se venisse amministrativamente vietata a seguito del potere attribuito ai sindaci (ex art. 54, comma 2, d.lgs. 267/2000) di emanare ordinanze a tutela della pubblica incolumità: sulla problematicità di queste ipotesi, in relazione alla violazione della riserva di legge in materia penale, cfr. C. Ruga Riva, *I lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 133 ss.

⁷ È sufficiente, peraltro, che il rapporto di custodia o di vigilanza sia anche solo “di mero fatto, quantunque occasionale”: cfr. Cass. 27 maggio 1969, Morelli, in *CED Cass.*, n. 112286.

⁸ In questo senso anche S. Panagia, voce *Mendicizia*, cit., 103.

mario e confuso”, gli stimoli negativi (anche se non percepiti come tali) che possono derivare dall’attività in cui egli viene coinvolto⁹. Un limite alla tipicità penale, conseguentemente, deriva dal fatto che il giudizio di offensività alla base dalla presunzione legislativa del pericolo presuppone necessariamente la **possibilità di assorbimento degli impulsi pregiudizievoli da parte del minore**: non sarà rilevante, pertanto, la mendicizia realizzata portando in braccio un neonato, nella misura in cui il fatto non può recare pregiudizio allo sviluppo della personalità del minore. Aderendo ad una diversa conclusione, si dovrebbe riconoscere che la fattispecie sia posta a tutela del decoro della civile convivenza o di un senso di ordine pubblico e di igiene sociale, che – se poteva giustificare il disvalore dell’ipotesi contravvenzionale – non può certo reggere il peso sanzionatorio oggi attribuito al fatto tipico dell’art. 608-*octies* c.p.

5) La trasformazione del reato da contravvenzione in delitto incide ovviamente sulla struttura dell’**elemento soggettivo**: non sarà più punibile, pertanto, la condotta colposa del soprastante (ad esempio genitore) che, violando i propri obblighi educativi, consente che il minore mendichi o che altri se ne avvalga per mendicare; tutti gli elementi del fatto – la propria posizione di garanzia, la minore età o l’incapacità di intendere e di volere del soggetto passivo, lo svolgimento dell’attività di accattonaggio – dovranno pertanto essere oggetto di rappresentazione e di volizione in capo all’agente (anche a titolo di dolo “eventuale”).

6) Per la **consumazione** del reato è sufficiente che si realizzi **anche un solo episodio di accattonaggio del minore** (di cui il soggetto attivo si avvalga o da lui consentito), elemento strutturalmente inquadrabile come **evento** del reato; tuttavia, qualora i **fatti di accattonaggio del minore siano reiterati nel tempo** non si avrà una pluralità di reati (eventualmente riuniti dal vincolo della continuazione), ma un unico reato, che risponde al paradigma del **reato eventualmente abituale**¹⁰: la tipicità della fattispecie di impiego dei minori, infatti, è idonea ad abbracciare non solo la commissione di un singolo fatto di mendicizia ma anche la reiterazione di più condotte analoghe, che realizzano comunque sempre la medesima offesa al medesimo bene giuridico¹¹.

7) La nuova previsione “delittuosa” del fatto rende peraltro teoricamente ammissibile la **configurabilità del tentativo** (riscontrabile, ad esempio, quando vengano accertate attività “organizzative” funzionali all’impiego del minore nell’accattonaggio), ancorché presumibilmente l’azione penale muoverà dall’accertamento di un episodio di mendicizia dei minori o dei non imputabili e pertanto da uno stato di avvenuta consumazione del reato (che sarà tipico qua-

⁹ Cfr. Cass. 3 dicembre 2000, in *CED Cass.*, n. 223028, che ha sostenuto la tipicità del fatto commesso in relazione ad un soggetto di quattro anni di età.

¹⁰ Parlano invece di reato eventualmente permanente, tra gli altri, V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, X, 1981, 399 e G. Sabatini, *Le contravvenzioni*, cit., 493.

