

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Ufficio per gli Incontri di Studio

Incontro di studio sul tema:
“I reati con vittima vulnerabile: indagini e giudizio”

Roma, 31 gennaio - 2 febbraio 2011
Ergife Palace Hotel

Punti fermi e questioni problematiche negli orientamenti della giurisprudenza
di legittimità in materia di reati in danno di vittime “vulnerabili”

Relatore
Dott. Luca PISTORELLI
Magistrato destinato al massimario della
Corte di Cassazione



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
Incontro di studio sul tema: "I reati con vittima vulnerabile".
Roma 31 gennaio – 2 febbraio 2011

Punti fermi e questioni problematiche negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in materia di reati in danno di vittime "vulnerabili"

1. Violenza sessuale

La Concorso fra violenza sessuale e maltrattamenti in famiglia

Un profilo tuttora controverso nella giurisprudenza di legittimità in materia di violenza sessuale riguarda la configurabilità del concorso tra il delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p. e quello di maltrattamenti in famiglia.

In proposito da ultimo Cass. Sez. III 16 maggio 2007, dep. 12 giugno 2007, n. 22850, P.G. e p.c. in proc. Recupero, rv 236888, ha affermato il seguente principio di diritto così massimato: *"Il delitto di maltrattamenti in famiglia concorre con quello di violenza sessuale qualora le reiterate condotte di abuso sessuale, oltre a cagionare sofferenze psichiche alla vittima, ledono anche la sua libertà di autodeterminazione in materia sessuale, attesa la diversità dei beni giuridici offesi"*.

Il problema affrontato dalla Sez. III e' quello, piu' volte sottoposto all'attenzione della medesima Sezione, relativo alla ammissibilità del concorso tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di violenza sessuale allorchè la condotta sia identica, ovvero quando l'abuso sessuale venga compiuto con condotte reiterate nel tempo. Un primo orientamento seguito dalla Sezione e' nel senso di ritenere che il delitto di maltrattamenti in famiglia può concorrere con quello di violenza sessuale, in quanto non vi è assorbimento fra tali reati attesa la diversità dei beni giuridici protetti dai due delitti¹.

Si tratta di un orientamento già espresso dalla medesima Sezione sotto la vigenza della pregressa disciplina, antecedente alle modifiche in tema di reati sessuali apportate dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66. Sotto la vigenza delle vecchie disposizioni, infatti, si era espressa sulla questione Cass. Sez. III, 29 novembre 1974, n. 5329, Lo Conte, rv 130043 enunciando il seguente principio di diritto, così massimato: *"Il reato di maltrattamenti in famiglia ha una propria obietività giuridica, consistente nella coscienza e volontà di sottoporre il soggetto passivo a sofferenze fisiche e morali in modo continuo e abituale, e non si identifica, quindi, con le violenze o minacce adoperate da parte dello stesso soggetto attivo per la realizzazione dei reati sessuali. Ne segue che quando, con azioni dirette a*

¹ V. Cass. 5 dicembre 2003, CED 227680; Cass. 7 ottobre 2003, CED 227477; Cass. 1 febbraio 1996, CED 204866.

maltrattare, si ledono volutamente altri beni, interessi o valori del soggetto passivo, oggetto di autonoma tutela penale, quale quello della liberta' sessuale, di tali azioni l'agente e' tenuto a rispondere in modo autonomo. (Fattispecie relativa a concorso tra il delitto di maltrattamenti e quelli di atti di libidine violenti e violenza carnale)".

La sentenza Recupero si pone peraltro in consapevole contrasto con il difforme orientamento che invece ritiene non ipotizzabile il concorso fra il delitto di violenza sessuale, di cui all'art. 609 *bis* c.p. ed il delitto di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 c.p. atteso che in tale ipotesi in applicazione del principio di specialità si configurerebbe il solo delitto di violenza sessuale continuata, caratterizzato da un dolo unitario e programmatico².

Si registrano, poi, pronunce che ammettono il concorso tra il reato di violenza sessuale e quello di maltrattamenti *"allorchè la condotta di maltrattamenti sia del tutto autonoma rispetto a quella che ha caratterizzato i rapporti sessuali"*³.

L'orientamento espresso dalle pronunce favorevoli all'ammissibilità del concorso si fonda sull'orientamento delle Sezioni unite penali in ordine all'interpretazione della locuzione "stessa materia" contenuta nell'art. 15 c.p., per cui la stessa dovrebbe essere intesa non come identità della condotta ma come identità di obiettività giuridica ossia identità di bene tutelato⁴. Poichè il delitto di maltrattamenti può essere commesso anche mediante atti sessuali idonei a cagionare sofferenze fisiche o psichiche alla vittima ed essendo diversi i beni giuridici oggetto della tutela penale (art. 572 c.p.: integrità fisica o psichica in ambito familiare; art. 609 *bis* c.p.: libertà di autodeterminazione in materia sessuale), l'orientamento favorevole al concorso lo ritiene ammissibile quando l'atto sessuale, oltre a cagionare sofferenze psichiche alla vittima, è lesivo anche della sua libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Il predetto orientamento, peraltro, ritiene non condivisibile quello contrapposto che esclude il concorso tra i predetti reati (che si fonda sulla premessa che la locuzione "stessa materia" debba essere interpretata come "medesimo fatto" al fine di non eludere il principio del *ne bis in idem* sostanziale) in quanto, si osserva, al fine di distinguere il concorso formale dal concorso apparente di norme non può tenersi conto del "medesimo fatto", in quanto il concorso formale e' configurabile a norma dell'art.81 c.p. proprio quando con una sola azione si violano più disposizioni di legge.

Ib L'attenuante dei casi di minore gravità

Altra questione in relazione alla quale la giurisprudenza di legittimità non appare del tutto lineare è quella dei parametri di identificazione del fatto di minore gravità integrante l'attenuante di cui all'art. 609 *bis*, terzo comma, c.p.

In proposito da ultima Cass. Sez. III 15 giugno 2010, dep. il 14 luglio 2010, n. 27272, P., rv. 247931, ha affermato il principio di diritto così massimato: *"Gli elementi soggettivi di cui all'art. 133, comma secondo, cod. pen., non rilevano ai fini della configurabilità dell'ipotesi di minore gravità del reato di violenza sessuale, non rispondendo la mitigazione della pena all'esigenza di adeguamento alla colpevolezza del reo e alle circostanze attinenti alla sua persona ma alla minore lesività del fatto, da rapportare al grado di violazione del bene giuridico della libertà sessuale della vittima."*

L'affermazione, resa a fronte di ricorso che invocava, quali elementi valorizzabili, ai fini della circostanza attenuante in oggetto, la buona condotta di vita e l'incensuratezza

² V. Cass. 24 giugno 2004, CED 229621; Cass.29 novembre 2000, CED 218543; Cass. 13 maggio 2003, CED 225113.

³ V. Cass. 23 marzo 2005, CED 231523.

⁴ V. Cfr. Cass. Sez. Un. 29 ottobre 1997, CED 209126; Cass. Sez. Un. 21 aprile 1995, CED 202011.

dell'imputato nonché il risarcimento del danno alla parte civile, ripropone l'orientamento che circoscrive ai soli elementi oggettivi contemplati dall'art. 133, comma primo, c.p. (ovvero quelli desunti : 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalita' dell'azione; 2) dalla gravita' del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensita' del dolo o dal grado della colpa) la valutazione di minore gravità posta alla base del giudizio sulla sussistenza dell'attenuante in questione, potendo gli elementi di natura soggettiva, di cui all'art. 133, comma secondo, c.p., rilevare unicamente ai fini delle complessiva commisurazione della pena⁵.

Sulla medesima questione vanno tuttavia ricordate le pronunce, di segno maggioritario, che, operando una lettura più ampia della norma, sul presupposto di una necessaria valutazione globale del fatto, ritengono valorizzabili anche le componenti soggettive dell'art. 133, c.p., segnatamente contemplate, appunto, al comma secondo (ovvero quelle desunte : 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo)⁶.

In termini neutri, non assumendo posizione in ordine alla specifica questione in oggetto, parrebbero esprimersi anche Cass. Sez. III, 28 ottobre - 15 dicembre 2003, n. 47730, El Kabouri, rv. 226865 e Cass. Sez. III, 29 febbraio - 5 aprile 2000, n. 972, P.M. in Proc. Della Rotonda, rv. 215954, giacchè la prima afferma che *"rilevano tutte le modalità che hanno caratterizzato la condotta criminosa, ed il danno cagionato alla persona offesa soprattutto in considerazione dell'età della stessa o di altre condizioni psichiche nelle quali questa versava al momento della commissione dell'abuso"* e la seconda che *"deve farsi riferimento, oltre che alla materialità del fatto, a tutte le modalità che hanno caratterizzato la condotta criminosa, nonché al danno arrecato alla parte lesa, anche e soprattutto in considerazione dell'età della stessa o di altre condizioni psichiche in cui versò"*; la motivazione di tale seconda pronuncia, in particolare, individua la "ratio" legislativa della citata diminuzione, nella *"palese esigenza di svincolare la valutazione della gravità del fatto dai limiti della materialità della condotta criminosa posta in essere, così come previsto dall'abrogato sistema normativo, elevandola ad un criterio di giudizio più ampio, che deve tener conto, ai fini della valutazione della minore gravità del caso, di tutte le sue componenti"*.

Va inoltre ricordato, ai fini di un opportuno raffronto con le interpretazioni giurisprudenziali intervenute su disposizioni codicistiche introduttive di circostanze indefinite analogamente

⁵ Tale orientamento risulta, infatti, in precedenza, espresso da Cass. 4 maggio 2007, CED 236730; Cass. 8 novembre 2007, CED 238551; Cass. 12 ottobre 2007, n. 40543, non massimata, e da Cass. 25 novembre 2004, CED 227397; in particolare, secondo la motivazione di quest'ultima pronuncia, l'indirizzo restrittivo sarebbe il *"più coerente con le ragioni dell'attenuante, che non può non essere valutata che con riferimento al "danno" derivato alla persona offesa e, quindi, con precipua attenzione alle modalità oggettive del fatto incriminato"*.

⁶ Tale orientamento, plausibilmente fondato, in assenza di espresse argomentazioni sul punto, sulla ampia formulazione dell'art. 609 bis, comma terzo, imperniata, in via generale, sui "casi di minore gravità", e' stato, segnatamente, inaugurato da Cass. 3 ottobre 2006, CED 235031 e, successivamente, seguito da Cass. 5 luglio 2006, CED 234788; Cass. 12 febbraio 2004, non massimata sul punto; Cass. 29 novembre 2000, CED 218544; Cass. 3 ottobre 2000, CED 217873; Cass. 25 settembre 2000, CED 217870; Cass. 8 giugno 2000, CED 217708; Cass. 24 marzo 2000, CED 216568 - 216569 (ove, per vero, in motivazione, in singolare consonanza con la sentenza n. 27272 del 2010 segnalata in precedenza, si afferma che l'attenuante in parola *"non risponde ad esigenze di adeguamento del fatto alla colpevolezza del reo, ma concerne la minore lesività del fatto in concreto rapportata al bene giuridico tutelato"*); Cass. 11 gennaio 2000, non massimata, e, infine, da Cass. 1 luglio 1999, CED 215077, e Cass. 15 novembre 1996, CED 207299. In posizione non meglio definibile appare invece porsi Cass. 7 novembre 2006, CED 235648, che, pur premettendo essere necessaria una valutazione globale del fatto, in tal modo apparentemente accreditando la lettura estensiva della norma, ne concretizza però il rilievo con specifico riferimento ai *"mezzi, modalità esecutive, grado di coartazione esercitato sulla vittima, condizioni fisiche e mentali di questa, caratteristiche psicologiche valutate in relazione all'età, così da potere ritenere che la libertà sessuale sia stata compressa in maniera non grave"*.

incentrate sulla mera tenuità del fatto, che, con riferimento alla ipotesi attenuata di cui all'art. 648 cpv. c.p., riferita al fatto di "particolare tenuità", la giurisprudenza appare costantemente attestata sulla valorizzabilità dell'intero spettro dell'art. 133 c.p. e, dunque, anche delle componenti soggettive ivi contemplate⁷.

Infine, con riguardo alla circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis* c.p., contemplata relativamente ai fatti "di particolare tenuità" per alcuni dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, appare recepita pressochè uniformemente, in giurisprudenza, una ampia lettura della norma, volta a valorizzare sia gli elementi oggettivi che quelli soggettivi del reato⁸.

La problematica dell'individuazione in linea generale dei parametri attraverso i quali accertare i "casi di minore gravità" di cui all'art. 609 *bis*, terzo comma, c.p., risulta affrontata anche in dottrina. Sul piano anzitutto generale, una prima, non recente, analisi, di segno tuttavia minoritario, muovendo dalla ratio della disposizione, ricollegata allo scopo di evitare che, una volta unificate, con la "riforma" dei reati sessuali, le fattispecie, prima distinte, di violenza carnale e di atti di libidine, il giudice sia costretto ad applicare una pena sproporzionata rispetto ai fatti più lievi, ha sottolineato come tale distinzione resterebbe il principale criterio di riferimento per l'applicazione della circostanza attenuante in parola (di talchè parrebbe lecito desumere da ciò l'irrelevanza radicale degli elementi di natura soggettiva della condotta)⁹.

