

Il commiato dalla legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale

SOMMARIO

1. PREMessa: L'ESEMPIO DEGLI ATTI PERSECUTORI. – 2. I PALESI VIZI DI COSTITUZIONALITÀ E IL PENDOLARISMO PRASSEOLOGICO: LE 'CONDOTTE REITERATE'. – 2.1. (SEGUE) IL 'PERDURANTE E GRAVE STATO DI ANSIA OVVERO IL FONDATO TIMORE'. – 2.2. (SEGUE) LA 'RELAZIONE AFFETTIVA'. – 2.3. GLI ATTI PERSECUTORI: TRA DANNO E PERICOLO. – 3. L'ELUSIONE DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ. – 4. UN PRECEDENTE (ORMAI) 'RIMOSSO': LE SENTENZE N. 96/1961 E N. 364/88 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. – 5. IL 'PIROETTISMO' APPLICATIVO E LA SVALUTAZIONE DELLA FUNZIONE NOMOFILATTICA. – 6. LEGISLATORE E PRASSI: IL SILENTE 'PACTO' PER LA RIESUMAZIONE DEL 'DIRITTO PENALE D'AUTORE'. – 7. UNA GEREMIADE DEI 'PRINCIPI'?

1 PREMESSA: L'ESEMPIO DEGLI ATTI PERSECUTORI

La figura degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), introdotta nel sistema dalla l.n. 38/09 di conversione con modificazioni del d.l.n. 11/09, sin dalla sua emanazione ha confermato l'emergere di una questione di più ampio respiro concernente l'idea stessa di concepire il ruolo dell'intervento penale. In altri termini, più che la 'qualità' delle disposizioni cd. *antistalking*, a venire in rilievo è la conferma di un 'nuovo' modo di intendere compiti e funzioni del diritto penale. La fattispecie in tema di atti persecutori, e la conseguente applicazione giurisprudenziale, rappresentano parametri privilegiati per saggiare la 'qualità' dell'azione statuale e il livello di rigorismo sanzionatorio di un determinato ordinamento in un dato momento storico; e cioè se esso sia fautore di un diritto penale del fatto, ovvero della volontà o della pericolosità soggettiva.

Le continue prese di posizione di una giurisprudenza a dir poco oscillante, a fronte di una fattispecie incriminatrice di scadente strutturazione, ci inducono a ritornare sulle disposizioni di cui all'art. 612-*bis* c.p.

In sede di primo commento eravamo stati facili 'profeti' nel preannunciare il destino della nuova figura in tema di atti persecutori. Le disposizioni concernenti lo *stalking* si sarebbero trovate di fronte ad un bivio: un'applicazione in linea con i postulati del diritto penale del fatto di derivazione costituzionale, ne avrebbe determinato il concreto abbandono; all'opposto – secondo una consuetudine via via affermatasi in maniera sempre più marcata – l'aggiramento dei principi fondamentali avrebbe reso la fattispecie un rimedio 'buono per tutte le stagioni'¹.

Un'analisi, quantunque schematica, dell'andamento prasseologico ribadisce una precisa scelta di campo verso un modello di diritto penale ancorato alla 'pericolosità', a volte solo presunta, dell'agente. Gli evidenti aggiramenti dei principi costituzionali, posti in essere al momento della redazione della disposizione incriminatrice, anziché venire censurati in sede di applicazione, hanno ricevuto una sorta di 'legittimazione', in nome di una concezione autoritaria del diritto penale, imperniata sulla mera

1. Sul punto ci sia consentito richiamare il nostro, *Una nuova figura criminosa: lo 'stalking' (art. 612-bis c.p.). Ovvero un altro, inutile, 'guazzabuglio normativo'*, in *Ind. pen.*, 2, 2010, p. 479 ss.

disubbidienza al comando del legislatore. La prassi, colmando le evidenti e numerose lacune attraverso operazioni di ortopedia interpretativa, di volta in volta, calibrate sul singolo caso, ha finito non solo per ‘giustificare’ una tecnica di normazione a dir poco deficitaria ma, cosa più importante, ha finito per ‘supportare’, malgrado la manifesta incostituzionalità di alcune disposizioni, l’intervento del legislatore.

Non c’è dubbio, allora, che la fattispecie in tema di atti persecutori (da intendere come *pars pro toto* della recente legislazione penale) rischi di recuperare molti aspetti di un sistema repressivo di matrice soggettivistica, ove a venire in rilievo è la mera “coscienza malvagia”² che si manifesta anche nella semplice violazione del comando giuridico. Si tratta di una normazione che risvegliando arcaiche impostazioni di matrice positivistica³, fonda l’intervento repressivo sulla temibilità del delinquente, più che sull’oggettiva pericolosità della condotta posta in essere⁴. Né, in una tale ottica, si rinvenivano ragioni per una mitigazione dell’intervento penale⁵, perché “debbono fare sommo conto della volontà, della inclinazione, della personalità morale dell’agente”⁶.

In un tale contesto il giudice attraverso una lettura adeguatrice della norma al caso concreto, finisce per porsi come l’unico interlocutore del legislatore, entrambi proiettati verso la riesumazione di una sorta di *Gesinnungsstrafrecht*.

Ma procediamo per gradi.

Il legislatore, com’è noto, con l’emanazione della fattispecie in tema di atti persecutori ha cercato di prevenire e reprimere i comportamenti molesti e petulanti, posti in essere in danno di determinate fasce di soggetti, per lo più – anche se non esclusivamente – di sesso femminile⁷. Le condivisibili esigenze di una più accentuata tutela, in favore di alcune categorie di persone oggetto di comportamenti vessatori, non possono far passare sotto silenzio le carenze strutturali della fattispecie incriminatrice⁸. Del resto la norma, che ha visto luce nel contesto delle tante campagne sulla ‘sicurezza’, presenta – a dispetto della lunga gestazione⁹ – le caratteristiche di una normativa frettolosa che fa propri tutti i difetti della legislazione simbolico-emergenziale. Il provvedimento normativo (l.n. 38/09), che ha immesso nell’ordinamento una sorta di mini-sistema contro gli atti persecutori, ha risentito del particolare momento storico in cui è stato emanato; è questo un dato del tutto ovvio perché il diritto non nasce e si sviluppa in uno spazio tecnico isolato, ma trae origine dai rapporti esistenziali sulla base di dati della realtà fenomenica¹⁰. Più in dettaglio, il contesto emergenziale ha finito per giustificare il marcato aggiramento delle disposizioni costituzionali in materia penale: principio

2. Cfr. MAGGIORE, *Diritto penale*. Vol. I. *Parte generale* (Art. 1-240), Tomo secondo, V ed. accresciuta e aggiornata, Bologna, 1949, p. 539.