¹¹ Per la riconducibilità di questa struttura tipica allo schema dei reati eventualmente abituali, cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, Torino, 2005, 197.

lora si accerti che l'imputato si stesse avvalendo o – rivestendo la necessaria qualifica soggettiva – stesse consentendo la mendicizia del soggetto passivo).

15.3 La nuova pena detentiva e la mancata previsione della pena accessoria

Il trattamento sanzionatorio, nella nuova cornice delittuosa, subisce un **deciso inasprimento** rispetto al passato: si passa dall'arresto *da sei mesi ad un anno* della vecchia contravvenzione all'attuale **reclusione fino a tre anni**.

Peraltro, contrariamente a quanto emerge dalla discussione parlamentare (in cui criticamente si paventava la previsione della decadenza automatica della potestà dei genitori)¹², non viene ribadita la previsione della sanzione accessoria della sospensione della potestà genitoriale, precedentemente comminata dal comma 2 dell'art. 671 c.p. Tale mancata previsione, tuttavia, produce un *effetto solo apparentemente favorevole al reo*: **l'art. 34, comma 2, c.p.**, infatti, prevede in via generale la **sospensione della potestà dei genitori per un periodo pari al doppio della pena inflitta** (mentre l'art. 671, comma 2, c.p. la prevedeva per un periodo corrispondente alla durata della pena) in ogni caso di “condanna per delitti commessi con abuso della potestà dei genitori”.

Ora, sebbene la condotta di impiego di minori nell'accattonaggio commessa dai genitori comporti normalmente un abuso dell'esercizio della potestà, perlomeno quando costoro “si avvalgono” della mendicizia dei figli, non si può tuttavia escludere che, soprattutto qualora la condotta consista nel “permettere” (comprensiva del “tollerare”) che i figli mendichino, il requisito dell'**abuso della potestà non venga integrato** e conseguentemente la pena accessoria (diversamente che in passato) non possa essere applicata: d'altra parte, anche il legislatore penale dimostra di tenere ben presente la distinzione tra il concetto di “abuso dei poteri” e quello di “violazione dei doveri” (cfr. art. 31 c.p. in relazione all'esercizio di pubblici uffici).

Peraltro, *ex art. 98, comma 2, c.p.*, la sospensione della potestà genitoriale non potrà essere applicata nei casi, non infrequenti nei contesti socio-culturali in cui è diffuso l'impiego dei minori nell'accattonaggio, in cui il **genitore autore del reato** sia a sua volta un **soggetto minore di età** (per l'applicazione delle sanzioni accessorie ai minorenni è infatti necessario che la pena detentiva inflitta non sia inferiore a cinque anni).

Parimenti, *ex art. 31 c.p.*, la **pena accessoria** dell'interdizione temporanea dal proprio ufficio conseguirà, in questo caso sicuramente, **anche in capo al tutore** che sia condannato per il delitto *de quo*, per aver egli senz'altro agito al-

¹² Le critiche dell'opposizione alla supposta previsione dell'automatica decadenza dalla potestà genitoriale per il delitto di impiego di minori nell'accattonaggio, probabilmente erano dovute alla confusione derivante dalla contestuale previsione, nello stesso comma che ha introdotto la fattispecie qui in esame, anche della disposizione introduttiva dell'art. 602-bis c.p., che commina appunto la pena accessoria della decadenza della potestà dei genitori per una serie di reati in danno di minori, tra i quali non rientra, tuttavia, l'art. 600-octies c.p.

ternativamente con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti al suo ufficio.

15.4 La clausola di riserva e il concorso di reati

La nuova fattispecie delittuosa si apre con la **clausola di sussidiarietà espressa** (“Salvo che il fatto costituisca più grave reato”), che non compariva nell'art. 671 c.p., benché allo stesso risultato – di “prevalenza” della fattispecie più grave eventualmente concorrente nella tipizzazione del medesimo fatto concreto – spesso si pervenisse attraverso l'applicazione sistematica dei principi generali in materia di concorso apparente di norme. La nuova qualifica delittuosa dell'impiego dei minori nell'accattonaggio può peraltro non essere priva di risvolti concreti sul piano dei rapporti sistematici con le fattispecie criminose limitrofe (quantomeno, come vedremo, in relazione all'art. 572 c.p.).