Specificamente, invece, con riguardo ai rapporti tra la circostanza attenuante in oggetto ed i parametri dell'art. 133 c.p., un primo orientamento ritiene valorizzabili soltanto gli elementi del comma primo, essendo la "gravità del reato" unicamente pertinente, per dato testuale, allo stesso (mentre il comma secondo riguarderebbe la "capacità a delinquere") e deponendo i lavori preparatori della novella del 1996 per la rilevanza, nell'atto sessuale, non già della "qualità" dello stesso bensì della quantità e del grado di coartazione esercitato sulla vittima, con conseguente finalità dell'attenuante in parola non tanto di adeguamento del fatto alla colpevolezza quanto di valorizzazione della oggettiva minore lesività del fatto in concreto, da rapportarsi al bene giuridico tutelato; a ciò, dunque, conseguirebbe la utilizzazione dei soli parametri di cui ai nn. 1 e 2 del comma primo dell'art. 133 c.p., con esclusione, invece, del parametro sub n. 3 e, soprattutto, dei parametri di cui al comma secondo¹⁰; si è aggiunto, ad ulteriore riprova, che l'interpretazione lata dei criteri utilizzabili, pur attribuendo alla attenuante una caratteristica di elasticità suscettibile, a volte, di rendere possibile l'applicazione di una giustizia "più umana", condurrebbe tuttavia ad uno slittamento verso una sorta di inaccettabile "super-attenuante generica"¹¹.

⁷ Da ultimo, per la valorizzabilità dei precedenti penali, Cass. 8 gennaio 2009, CED 242667; con riferimento, poi, alla personalità dell'imputato, Cass. 9 maggio 2007, CED 237696; Cass. 29 ottobre 1990, CED 187401. Con riferimento, inoltre, alla circostanza attenuante ex art. 62 n.4 c.p., del danno di "speciale tenuità" in relazione ai delitti contro il patrimonio, Cass. 13 maggio 2010, CED 247122, ha affermato la valorizzabilità della condotta dell'imputato nella sua globalità.

⁸ V. Cass. 29 settembre 2004, CED 231444, con riferimento ad "ogni caratteristica....dell'atteggiamento soggettivo dell'agente"; Cass. 8 maggio 2003, CED 225715, con riferimento ai "motivi sottesi alla condotta dell'agente"; Cass. 26 marzo 1997, CED 208907, con riferimento "anche agli aspetti di natura soggettiva"; Cass. 9 gennaio 1997, CED 207524, con riguardo alla "difficile situazione personale e familiare dell'imputato".

⁹ Così, apparentemente, B. MAZZA, *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Riv. pen.*, 1996, 129; *contra*, A. CADOPPI, sub art. 609 *bis*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2007, 530; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 2008, 379.

¹⁰ Così A. CADOPPI, *op. cit.*, 532 che, tuttavia, aggiunge come ai fini dell'attenuante dovrebbe tenersi conto anche della natura del rapporto interpersonale allorquando questo renda oggettivamente meno lesiva la violenza (ad es. nel caso di "persone legate da rapporti sentimentali anche se tormentati").

¹¹ Così, ancora, A. CADOPPI, *op. cit.*, 537.

Si e', ancora, da altri, evidenziato che, benchè la norma non parli di "fatti" bensì di "casi", ciò imporrebbe al giudice unicamente di tener conto, oltre che delle caratteristiche della condotta, anche del contesto in cui questa sia stata attuata, senza tuttavia con ciò consentire una valorizzazione della capacità a delinquere del colpevole, estranea alla gravità del reato¹². All'interno di tale impostazione vanno inoltre ricondotte quelle voci che ritengono specificamente valorizzabili i mezzi, le modalità e le circostanze dell'azione, di talchè sia possibile ritenere che la libertà sessuale della persona offesa sia stata compressa in maniera non grave¹³, ovvero fanno testuale riferimento a tutti gli indici menzionati all'art. 133, comma 1, ai fini della determinazione della "gravità del reato", vale a dire *"le modalità dell'azione, la gravità dell'offesa (del danno o del pericolo) e l'intensità del dolo"*¹⁴.

Un secondo orientamento, invece, opera una lettura in termini ampi della norma, o ricostruendo l'attenuante in esame in termini analoghi alle circostanze attenuanti, venendo in essa richiamati *"tutti quegli elementi modali e/o personali, oggettivi e soggettivi idonei ad attribuire al realizzato fatto una minore carica di disvalore"*¹⁵, o ritenendo che si debba avere riguardo anche alla capacità a delinquere del colpevole, di particolare rilievo in reati che investono la materia del sesso¹⁶, ovvero, ancora, facendo leva sulla locuzione impiegata, di "casi di minor gravità", e non già di "minore gravità del fatto"¹⁷.

1c La nozione di "atti sessuali".

La nozione di atti sessuali riveste nell'economia della fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p. un ruolo centrale, giacché, come noto, la condotta sanzionata consiste nel costringere taluno a compiere o a subire appunto "atti sessuali".

La soppressione della previgente distinzione tra violenza carnale e atti di libidine ha infatti condotto il legislatore all'elaborazione di un unico, indifferenziato concetto di atti sessuali, comprensivo sia della congiunzione carnale che degli atti di libidine suddetti¹⁸. Secondo la giurisprudenza, pertanto, l'aggettivo "sessuale" attiene al sesso dal punto di vista anatomico, fisiologico o funzionale, senza che ciò debba comportare una limitazione della sua valenza ai meri profili genitali, dovendosi invece estendere anche a tutte le altre zone ritenute erogene, cioè tali da stimolare l'istinto sessuale, dalla scienza medica, psicologica, antropologica e sociologica¹⁹.

Allo stesso tempo, attesa la non necessità della "congiunzione", sono atti sessuali tutti quegli atti che esprimono l'impulso sessuale dell'agente e che comportano una invasione della sfera sessuale del soggetto passivo, inclusi, pertanto, i toccamenti, i palpeggiamenti e gli sfregamenti sulle parti intime della vittima, tali da suscitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e per un tempo di breve durata²⁰.

In tale contesto, dunque, va qualificato come "atto sessuale" anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione escludersi solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l'atto risulti privo di valenza erotica, come, ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca

¹² C. FOLADORE, *L'ipotesi di minore gravità nella violenza sessuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 77.

¹³ S. BELTRANI - R. MARINO, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Napoli, 1996, 51.

¹⁴ Così S. DEL CORSO, *Commento all'art.3 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. Pen.*, 1996, 441.

¹⁵ G. MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, 312.

¹⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2008, 188; G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, 1161, con riferimento al criterio della *"valutazione complessiva della vicenda"*.

¹⁷ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 379.

¹⁸ Cass., 12 febbraio 2004, CED 228498.

¹⁹ Cass., 2 luglio 2004, CED 230041.

²⁰ Cass., 3 ottobre 2007, CED 238739.

scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto²¹. Analogamente rientrano tra gli atti sessuali, attesa la chiara natura erogena della zona attinta, e la connotazione invasiva della condotta, il toccamento dei glutei, del seno o delle cosce²².

Ciò posto, è tuttavia necessario, secondo l'indirizzo giurisprudenziale di più ampia applicazione, che la "invasione" dell'altrui sfera sessuale (in tale concetto, appunto, potendo ricondursi tutte le condotte attinenti a zone erogene anche diverse dal "coito") avvenga mediante un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, o comunque attraverso un autocontatto di quest'ultimo con le proprie zone erogene (come negli atti sessuali commessi su se stessi), e che sia idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale, diversamente potendo essere integrate differenti fattispecie di reato (come, ad esempio, il reato di atti osceni o di molestia)²³.

Conseguentemente non sono configurabili, quali atti sessuali, l'esibizionismo, l'autoerotismo praticato in presenza di altri costretti ad assistervi, il "voyerismo"²⁴. E' invece configurabile il delitto di violenza sessuale laddove il soggetto attivo, al fine del soddisfacimento del proprio piacere sessuale, costringa due soggetti diversi, da considerare entrambi soggetti passivi, a "compiere o subire" atti sessuali tra loro, non difettando a ben vedere, in tal caso, il requisito del contatto corporeo²⁵.

Non presenta di contro rilievo determinante, ai fini del perfezionamento del reato, ed in un contesto di "soggettivizzazione" dell'atto sessuale, la finalità di eccitamento dell'agente o di soddisfacimento del piacere sessuale di quest'ultimo, finalità che, pur costituendo nella generalità dei casi, di fatto, il movente del reato, non rientra, tuttavia, nella fattispecie tipica²⁶. Del resto, la prevalenza dell'aspetto oggettivo dell'atto non può non discendere dalla differente collocazione e dal diverso bene giuridico protetto dai reati introdotti dalla legge n. 66 del 1996 rispetto a quelli in precedenza contemplati dal codice del 1930²⁷.

Appare pertanto decisamente recessiva in giurisprudenza, alla luce di quanto sin qui esposto, quella impostazione, ormai non più recente, che considera come caratterizzante l'atto sessuale l'attinenza dello stesso alla sola sfera "genitale", benché, probabilmente, giustificata dalla severità della sanzione edittale a fronte di condotte talvolta di scarsa significanza²⁸.

D'altra parte, e, si potrebbe dire, all'estremità opposta, resta isolata invece la posizione che, al fine di definire la sessualità dell'atto, prescinde dal contatto *corpore corpori* nel senso sopra visto²⁹: il "travaso" dei delitti in oggetto nella sfera dei delitti contro la libertà della persona impone infatti il ripudio di impostazioni al contrario influenzate da aspetti di tutela del diverso bene della libertà morale della vittima o del pudore od onore sessuale.

Non sono mancate, peraltro, in dottrina, critiche e riserve in ordine all'impiego, da parte del legislatore, di una nozione di atti sessuali indefinita e generica³⁰; purtuttavia, la giurisprudenza ha costantemente escluso che la fattispecie di reato corrispondente sia

²¹ Cass., 13 febbraio 2007, CED 236964.

²² Cass., 5 giugno 2008, CED 240338; Cass. 25 gennaio 2006, CED 234070; Cass. 15 novembre 2005, CED 233115.

²³ Cass., 15 giugno 2006, CED 234786; Cass. 12 febbraio 2004, CED 228498; Cass. 30 marzo 2000, CED 216073.

²⁴ Cass., 28 settembre 1999, CED 215100. MANTOVANI, *op. cit.*, 351.

²⁵ Cass., 27 febbraio 2003, CED 224803.

²⁶ Cass., 11 luglio 2007, CED 237294; Cass. 18 ottobre 2005, CED 232901; Cass. 30 marzo 2000, CED 216073. *Contra*, Cass., 15 novembre 1996, CED CED 207298.

²⁷ Cass., 2 maggio 2000, CED 217017.

²⁸ Cass., 11 ottobre 1995, CED 202968, con riferimento alla pregressa nozione di atti di libidine.

²⁹ Cass., 15 novembre 1996, CED 207298. Vedi anche Cass., 10 ottobre 2000, CED 218351, tuttavia meramente *tralatizia* giacché resa in fattispecie invece connotata proprio da contatti corporei.

³⁰ FIANDACA, *op. cit.*, 953.

connotata da indeterminatezza e possa, conseguentemente, violare il principio di tassatività di cui all'art. 25 Cost.³¹.

L'ampio contenuto della nozione di atti sessuali consente dunque che in essa possa farsi rientrare, oltre al contatto fisico diretto, anche quello "simulato" con una zona erogena del corpo, in quanto atto parimenti invasivo dell'altrui sfera sessuale, come affermato dalla giurisprudenza in una peculiare fattispecie nella quale è stata ritenuta assimilabile ad un coito orale dissimulato l'introduzione, nel cavo orale della vittima, non del membro virile ma, attraverso uno strumento, dello sperma, prodotto dell'eiaculazione³².

Quanto alle modalità di consumazione dell'atto sessuale, profilo tradizionalmente controverso è quello attinente agli atti subdoli o repentini e cioè degli atti compiuti senza accertarsi preventivamente del consenso del soggetto passivo o comunque prevedendo il dissenso dello stesso, che la giurisprudenza fa rientrare tra quelli caratterizzati da violenza attraverso un'operazione esegetica tuttavia criticata da più parti³³.

Tale sostanziale concetto di "violenza" (giacché, appunto, la norma incriminatrice richiede che la condotta sia posta in essere unicamente mediante violenza o minaccia o abuso di autorità senza accennare a modalità della condotta di tipo diverso), impiegato, evidentemente, essenzialmente con riferimento agli atti che, secondo la previgente distinzione normativa, si sarebbero classificati come libidinosi, pare volto a valorizzare la necessità dell'espressione del consenso della vittima, giacché il fattore sorpresa eliminerebbe comunque, in radice, la possibilità di una tale manifestazione. Tuttavia, proprio l'equiparazione sostanziale che, in tal modo, si verrebbe ad operare tra violenza da una parte e mancanza di consenso o presenza di dissenso dall'altra, è stata oggetto di ripetute critiche attese la conformazione della norma, esclusivamente incentrata, come già osservato poc'anzi, sulla violenza, senza che la mancanza di consenso possa assurgere ad elemento costitutivo³⁴.

In tale senso, dunque, si è affermata, ad esempio, l'integrazione del reato in ipotesi di repentino abbraccio con tentativo di bacio sulla bocca o di repentino palpeggiamento del seno o dei glutei; analogamente, poi, nel caso di atti sessuali posti in essere nell'ambito di relazioni d'ufficio sì da cogliere di sorpresa la persona offesa³⁵.

Id L'ignoranza dell'età della persona offesa

La disposizione dell'art. 609 *sexies* c.p., recependo letteralmente il contenuto dell'abrogato art. 539, introduce, per i casi di atti sessuali nei confronti o in presenza dell'infraquattordicenne (sia o meno egli, nel primo caso, consenziente), ed in deroga agli artt. 43 e 47 in tema di imputazione dolosa e di errore, una presunzione assoluta di conoscenza dell'età della persona; ciò all'evidente fine di rafforzare la tutela apprestata nei confronti di tali soggetti deboli nei confronti di atti lesivi del fisiologico sviluppo psichico – sessuale dei medesimi.

³¹ Cass., 25 maggio 2006, CED 234174.

³² Cass., 9 maggio 2008, CED 240990.

³³ Cass., 15 giugno 2006, CED 234786; Cass. 1 febbraio 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 618; Cass. 27 gennaio 2004, CED 228493.

³⁴ MANTOVANI, *op. cit.*, 365; nella previgente disciplina, sotto tale profilo analoga all'attuale, PECORARO ALBANI, voce *Atti di libidine violenti*, Enc. dir., IV, 1959, p. 14.