3. Pone in risalto le ‘ragioni storiche’ che hanno portato alla nascita della Scuola positiva FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1884, p. 5 ss.

4. Su cui v. diffusamente FERRI, *I nuovi orizzonti*, cit., p. 157 ss.

5. Cfr. GAROFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880, p. 60 ss.; ID., *Criminologia*, Torino, 1891, p. 159 ss.

6. Cfr. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Vol. I, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1934, p. 272.

7. Per un inquadramento delle ragioni sottese all’emanazione del delitto di atti persecutori cfr. MAUGERI, *Lo Stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, in *Itinerari di diritto penale*, Torino, 2010.

8. In proposito cfr. VINCIGUERRA, *Sugli atti persecutori un ddl non all’altezza delle intenzioni*, in *Italia Oggi*, 12 febbraio 2009, p. 14 secondo cui il testo del nuovo art. 612-bis c.p. “non è all’altezza delle intenzioni lodevoli che lo ispirano e che condivido, sia per qualche imprecisione nel fatto sia perché sordinato, anche sotto il profilo sanzionatorio, con altre previsioni orientate alla tutela della libertà personale presenti nel codice penale”. Pone in risalto la “confusa e ridondante descrizione dell’azione (...) un quadro di tipicità empiricamente scorretto, impreciso e indeterminato” LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi di tipo nel nuovo delitto di “Atti persecutori”*. “Stalking the Stalking”, in *Dir. pen. proc.* 2010, 7, p. 871.

9. Cfr. VALSECCHI, *Il delitto di “Atti persecutori”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1378.

10. Sulle scelte di penalizzazione, quali espressione dei presupposti ideologici da cui muovono e sulle influenze dei vari momenti storici, cfr. diffusamente, nella diversità delle accezioni, WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, (1959), trad. it. a cura di M. Losano - F. Giuffrida Repaci, Milano, 1965, p. 49; STILE, *Relazione di sintesi a Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola, francese a confronto*, Atti del Convegno di Firenze, 19-20 Novembre 1993, Padova, 1995, p. 288; G.V. DE FRANCESCO, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, p. 52 ss.; G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (1955), trad. di R. CRISTIN, Milano, 1998; FELIX KAUFMANN, *Logik und Rechtswissenschaften*, Tübingen, 1922, *passim*; e ADOLF REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (1913), in *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1989; GRAMATICA, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, 1934, p. 7; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 23; ID., *Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystem*, in AA. VV., *Bausteine des europäischen Strafrechts*, a cura di B. Schünemann-de Figueiredo Dias, Köln-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 45 ss.; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 63.

di legalità – *in primis* determinatezza dell'illecito penale – finalismo rieducativo della pena, *extrema ratio*, responsabilità penale personale, offensività, effettività, sono stati sacrificati sull'altare delle esigenze, spesso solo illusorie, di sicurezza, quantunque il sistema già annoverasse al proprio interno tutta una serie di fattispecie proficuamente utilizzabili¹¹. Come si accennava, la normativa in tema di atti persecutori è solo un esempio degli stravolgimenti a cui il legislatore repubblicano sottopone il diritto penale di derivazione costituzionale, almeno con riferimento ad alcune categorie di soggetti. Considerazioni analoghe possono farsi in tema di sicurezza pubblica¹²; si pensi per un momento alla normativa concernente la violenza negli stadi; alle modifiche in tema di legittima difesa, al trattamento degli extracomunitari e, più in generale al trattamento penale riservato a tutte quelle 'classi' ai margini della società: piccoli ladruncoli, lavavetri ai semafori, rom, accattoni, scioperanti, manifestanti, prostitute da strada, ubriachi, 'graffitari' delle metropolitane, tossicodipendenti, *homeless*¹³. Il legislatore, in tal modo, placa le ansie diffuse, ulteriormente amplificate dal circuito *mass-mediale*¹⁴, e trasforma la paura in consenso¹⁵. Un passaggio, questo, che non deve meravigliare più di tanto,