15.4.1 Riduzione o mantenimento in schiavitù

Nessun cambiamento interviene nei rapporti con la fattispecie di **riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù** (art. 600 c.p.): la nuova collocazione codicistica dell'*Impiego dei minori nell'accattonaggio* (nello stesso capo e nella stessa sezione che contiene la riduzione in schiavitù), accomuna oggi espressamente le due figure nel segno della tutela della “personalità individuale”, di cui tuttavia l'art. 600 c.p. (con l'ipotesi “base” del comma 1 per il maggiorenne non imputabile e con quella “aggravata” del comma 3 per il minorenni) descrive un'offesa senza dubbio assai maggiore al bene giuridico tutelato, rispetto alla quale l'art. 600-*octies* c.p. assume pertanto un ruolo sicuramente “sussidiario” (risultando applicabile solo nei casi non sussumibili nella tipicità dell'art. 600 c.p.). Anzi, più precisamente, il rapporto tra le due figure di reato è inquadrabile nello schema tipico del **reato complesso**, essendo il fatto di impiego per l'accattonaggio oggi espressamente richiamato nella struttura normativa dell'art. 600 c.p. (comma 1); tale fattispecie prevede ulteriormente gli estremi della “costrizione” (all'accattonaggio), nelle forme tipizzate dal comma 2 (riconducibili alla diversa fattispecie di violenza privata), nonché un evento “alternativo” nel quale la condotta tipica deve infine concretizzarsi: l’“esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà” ovvero la “riduzione o mantenimento nello stato di soggezione”, che traducono l'offesa nella “integrale negazione della libertà e dignità”¹³ del soggetto passivo. Nessun dubbio, pertanto, che la condotta di impiego del minore o del non imputabile nell'accattonaggio (anche se reiterata e continuativa) non possa integrare, di per sé sola considerata, la

¹³ In questi termini, tracciando la linea distintiva tra riduzione in schiavitù e maltrattamenti, Cass. 17 settembre 2008, n. 44516, in *Guida dir.*, n. 8, 2009, 67, con nota di V. Santoro, *Abitualità degli atti lesivi e dolo generico rappresentano il discrimine tra le fattispecie*; per un ampio quadro dei rapporti tra la riduzione in schiavitù e le fattispecie limitrofe, cfr. M.C. Barbieri, *Moderne schiavitù e moderne libertà: quali i limiti di applicabilità dell'art. 600 c.p.?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1109 ss.

gravissima fattispecie di cui all'art. 600 c.p., per la quale sarà necessario accertare la realizzazione degli ulteriori elementi costitutivi del fatto.

15.4.2 *Violenza privata*

È possibile, in secondo luogo, che – pur senza raggiungere lo stato di “integrale negazione della libertà e della dignità” del minore, proprio della riduzione in schiavitù – l'impiego di minori nell'accattonaggio si realizzi, quantomeno in relazione alla prima sottofattispecie tipica, attraverso una condotta “costrittiva” (cioè attuata con violenza o minaccia) della volontà del minore; si porrebbe allora il problema del concorso con la fattispecie di **violenza privata** (art. 610 c.p.), punita con una sanzione più grave (la reclusione fino a quattro anni) rispetto a quella prevista per la fattispecie di cui al nuovo art. 600-*octies* c.p. Difficilmente, tuttavia, in questo caso potrà trovare applicazione la clausola di sussidiarietà: *in primo luogo*, perché si pone in dubbio che sussista il requisito della medesimezza del fatto, necessario per l'operatività dell'istituto del concorso apparente di norme (la violenza privata si realizza in un momento diverso, in quanto temporalmente precedente rispetto alla condotta di impiego dei minori nell'accattonaggio); *in secondo luogo*, perché il rapporto tra le figure *de quibus* non sembra riconducibile alla logica della sussidiarietà, in quanto la violenza privata – posta a tutela della libertà di autodeterminazione – non descrive un'offesa (più profonda) al medesimo bene giuridico protetto dall'impiego di minori nell'accattonaggio (né offre uno spettro di tutela che comunque comprenda e assorba quello proprio dell'art. 600-*octies* c.p.). Le due fattispecie potranno pertanto concorrere materialmente ed essere presumibilmente avvinte, quanto al trattamento sanzionatorio, dal rapporto di continuazione *ex* art. 84, comma 2 c.p.