³⁵ Oltre alla giurisprudenza citata alla nota 31, Cass., 23 settembre 2004, in *Riv. pen.*, 2006, 704; Cass. 24 novembre 2000, in *Cass. pen.*, 2002, 1430.

Anteriormente alla sentenza della Corte costituzionale richiamata oltre, ed ancora nel vigore dell'art. 539, vanno ricordate in proposito quelle decisioni che avevano escluso qualunque rilevanza all'errore sull'età del *partner* anche ove lo stesso fosse stato cagionato dal precoce sviluppo fisico dello stesso o da suoi atteggiamenti ingannevoli³⁶.

Sottoposta a severe critiche da parte della dottrina in ragione, essenzialmente, della vanificazione, in tal modo operata, sull' "altare" dell'intangibilità sessuale del minore, del principio costituzionale di colpevolezza (così negandosi qualsivoglia spazio, quanto meno, all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età), con rischi evidenti di "slittamenti" sul terreno della responsabilità oggettiva, la norma è stata di recente ricondotta dal giudice delle leggi, in via interpretativa (si tratta infatti di una pronuncia di inammissibilità), nell'ambito dei limiti fisiologici delineati dal primo comma dell'art. 27 Cost.

Si è così chiarito come la presunzione di legge in oggetto non possa estendersi sino a ricomprendere anche le ipotesi nelle quali il soggetto attivo versi in stato di ignoranza od errore inevitabile sull'età, pur non potendo, tale ignoranza o tale errore, fondarsi soltanto, od essenzialmente, sulla dichiarazione della vittima di avere un'età superiore a quella effettiva³⁷.

La Corte costituzionale, con argomentazione poi ripresa anche dalla Cassazione, ha in particolare aggiunto, a fondamento della delimitazione operata, che il giudizio di inevitabilità postula, infatti, in chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, un "impegno" conoscitivo proporzionale alla pregnanza dei valori in giuoco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore: dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, possono bene risultare mendaci, specie nel particolare contesto considerato. E ciò fermo restando, ovviamente, che qualora gli strumenti conoscitivi e di apprezzamento di cui il soggetto attivo dispone lascino residuare il dubbio circa l'effettiva età, maggiore o minore dei quattordici anni, del partner, detto soggetto, al fine di non incorrere in responsabilità penali, deve necessariamente astenersi dal rapporto sessuale, giacché operare in situazione di dubbio circa un elemento costitutivo dell'illecito (o un presupposto del fatto), lungi dall'integrare una ipotesi di ignoranza inevitabile, equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa, se non, addirittura, di dolo eventuale³⁸.

Sull'intervento del giudice delle leggi è peraltro opportuno soffermarsi in maniera più analitica.

La Corte è giunta, come accennato, ad una dichiarazione di inammissibilità per «omessa esplorazione» di una soluzione interpretativa che atteggi la norma in senso costituzionalmente compatibile. Al di là dunque della notevolissima importanza del problema concreto – la severa punizione di un comportamento sessuale tenuto in ipotesi senza colpa – il provvedimento si segnala per la radicale ed innovativa valorizzazione del principio di colpevolezza, spinta al punto da legittimare, allargando il solco della «interpretazione adeguatrice», il superamento d'una lettera normativa francamente inequivoca.

Come detto quella dell'art. 609 *sexies* è una regola «tradizionale», ovviamente dettata per incrementare la funzionalità repressiva delle norme penali sull'intangibilità sessuale dei minori e della presunzione che vuole «viziato» il consenso prestato dal partner infantile di un rapporto sessuale. Dal punto di vista logico dovrebbe basarsi su una presunzione di

³⁶ Cass., 15 aprile 1985, in *Giust. pen.*, 1986, II, 29; cass. 24 maggio 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 316.

³⁷ Corte cost., n. 322 del 2007, in *Giur. cost.*, 2008, 472, nota di Delli Priscoli e Fiorentin, *L'ignoranza dell'età del minore nei reati sessuali e le "nuove" sentenze interpretative*.

³⁸ V. Cass., 11 luglio 2007, CED 237654.

conoscenza, tale da orientare la valutazione probatoria circa la ricorrenza del dolo, ma, nel momento in cui si risolve in presunzione assoluta, la disciplina trascende il piano delle regole di valutazione probatoria, per attingere il campo della responsabilità oggettiva (cioè della irrilevanza di una situazione naturalistica di assenza del dolo o della colpa).

Come pure evidenziato il principio era posto già per le fattispecie originarie del codice Rocco, il quale includeva gli atti sessuali con infraquattordicenni (ancorché consenzienti) tra le ipotesi di violenza carnale e di atti di libidine violenti (c.d. “violenza presunta”) (art. 519, comma 2 n. 1, e 521 c.p.). E l’art. 539 c.p. stabiliva per l’appunto che quando i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume — tra i quali erano allora inclusi quelli di violenza sessuale — fossero commessi in danno di minore degli anni 14, il colpevole non poteva «invocare a propria scusa l’ignoranza dell’età dell’offeso».

La dottrina discuteva se l’età della persona offesa fosse un elemento costitutivo del reato o un presupposto della condotta, ma da entrambe le classificazioni, secondo l’opinione dominante, avrebbe dovuto discendere la necessaria rappresentazione da parte del reo, con l’ulteriore conseguenza – implicata dai principi del dolo – che l’errore avrebbe dovuto escludere la responsabilità dell’interessato, anche se colpevole (non essendo infatti prevista una responsabilità colposa per la violenza sessuale: art. 47 c.p.)

Insomma, una deroga ai principi generali del dolo.

La Corte costituzionale ha più volte giustificato la disposizione, pur alla luce del principio di personalità della responsabilità penale.

Infatti, per lungo tempo, ha prevalso una interpretazione “minimalista” di detto principio, esaurito nel mero divieto della responsabilità penale per fatto altrui, e dunque non ancora posto a fondamento del principio di colpevolezza, ostativo alla configurazione di ipotesi di responsabilità oggettiva.

Per la verità, nella prima sentenza sull’art. 539 c.p., la Corte si era sforzata “*ad abundantiam*” di escludere una lesione del principio di colpevolezza, ma adottando una soluzione interpretativa assolutamente minoritaria.

La decisione poggiava sull’assunto che, ove pure l’art. 27 Cost. avesse postulato un nesso psicologico tra azione ed evento, la conclusione non sarebbe mutata, in quanto l’età dell’offeso «non attiene all’evento del reato» — costituito dal «congiungimento carnale abusivo», che deve essere necessariamente voluto dall’agente — integrando piuttosto «una condizione (non obiettiva) di punibilità» (sent. 107/1957)

La soluzione ha trovato conferma in quattro successive pronunce (ord. 22/1962; sent. 20/1971; ord. 70/1973; sent. 209/1983), mentre con ulteriori deliberazioni (la sent. 19/1971 e la sent. 209/1983) la Corte ha escluso anche la violazione dell’art. 3 Cost., dedotta sotto vari profili.

Il quadro generale è per altro mutato per effetto della notissima sentenza “Dell’Andro” (364/1988), che dichiarò incostituzionale l’art. 5 c.p. — il quale, con formula simile a quella dell’art. 539 c.p., stabiliva che «nessuno può invocare a propria scusa l’ignoranza della legge penale» — nella parte in cui negava rilievo anche all’«ignoranza inevitabile».

Sulla scorta di un complesso di considerazioni — dato testuale, lavori preparatori della Costituzione, collegamento con il sistema complessivo delle garanzie costituzionali — la Corte riconobbe che il principio di personalità della responsabilità penale non va inteso nel senso riduttivo di divieto della responsabilità per fatto altrui, quanto piuttosto come principio della responsabilità per fatto proprio colpevole: postulando, dunque, un “coefficiente di partecipazione psichica” del soggetto al fatto, rappresentato quanto meno

dalla colpa, sia pur con riguardo «almeno» «agli elementi più significativi della fattispecie», da individuare «volta per volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose».

La decisione contiene uno specifico richiamo alla sent. 20/1971, la quale, come accennato, aveva “salvato” l’art. 539 c.p. sul rilievo che, anche in caso di errore sull’età, la condotta del delitto di violenza carnale, in quanto realizzata volontariamente, era riferibile all’autore come «fatto suo proprio». Probabilmente il richiamo alla sentenza *de qua*, come ad altre precedenti pronunce sull’art. 27 Cost., valeva solo, nell’economia del provvedimento, a dimostrare che il nuovo (e pur “rivoluzionario”) arresto sul principio di «personalità» rappresentava lo sviluppo di una «tendenza» già manifestatasi nella pregressa giurisprudenza costituzionale.

Si rilevava infatti come le decisioni richiamate — pur a fronte della lettura “riduttiva” dell’art. 27 Cost. da esse patrocinata — non si fossero comunque “accontentate” del nesso di causalità materiale tra azione ed evento, ma avessero ricercato, nelle singole ipotesi esaminate, «un qualche coefficiente soggettivo (anche se limitato)» che consentisse di collegare anche psicologicamente il fatto all’autore.

Non a caso i commentatori della sentenza Dell’Andro individuarono proprio l’art. 539 c.p. come una delle prime norme destinate a “cadere”: ciò in quanto l’età infraquattordicenne dell’offeso — che la disposizione imputava a titolo oggettivo all’agente — accentrava, nei reati sessuali di riferimento, l’intero disvalore del fatto, segnando il *discrimen* fra il delitto e il lecito rapporto sessuale tra soggetti consenzienti.

Oltretutto la Corte era tornata sul principio di colpevolezza con la sent. 1085/1988, concernente il c.d. furto d’uso, ove si legge che l’art. 27 Cost. postula «almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l’autore del fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppur no) addebitato»: «è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa)»: sottraendosi al principio di “rimproverabilità” «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto», quali le c.d. condizioni estrinseche di punibilità, «che, restringendo l’area del divieto, condizionano, appunto, quest’ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi».

Il nuovo corso aveva indotto il legislatore (l. 19/1990) a modificare il regime di imputazione delle circostanze aggravanti: le quali, originariamente ascritte all’autore del fatto a titolo oggettivo, in base al nuovo art. 59 c.p. sono valutate a carico dell’agente «soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa».

Tutti i progetti di riforma del codice penale successivi al 1988 (Pagliaro, Riz, Grosso, Nordio) limitano al dolo e alla colpa i criteri di imputazione, escludendo qualsiasi forma di responsabilità oggettiva.

In questo quadro si è innestata la l. 66/1996 sulla violenza sessuale. La novella — per quel che qui interessa — se da un lato ha soppresso la tradizionale distinzione tra violenza carnale e atti di libidine, unificandoli nel più ampio e generico paradigma degli «atti sessuali», dall’altro ha estrapolato dal delitto di violenza sessuale la vecchia ipotesi di violenza “presunta”, costituita del compimento di atti sessuali con persona incapace di prestare un valido consenso in ragione dell’età, configurandola come autonomo titolo delittuoso.

Il “nuovo” art. 609 *sexies* c.p., in linea di continuità con l’abrogato art. 539 c.p., nega ogni rilievo all’ignoranza dell’età infraquattordicenne dell’offeso.

A differenza della precedente, la nuova norma — oggetto della censura valutata dalla Corte con il provvedimento in esame — individua in modo specifico i singoli reati sessuali rispetto ai quali l’ignoranza dell’età offeso non scusa, facendo riferimento:

1) a fattispecie nelle quali l'età ha natura "costitutiva" (discriminando il lecito dall'illecito): tali i reati di atti sessuali con minorenne e di corruzione di minorenne (artt. 609 *quater* n. 1 e 609 *quinquies* c.p.), riguardo ai quali la norma impugnata continua dunque a derogare ai principi generali in tema di dolo e di errore sul fatto (se essa non vi fosse, si applicherebbero gli artt. 43 e 47 c.p., per cui l'errore sull'età scuserebbe anche se colposo);

2) a fattispecie nelle quali l'età ha una funzione "aggravante" (aggiungendo una nota di disvalore a fatti comunque penalmente illeciti): tali i reati di violenza sessuale e di violenza sessuale di gruppo (art. 609 *ter* n. 1 c.p. in rif. agli artt. 609 *bis* e 609 *octies* c.p.), riguardo ai quali la norma impugnata deroga invece al regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti (se non vi fosse, si applicherebbe l'art. 59 c.p., per cui l'errore sull'età scuserebbe solo se incolpevole).

C'è da dire che, nell'occasione ancora più recente della legislazione sulla pedopornografia (artt. 600 *bis*, 600 *ter* e 600 *quinquies* c.p.), ove l'età infraquattordicenne della vittima è nuovamente prevista come aggravante (art. 600 *sexies* c.p.), la regola «tradizionale», pure inizialmente prevista, è stata esclusa a seguito di emendamento, motivato col rilievo che si sarebbe trattato di «norma in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale» sul principio di colpevolezza³⁹.

Nell'occasione che ha determinato l'intervento del giudice delle leggi il rimettente procedeva nei confronti di persona imputata del delitto di cui all'art. 609 *quater* c.p., per aver compiuto atti sessuali con minore degli anni 14. La tesi difensiva, accreditata dal giudice, era che l'imputato fosse stato indotto in errore dalla stessa vittima, la quale gli aveva riferito di essere ultraquattordicenne: circostanza che trovava riscontro nelle dichiarazioni rese dal minore in sede di informazioni testimoniali.