11. Da un punto di vista empirico-fenomenologico le condotte poste in essere dallo *stalker* si concretizzano in fatti già coperti dalle molteplici disposizioni codicistiche, proprio perché il fenomeno degli atti persecutori si caratterizza per la somma di più azioni che, singolarmente considerate, integrano di per sé fatti di reato! Basta(va), semplicemente, sfogliare il codice penale per rendersi conto che i comportamenti 'persecutori' non sono qualcosa di sconosciuto al legislatore fascista; anzi, a ben vedere, si tratta di fatti ampiamente sanzionati. Invero, dalle ipotesi meno gravi di molestie (art. 660) si va ai casi di minaccia (art. 612), violenza privata (art. 610), ingiuria (art. 594), diffamazione (art. 595), violazione di domicilio (art. 614), interferenze illecite nella vita privata (art. 615-*bis*), accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615-*ter*), violazione o sottrazione e soppressione di corrispondenza (art. 616), cognizione, interruzione o impedimento illeciti di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (art. 617), installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche (art. 617-*bis*), rivelazione di contenuto di corrispondenza (art. 618), danneggiamento (art. 635). E anche i comportamenti più gravi commessi dallo *stalker* trovano fattispecie incriminatrici assistite da un regime sanzionatorio a dir poco rigoroso: infatti, possono essere utilizzati le norme in tema di violenza sessuale (art. 609-*bis*), sequestro di persona (art. 605), uccisione o maltrattamenti di animali (artt. 544-*bis* e 544-*ter* in particolare il co. 3°), maltrattamenti in famiglia (art. 572), percosse (art. 581), lesioni (art. 582), lesioni aggravate (art. 583) o colpose (art. 590), omicidio colposo (art. 589), omicidio preterintenzionale (art. 584), istigazione al suicidio (art. 580) fino all'omicidio (art. 575), che nella forma premeditata è sanzionato con la pena dell'ergastolo (art. 576). Il regime delle circostanze aggravanti e la possibilità di ricorrere all'istituto del reato continuato, 'arricchiscono', ulteriormente, non solo il regime sanzionatorio ma anche le possibilità applicative delle singole fattispecie incriminatrici. In particolare, il riferimento alla medesimità del disegno criminoso e alla diversità dei tempi, di cui all'art. 81 co. 2° c.p., consente di risolvere la questione, altrimenti indecifrabile, della durata degli atti persecutori. Non concordiamo, pertanto, con chi ritiene che solo le disposizioni di cui agli artt. 572 e 660 c.p. erano "le uniche invocabili in caso di comportamenti molesti e reiterati ma notoriamente inidonee a colpire congruamente il fenomeno dello *stalking* e le sue possibili, talora tragiche *escalation*", cfr. NATALINI, "Stalking": *bastano due episodi di minaccia o di molestia per configurare il reato*, in *Dir. & Giust.*, 2010, p. 338. Per le stesse ragioni non convince l'affermazione secondo cui: "La descrizione del profilo oggettivo del reato relativo alla fattispecie in esame, con l'accentuazione dei caratteri di reiterazione nel tempo e di serialità delle condotte illecite costituisce un esempio perfetto di *fattispecie tipica* (corsivo nostro) che non avrebbe goduto di tutela penale prima dell'entrata in vigore della nuova norma di cui all'art. 612-*bis*, e, ancora, "prima dell'introduzione della nuova norma sfuggivano alle garanzie di tutela penale", cfr. MACRÌ, *Stalking: perdurante e grave stato di ansia e di paura e sindrome del molestatore assillante*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, p. 1779.

12. Non è privo di rilievo l'impiego di personale militare delle Forze armate in operazioni di ordine pubblico che, seppur disposto in seguito allo stragismo mafioso ha rappresentato "una svolta non solo per la eccezionale durata, ma anche per la forma legislativa dei vari provvedimenti di adozione", così SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in AA. VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, vol. I, p. 176.

13. Sulle varie cause di un tale stato di cose ci sia consentito richiamare il nostro, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità. (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 4, p. 1 ss. e letteratura ivi richiamata.

14. Sul rapporto tra scelte di penalizzazione, legislazione simbolica e mezzi di comunicazione di massa cfr. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 1-3, p. 127 ss.

15. Com'è stato evidenziato, con la solita chiarezza, "il sistema della politica ha investito così i suoi pochi denari ancora non sperperati nel grande *business* del secolo: l'affare-sicurezza capace di moltiplicare esponenzialmente ricchezze e consenso. Ed è una gara che – presto annullata la vecchia distinzione tra destra e sinistra – cresce convulsamente senza regole, neppure quelle dettate dal pudore", così PAVARINI, *Il diritto penale per il "nemico"?*, in *Il seme sotto la neve*. Rileva BAUMAN, *Il buio del postmoderno*, Roma-Reggio Emilia, 2011, p. 37, come le statistiche dimostrino che non stiamo vivendo in un mondo più pericoloso di quanto lo fosse cinquant'anni e cent'anni fa, mentre "sono i sentimenti al riguardo che si sono invertiti, si cerca avidamente qualsiasi informazione che confermi le proprie aspettative di pericolo". Sulla capacità dei *mass-media* di influenzare le coscienze e sui rischi per la democrazia che il controllo e le manipolazioni degli stessi comporta cfr. LOPORCARO, *Cattive notizie. La retorica senza lumi dei mass media italiani*, Milano, 2005, p. 28 ss. Sulla capacità dei mezzi di informazione di creare e/o di amplificare un'immagine negativa di un dato fenomeno – ad esempio la questione immigrati – cfr. DAL LAGO, *Non-persone, L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2009, p. 72 ss. Sul tema, seppur con diverse accentuazioni, cfr., MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2a ed., Napoli, 1997, p. 28; FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in AA. VV., *La riforma del diritto penale*, a cura di L. Pepino, Milano 1993, p. 20 ss.; RESTA, *Paradossi del consenso*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – Problemi – Prospettive*, a cura del Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, p. 133 ss.; MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, ivi, 151 ss.; PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, ivi, p. 167 ss.; SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193. Più in generale, sul "problematico e complesso" rapporto tra informazione e sistema penale, cfr., PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 6, 690 ss. Sui "reciproci influssi tra atti giudiziari e pubblica informazione", cfr. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, p. 7 e *passim*.

perché la legislazione penale simbolica, com'è stato, limpidamente, sostenuto da un illustre Maestro, è un esempio di quella tecnologia del potere denominata 'la politica come spettacolo'; "in essa il rapporto tra 'politici' e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico, invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di legittimità delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo di *legittimazione*, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti"¹⁶.

2

I PALESI VIZI DI COSTITUZIONALITÀ E IL PENDOLARISMO PRASSEOLOGICO: LE 'CONDOTTE REITERATE'

Come si anticipava, il legislatore incurante dei principi costituzionali ha operato una precisa scelta repressiva, testimoniata non solo dalla previsione di un regime sanzionatorio durissimo, quanto dal ricorso a formule onnicomprensive e di chiusura che nulla hanno a che vedere con la soddisfazione di esigenze di rigorosa descrizione del tipo in linea con i naturali corollari della legalità¹⁷.

La fattispecie incriminatrice, già viziata da macroscopiche carenze di determinatezza-tassatività, ha ricevuto nella fase applicativa una 'lettura' completamente svincolata dal contesto ordinamentale, con il risultato di rendere il comando legislativo ulteriormente evanescente e del tutto avulso dalla realtà¹⁸; si è assistito, in sostanza, alla trasformazione della figura criminosa in una sorta di 'illimitato contenitore' capace di racchiudere qualunque violazione della prescrizione legislativa.