15.4.3 *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*

Più problematico il rapporto con la fattispecie di **maltrattamenti** (art. 572 c.p.): la disciplina del concorso tra le due figure ha conosciuto un'interessante evoluzione giurisprudenziale nel corso del tempo, parallela alla sempre maggiore rilevanza attribuita alla tutela specifica della personalità del soggetto minore di età. La fattispecie contravvenzionale dell'art. 671 c.p. è apparsa infatti inadeguata a sanzionare i fatti di impiego del minore nell'accattonaggio, sempre più socialmente percepiti come lesivi soprattutto del corretto e sano sviluppo della personalità del minore e quindi meritevoli di una risposta sanzionatoria proporzionata al rango costituzionale di tale bene giuridico. In questo contesto si inquadra la tendenza prasseologica ad allargare le maglie della tipicità della più grave fattispecie di maltrattamenti fino a ricomprendervi anche le condotte di impiego dei minori nell'accattonaggio, in pas-

sato pacificamente punite a titolo meramente contravvenzionale¹⁴. L'attrazione di quei fatti nell'area di tipicità dell'art. 572 c.p. è avvenuta considerando l'impiego "abituale" dei minori nell'accattonaggio come lesivo della "integrità fisica e psichica" del minore e quindi produttivo di "sofferenze morali e materiali", in considerazione anche dei "riflessi impliciti" che certi fatti possono aver sulla vita futura del minore. In questa prospettiva, si è giunti a relegare la fattispecie dell'art. 671 c.p. al caso "di un *isolato episodio* di mendicizia con utilizzo dei minori, mentre se la condotta sia continuativa e arrechi sofferenze al minore non potrà che ravvisarsi il delitto di cui all'art. 572 c.p."¹⁵. Da qui il rischio, denunciato anche dalla dottrina più sensibile alla tutela dei minori¹⁶, di un'eccessiva dilatazione della fattispecie di maltrattamenti, estesa fino ad essere sostanzialmente utilizzata a tutela della "funzione educativa" esercitata dai genitori (come tipizzata dal nostro codice civile e modellata dall'interpretazione costituzionale) e del correlativo "diritto" dei minori¹⁷. Tale tendenza, sebbene meritoria negli scopi di tutela dei minori da odiose forme di sfruttamento, non può essere avallata acriticamente: l'elemento della "sofferenza morale e materiale" del minore, proprio della fattispecie di maltrattamenti (unanimente riconosciuto dalla giurisprudenza), sfugge a giudizi astrattamente presuntivi e generalizzanti e impone un **accertamento in concreto, attuale e individualizzato**¹⁸. È possibile, infatti, che nel particolare contesto sociale e culturale nel quale il minore si trovi inserito, la mendicizia – oltre a non provocare oggettive lesioni fisiche o psichiche – non sia affatto da costui "percepita" come una "sofferenza" o come una "sopraffazione"¹⁹: è in questi casi che *la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. deve lasciare il passo a quella di impiego di minori nell'accattonaggio*, questa sì funzionale alla tutela della personalità *in fieri* del fanciullo e quindi anche al suo diritto ad un'educazione rispettosa dei diritti del minore, come riconosciuti e garantiti dall'ordinamento nazionale

¹⁴ In questo senso si veda, ad esempio, Cass. 7 ottobre 1992, Husejinovic, in *Riv. pen.*, 1993, 925, dove, espressamente escludendo l'applicabilità dell'art. 572 c.p., si affermava che "il sistematico impiego di minori nell'attività di accattonaggio, che li sottrae all'istruzione e all'educazione, avviandoli all'ozio, con il pericolo di poter diventare viziosi o addirittura delinquenti, si inquadra nella contravvenzione prevista dall'art. 671 c.p., in cui l'agente ha uno strumento inconsapevole nel bambino o nell'adolescente e si avvale di un mezzo insidioso e particolarmente pregiudizievole alla morale dei minori".