Dunque il Tribunale ha censurato, in riferimento all'art. 27, primo e terzo comma, della Costituzione, l'art. 609 *sexies* del codice penale. La Corte, come accennato, ha dichiarato inammissibile la questione. Per una sintesi del complesso ragionamento sotteso alla decisione ci si può affidare alla massima ufficiale:

31652 - È inammissibile, nonostante la correttezza delle premesse argomentative, la questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 609 *sexies* c.p.p., secondo cui l'autore di atti sessuali con minore infraquattordicenne non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa. La mancata verifica della possibilità di un'interpretazione *secundum constitutionem* della norma impugnata e l'inadeguatezza della motivazione in ordine alla rilevanza, quali cause dell'evocata inammissibilità, costituiscono il riflesso del salto logico compiuto dal giudice *a quo* nella formulazione della questione. È vero, infatti, che, da un lato, poiché l'intero disvalore della fattispecie tipica ruota intorno all'elemento dell'età dell'offeso (minore di quattordici anni), tale elemento deve poter essere collegato all'agente anche dal punto di vista soggettivo, e che, d'altro lato, il principio di colpevolezza non può essere totalmente sacrificato in nome di una più efficace tutela penale di altri valori di rango costituzionale (in questo caso l'intangibilità sessuale di soggetti considerati, in ragione dell'età, incapaci di una consapevole autodeterminazione agli atti sessuali e particolarmente esposti ad abusi). Tuttavia è vero anche che la richiesta eliminazione dell'art. 609-*sexies* avrebbe l'effetto di rendere applicabili all'età infraquattordicenne dell'offeso le disposizioni generali in tema di imputazione

³⁹ E di recente i giudici di legittimità hanno sottolineato come la regola contenuta nell'art. 609 *sexies* c.p. sia insuscettibile di estensione ad altri reati (nella specie si trattava di quello di prostituzione minorile), pena la violazione del divieto di analogia *in malam partem*: v. Cass. 15 ottobre 2009, CED 245416.

dolosa e di errore di cui agli artt. 43 e 47 c.p.p., cosicché l'errore sull'età, dovendo essa rientrare nella componente rappresentativa del dolo, scuserebbe anche se colposo. La norma censurata potrebbe, semmai, ritenersi lesiva del principio di colpevolezza non per il mero fatto di derogare agli ordinari criteri in tema di imputazione dolosa, ma unicamente nella parte in cui neghi rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età.

Il rimettente invocava una pronuncia di radicale ablazione dell'art. 609 *sexies* c.p., la quale avrebbe avuto l'effetto di rendere applicabile la disciplina generale in tema di dolo e di errore (artt. 43 e 47 c.p.), e dunque di escludere la punibilità dell'agente anche nel caso di errore sull'età determinato da colpa. L'aggravante fondata sull'età sarebbe rimasta suscettibile di imputazione, invece, anche nel caso di errore dovuto a colpa (art. 59 c.p.)

In questi termini, la questione trascendeva il problema della colpevolezza. La norma denunciata vuole accordare, in deroga alla disciplina generale, una più efficace protezione alla intangibilità sessuale dei fanciulli, evitando aree di impunità connesse ad erronei apprezzamenti di un dato — l'età della vittima — che non è affatto di immediata percezione (specie per i soggetti "a cavallo" del limite dei 14 anni, la verifica del superamento o meno dello stesso postula, infatti, il ricorso a fonti cognitive diverse dal mero esame esteriore della persona).

Questa scelta, in effetti, contrasta con il principio di responsabilità non in assoluto (per molti beni il legislatore decide di punire anche la lesione colposa, e non solo quella volontaria ...), bensì nella misura in cui prescinde anche soltanto dalla colpa quale fattore di caratterizzazione soggettiva del reato.

Insomma, il rimettente ha formulato una richiesta «eccessiva» rispetto al parametro invocato, o se si preferisce non costituzionalmente imposta.

Una soluzione più attendibile sarebbe forse consistita nel sollecitare un'emulazione della formula dell'art. 59 c.p., conferendo rilievo alla ignoranza non determinata da colpa.

La Corte ha preso invece la strada, come si accennava, di una nuova riflessione sulla «ignoranza inevitabile» già valorizzata dalla sentenza Dell'Andro relativamente all'*error iuris*.

(...) il principio di colpevolezza non può essere «sacrificato» dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale.

I principi fondamentali di garanzia in materia penale, difatti, in tanto si connotano come tali, in quanto "resistono" ad ogni sollecitazione di segno inverso (si veda, con riguardo al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, la sentenza n. 394 del 2006). Il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.): non avrebbe senso, infatti, "rieducare" chi non ha bisogno di essere "rieducato", non

versando almeno in colpa rispetto al fatto commesso (sentenza n. 364 del 1988). D'altronde, la finalità rieducativa non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla «rimproverabilità» dell'autore (al riguardo, sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990). Punire in difetto di colpevolezza, al fine di "dissuadere" i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale "negativa") o di "neutralizzare" il reo (prevenzione speciale "negativa"), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale (sentenza n. 364 del 1988), contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.

In tale ottica, dunque, il legislatore ben può – nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza – “graduare” il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare "impegno" nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività. Ma in nessun caso gli è consentito prescindere in toto dal predetto coefficiente; altrimenti, stabilire quando ricorrano esigenze repressive atte a giustificare una "rinuncia" al requisito della colpevolezza - in vista della tutela di altri interessi di rango costituzionale, come, di norma, quelli protetti in sede penale - diverrebbe un apprezzamento rimesso alla mera discrezionalità legislativa: con conseguente svuotamento delle accennate funzioni, "garantistica" e "fondante", del principio di colpevolezza.

(...) Nello scrutinare il disposto dell'art. 5 cod. pen., che negava efficacia scusante all'ignoranza della legge penale, la sentenza n. 364 del 1988 non ha, infatti, rimosso la norma denunciata nella sua globalità; ma - riconoscendone per il resto il fondamento razionale - l'ha dichiarata costituzionalmente illegittima soltanto nella parte in cui «esclude(va) dall'inescusabilità ... l'ignoranza inevitabile». E ciò sul presupposto che, riguardo alle componenti di tipo rappresentativo (quale, nella specie, la conoscenza del divieto), la soglia minima di compatibilità con l'art. 27, primo comma, Cost. - cui debbono essere allineate le norme ordinarie contrastanti con il principio da esso affermato - è rappresentata, per l'appunto, dall'attribuzione di valenza scusante all'ignoranza (o all'errore) che presenti caratteri di inevitabilità: giacché deve poter essere mosso all'agente almeno il rimprovero di non aver evitato, pur potendolo, di trovarsi nella situazione soggettiva di manchevole o difettosa conoscenza del dato rilevante (...).

(...) La scelta derogatoria (compiuta con l'art. 609 sexies c.p.: ndr.) tiene conto segnatamente della facilità con la quale - non essendo, in molti casi, l'età infraquattordicenne dell'offeso riflessa in modo certo nel suo aspetto esteriore - potrebbero essere allegate, dall'autore del fatto, vere o supposte situazioni di ignoranza o di errore, anche colposo, sull'età del minore: donde il timore che l'applicazione delle regole comuni possa determinare aree di impunità, ritenute pregiudizievoli per una efficace salvaguardia dell'interesse in questione

(...) il giudice rimettente non si pone neppure il problema di verificare la praticabilità di una interpretazione secundum constitutionem della disposizione denunciata: acclarando, in specie, se sia o meno possibile ritenere che l'ipotesi dell'ignoranza inevitabile resti estranea alla regola dell'inescusabilità sancita

dalla disposizione stessa. E ciò perché il principio di colpevolezza - quale delineato dalle sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988 di questa Corte - si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti. Aspetto, quest'ultimo, che viene in particolare rilievo nel caso di specie, in quanto si tratta di norma reiterata, nel passaggio dall'art. 539 cod. pen. all'art. 609-sexies cod. pen., dopo che già questa Corte aveva, con le richiamate pronunce, affermato - con riferimento al principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, primo comma, Cost. - l'esistenza nella tavola dei valori costituzionali di un principio di necessaria colpevolezza, ragguagliato quanto meno al "minimum" dell'ignoranza o dell'errore inevitabile: incida esso sulla norma o sugli elementi normativi del fatto, come nei casi esaminati dalle sentenze n. 364 del 1988 e n. 61 del 1995; ovvero sugli elementi del fatto stesso, come nell'ipotesi di specie.

Le Lo stato di inferiorità fisica o psichica della vittima

L'inferiorità fisica o psichica del soggetto passivo, che può essere congenita o sopravvenuta, permanente o transitoria, deve consistere per la giurisprudenza in una condizione, fisica o intellettuale, di minore resistenza o di particolare vulnerabilità all'altrui opera di coazione psicologica o di suggestione dovuta alle più svariate cause e, dunque, sia a fenomeni patologici, di carattere organico e funzionale, sia a traumi e fattori ambientali non aventi caratteristiche di patologia (anche mentale) ⁴⁰.

Si è conseguentemente fatta rientrare in tale situazione anche la condizione di chi, ad esempio, soffre di mero deficit intellettuale o di chi versò in stato di depressione ansiosa, o di chi, dopo avere assunto rilevanti quantitativi di sostanze alcoliche, si sia psichicamente indebolito ⁴¹.

Alla fattispecie sono state dunque ricondotte dalla giurisprudenza, senza "forzare" il concetto di violenza evocato nel primo comma dell'art. 609 *bis* c.p., anche le ipotesi di atti sessuali compiuti dai medici approfittando della visita compiuta sulle pazienti ⁴². Si è invece escluso che l'età infraquattordicenne di cui all'art. 609 *quater* sia di per sé condizione di inferiorità fisica o psichica ⁴³.

If Violenza sessuale e rapporti coniugali

Significativi riflessi della conquista della parità dei coniugi nel matrimonio emergono dalla vicenda concernente la rilevanza dei rapporti sessuali "imposti" all'interno del matrimonio. Non è un mistero come a lungo dottrina e giurisprudenza abbiano teorizzato la non configurabilità del reato di violenza carnale con riguardo a fatti concernenti rapporti sessuali estorti con violenza o minaccia a uno dei coniugi da parte dell'altro (e fuor di eufemismo: alla moglie dal marito) ⁴⁴.

⁴⁰ Cass., 3 dicembre 1996, CED 207326.

⁴¹ Cass., 20 settembre 2007, CED 237826; Cass. 16 dicembre 2003, CED 227029.

⁴² Cass., 8 maggio 2008, CED 240989.

⁴³ Cass., 9 maggio 2007, CED 237398; Cass. 16 gennaio 2007, CED 236806.

⁴⁴ In proposito v. GABRIELI, voce *Violenza carnale*, in *Noviss. Digesto it.*, XII, Utet, 1940, 1069; BRIGNONE, *La violenza carnale nel rapporto tra coniugi*, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1978, 74.

In questi casi, al più, veniva indagata l'eventuale ed autonoma rilevanza penale delle condotte strumentali alla consumazione dell'abuso sessuale ⁴⁵, giammai l'illiceità del congiungimento carnale seguito alla condotta violenta o minacciosa. Queste conclusioni venivano fondate sulla ricostruzione degli obblighi imposti dalla legge civile ai coniugi nel campo sessuale (il c.d. *debito coniugale*), in accordo con la tradizione culturale e religiosa in cui l'istituto stesso del matrimonio affonda le proprie radici.

Si dispiegava anche in quest'ambito la potestà maritale (conseguente all'ipotizzata posizione di preminenza del marito in seno al rapporto coniugale), con il risultato di ammettere l'esistenza di un vero e proprio diritto del marito ad ottenere dalla moglie il soddisfacimento del proprio bisogno sessuale attraverso la concessione del proprio corpo ⁴⁶. Dalla configurazione del diritto, al riconoscimento della idoneità dello stesso a fungere da esimente il passo era poi breve. Ne risultava l'impossibilità di ricondurre l'abuso sessuale del marito allo schema legale della violenza carnale.

Nel tempo questa posizione ha subito qualche correttivo ⁴⁷, ma nella sua sostanza ha resistito almeno sino alla metà degli anni '70, sfaldandosi solo a fronte della diffusione di una nuova e diversa sensibilità culturale verso la necessità di un riequilibrio nei rapporti tra i coniugi. Ed è proprio dalla riaffermata parità fra i coniugi che la giurisprudenza di quegli anni ha tratto l'argomento che le ha consentito di sovvertire il precedente indirizzo dominante, per giungere, infine, a configurare il reato di violenza carnale anche nel caso di abusi sessuali consumatisi all'interno del rapporto coniugale ⁴⁸.

Nel prosieguo l'interpretazione dei giudici si è ulteriormente affinata, evidenziando sempre più nitidamente la supremazia della libertà all'autodeterminazione sessuale sugli obblighi che discendono dal rapporto di coniugio ⁴⁹ e sottolineando come la tutela dispiegata dall'ordinamento penale nei confronti degli abusi consumati dal marito ai danni della moglie, sia identica a quella offerta in occasione della violenza sessuale perpetrata ai danni di quest'ultima da un terzo, non richiedendosi pertanto che i primi presentino connotazioni diverse da quelle della seconda ⁵⁰.

⁴⁵ Ammettendosi, cioè, potessero configurarsi, a seconda dei casi e sussistendone comunque i presupposti, le fattispecie di percosse, ingiuria, violenza privata, ecc. (tutti reati tendenzialmente assorbiti, di norma, nella progressione criminosa che culmina nella violenza carnale): cfr. in proposito MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, 312.

⁴⁶ V. GABRIELI, *op. cit.*, 1070.

⁴⁷ Ad esempio si è ritenuto che il riconoscimento del diritto alla prestazione fosse condizionato dalla possibilità di considerare normale la medesima, cioè compatibile, per natura e condizioni di luogo e di tempo, con le abitudini sessuali della coppia: in proposito cfr. MANFREDINI, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Vallardi, 1934, 131 e MANZINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ In questo senso, tra le prime, v. Cass., 16 febbraio 1976, CED 136942 e Cass., 13 luglio 1982, in *Riv. pen.*, 1983, 481. In dottrina nello stesso senso v. MARINI, voce *Violenza carnale (diritto penale)*, in *Noviss. Digesto it.*, XX, Utet, 1975, 956; SABATINI, voce *Violenza carnale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Ed. Enc. it., 1994, 6; FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, cit., 956.