Paradigmatico di un tale stato di cose è l'inciso "condotte reiterate" che connota la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-bis c.p.; sorprendente l'assenza di qualunque indicazione da parte del legislatore su questo specifico punto che rappresenta, a ben vedere, il *quid proprii* della condotta di *stalking*; non meno sorprendente si presenta la lettura estensiva – oltre che contraddittoria – operata dai giudici di merito e di legittimità.

L'unica certezza che si ricava dall'espressione 'condotte reiterate' – utilizzata al plurale dal legislatore – è quella che esclude la configurabilità dell'intento persecutorio quando vi sia stato un solo atto di molestia; al di fuori di questa minima e ovvia certezza, ogni altra interpretazione è stata ritenuta possibile. Ed infatti, si sono registrate posizioni assai diverse intorno alla formula 'condotte reiterate', ricostruita in termini da giustificare qualsivoglia decisione, proprio perché il legislatore ha omesso ogni riferimento sia alla frequenza delle azioni moleste, sia al tempo entro il quale devono esplicitarsi. In altre parole, la norma non precisando il numero delle diverse condotte moleste, né l'arco temporale entro cui le stesse devono verificarsi, ha lasciato libero l'interprete di declinarla nel modo più opportuno a sostegno delle proprie esigenze e convinzioni.

Non può meravigliare, allora, la congerie di decisioni giurisprudenziali accomunate – unica costante – da una interpretazione estensiva della portata della fattispecie incriminatrice nell'ottica di estrema valorizzazione della sua pregnanza repressiva.

In particolare, i giudici di legittimità, ai fini della configurabilità del tipo criminoso, mentre sottolineano la necessità di un'intensa attività vessatoria, fatta di "molestie telefoniche da maggio a luglio, squilli telefonici anche nel corso della notte, ripetute aggressioni verbali, minacce di morte"¹⁹, all'opposto stabiliscono che "anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurabilità della materialità del fatto"²⁰. La giurisprudenza di merito sostiene l'insufficienza di

16. Cfr. BARATTA, *Prefazione a La perenne emergenza* di S. MOCCIA, Napoli, II ed., 1997, p. XVI. Più in generale, sul complesso rapporto tra scelte legislative e restrizioni dei diritti della persona, cfr. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, p. 10 ss.

17. Sui "fattori di crisi strutturali della legalità", cfr. recentemente le condivisibili considerazioni svolte da RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, opera diretta dallo stesso Autore con la collaborazione di AMBROSETTI e MEZZETTI, Bologna, 2010, II ed., p. 24 ss.

18. Su queste problematiche cfr. le puntuali riflessioni di PULITANO, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2006, p. 799 ss.

19. Cass. pen. sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015, in *Dir. & Giust.*, 2010.

20. Cass. pen. sez. V, 21 gennaio 2010, n. 6417, in *Cass. pen.*, 2011, I, p. 157. In linea con l'orientamento giurisprudenziale appena evocato ritiene sufficiente per la configurabilità della fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p. la 'necessità' di "due episodi persecutori", MACRÌ, *Il commento* (alla legge 38/2009), in *Dir.*

due soli atti ai fini della configurabilità del delitto di ‘atti persecutori’ perché, il requisito della reiterazione delle molestie o delle minacce, ricostruito alla luce degli eventi tipici che la norma richiede, appare “compatibile solo con condotte caratterizzate da costanza, permanenza e imponenza tali da costituire un vero e proprio impedimento”²¹ alle normali abitudini di vita del soggetto passivo. In una tale prospettiva rilevano “continue minacce e molestie”²², “ripetute condotte di appostamento”²³, “pedinamenti reiterati ed assillanti, con frequenti appostamenti, con non lievi, ripetute intrusioni nella vita lavorativa e familiare altrui, con sistematici atti di morbosa, invasiva aggressività, con costanti, ripetuti contatti telefonici ed epistolari”²⁴; e, ancora, si fa riferimento alla realizzazione di una “gravissima attività persecutoria, aggressiva, molesta e violenta (...) protrattasi per svariati mesi”²⁵.

Questo orientamento viene successivamente sconfessato dalla giurisprudenza di legittimità quando afferma: “anche due sole condotte di minaccia o di molestia sono sufficienti a concretare la reiterazione quale elemento costitutivo del reato di atti persecutori di cui all’art. 612-bis c.p.”²⁶, e ciò in senso opposto²⁷ ad un’altra presa di posizione della stessa sezione della Corte di cassazione²⁸.

Ne scaturisce un quadro d’insieme alquanto instabile quale naturale prodotto di prese di posizione ‘modulate’ sulla singola questione sottoposta all’esame del giudice, che di volta in volta rinviene il ‘principio di diritto’ meglio confacente al caso.

Ma il *principio di diritto* secondo cui anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto non va esente da qualche obiezione. Una tale affermazione stride con la ricostruzione del delitto di atti persecutori in termini di reato abituale asserita dalla stessa giurisprudenza di legittimità e di merito²⁹. Non si comprende come possa sostenersi il reato abituale di atti persecutori posto in essere con due sole condotte. E, in effetti, i giudici di legittimità sono giunti a questa conclusione limitandosi ad attestare che: “il termine ‘reiterare’ denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza”³⁰, senza nulla aggiungere intorno al concetto della ‘reiterazione’ – come utilizzato nella fattispecie incriminatrice – finendo per rifugiarsi in una sorta di tautologismo.

Sul punto è forse il caso di svolgere qualche aggiuntiva considerazione tenendo presente alcuni profili particolarmente utili per chiarire la reale portata degli ‘atti reiterati’.

Una prima riflessione va svolta intorno alle categorie del reato abituale³¹ e dell’abitualità nel delitto. Il reato abituale, come è noto – senza andare a distinguere tra proprio

pen. proc., 2009, 7, p. 824.