¹⁵ Cfr. Cass. 17 settembre 2008, n. 44516, cit.; Cass. 9 novembre 2006, n. 3419, in *Cass. pen.*, 2007, 4596, con nota adesiva di F. Carcano, *L'accattonaggio dei minori: tra delitto e contravvenzione*.

¹⁶ Cfr. M. Bertolino, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2008, 67 s.

¹⁷ Emblematico di questa tendenza è soprattutto il riconoscimento della rilevanza come fatti di "maltrattamento" di minori anche di condotte meramente "omissive" rispetto all'obbligo educativo: cfr. Cass. 9 novembre 2006, n. 3419, cit.

¹⁸ In questo senso anche V. Santoro, *op. cit.*, 73.

¹⁹ Cfr. M. Bertolino, *op. cit.*, 62 s. e 66 s.: «la valutazione della illiceità della condotta andrebbe fatta valutando la reale incidenza di tale condotta sul patrimonio psichico, culturale e morale del minore, non astrattamente considerato ma con riferimento al singolo soggetto e alle sue peculiari caratteristiche, onde verificare se l'attività alla quale lo hanno avviato i genitori, per le concrete modalità del fatto, rappresenti un'offesa tale alla sua dignità e libertà, da compromettere i processi di sviluppo psico-fisico della sua personalità». Particolarmente significativa è Cass. 25 novembre 1992, Husejinovic, in *Riv. pen.*, 1993, cit., secondo cui, ai fini della realizzazione del reato di maltrattamenti, è anche necessario il "recepimento" da parte del soggetto passivo dell'attacco inferito alla propria personalità, cioè la "percezione" dell'offesa e quindi quello stato di "sofferenza" che la giurisprudenza univocamente individua come essenziale per la consumazione del fatto; nello stesso senso si veda anche, chiaramente, Trib. Torino, 3 novembre 1998 (ord.), in *Dir. imm. cit.*, n. 2, 1999, 207 s.

e sovranazionale. Non si tratta di riconoscere una inesistente e intollerabile “scriminante culturale”, ma di applicare la norma incriminatrice all’interno del rigido perimetro della tipicità. D’altra parte, il nuovo trattamento sanzionatorio dell’art. 600-*octies* c.p. dovrebbe oggi risultare più adeguato e proporzionato alla tutela di tali interessi e potrebbe pertanto in parte arginare l’offerta surrogatoria fornita dalla troppo elastica tipicità dell’art. 572 c.p. Tale ultima fattispecie dovrebbe trovare applicazione – **assorbendo quella di impiego dei minori nell’accattonaggio** (conformemente alla clausola di sussidiarietà dell’art. 600-*octies* c.p.) – solo qualora il trattamento familiare del minore impiegato per mendicare sia effettivamente caratterizzato da una condizione di **vessazione**, di **sopraffazione** o di **sfruttamento** da lui vissuta come una reale e concreta sofferenza fisica o psichica.

15.5 Profili di diritto intertemporale

Per definire gli effetti di diritto intertemporale derivanti dall’introduzione del nuovo art. 600-*octies* c.p., è necessario anzitutto comparare – prima che i profili sanzionatori – l’eventuale differente estensione del fatto tipico tra la vecchia fattispecie contravvenzionale e la nuova figura delittuosa.