⁴⁹ Cfr. Cass., 16 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1990, 565. In proposito v. anche FIANDACA, *op. loc. ult. cit.*, che efficacemente sottolinea come "l'obbligo di dedizione sessuale" assunto all'atto del matrimonio non sia coercibile, atteso il carattere assoluto del diritto all'autodeterminazione sessuale, ma che non per questo debba escludersi ogni rilevanza all'inadempimento del debito coniugale, che continua, eventualmente, ad essere fonte di responsabilità civile per il coniuge inadempiente. La sostanziale novità dell'orientamento progressivamente assunto da dottrina e giurisprudenza va ricercato, in definitiva, proprio nella perentoria separazione dei piani su cui operano la normativa dettata per la disciplina del rapporto matrimoniale e quella posta a presidio e tutela delle libertà fondamentali: contrariamente a quanto sostenevano i fautori della tesi criticata, affermare l'inviolabilità della libertà di autodeterminazione dei coniugi anche all'interno del matrimonio non significa disconoscere che il rapporto di coniugio generi diritti e correlativi obblighi in materia sessuale, ma più semplicemente che questi devono trovare la loro tutela in forma che risulti compatibile con il rispetto dei valori fondamentali ed inalienabili della persona umana.

⁵⁰ In questo senso v. ad esempio Cass., 11 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 617 e Cass., 25 febbraio 1994, in *Foro it.*, 1994, II, 485.

Questa evoluzione è culminata nell'intervento del legislatore, che attraverso la riforma dei delitti sessuali ha definitivamente legittimato l'orientamento giurisprudenziale menzionato, proprio attraverso la forte affermazione della libertà sessuale come valore fondamentale dell'individuo e, pertanto, di *ogni* individuo, a prescindere delle qualifiche eventualmente assunte nell'ambito di rapporti pur disciplinati dal diritto.

Per altro verso va evidenziato come la rielaborazione delle fattispecie incriminatrici operata dalla novella del 1996, non è tale da rendere inattuale l'elaborazione giurisprudenziale di cui si è dato conto: anzi, la sostituzione del reato di violenza carnale con una fattispecie (ora contenuta nell'art. 609 *bis* c.p.) dai confini indubbiamente più ampi, consente di sviluppare ulteriormente i principi affermati dai giudici di legittimità, fino ad affermare l'assoluta intangibilità della sfera sessuale del coniuge — al pari di quella di ogni altro individuo —, da intendersi nel senso di interferenza non autorizzata o comunque non voluta dal suo titolare, il che significa non soltanto che il marito può commettere violenza sessuale nei confronti della moglie, anche in costanza di matrimonio, ma altresì⁵¹ che il consenso prestato al matrimonio comporta soltanto la generale accettazione di condividere la propria vita sessuale con il coniuge e non già l'incondizionata adesione a tutti i singoli e futuri rapporti sessuali, ognuno dei quali richiede invece l'assenso di entrambi i coniugi. Ed in tal senso, infatti, la Suprema Corte, anche dopo l'intervento del legislatore, ha ribadito in maniera sempre più perentoria come l'esistenza di un rapporto di tipo coniugale o “paraconiugale” non è in grado di legittimare qualsiasi forma di costringimento psico-fisico al rapporto sessuale, atteso che non è configurabile all'interno di tali rapporti una sorta di “diritto all'amplesso”, né, conseguentemente, il potere di esigere o imporre una prestazione sessuale⁵².

Anzi la giurisprudenza più recente ha dimostrato una crescente sensibilità verso l'estrinsecazione della libertà sessuale nei rapporti di coppia di tipo coniugale, sottolineando, ad esempio, come non abbia valore scriminante il fatto che il coniuge non si opponga all'atto sessuale e lo subisca passivamente in un contesto di violenze morali o fisiche instaurato nel tempo dall'altro coniuge⁵³.

Infine va sottolineato che il descritto percorso “evolutivo” seguito dalla giurisprudenza di legittimità consente di impostare correttamente la questione anche nella prospettiva delle problematiche poste dai fenomeni migratori che hanno interessato il paese nell'ultimo ventennio. Infatti la spesso lacunosa integrazione culturale di comunità provenienti da paesi dove i rapporti coniugali possono tuttora risultare disciplinati in termini anacronistici per l'ordinamento italiano, ha portato a registrare il tentativo di eccepire in chiave difensiva la possibilità di prospettare ipotetiche cause di giustificazione o difetti nella riconoscibilità dell'elemento soggettivo tipico a fronte della contestazione della penale rilevanza dell'imposizione di rapporti sessuali all'interno del matrimonio⁵⁴.

⁵¹ Come aveva già evidenziato la migliore dottrina: v. in proposito FIANDACA, *op. loc. ult. cit.*

⁵² V. in questo senso Cass. 4 febbraio 2004, in *Riv. Pen.*, 2004, 608.

⁵³ V. Cass. 7 marzo 2006, CED 234171.

⁵⁴ In proposito val la pena ricordare come di recente i giudici di legittimità abbiano ribadito, sebbene con riguardo alla fattispecie di riduzione in schiavitù, come la mozione culturale o di costume dell'agente escluda l'elemento psicologico del reato (v. Cass. 15 aprile 2010, CED 247149) ed in senso analogo con riferimento a quella di maltrattamenti in famiglia, che sempre l'elemento soggettivo non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano — e in particolare con i principi espressi dagli artt. 2 e 3 Cost. — e della regolamentazione concreta nei rapporti interpersonali (v. Cass. 26 novembre 2008, CED 242229 e Cass. 8 novembre 2002, CED 223192; nella medesima prospettiva anche Cass. 20 ottobre 1999, in *cass. Pen.* 2002, 249, ma con riguardo all'eccepire la rilevanza della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto).

Ig Aspetti problematici della procedibilità per i reati sessuali consumati a danno dei minori.

L'eventuale ambientazione familiare dei reati sessuali influisce anche sulla disciplina relativa alla loro procedibilità. L'art. 609 *septies* c.p. prevede, infatti, che per i reati in materia di abusi sessuali si proceda a querela della persona offesa⁵⁵, come già stabiliva per quelli previgenti l'abrogato art. 542 dello stesso codice⁵⁶. Ma la stessa disposizione da prima citata, al quarto comma, elenca dei casi in cui si procede comunque d'ufficio, alcuni dei quali risultano totalmente inediti, ampliando così la disciplina prevista della norma ora abrogata⁵⁷.

Tra le eccezioni alla regola della procedibilità a querela di parte, quella contemplata dal n. 2 dell'art. 609 *septies* comma 4° risulta qui di particolare interesse, atteso che concerne il caso in cui l'autore del "fatto"⁵⁸ sia il genitore, anche adottivo, il suo convivente ovvero l'affidatario per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia del minore abusato o, ancora – a seguito delle modifiche apportate alla disposizione dalla legge n. 38/2006 – altra persona che abbia con lo stesso una relazione di convivenza.

La scelta di procedere d'ufficio nei confronti del genitore o del suo convivente corrisponde all'esigenza di arginare il pericolo che all'interno dell'ambiente familiare si generino meccanismi di protezione dell'autore del reato, che finirebbero per privare il minore di un'adeguata tutela in sede giudiziaria. Qualche perplessità suscita la scelta di limitare la disciplina eccezionale al solo rapporto tra genitori e figli, probabilmente determinata dalla fin troppo ottimistica previsione secondo cui, qualora l'autore del reato si identifichi con una diversa figura dell'ambito familiare, i primi siano in grado di resistere alla naturale propensione di difendere l'onorabilità e l'integrità della famiglia, facendo comunque prevalere l'interesse dei secondi.

Sotto diverso profilo qualche incertezza interpretativa è sorta, invece, circa l'esatta portata da attribuire al termine «minore», contenuto nel n. 2 del quarto comma della disposizione in esame. Effettivamente il testo della norma appare piuttosto ambiguo, laddove enuclea l'ipotesi del fatto commesso « dal genitore, anche adottivo, o dal di lui convivente, dal tutore ovvero da altra persona cui il minore è affidato... o che abbia con esso una relazione di convivenza», non precisando esplicitamente se la minore età del soggetto passivo rilevi soltanto nel caso del rapporto di affidamento o di convivenza, dovendosi intendere, dunque, che sempre (e cioè a prescindere dall'età della vittima) si debba procedere d'ufficio qualora

⁵⁵ Ad eccezione della corruzione di minorenni e della violenza sessuale di gruppo, previsti, rispettivamente dall'art. 609 *quinquies* e *octies* c.p., sempre procedibili d'ufficio.

⁵⁶ E proprio la subordinazione della punibilità dei fatti di violenza sessuale all'impulso della persona offesa rappresentava una delle più stridenti contraddizioni dei reati descritti negli artt. 519 e ss., dove la natura dell'interesse tutelato mal si conciliava con la previsione della querela. In questo senso la scelta del legislatore della riforma di mantenere la procedibilità a querela di parte si è rivelata coerente con l'impostazione maggiormente personal-individualistica impressa alle nuove fattispecie incriminatrici: sul punto v. MAZZA, *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale: prime osservazioni*, in *Riv. pen.*, 1996, 130, nonché le riflessioni svolte prima della l. n. 66/1996 da FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, cit., 912.

⁵⁷ Il numero e l'estensione delle eccezioni alla procedibilità condizionata previste dall'art. 609 *septies* hanno peraltro suscitato qualche dubbio sull'effettiva fedeltà del legislatore alle proprie scelte circa la selezione degli interessi tutelati attraverso le nuove fattispecie incriminatrici, facendo perfino dubitare che la procedibilità a querela di parte costituisca effettivamente la regola nei reati sessuali e non essa stessa l'eccezione: v. in proposito VIRGILIO, sub art. 609 *septies*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Cedam, 2006, 733.

⁵⁸ Formula che dottrina e giurisprudenza concordemente ritengono sia riferibile a tutte le ipotesi delittuose previste tanto dall'art. 609 *bis*, quanto dall'art. 609 *quater*: in tal senso v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, cit., 358; Cass. 21 ottobre 2003, CED 227478.

l'autore del reato sia il genitore o un altro dei soggetti indicati nella prima parte della disposizione⁵⁹.

Da una più attenta lettura del testo normativo, si ricava la convinzione che il legislatore abbia voluto riferire tutte le diverse qualifiche del soggetto attivo alla particolare condizione di età della persona offesa, come il ricorso all'articolo determinativo «*il*», dinanzi alla parola «*minore*», consente di ritenere⁶⁰. Del resto tale interpretazione è la più razionale. Non si comprende altrimenti quali sarebbero state le ragioni per sottrarre il figlio e, addirittura, il pupillo o il convivente maggiorenni all'ordinaria disciplina sulla procedibilità⁶¹.

Sempre l'art. 609 *septies* c.p., prevede poi che si proceda d'ufficio anche quando la persona offesa dal reato sia un minore di anni dieci o, con esclusivo riferimento al reato di violenza sessuale, persona che al momento di fatto non ha ancora compiuto gli anni diciotto⁶², e ciò a prescindere dalla qualifica del soggetto attivo.

La *ratio* della disposizione (totalmente inedita) è ispirata dall'obiettivo di garantire al minore la tutela più ampia possibile, anche nella non infrequente ipotesi di abusi subiti nell'ambito familiare, ma ad opera di soggetti diversi da quelli per cui, come si è visto, è dettata al n. 2 della disposizione una specifica ed autonoma disciplina. Non si può negare che la scelta normativa possa in alcuni casi risultare proporzionata alle concrete esigenze che emergono dalle vicende che popolano la cronaca quotidiana; ma allo stesso tempo deve ammettersi che lo strumento eletto finisce per annichilire il ruolo dei familiari e in particolare dei genitori (quali soggetti istituzionalmente deputati a valutare l'effettivo interesse del minore). La dottrina non ha mancato di criticare questo aspetto della riforma, evidenziando come la decisione di far comunque soccombere l'istituzione familiare rispetto alle istanze punitive statuali comporta il rischio del coinvolgimento della vittima degli abusi nelle vicende giudiziarie anche contro la volontà dei suoi familiari⁶³, ancorché quest'ultima non risulti inquinata da secondi e meno commendevoli fini rispetto a quello di evitare al minore i traumi di un processo penale⁶⁴.

Come accennato, non possono non condividersi le perplessità adombrate in dottrina. La disposizione in commento risulta effettivamente — seppure involontariamente, crediamo — “punitiva”, finendo per delineare una sorta di preconcepita sfiducia per l'ambiente familiare

⁵⁹ In questo senso v. VIRGILIO, *op. cit.*, 743.

⁶⁰ Infatti, utilizzando la formula «il minore» e non quella «un minore», il legislatore sembra suggerire che lo stesso termine sia presupposto anche nella parte precedente della disposizione, laddove vi è il riferimento al genitore, al convivente e al tutore.

⁶¹ Sul punto cfr. PROVERBIO, *Commento all'art. 609 septies*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 4259; MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 357. Nel senso che la procedibilità d'ufficio del reato presuppone la minore età della vittima anche nel caso in cui autore del medesimo è il genitore od un altro dei soggetti indicati nella prima parte della disposizione in commento si è pronunziata anche la prevalente giurisprudenza: v. Cass. 2 febbraio 2006, in *Riv. Pen.*, 2006, 667 e Cass. 14 dicembre 2006, in *Cass. Pen.*, 2007, 4182.

⁶² Nella sua formulazione originaria la disposizione in commento prevedeva la procedibilità d'ufficio del reato di violenza sessuale esclusivamente nel caso in cui la vittima fosse il minore infraquattordicenne, ma la legge n. 38/2006 ha elevato il limite dell'età rilevante fino a farlo coincidere con quello del compimento della maggiore età. La *ratio* della scelta legislativa va ricercata nell'esigenza di dare attuazione a quanto previsto dalla già menzionata decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/68/GAI, che individua in generale il “bambino” come la vittima dello sfruttamento sessuale e, all'art.1, qualifica come tale ogni persona «d'età inferiore ai diciotto anni», mentre nel successivo art. 9 esclude la possibilità di prevedere condizioni di procedibilità legate a manifestazioni di volontà della vittima del reato. Va peraltro osservato che la soluzione non era imposta dallo strumento internazionale, atteso che lo stesso ha ad oggetto lo specifico fenomeno dello sfruttamento sessuale dei minori e della pornografia infantile e non già il più generale tema dell'abuso sessuale sui minori.