21. Trib. Roma sez. V, 4 febbraio 2010, n. 3181, in *Dejure*.

22. Trib. Lucera, 10 luglio 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 5, p. 1372.

23. Trib. Bari sez. riesame, 6 aprile 2009, in *Giur. mer.*, 2009, 7-8, p. 1921.

24. Trib. Palermo, 29 settembre 2009, in *Dir. fam.*, 2010, 1, p. 213.

25. Uff. Ind. prel. Monza, 2 dicembre 2009, in *Foro amb.*, 2009, 4, p. 415.

26. Cass. pen. sez. V, 11 gennaio 2011, n. 7601, *Dir. & Giust.*, 2011; nello stesso senso cfr. Cass. pen. sez. V, 7 aprile 2011, n. 20895, P.G. Izzo C., in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, p. 2002, in *Foro it.*, 2012, 3, 2, p. 158.

27. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2010, n. 11945, in *Dir. & Giust.*, 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 9, p. 1777; Trib. Palermo, 29 settembre 2009, in *Dir. fam.*, 2010, 1, p. 213; Trib. Napoli sez. IV, 30 giugno 2009, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 11, 2319.

28. Cass. pen. sez. V, 2 marzo 2010, n. 25527, *Dir. & Giust.* 2010, in *Guida dir.*, 2010, 33-34, p. 72. Evidenza, sul punto come lo *stalker* criminologicamente ponga “in essere una vasta gamma di comportamenti che diventano persecutori solo quando siano consapevoli, intenzionali, reiterati, insistenti e duraturi” NATALINI, “Stalking”: *bastano due episodi di minaccia o di molestia per configurare il reato*, in *Dir. & Giust.* 2010, p. 338; sulla condotta di *stalking*, caratterizzata da incursioni tali da dar luogo ad una vera e propria “sindrome dell’assalitore assillante” cfr. Cass. pen. sez. VI, 17 aprile 2009, n. 16658, in *Dejure*; sul punto non diversamente Cass. pen. sez. V, 26 aprile 2010, n. 27774, in *Dejure*; Cass. pen. sez. VI, 16 luglio 2010, n. 32404, in *Dejure*.

29. Cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 2008, n. 2113, in *Guida dir.*, 2008, n. 13, p. 96; Trib. Catanzaro sez. II, 3 novembre 2009 in *Dejure* quando afferma che la condotta tipica è costituita dalla reiterazione di minacce o di molestie e la peculiarità della ripetizione di dette condotte porta ad affermare che si tratti di reato abituale. V. anche Uff. Ind. prel. Milano, 09 giugno 2009, in *Foro amb.*, 2009, 3, p. 283; Trib. Reggio Calabria, 30 giugno 2011, in *Giur. mer.*, 2012, 4, p. 936. In dottrina, tra gli altri cfr. NATALINI, “Stalking”, cit., p. 338.

30. Cfr. Cass. pen. sez. V, 21 gennaio 2010, n. 6417, cit.

31. Per un inquadramento dell’istituto, senza pretese di completezza, oltre alla manualistica, cfr. PETRONE, *Reato abituale*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1967, XIV, p. 941 ss; Id., *Reato abituale*, Padova 1999; FORNASARI, *Reato abituale*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1991, XXVI, p. 1 ss.; CALVI, *Lo sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970; COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

e improprio, tra eventualmente abituale o necessariamente abituale – è dato dalla reiterazione intervallata nel tempo della stessa condotta o di più condotte omogenee³², la cui offesa al bene protetto avviene soltanto ad opera di molteplici atti cumulativamente considerati oppure sull'*id quod plerumque accidit* ed effettuati *quoad poenam*³³. Nella ricostruzione di questa figura criminosa è stato, inoltre, sostenuto che “alcune ipotesi di reato non si realizzano, se non a patto che si configuri una serie di condotte (...) la reiterazione dei vari atti o delle varie condotte e il loro collegamento in una serie significativa – in guisa tale da profilare come un comportamento usuale del soggetto – dà luogo all'autonomo reato abituale”³⁴. Dunque nel reato abituale la legge richiede “la ripetizione intervallata nel tempo di più condotte”³⁵, o “di una serie di azioni od omissioni anche ad apprezzabile distanza di tempo”³⁶ o, infine, “una pluralità di condotte”³⁷, di modo che la relazione incestuosa, ad esempio, “presuppone una serie di condotte di incesto, ripetute nel tempo”³⁸.

Ulteriori spunti di riflessioni possono ricavarsi, muovendosi in un ambito diverso dal reato abituale qual è quello segnato dagli artt. 103-104 c.p. Il riferimento all'abitudine nei delitti può apparire non poco pertinente, se viene valorizzato nel senso di assecondare orientamenti positivisticici in funzione di marcata difesa sociale³⁹. Ma, nonostante ciò, l'art. 103 c.p. nel disciplinare l'abitudine nel delitto pronunciata dal giudice, alla precedente condanna per due delitti non colposi ne richiede una terza; postula, cioè, almeno 'tre condotte'. E sempre ragionando per congetture, lo *stalker* potrebbe essere rapportato, in via puramente teorica, ad un soggetto affetto da pericolosità sociale qualificata; ma anche a voler *parificare* gli 'atti' del molestatore assillante alle 'condanne' richiamate dall'art. 103 c.p., la norma ne richiama almeno tre. Nei casi di abitudine presunta per legge (art. 104 c.p.) i 'fatti' devono essere addirittura quattro.

Un altro profilo, in ordine all'esclusione della configurabilità della fattispecie degli atti persecutori in presenza di due solo condotte, si ricava ragionando sul dato secondo cui quando il legislatore ha voluto richiamare solo due 'accadimenti' lo ha specificato in maniera chiara. Invero, l'art. 115 c.p. prevede espressamente l'accordo tra “due o più persone”, e la stessa norma stabilisce un aumento di pena quando l'associazione tende a commettere “due o più delitti”. Stessa impostazione si ritrova nell'art. 535 c.p. (poi abrogato dalla l. n. 75/58) che fissava una pena raddoppiata se il fatto veniva commesso in danno “di due o più persone”. L'art. 625 c.p. enuncia un aumento di pena se concorrono “due o più” circostanze. La frode in immigrazione disciplinata dall'art. 645 c.p. stabilisce un aumento di pena (co. 2) se il fatto è commesso in danno “di due o più persone”. E quando il legislatore ha voluto riferirsi anche al 'singolo' ha utilizzato una diversa formula: “uno o più stranieri”, come nel caso di cui all'art. 24, comma 6, presente nel T.U., in materia di lavoro stagionale.