Come abbiamo avuto modo di illustrare, la nuova formulazione tipica del reato di impiego di minori nell’accattonaggio, **estende la tipicità** del fatto anche alla condotta di soggetti che, pur non avendo alcun rapporto di autorità, di custodia o di vigilanza sui minori, se ne avvalgono comunque per mendicare: questa ipotesi configura una **nuova incriminazione**, ovviamente *irretroattiva ex art. 2, comma 1, c.p.*

Le ulteriori modifiche di estensione del fatto tipico si ricavano sul piano sistematico del passaggio dalla contravvenzione al delitto: la nuova previsione delittuosa del fatto, da una parte, consente la *punibilità del tentativo* di impiego dei minori nell’accattonaggio, che costituisce un’altra ipotesi di **nuova incriminazione**, dall’altra, rende irrilevanti le condotte colpose, tipiche invece ai sensi dell’abrogata fattispecie contravvenzionale e rispetto alle quali si realizzerà pertanto l’effetto iper-retroattivo (cioè idoneo a travolgere eventuali giudicati) dell’*abolitio criminis*.

Così, se un soggetto fosse stato condannato per accattonaggio “colposo”, ad esempio per aver negligenemente esercitato i propri poteri/doveri educativi di genitore, consentendo così che il proprio figlio potesse mendicare, ma senza però che fosse provato in giudizio il dolo (anche solo eventuale) del fatto (comprensivo della concreta attività di mendicità del minore sottoposto alla propria autorità), tale soggetto potrebbe invocare l’intervenuta *abolitio criminis* del fatto per cui è stato condannato (anche se già passato in giudicato).

Al di fuori delle limitate ipotesi di parziale *abolitio criminis* e di nuova incriminazione, le due fattispecie si pongono in rapporto di **continuità normativa**: rispetto ai fatti commessi prima del giorno di entrata in vigore delle nuove disposizioni (8 agosto 2009) troverà applicazione la legge più favorevole, secondo la disciplina della successione modificativa di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 2 c.p.

Ebbene, se la pena prevista dalla vecchia contravvenzione, dell'**arresto da tre mesi a un anno**, sarà normalmente assai più favorevole della pena prevista dal nuovo delitto, della **reclusione fino a tre anni**, potrà tuttavia accadere che, quando la sanzione sia tarata sul minimo edittale, si possa ritenere in concreto più favorevole la nuova fattispecie punitiva (il cui limite minimo, non specificato, si deve ritenere fissato in *quindici giorni di reclusione ex art. 23, comma 1, c.p.*). In realtà, bisogna considerare che la qualificazione del fatto come **delitto** si porta dietro una serie di conseguenze e di effetti penali (ad esempio in materia di pene accessorie, di recidiva, di prescrizione, di sospensione condizionale della pena, di cause di estinzione della pena) che, complessivamente considerate, rendono **in ogni caso più favorevole l'applicazione della contravvenzione rispetto a quella del delitto**²⁰.

Problemi intertemporali potrebbero porsi in relazione alla **pena accessoria**: si potrebbe infatti argomentare che la mancata previsione normativa dell'automatica sospensione della potestà dei genitori conseguente alla condanna, precedentemente prevista al comma 2 dell'art. 671 c.p., inibisca l'applicazione di tale pena, quantomeno nei casi in cui la condotta di impiego di minori nell'accattonaggio non sia commessa (come riteniamo astrattamente possibile: vedi *supra*) con abuso della potestà parentale (cfr. art. 34, comma 2, c.p.). In realtà, qualora il fatto sia qualificato come "contravvenzione" *ex art. 671 c.p.* e venga conseguentemente applicata la pena principale dell'arresto, non si potrà fare a meno di *applicare necessariamente anche la pena accessoria ivi prevista* (al comma 2): nel caso in cui, in queste ipotesi, si ritenesse di non infliggere (o di revocare) la pena interdittiva perché non più prevista dalla nuova fattispecie "delittuosa", si applicherebbe in verità una "terza norma penale" risultante dal combinato disposto delle due fattispecie in successione (una contravvenzione senza pena accessoria), che non esiste e non è mai esistita.

In ultimo, essendo la struttura della condotta inquadrabile nello schema del reato solo *eventualmente abituale* (si veda *supra*), **sarà sufficiente anche un solo episodio di mendicizia del minore** successivo all'entrata in vigore della nuova disciplina per integrare il nuovo fatto tipico e rendere quindi applicabile il più grave trattamento sanzionatorio.

²⁰ In senso contrario, tuttavia, G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 3 ed., Milano, 2001, 279.