⁶³ Così VIRGILIO, *op. cit.*, 756.

⁶⁴ La disposizione in commento rischia dunque di tradursi in un *boomerang* rispetto alle sue pur buone intenzioni, soprattutto nella costanza di un ordinamento penalprocessuale che, contemplando l'obbligatorietà dell'azione penale, non consente al suo titolare di trattenerci dall'esercitarla anche qualora ciò dovesse annunziarsi come nocivo per l'interesse del minore.

che circonda il minore vittima di gravi abusi sessuali. Il legislatore, evidentemente, teme che la naturale propensione di tale ambiente a proteggere quest'ultimo, finisca per esercitare una pressione emotiva tale da provocare una generalizzata rinuncia alla presentazione della querela, proprio in relazione a fatti considerati di eccezionale gravità.

La preoccupazione è tutt'altro che illegittima, ma la scelta operata risulta, forse, altrettanto "emotiva" e nel lungo periodo rischia di incrementare la cifra oscura di questi reati, convincendo i familiari del minore dell'inopportunità anche solo di denunciare gli abusi di cui siano venuti a conoscenza.

In effetti il problema non è di facile soluzione, ma v'è da chiedersi se non sarebbe preferibile alla generalizzata procedibilità d'ufficio, un meccanismo che consentisse di decidere caso per caso sull'opportunità di presentare la querela. Potrebbe, ad esempio, pensarsi ad una procedura simile a quella dettata dagli artt. 121 c.p. e 338 c.p.p. per le ipotesi di conflitto d'interessi tra il minore e chi ne abbia la rappresentanza legale, rimettendo ad un curatore speciale, nominato dal giudice su istanza della famiglia, il compito di valutare l'opportunità o meno di sporgere la querela⁶⁵, tenendo nel debito conto gli interessi del minore abusato. In alcuni casi potrebbe altrimenti subordinarsi la procedibilità, sempre su istanza dei familiari del minore, ad un accertamento della sua capacità di assorbire i traumi di un eventuale processo.

Mi rendo conto che le soluzioni proposte non sono di agevole attuazione ed, infatti, vanno considerate come inviti al dibattito. Va ribadito, però, che la scelta di anteporre sempre e comunque agli interessi del minore e della sua famiglia quello di perseguire l'autore dell'abuso sessuale, è, per l'appunto, una "scelta" tra più alternative possibili, che non esime dal proseguire nella ricerca di equilibri diversi e più soddisfacenti.

Del resto lo stesso legislatore ha dimostrato di voler attutire le conseguenze delle scelte operate nell'art. 609 *septies* c.p., manifestando una maggiore sensibilità verso le esigenze dei minori vittime di abusi sessuali e, soprattutto, verso il loro delicato equilibrio psicologico⁶⁶. La stessa legge n. 66/1996 ha, infatti, introdotto nel codice penale l'art. 609 *decies*, che contempla alcune misure destinate ad alleviare la situazione di sofferenza del minore, consentendo al contempo di meglio tutelarlo⁶⁷. Ad esempio, il primo comma della disposizione da ultima menzionata prevede, quando il Pubblico Ministero procede per abusi sessuali commessi in danno di minorenni, un obbligo di informazione al Tribunale dei Minorenni. I commi successivi, invece, impongono all'Autorità Giudiziaria che procede di assicurare al minore la necessaria "assistenza affettiva e psicologica", garantendo la presenza al suo fianco, nel corso del procedimento, dei genitori o delle persone che lo stesso minore (ed è questa una assoluta novità da salutare favorevolmente) ritenga di indicare.

Sempre attraverso la legge n. 66/1996 sono state adattate alcune norme processuali, al dichiarato scopo di contenere la traumaticità dell'attività processuale a cui il minore è chiamato necessariamente a partecipare. Così nell'art. 472 c.p.p., che disciplina i casi in cui dibattimento si svolge a porte chiuse, è stato inserito il comma 3° *bis*, che rende obbligatoria tale procedura nei processi per reati sessuali commessi in danno di minori⁶⁸. Nell'art. 392

⁶⁵ Circa l'insussistenza di un obbligo di proporre la querela per il curatore nominato *ex art.* 121 c.p. v. Cass., 12 febbraio 1970, in *Giust. pen.*, 1971, III, 410.

⁶⁶ Cfr. DI PAOLO, sub *art.* 609 *decies*, in *Commentario*, a cura di Cadoppi, cit., 815 e ss..

⁶⁷ V. PROVERBIO, *Commento all'art.* 609 *decies*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., 4271.

⁶⁸ La stessa disposizione sancisce altresì l'inammissibilità di domande sulla vita privata e sulla sessualità della vittima del reato, salvo che non si rivelino necessarie per la ricostruzione dei fatti. In proposito va osservato che la norma non proibisce soltanto di porre questo tipo di domande al minore, ma anche a chiunque altro, testimone o imputato. In proposito v. MULLIRI, *La legge sulla violenza sessuale*, cit., 753. Più in generale sulle modifiche apportate dalla l. n.

c.p.p., che regola l'incidente probatorio, è stata invece introdotta — attraverso il comma 1° *bis* — una nuova ipotesi di assunzione predibattimentale della prova (svincolata dai tradizionali presupposti richiesti dalla stessa disposizione), per il caso che la stessa consista nell'assunzione della testimonianza del minore vittima di abusi sessuali. Non di meno è stato aggiunto all'art. 398 c.p.p. il comma 5° *bis*, che consente al giudice dell'incidente probatorio di stabilire che l'audizione avvenga con modalità differenti da quelle ordinarie, quando le esigenze del minore lo richiedono⁶⁹. Da ultimo, nell'art. 498 c.p.p., che regola l'esame testimoniale⁷⁰, è stato introdotto dalla legge n. 269/1998⁷¹ il comma 4° *ter*, che, completando la disciplina dell'audizione protetta del minore, attribuisce allo stesso la facoltà di chiedere che il suo esame avvenga “*mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico*”, all'evidente fine di evitare il disagio del confronto diretto con l'autore degli abusi di cui è stato vittima⁷².

2 Stalking

Nel corso dell'anno 2010, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di occuparsi, per la prima volta, di questioni inerenti al nuovo reato di atti persecutori (o *stalking*), previsto e punito dall'art. 612 *bis* c.p., introdotto dall'art. 7 D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009.

L'esegesi della nuova fattispecie incriminatrice è ancora frammentaria e non riguarda tutti gli aspetti maggiormente discussi, ciononostante alcuni arresti interpretativi presentano profili di indubbio interesse.

Si è, innanzi tutto, chiarito che il delitto rientra tra i reati ad evento di danno (e si distingue, sotto tale profilo, dal delitto di minacce, che è reato di pericolo)⁷³, ed è integrato anche da due sole condotte di minaccia o molestia, come tali idonee a costituire la reiterazione richiesta dalla norma incriminatrice: “*le condotte di minaccia o molestia devono essere «reiterate», sì da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima ovvero un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone vicine o, infine,*

66/1996 all'ordinamento processuale v. DE CATALDO NEUBERGER (a cura di), *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Cedam, 1997.

⁶⁹ Ad esempio, la norma prevede che l'audizione possa svolgersi in luogo diverso dal tribunale e perfino presso l'abitazione del minore. La disposizione consentiva originariamente di procedere all'audizione protetta esclusivamente nel caso di procedimenti ad oggetto i reati di cui agli artt. 609 *bis, ter, quater e octies* c.p., ma la Corte costituzionale, giudicando l'esclusione in contrasto con l'art. 3 Cost., ha esteso la sua previsione anche all'ipotesi in cui si proceda per il reato di corruzione di minorenni di cui all'art. 609 *quinquies* c.p. (Corte cost., 1° giugno 1998, n. 262).

⁷⁰ E che originariamente conteneva le uniche disposizioni dettate a tutela del minorenni testimone in un processo penale (peraltro anche per reati diversi da quelli di cui trattiamo) e cioè quelle che consentivano di derogare al meccanismo dell'esame diretto del testimone da parte del Pubblico Ministero e dei difensori, rimettendo al Giudice il compito di porre al minore le domande, e di ricorrere a tal fine all'ausilio di un familiare di quest'ultimo ovvero ad un esperto in psicologia infantile.

⁷¹ E cioè la legge sulla prostituzione minorile e sulla pedofilia che ha introdotto nel codice penale gli artt. 600 *bis* e ss.

⁷² In realtà la norma, che ha in sostanza recepito prassi giurisprudenziali invalse da tempo e fondate su di una interpretazione estensiva del quarto comma dell'art. 498 c.p.p. (e, successivamente alle modifiche apportate dalla l. n. 66/1996, su quella analogica dell'art. 398, comma 5° *bis*, c.p.p.) appare fin troppo specifica nella sua formulazione, avendo eletto uno dei possibili strumenti idonei a garantire l'isolamento del minore a paradigma procedurale, senza tener conto del fatto che il medesimo risultato può essere raggiunto anche con altri mezzi, come, ad esempio, la video conferenza. Meglio sarebbe stato, dunque, ricorrere a formule più generiche, ma in grado di consentire al giudice di scegliere, tra più soluzioni comunque idonee a tutelare il testimone, quella più adatta nel caso concreto.

⁷³ Cass. 5 febbraio 2010, CED 247225-6.

costringere la parte lesa a modificare le sue abitudini di vita. Il termine «reiterare» denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza. Se ne deve evincere, dunque che anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto»⁷⁴.

Ed in proposito si è altresì chiarito come quello di atti persecutori sia reato a fattispecie alternative⁷⁵.

Le molestie che caratterizzano la condotta tipica dello *stalking* possono essere integrate per la Corte anche dal reiterato invio alla persona offesa di *sms* e di messaggi di posta elettronica o postati su un *social network* (ad es., *Facebook*), nonché dalla divulgazione attraverso questi ultimi di filmati ritraenti rapporti sessuali avuti dall'imputato con la parte lesa⁷⁶.

La reciprocità dei comportamenti molesti non esclude invece per i giudici di legittimità la configurabilità del delitto di atti persecutori, incombendo, in tale ipotesi, sul giudice un più accurato onere di motivazione in ordine alla sussistenza dell'evento di danno, ossia dello stato d'ansia o di paura della presunta persona offesa, del suo effettivo timore per l'incolumità propria o di persone ad essa vicine o della necessità del mutamento delle abitudini di vita⁷⁷.

Sempre per la Cassazione, infine, il perdurante e grave stato di ansia o di paura, costituente uno dei tre possibili eventi del delitto, è configurabile in presenza del destabilizzante turbamento psicologico di una minore determinato da reiterate condotte dell'indagato, consistite nel rivolgere apprezzamenti mandandole dei baci, nell'invitarla a salire a bordo del proprio veicolo e nell'indirizzarle sguardi insistenti e minacciosi⁷⁸.

Anche con riferimento alla fattispecie di atti persecutori la Corte ha poi confermato il suo consolidato indirizzo per cui le dichiarazioni accusatorie della persona offesa, ancorché costituita parte civile, possono integrare i gravi indizi necessari per l'applicazione all'autore del reato una misura cautelare, senza che sia indispensabile, ai fini di una positiva valutazione di attendibilità estrinseca del dichiarante, l'acquisizione di riscontri oggettivi "esterni", ancorché il giudice debba comunque procedere, in ragione del potenziale interesse dello stesso dichiarante, ad una ponderazione delle sue provalazioni caratterizzata da particolare rigore e prudenza⁷⁹.

Alla luce di quanto illustrato è dunque evidente che la giurisprudenza di legittimità non ha ancora affrontato alcuni degli aspetti problematici che la formulazione dell'art. 612 *bis* c.p. ha posto come ad esempio quello della potenziale attitudine espansiva della norma incriminatrice o quello dell'effettiva natura degli eventi in cui deve culminare la condotta incriminata.

Con riguardo al primo profilo, cui è connesso quello della distinzione della fattispecie di atti persecutori da altre cui talvolta in passato il fenomeno criminologico veniva ricondotto in assenza di una specifica risposta normativa, va ricordato innanzi tutto che nè la relazione che ha accompagnato il decreto legge cui si deve l'introduzione della disposizione succitata, nè i lavori parlamentari della legge che l'ha convertito appaiono particolarmente utili per inquadrare l'effettiva portata dell'intervento legislativo: troppo sintetica e sbrigativa la prima, concentrati soprattutto sugli altri contenuti del decreto i secondi.

⁷⁴ Cass. 21 gennaio 2010, CED 245881.

⁷⁵ Cass. 22 giugno 2010, CED 248412.

⁷⁶ Cass. 16 luglio 2010, CED 248285.

⁷⁷ Cass. 5 febbraio 2010, cit.

⁷⁸ Cass. 12 gennaio 2010, CED 246545.

⁷⁹ Cass. 26 aprile 2010, CED 247883.

Per cogliere l'esatto significato dell'intervento legislativo deve dunque guardarsi al dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione alla Camera del d.d.l. n. C1440 nella scorsa legislatura, il cui testo è stato poi "trapiantato" nel menzionato decreto legge nel febbraio del 2009.

Per ampiezza di contenuti e profondità di analisi – realmente inusuali in tempi di calcolata svalutazione delle modalità di esercizio della funzione legislativa primaria – gli esiti di quel dibattito risultano infatti assai preziosi, non solo per sciogliere alcuni nodi interpretativi che la nuova disciplina propone, ma soprattutto per identificare la *ratio* che la pervade.