Ma l'aspetto su cui riflettere, maggiormente, è ancora un altro. Il termine 'reiterare' da un punto di vista etimologico può essere letto come 'fare di nuovo una cosa che è già stata fatta'; dunque il lemma 'reiterare' va inteso come sinonimo di 'replicare', 'ripetere' che all'interno della fattispecie incriminatrice si concretizza in qualcosa che diventa 'abitudinario'. Una riprova si ha utilizzando il termine nella sua forma aggettivante e, quindi, con valore di 'ripetutamente'; allora, 'reiteratamente' non può descrivere una condotta che si esaurisce nell'ambito di sole due azioni. Del resto, è proprio la condotta di *stalking* che lega finalisticamente le molteplici condotte determinando, appunto, nella

32. In tal senso cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, VI ed., p. 201.

33. Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, VII ed., p. 506.

34. Così C. FIORE- S.FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, III, ed., p. 174.

35. Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I, Art. 1-84*, Milano, 1987, p. 303.

36. Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 143.

37. Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, IX ed., p. 111.

38. Cfr. C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 175.

39. Più in generale sul punto cfr. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 101 ss.

potenziale vittima uno stato di grave ansia, paura o turbamento.

E, ancora, il vocabolo ‘persecutorio’, dal verbo perseguire, va letto come l’azione di colui che tiranneggia; va inteso cioè nel senso di tormentare, fare oggetto di costante vessazione, oppressione, molestare o importunare con insistenza, angustiare continuamente.

La condotta dell’agente – tralasciando il dato puramente numerico – com’è stato efficacemente evidenziato, “assume una valenza assillante, una portata persecutoria soltanto se si traduce in una pluralità di comportamenti vessatori ripetuti nel tempo, in modo da conferire all’atteggiamento aggressivo dello *stalker* un carattere di abitudine e all’offesa subita dalla vittima una dimensione seriale”⁴⁰.

Non ci pare, pertanto, che due sole condotte, checché ne pensi una parte della giurisprudenza, possano avere una tale capacità.

2.1

(SEGUE) IL ‘PERDURANTE E GRAVE STATO DI ANSIA OVVERO IL FONDATA TIMORE’

Ancora più indeterminata si presenta la fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p. per quanto attiene all’inciso “perdurante e grave stato di ansia o di paura”, che ha dato vita, anche in questo caso, ad una molteplicità di prese di posizione in sede di applicazione.

Si tratta di una locuzione che evidenzia rilevanti difficoltà nel delineare i concetti di ‘paura’ e di ‘ansia’, trattandosi di provare “stati fluidi e incerti come le reazioni emotive”⁴¹. Il legislatore, nel caso dell’art. 612-*bis* c.p., pare abbia utilizzato i termini ‘ansia’ e ‘paura’ per richiamare un evento normativo di carattere extragiuridico, il quale secondo le più generali regole del diritto penale comporta che “il parametro di riferimento diventi inevitabilmente incerto”⁴².

Anzi in un tale contesto è facile assistere oltre alla complessità di delineare i concetti di ‘ansia’ o ‘paura’, ad una sorta di ingiustificato e contraddittorio ampliamento della fattispecie incriminatrice – da parte di alcuni giudici – ben oltre la sua oggettiva *ratio* e portata.

Invero, un orientamento giurisprudenziale ricostruisce l’inciso nei termini di “turbamento psicologico destabilizzante (...) manifestato con forme patologiche, contraddistinte dallo stress, di tipo clinicamente definito grave e perdurante”⁴³. Una tale patologia può essere attestata solo dallo specialista, perché: “è evidente che un generico stato d’ansia, certificato non da uno specialista neurologo o psichiatrico, non può essere confuso con una situazione ben delineata dalla norma, che richiede che lo stato d’ansia sia, oltre che grave, anche perdurante”⁴⁴.

All’opposto è dato leggere che il concetto di perdurante e grave stato di ansia o di paura “non fa riferimento ad uno stato patologico, addirittura clinicamente accertato, bensì a conseguenze sullo stato d’animo della persona offesa quale il sentimento di esasperazione e di profonda prostrazione concretamente accertabili e non transitorie, in quanto rappresentano la conseguenza di una vessazione continuata che abbia sostanzialmente comportato un mutamento nella condizione di normale stabilità psicologica del soggetto”⁴⁵.

40. Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo primo, *I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, IV ed., p. 229.

41. In dottrina, cfr. le autorevoli riflessioni svolte da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*. Vol. II, tomo I. *I delitti contro la persona*, IIa ed., *addenda*, Bologna, 2009.

42. Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 230.

43. Cass. penale sez. V, 1 dicembre 2010, n. 8832, in *Dir. & Giust.* 2011, in *Riv. pen.*, 2011, 5, p. 504.

44. Cass. pen. sez. V, 1 dicembre 2010, n. 8832, cit.

45. Trib. Milano, 17 aprile 2009, in *Corr. mer.*, 2009, p. 650. Sul punto possono essere richiamate le considerazioni svolte da LOSAPPIO, *Vincoli di realtà*, cit., 875, che censura l’interpretazione analogica svolta nella sentenza appena richiamata nella misura in cui sussume nella formula legislativa anche il sentimento di esasperazione che non corrisponde nemmeno a livello di significato letterale alla formula legislativa. In proposito, incisivamente, MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato e riflessi sulla legislazione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, p. 1244, quando evidenzia il dato secondo cui “la giurisprudenza penale privilegia una sorta di interpretazione teleologica, cioè tendente alla tutela del bene giuridico, con il fondatissimo rischio, però, che l’interpretazione analogica diventi la regola e non l’eccezione”; più in generale sul tema, recentemente, cfr. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss.; RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui*, Padova, 2007.

Così il ‘perdurante e grave stato di ansia’ viene interpretato da alcuni giudici oltre che come mutamento nella condizione di normale stabilità psicologica del soggetto, anche come “disagio emotivo”⁴⁶, oppure “disagio psichico”⁴⁷ o, ancora, ricostruito con riferimento “solo ed esclusivamente a forme patologiche contraddistinte dallo stress, di tipo clinicamente definito grave e perdurante”⁴⁸. E tale stato psico-fisico secondo altra giurisprudenza può essere addirittura oggetto di diretto apprezzamento da parte del giudice⁴⁹.

Sotto quest’ultimo profilo, l’affermazione non convince nella misura in cui si sostiene la ‘diretta’ valutazione del “perdurante e grave stato di ansia”, e cioè di un ‘qualcosa’ che non trova riscontro nemmeno nella medicina specialistica. In realtà, l’ampia letteratura scientifica sull’ansia – a tacere degli approfondimenti sulle varie tipologie⁵⁰ – non dà alcuna nozione del termine perdurante. Non esiste, cioè, un’ansia che possa definirsi ‘perdurante’! Non si comprende, allora, come possa fondarsi una pretesa giuridica – con annessa sanzione – su un qualcosa inesistente in natura, e come possa il giudice valutare qualcosa che non esiste, se non attraverso il proprio *intuitus*⁵¹.

Ora, senza soffermarsi sui requisiti della ‘gravità’ e della ‘durata’ – di fatto abrogati in fase di applicazione – le varie decisioni giurisprudenziali operano una lettura pleonastica dell’inciso, priva di qualunque spiegazione in ordine ai criteri che consentono al giudice di affermare la verifica dell’evento.

Una tale impostazione è stata, opportunamente, censurata dalla Corte di cassazione che ha evidenziato il “carattere di apoditticità” con conseguente ripetizione dell’esame⁵².

Non minori difficoltà s’incontrano in ordine all’individuazione dell’esatta portata della locuzione “fondato timore”, per l’incolumità della vittima o di un prossimo congiunto, legato alla vittima da relazione affettiva. Anche in questo caso si tratta di operare su ‘sensazioni’ soggettive il cui riconoscimento viene, ancora una volta, rimesso al prudente apprezzamento del... consulente sanitario. Quest’ultimo, verosimilmente, informerà il giudice che la persona sottoposta a controllo medico – magari qualche giorno dopo la verifica del fatto – ‘ha riferito’ di trovarsi in uno stato di ansia, paura o timore. Ma lo stesso accertamento medico non si comprende se sia qualcosa di necessario o se possa essere sostituito da meri ‘criteri di comune esperienza’⁵³. La questione si complica ancor di più perché trattandosi di provare entità sfuggenti – stati fluidi e incerti come le reazioni emotive – occorre tener conto anche del ‘carattere’ del soggetto passivo e, quindi, la dimostrazione del nesso causale diventa ancora più problematica, proprio alla luce della vaghezza della fattispecie incriminatrice. Inoltre, va posto nel giusto risalto, il dato secondo cui per l’esatta individuazione della locuzione “fondato timore” non si può contare neppure su qualche precedente giurisprudenziale, perché l’inciso rappresenta una assoluta ‘novità’ per il codice penale.

46. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2010, n. 11945, cit.

47. Trib. Bari, sez. riesame, 6 aprile 2009, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1922.

48. Trib. Catanzaro, 21 ottobre 2009, in *Dejure*.

49. Trib. Milano, 5 settembre 2009, in *Corr. mer.*, 2009, p. 1109.

50. A mero titolo esemplificativo si parla di ansia di tratto, ansia di stato, disturbo d’ansia generalizzato, disturbo d’ansia sociale, ansia di separazione, disturbo d’ansia ossessivo-compulsivo, disturbo d’ansia non altrimenti specificato, sindrome ansiosa, ansia acuta, disturbo di panico senza agorafobia; disturbo di panico con agorafobia; agorafobia senza anamnesi di disturbo di panico; fobia specifica; fobia sociale; disturbo post-traumatico da stress; disturbo acuto da stress, ecc. ecc. Il *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* – (DSM – *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, dell’*American Psychiatric Association* (APA) – che è uno dei sistemi nosografici per i disturbi mentali più utilizzato in questo settore, non annovera l’ansia grave e perdurante. Il DSM propone alcune categorie principali (fobie, disturbo di panico, disturbo d’ansia generalizzato, disturbo ossessivo-compulsivo, disturbo post-traumatico da stress e disturbo acuto da stress) ma non prevede forme di ansia grave e perdurante. Quest’ultima non si ritrova nemmeno nella versione più recente (il DSM-5 che racchiude i cambiamenti approvati dalla fondazione APA, la cui pubblicazione è prevista nell’anno 2013).

51. V. *infra* § 5.

52. Cass. pen. sez. V, 22 giugno 2010, n. 34015, in *Dejure*, di annullamento dell’ordinanza impugnata con rinvio al giudice di primo grado per nuovo esame.

53. Sul punto valgono le limpide considerazioni svolte dalla dottrina quando evidenzia come “gli eventi relativi al ‘fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto’, e, soprattutto, ‘il cagionare un grave e perdurante stato di ansia o di paura’ si sottraggono alla verificabilità empirica”, cfr. MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2.

2.2

(SEGUE) LA 'RELAZIONE AFFETTIVA'

La norma in tema di atti persecutori utilizza la locuzione 'relazione affettiva' senza alcuna specificazione⁵⁴, rimettendo di fatto alla discrezionalità del magistero punitivo l'onere di colmare le lacune, laddove "il vincolo del giudice alla legge è senza alternative"⁵⁵.