Ed in tal senso emerge chiara la volontà di colmare una lacuna nella tutela penale della persona in presenza di intrusioni seriali nella sfera di vita della medesima, nella consapevolezza che proprio tale serialità determini un'autonoma e riconoscibile offesa. Non è dubbio che la disciplina in commento sia stata ispirata dalla crescente attenzione riservata dalla comunità scientifica allo *stalking*, inteso come fenomeno concernente la distorta conduzione delle relazioni interpersonali. E certamente nell'ideazione della normativa in oggetto un peso determinante ha avuto lo smarrimento dimostrato dall'opinione pubblica nell'apprendere, in occasione di recenti drammatici episodi di *stalking* culminati nell'uccisione della vittima, dell'inesistenza di strumenti normativi in grado di consentire la neutralizzazione dell'autore di tali comportamenti prima che gli stessi degenerassero in maniera irrimediabile.

Ciononostante, nel corso dell'articolato percorso che ha portato al varo dell'incriminazione degli atti persecutori, il legislatore ha cercato anche di emancipare, per quanto possibile, la nuova incriminazione da questo tipo di realtà per attribuire alla fattispecie una dimensione più ampia.

La novella, nella definizione del fatto tipico, si è dunque concentrata soprattutto sul carattere che più giustificava il suo intervento: l'obiettivo riscontro della specificità dell'offesa ai diritti della persona conseguente alla interferenza seriale nella vita dell'individuo. Così, mentre l'osservazione medico-psichiatrica e criminologica si è inevitabilmente rivolta allo *stalking* sintomatico di disturbi relazionali, concentrando gli sforzi nell'elaborazione del profilo dello *stalker* "tipo", il legislatore penale non ha ceduto alla tentazione (pur forte, ma assai pericolosa) di confezionare la fattispecie incriminatrice a misura di un tipo d'autore ed ha invece correttamente posto l'accento sul profilo oggettivo delle condotte selezionate e dell'offesa che queste determinano. Ed in tale ottica non hanno trovato spazio nella descrizione normativa nemmeno elementi che vincolassero il fatto tipico ad una particolare ambientazione ovvero a specifici moventi della condotta o, ancora, alla peculiare identità della persona offesa ovvero ai suoi rapporti con l'autore del reato⁸⁰. Non solo, nel testo infine recepito dal d.l. n.11/2009 è stata scartata anche l'ipotesi⁸¹ di prevedere una sanzione sostitutiva ovvero un vincolo alla concessione della sospensione condizionale della pena collegati all'assoggettamento dell'autore del reato a programmi terapeutici. Soluzione che procurerà certamente qualche critica al legislatore, ma che rivela l'intenzione di attenuare l'idea che il fatto tipico possa identificarsi esclusivamente con quella che è la percezione tradizionale dello *stalking*.

Così modulata la norma incriminatrice potrebbe pertanto trovare occasioni d'impiego perfino sorprendenti. Indubbiamente il suo campo d'azione tradizionale sarà quello delle molestie ossessive consumate nell'ambito domestico ovvero in quello delle relazioni affettive o sentimentali, ma ciò non esclude anche ipotesi applicative in contesti assai diversi.

⁸⁰ Circostanze queste ultime che, come si vedrà in seguito, caratterizzano esclusivamente le forme aggravate del delitto.

⁸¹ Pur contenuta in molti dei progetti di legge poi confluiti nel d.d.l. n. C1440.

Ad esempio si pensi a certe pratiche di *mobbing* o a quelle talvolta poste in essere da chi professionalmente si occupa del recupero dei crediti, nonché a certe forme eccessivamente intrusive di comunicazione commerciale o di investigazione privata ovvero alle campagne persecutorie intraprese nei confronti del professionista dal cliente deluso dalle sue prestazioni o dal proprietario di casa nei confronti dell'inquilino per ottenere la liberazione dell'immobile affittato ad un prezzo ritenuto oramai inadeguato.

Ovviamente, in questi come in altri casi sarà poi necessario verificare, in positivo, la concreta attitudine delle diverse condotte esemplificate a corrispondere a quelle tipizzate nell'art. 612 *bis* c.p. (ma subito si dirà della duttilità dei termini utilizzati per descrivere queste ultime) e, in negativo, l'eventuale ricorrenza di altre fattispecie penali più gravi, ma è indubbio che qualora tali comportamenti superino la soglia della molestia e vengano reiterati, potranno in alcuni casi risultare essere la causa di quegli stati di disagio psicologico che caratterizzano il reato di atti persecutori.

Circa invece la differenziazione della fattispecie in commento da altre con cui potrebbe interferire, va osservato che l'art. 612 *bis* prevede una clausola di sussidiarietà relativamente indeterminata («salvo che il fatto non costituisca più grave reato») che è stata oggetto di intenso dibattito nel corso dei lavori parlamentari del d.d.l. n.C1440.

La clausola, presente già nell'originario progetto di legge governativo, era stata infatti soppressa dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati e successivamente reintrodotta dall'Assemblea in sede di approvazione del disegno di legge, accogliendo il parere in tal senso espresso dalla Commissione affari costituzionali.

La preoccupazione manifestata dalla Commissione Giustizia era quella di vanificare l'intento di introdurre una specifica e differenziata repressione dello *stalking*, destinando la nuova incriminazione al costante assorbimento in quelle più gravi eventualmente realizzate attraverso le medesime condotte oggetto dell'art. 612*bis* c.p..

La Camera si è dimostrata invece maggiormente sensibile alle esigenze di proporzionalità e ragionevolezza della risposta sanzionatoria, impostazione che è stata condivisa dal Governo nella redazione del decreto legge e, infine, accettata dallo stesso Parlamento nel suo complesso all'atto della sua conversione.

Peraltro va sottolineato che potrebbe non doversi escludere il concorso tra gli atti persecutori ed altri reati più gravi, nonostante l'espressa clausola di sussidiarietà.

Quello previsto dall'art. 612*bis* cod. pen. è reato che, come già illustrato, può essere integrato da una serie di condotte tanto omogenee, quanto eterogenee tra loro.

E' dunque ipotizzabile che l'eventuale fattispecie più grave dinanzi al quale il nuovo delitto dovrebbe soccombere possa identificarsi solo con una frazione delle condotte poste in essere dall'agente e sussumibili nella nuova incriminazione.

Sorge a questo punto la necessità di determinare in quale modo la menzionata clausola di riserva si coniughi con la struttura della stessa.

Si è evidenziato come il nuovo reato sia stato inserito nella sezione terza del Titolo XII° del codice penale, dedicata ai delitti contro la libertà morale.

Collocazione probabilmente condizionata dalla selezione della minaccia come forma di manifestazione tipica della condotta materiale.

Del resto non v'è dubbio che almeno uno degli eventi alternativi del reato risulti effettivamente compatibile con il bene giuridico della categoria. Infatti, il costringimento all'alterazione delle abitudini di vita sembra caratterizzare la nuova fattispecie come una sorta di ipotesi speciale di violenza privata.

Ma non è dubbio che gli altri eventi considerati dalla norma incriminatrice siano connessi alla tutela di beni giuridici ulteriori rispetto alla libertà di autodeterminazione dell'individuo.

Così ad esempio la causazione di un grave e perdurante stato d'ansia o di paura, una volta ammesso che lo stesso debba essere inteso come un uno stato di alterazione psicologica oggettivamente rilevabile, è lesione che attiene alla sfera della salute. Non è poi dubbio che le condotte descritte dalla norma incriminatrice appaiano tutte idonee a ledere la tranquillità psichica della vittima.

Più in generale deve riconoscersi che l'incriminazione in commento cerca di tutelare nel suo complesso una fascia composita di interessi individuali, non necessariamente omogenei.

Quello di atti persecutori sembra dunque essere un reato (eventualmente) plurioffensivo⁸².

In tal senso il reato più grave destinato ad assorbire, attraverso il meccanismo della sussidiarietà, quello in esame, non solo potrebbe non "contenere" porzioni del suo elemento materiale, ma soprattutto potrebbe non esaurire il disvalore specificamente connesso al suo evento tipico.

La clausola di sussidiarietà, in quanto relativamente indeterminata, non può dunque trovare una indiscriminata ed aprioristica applicazione, che risulterebbe in definitiva irragionevole.

In tal senso, in accordo con le regole generali sul concorso apparente di norme, la stessa potrà paralizzare l'operatività dell'art. 612 *bis* c.p. solo in quei casi in cui il reato più grave richiamato dalla clausola risulti in grado di assorbire effettivamente il disvalore dell'evento di quello di atti persecutori.

E ciò potrà avvenire solo quando l'offesa arrecata riguardi il medesimo bene giuridico o, quantomeno, beni giuridici omogenei.

In tutti gli altri casi la clausola in questione potrebbe invece rivelarsi inidonea ad impedire il concorso tra il reato di nuovo conio e i reati, anche più gravi, consumati attraverso le condotte persecutorie.

Pur in questa prospettiva potrebbe comunque non risultare problematica l'ipotesi in cui le molestie e le minacce assillanti concretamente poste in essere possano, per il loro contenuto e la loro ambientazione domestica, integrare anche la fattispecie di maltrattamenti in famiglia (reato che deve considerarsi pacificamente più grave di quello previsto dall'art. 612 *bis* c.p.), la cui struttura necessariamente abituale è analoga a quella degli atti persecutori.

Quello di cui all'art. 572 c.p. è formalmente reato contro la famiglia, ma da tempo, oramai, la giurisprudenza ne ha chiarito la natura quantomeno plurioffensiva, individuando il relativo oggetto giuridico anche con autonomo riferimento alla tutela dell'integrità psicofisica o della personalità dell'individuo⁸³. Sulla base di questo orientamento non dovrebbe dunque sussistere dubbio in ordine all'assorbimento degli atti persecutori nel delitto di maltrattamenti.

In definitiva la previsione della menzionata clausola sembra soprattutto voler sottolineare la funzione residuale assegnata alla nuova incriminazione nell'ambito del sistema penale di protezione della persona. Ed in tal senso, a prescindere dall'operatività della stessa clausola di sussidiarietà, appare sintomatica la scelta del legislatore di connotare la condotta tipica con esclusivo riferimento a comportamenti riconducibili allo spettro della violenza morale e non anche di quella fisica.

⁸² Cfr. VALSECCHI, *Il nuovo delitto di "atti persecutori" (il c.d. stalking)*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2009, 1397, che tende invece ad individuare nella sola tranquillità psichica della persona offesa il bene giuridico dominante della fattispecie, relegando sullo sfondo dell'incriminazione la tutela di eventuali ulteriori interessi individuali.

⁸³ In tal senso v. ad es. Cass. sez. V 9 gennaio 1992, in *Riv. Pen.*, 1992, 651.

Ciò porta ad escludere che il reato in commento rimanga assorbito in quelli più gravi caratterizzati dalla violenza fisica, posti a presidio di beni giuridici affatto diversi. In tal senso ad esempio, non vi sarà assorbimento, bensì concorso materiale di reati, tra atti persecutori e violenza sessuale. Ed a conclusioni analoghe deve pervenirsi con riguardo al delitto di lesioni gravi o gravissime, salva l'ipotesi in cui la malattia che ne consegue coincida con uno degli eventi tipizzati dall'art. 612 *bis* c.p.

Quanto i rapporti tra la nuova fattispecie e quelle meno gravi (e dunque comunque estranee al fuoco della clausola di sussidiarietà menzionata) che eventualmente concorrano con la stessa, l'attenzione deve essere rivolta innanzi tutto alle figure di reato previste dagli artt. 612 e 660 c.p.

Con riguardo al delitto di minaccia, è agevole riconoscerne l'assorbimento strutturale, secondo lo schema del reato complesso, nell'elemento materiale di quello di atti persecutori. Con riguardo invece a quello di molestie, posta un'evidente relazione di specialità reciproca, sembra potersi ricorrere ugualmente al criterio di sussidiarietà per affermarne l'assorbimento nel reato di atti persecutori in ragione dell'omogeneità dell'oggetto giuridico tutelato.

A diverse conclusioni deve invece pervenirsi con riguardo ai reati di lesioni personali non aggravate e di danneggiamento (per rimanere alle fattispecie che con maggior frequenza vengono registrate nelle statistiche sullo *stalking*). Qui è agevole riconoscere altrettante ipotesi di concorso materiale di reati, pur risultando opportuno (come si spiegherà meglio in seguito trattando dell'evento del reato) avanzare una riserva in relazione all'ipotesi delle lesioni che causano una malattia psichica che può identificarsi anche con l'evento degli atti persecutori. In questo caso l'identità del bene giuridico tutelato potrebbe consentire di ritenere assorbito il delitto di lesioni in quello, più grave, di cui all'art. 612 *bis* c.p.

Come accennato, il delitto in esame è reato abituale o a condotta reiterata, ma anche di evento⁸⁴. La fattispecie incriminatrice, infatti, richiede, in forma alternativa, la realizzazione di uno tra tre diversi tipi di evento⁸⁵.

Le "condotte reiterate" di minaccia o molestia devono cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima ovvero ingenerare nella stessa un fondato timore per la propria incolumità o per quella di persone a lei vicine o, infine, costringerla ad alterare le proprie abitudini di vita.

La reiterazione delle condotte di minaccia o molestia non è dunque sufficiente alla perfezione del reato. Per converso deve ribadirsi che l'eventuale verificarsi di uno degli eventi descritti in conseguenza di una isolata condotta del tipo menzionato non è ugualmente sufficiente ad integrare il reato.

Il primo tipo di evento è indubbiamente quello che presenta il profilo più problematico.

Per soddisfare il requisito di determinatezza, nella parte in cui esprime l'esigenza che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati attraverso i criteri messi a disposizione dalla scienza e dall'esperienza attuale, deve ritenersi che la formula normativa intenda riferirsi a forme patologiche caratterizzate dallo stress e specificamente riconoscibili proprio come conseguenza del tipo di comportamenti incriminati, le quali, sebbene non sempre compiutamente codificate, trovano riscontro come si è visto nella letteratura medica.

In tal senso, infatti, il legislatore non si è limitato a descrivere la momentanea impressione determinata nel soggetto passivo dai comportamenti tipizzati (alcuni dei quali, si pensi ad

⁸⁴ Nello stesso senso VALSECCHI, *op. cit.*, 1389.

⁸⁵ Nello stesso senso Cass. 12 gennaio 2010, cit.

esempio alla minaccia, sono per loro stessa natura destinati a suscitare spavento o fastidio, come si è detto), ma ha descritto lo stato indotto nella vittima attraverso il ricorso a connotazioni come “grave” e “perdurante”, le quali, per l'appunto, sembrano evocare una situazione di disequilibrio psicologico che assume carattere patologico e dunque obiettivo⁸⁶. Del resto, come pure si è illustrato, la stessa introduzione del delitto di atti persecutori trae origine dalla rilevazione scientifica di stati di alterazione psicologica specificamente connessi alla peculiare natura delle molestie assillanti ed è dunque ovvio ritenere che il legislatore, nel configurare l'evento del reato nei termini descritti, abbia voluto riferirsi ad una situazione oggettiva e concretamente rilevabile, in grado di trascendere dalle mere suggestioni della persona offesa dal reato.

Conclusione questa che peraltro trova un preciso riscontro nei lavori parlamentari del d.d.l. n. C1440. Infatti, la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, paventando l'insidia costituita da difficoltosi accertamenti processuali dello stato di ansia o di paura, aveva riformulato la fattispecie, configurandola come reato di pericolo concreto (per cui la condotta doveva essere concretamente idonea a determinare lo stato d'ansia o di paura), ma l'Assemblea aveva successivamente riportato il delitto alla sua struttura originaria, quella, per l'appunto, recepita poi dal decreto legge e dalla legge di conversione.

La preoccupazione evidenziata nel dibattito parlamentare era stata quella che l'anticipazione della soglia di penale rilevanza, attesa la peculiare natura e l'ampio fuoco delle condotte considerate dall'incriminazione, potesse determinare il rischio di punire fatti sostanzialmente inoffensivi. Conseguentemente la Camera aveva ritenuto più opportuno configurare quella dell'art. 612-*bis* c.p. come fattispecie di danno, considerando l'assetto del pericolo concreto prescelto in Commissione idoneo a determinare una dilatazione eccessiva dell'operatività dell'incriminazione.

Proprio quest'ultimo passaggio dei lavori parlamentari del d.d.l. n.C1440 sembra poi diradare ogni residuo dubbio sulla possibile ambiguità della locuzione «in modo da cagionare» utilizzata nella norma incriminatrice. Infatti “cagionare” è, nel linguaggio normativo, verbo tipico della causalità, il cui utilizzo rivela abitualmente la necessità di un vincolo condizionalistico tra la condotta ed un risultato conseguentemente eletto ad evento naturalistico del reato. In tal senso la natura degli eventi selezionati e la loro derivazione causale dalla condotta illecita consente di affermare che, per la sussistenza del reato, è necessario che quest'ultima venga effettivamente percepita, anche solo mediatamente, dalla persona offesa.

Peraltro la particolare declinazione della formula assunta dal legislatore per descrivere il nesso causale potrebbe autorizzare anche interpretazioni tese ad affermare la natura di mero pericolo dell'evento configurato.

⁸⁶ In senso contrario v. VALSECCHI, *op. cit.*, 1390, secondo cui lo stato di ansia e paura è di difficile qualificazione sul piano medico-psichiatrico e deve dunque considerarsi oggetto di valutazione da parte del giudice a prescindere dalla possibilità di rilevarlo attraverso una misurazione oggettiva. Impostazione interpretativa che non è, a mio modesto avviso, possibile condividere, giacché essa finisce per confondere il piano strutturale con quello probatorio. Infatti, è innegabile che potrebbe non essere agevole raggiungere la prova del perdurante e grave stato d'ansia o di paura (preoccupazione, come subito si dirà nel testo, che ha agitato lo stesso dibattito parlamentare della legge n. 38/2009), ma ciò non toglie che negare dimensione oggettiva all'evento del reato significa per un verso accettare l'indeterminatezza della formula legislativa (atteso che “ansia” e “paura” sono termini che nel linguaggio comune assumono significati scarsamente impegnativi sul piano descrittivo) e per l'altro svilire la stessa funzione che l'evento svolge nella definizione della fattispecie. Ma anche sul piano dell'accertamento processuale del reato ridimensionare il profilo obiettivo del primo tipo di evento comporta inaccettabili conseguenze, giacché l'invocato prudente apprezzamento del giudice comunque rischia di doversi appiattare sulla percezione soggettiva della condotta che la persona offesa ha elaborato a posteriori.

In altri termini la norma potrebbe essere interpretata anche nel senso che la reiterazione degli atti persecutori deve risultare idonea a creare il pericolo della causazione un grave e perdurante stato d'ansia o di paura. Soluzione interpretativa non priva di qualche forzatura se confrontata con il dato normativo complessivo, ma soprattutto apparentemente incompatibile, come si è visto, con la volontà espressa dal legislatore.

Per altro verso, va infine osservato che il carattere necessariamente “perdurante” dello stato patologico indotto nella vittima, ulteriormente conforta le conclusioni assunte in precedenza circa la necessaria dilatazione temporale della condotta.

Più in generale deve annotarsi come questo continuo insistere da parte del legislatore sulla reiterazione della condotta e sulla permanenza nel tempo dei suoi effetti rappresenti l'opportuno rimedio adottato per bilanciare la inevitabile elasticità degli altri requisiti della fattispecie, nonché per distinguere il nuovo reato da quelli eventualmente integrabili attraverso le medesime condotte prese in considerazione dall'art. 612-bis c.p.

Non solo, con specifico riguardo alla condotta di molestie, atteso che l'autonoma rilevanza penale delle stesse è fortemente condizionata dai requisiti ulteriori imposti a tal fine dall'art. 660 c.p., proprio la reiterazione della condotta e la perduranza dello stato d'ansia o di paura sono in grado di rendere penalmente illeciti fatti che altrimenti non lo sarebbero.

Gli altri due eventi presentano un profilo meno impegnativo, tanto da lasciar prevedere che saranno soprattutto questi oggetto in concreto della contestazione del reato, quantomeno perché risulterà più agevole fornirne la necessaria prova. Del resto, sebbene il reato si perfezioni con la consumazione anche solo di uno degli eventi descritti dalla norma incriminatrice, è ben vero che nulla impedisce che gli stessi vengano realizzati congiuntamente (senza, ovviamente, che ciò comporti la configurabilità di più reati) ed, anzi, l'esperienza insegna che quelli selezionati dal legislatore tendono a sovrapporsi nelle dinamiche dello *stalking*.

Quanto al timore per l'incolumità propria o delle persone vicine la norma incriminatrice richiede che esso sia fondato. Aggettivazione che mira a limitare il potenziale espansivo della fattispecie incriminatrice, rivelando ancora una volta la volontà del legislatore di sottolineare come l'evento del reato debba assumere una necessaria dimensione oggettiva e non possa essere diluito nella mera percezione soggettiva che dei fatti abbia la vittima delle condotte persecutorie.

La precisazione risulta dunque opportuna, perché idonea a prevenire distorsioni applicative della norma e, soprattutto, il rischio di una sua strumentalizzazione. Non può peraltro nascondersi che l'aggettivo in questione finisce per colorare più la condotta che l'evento, svalutando il ruolo che dovrebbe assumere nella struttura della fattispecie il nesso condizionalistico tra la condotta e l'evento.

Il rischio è insomma quello che il reato venga ritenuto sussistere in caso di positiva valutazione sull'idoneità della condotta ad ingenerare un ragionevole timore per l'incolumità in una persona normale, piuttosto che di verifica della effettiva produzione in concreto di tale timore nel soggetto passivo. In proposito va quindi ribadito che la fondatezza del timore deve essere invece valutata in riferimento alle specifiche condizioni soggettive della vittima delle condotte concretamente poste in essere e non solo in relazione all'oggettiva entità di queste ultime⁸⁷.

Per la nozione di prossimi congiunti la norma rinvia implicitamente a quella generale contenuta nel quarto comma dell'art. 307 c.p. (che attribuisce la qualifica agli ascendenti, ai discendenti, al coniuge, ai fratelli e alle sorelle, agli affini nello stesso grado –salvo che il

⁸⁷ Cfr. VALSECCHI, *op. cit.*, 1390.

coniuge non sia deceduto e non vi sia prole-, agli zii e ai nipoti), mentre la novella non si premura di fornire una definizione di persona legata alla vittima da “relazione affettiva”.

A parte il fatto che l’infelice formulazione letterale della disposizione sembra attribuire rilevanza al vincolo affettivo tra tale persona e il prossimo congiunto della vittima (ovviamente una mera svista, già segnalata nel corso dei lavori parlamentari della legge di conversione e comunque agevolmente rimediabile dall’interprete), la scarsa delimitazione dell’evento sotto questo profilo è indubbiamente problematica, giacché l’orizzonte della “relazione affettiva” è potenzialmente indefinito e avrebbe richiesto ben altro sforzo definitorio da parte del legislatore.

Quanto all’ultimo degli eventi elencati dalla norma incriminatrice, va segnalato come il decreto legge, prima, e la legge di conversione, poi, abbiano recepito una delle modifiche apportate nei lavori parlamentari del d.d.l. n. C1440 al progetto originario presentato in Parlamento e che prendeva in considerazione non solo le “abitudini”, ma anche le “scelte” di vita.

Il legislatore ha ritenuto, condivisibilmente, scarsamente determinata la nozione di “scelta”, concetto proiettato nel futuro e fortemente influenzato dalle convinzioni soggettive dell’individuo a cui la scelta appartiene.

In realtà anche il concetto di “abitudine di vita” è a rischio di arbitri interpretativi, ma quantomeno presenta una maggiore vocazione ad essere proiettato in una dimensione “materiale” e, dunque, oggettiva. Ciononostante si pone il problema di stabilire quale sia la soglia minima dell’alterazione indotta oltre la quale possa ritenersi effettivamente consumata la lesione al bene giuridico protetto.

In proposito, con l’intenzione di bandire dall’ambito della fattispecie tipica condotte che determinano un mutamento di «piccole» abitudini di vita in ragione del mero «fastidio» provocato, si è proposta una opzione interpretativa per cui l’alterazione rilevante sarebbe solo quella conseguente al fondato timore per l’incolumità personale della vittima o dei suoi congiunti⁸⁸.

Indubbiamente in tal modo si attribuirebbe maggiore omogeneità alle condotte incriminate, fissando una comune soglia di offensività alla base della loro caratterizzazione, ma ciononostante non sembra possibile condividere la soluzione prospettata. Il primo – ed anche il più rilevante – ostacolo è costituito dal dato letterale della norma, che espressamente, come già accennato, configura i tre eventi di cui si è detto in maniera alternativa ricorrendo a particelle disgiuntive. Non solo, una forzata lettura della norma potrebbe al più consentire di ipotizzare che mutamento delle abitudini di vita e timore per l’incolumità debbano essere prodotti contestualmente dalla condotta dell’agente, ma non certo di ritenere un rapporto di consequenzialità tra i due eventi che non trova alcun ancoraggio nel dato normativo e che, soprattutto, finirebbe per ridimensionare lo stesso profilo di tipicità del secondo, portando a ritenere che il fondato timore rilevante è solo quello che risulti aver costretto la vittima del reato ad alterare i suoi comportamenti.

Ma anche volendo prescindere da tali considerazioni, se si guarda ai lavori parlamentari della legge di conversione non emerge in alcun modo la volontà del legislatore di collegare i due eventi in questione. Né la stessa *ratio* dell’incriminazione appare incompatibile con una lettura del dato normativo aderente al suo profilo formale. Infatti, se è vero (come pure già più volte segnalato) che la stessa si colloca in una posizione intermedia tra i più gravi reati a base violenta e quelli di insidia alla libertà morale e alla tranquillità personale previsti dagli artt. 612 e 660 c.p., è altrettanto vero che il suo elemento caratterizzante (e cioè la

⁸⁸ In questo senso VALSECCHI, *op. cit.*, 1393.

reiterazione delle condotte intrusive) appare di per sé idoneo a qualificare anche aggressioni ai beni tutelati che altrimenti potrebbero considerarsi marginali.

D'altra parte considerare atipiche molestie (ma inevitabilmente anche minacce) in grado di incidere in maniera contenuta sulle abitudini di vita della vittima, come pretende la dottrina menzionata, è operazione che finisce per contraddire la scelta effettuata dal legislatore, che ha consapevolmente evocato le fattispecie materiali di cui agli artt. 612 e 660 c.p.

Se infine si guarda alle pene configurate dall'art. 612-*bis* si vede come, la previsione di una forbice edittale piuttosto ampia, consente di sostenere che eventi di modesta entità sono in grado di trovare una risposta sanzionatoria non eccessiva nel vertice inferiore di tale forbice, tenuto conto del disvalore attribuito dal legislatore alla circostanza che l'evento sia stato prodotto da condotte reiterate, nonché delle pene edittali riservate dagli artt. 612 e 660 c.p. per le medesime condotte singolarmente considerate.

In definitiva deve ammettersi che il terzo evento configurato dal legislatore è in grado di rendere tipico il fatto in maniera autonoma, anche quando la modificazione delle abitudini di vita da parte della vittima non sia dovuto al timore nutrito dalla medesima per la propria incolumità.

La configurazione del delitto in commento come reato di evento consente, infine, di ritenere configurabile il tentativo⁸⁹. Certamente nell'ipotesi in cui le condotte pur reiterate non abbiano determinato uno degli eventi menzionati dalla norma incriminatrice per ragioni diversi dalla loro intrinseca inidoneità a produrli, ma altresì quando vengano posti in essere atti idonei e non equivocamente diretti alla commissione di una condotta che, aggiunta a quelle già poste in essere in precedenza, verrebbe ad integrare il requisito della serialità posto dalla norma incriminatrice⁹⁰.

⁸⁹ Nello stesso senso BARTOLINI, *op. cit.*, 108.

⁹⁰ Sulla compatibilità del tentativo con i reati a condotta reiterata v. MANTOVANI, *Diritto penale*, PtG, *cit.*, 491.