Dalla disposizione incriminatrice si ricava il dato secondo cui risponde di 'atti persecutori' non solo l'innamorato respinto o l'ex marito, fidanzato, convivente che non si rassegni alla troncata relazione – ove in questi casi la 'relazione affettiva' può ritenersi *in re ipsa* – ma, per fare un esempio, anche l'ex compagno/a di una relazione omosessuale. La locuzione 'relazione affettiva' include, pertanto, qualunque tipo di rapporto affettivo, anche di tipo amicale, e se tutto ciò può essere valutato – nell'ottica repressiva della norma – addirittura in termini positivi nella misura in cui amplia la portata della fattispecie, indirizzandosi verso qualunque persona, resta irrisolto il problema di stabilire quando si ha una 'relazione affettiva'. Sul punto, la norma pecca non poco di indeterminazione, perché sarà solo il giudice, successivamente alla verifica dei fatti, a stabilire che tra due persone vi era una relazione affettiva, con la conseguenza di rimettere alla completa discrezionalità del magistrato la sussunzione del caso realmente verificatosi nella fattispecie incriminatrice astratta, con tutte le conseguenze derivanti da possibili applicazioni oscillanti. La soluzione sviluppata da autorevole dottrina, seppur nel condivisibile sforzo, di specificare la portata della norma, riconoscendo rilevanza penale solo alle relazioni affettive "di un certo rilievo"⁵⁶, non pare percorribile, risolvendosi la precisazione in una sorta di ripetizione. Del resto la locuzione 'relazione affettiva' non è stata oggetto di soverchio approfondimento giurisprudenziale utile a 'spiegarne' la portata; seppur in tutt'altro ambito, si richiamano "caratteristiche di stabilità e tendenziale definitività in modo tale da rendere evidente la sussistenza di una relazione affettiva interpersonale fondata su una duratura comunanza di vita e di interessi, assimilabile nei fatti ad un vero e proprio rapporto familiare"⁵⁷. In materia di atti persecutori la copiosa giurisprudenza, invece, si limita a richiamare l'espressione senza alcuna precisazione.

Le difficoltà quindi non mancano: il lemma 'affettività' è utilizzato in ambito psicologico per indicare l'insieme dei sentimenti e delle emozioni di un individuo oltre al carattere assunto da un particolare stato psichico. E, senza andare a riprendere le riflessioni aristoteliche svolte nel 'De Anima' – secondo cui il termine 'affezione' designa tutto ciò che nell'anima accade, cioè qualsiasi modificazione che essa subisce – ci basta sapere, in questa sede, che designa ogni stato, condizione o qualità che consiste nel subire un'azione o nell'essere influenzato o modificato da essa⁵⁸.

Alla luce delle succinte considerazioni appena svolte discende che la verifica di stati attinenti alla psiche delle persone non appare operazione tra le più semplici, proprio perché vengono in risalto sensazioni, emozioni dell'animo, la cui oggettivizzazione appare per molti versi impossibile da provare in un processo. Senza addentrarci su problemi di più ampio respiro in tema di causalità psichica⁵⁹, la fattispecie delineata dall'art. 612-bis c.p. con il riferimento al grave e perdurante stato di ansia, al timore, alla relazione affettiva postula, com'è stato nitidamente sostenuto, "una relazione tra la condotta dell'autore e la risposta reattiva di un altro soggetto"; la questione si presenta in tutta la sua rilevanza perché "un soggetto agisce non direttamente su un oggetto materiale, bensì influisce indirettamente sull'evento interferendo nell'esercizio della libertà di un'altra persona"; e, ancora, "il diritto penale, come disciplina che tematizza espressamente le relazioni comunicative nella vita sociale, implicanti interazioni tra la ragione e

54. La stessa espressione, senza alcuna spiegazione, è stata utilizzata anche nel d.l. n. 93/13 (cd. antifemminicidio) agli artt. 3 co. 1 e 4 co. 1 che ha aggiunto l'art. 18-bis a T.U. imm.

55. Così HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 75.

56. Ci si riferisce a CADOPPI, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 53.

57. Cfr. Cass. pen. sez. IV, 27 giugno 2001, n. 35121, Rigamonti, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3818.

58. Sul punto si rinvia a ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, voce *Affezione*, Novara, 2006, 10, p. 20 ss.

59. Su cui cfr. recentemente per tutti RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 3, p. 815 ss.

la volontà delle persone, nonché tra i loro sentimenti, atteggiamenti psichici, aspirazioni, desideri, passioni, si edifica su una trama ininterrotta di giudizi relativi agli effetti e ai significati, sempre diversi e cangianti, del condizionamento reciproco della condotta di uno o di alcuni uomini rispetto alla condotta di altri⁶⁰.

Del tutto irragionevole e avulso dalle indicazioni costituzionali, appare, infine, il trattamento sanzionatorio nelle ipotesi disciplinate dal 1° e dal 2° comma dell'art. 612-*bis* c.p. La locuzione “legata da relazione affettiva” compare in due distinte disposizioni dell'art. 612-*bis* c.p. corredate da differente regime sanzionatorio. Infatti, il co. 1 sanziona con la reclusione da sei mesi a quattro anni colui che minaccia o molesta in modo da ingenerare un fondato timore per l'incolumità non solo della vittima ma anche di una persona legata alla vittima da relazione affettiva. Il 2° comma prevede un'aggravante comune se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato “o da persona che sia stata legata da relazione affettiva”. La differenza va individuata nell'uso temporale delle due formule: al presente nel comma primo, e al passato nel secondo comma; nel primo caso se ne deve dedurre che la relazione affettiva sia ancora in corso al momento delle minacce o delle molestie (si rifletta sull'inciso ‘legata da relazione affettiva’), mentre nel secondo caso la relazione è terminata (la disposizione reca ‘sia stata legata da relazione affettiva’). Da questa lettura discendono, però, conclusioni alquanto diverse e, per alcuni aspetti, stravaganti: il semplice atto di separazione, ad esempio, comporta un regime sanzionatorio più grave nonostante l'identità dei fatti; non si comprende per quale ragione il mero atto di separazione o divorzio – che nulla aggiunge sul piano dell'offensività della condotta – possa comportare un trattamento diverso, certamente non consentito dalle disposizioni costituzionali⁶¹.

2.3

GLI ATTI PERSECUTORI: TRA DANNO E PERICOLO

Ulteriori motivi di insoddisfazione derivano dalla scarsa chiarezza e dalla conseguente ricostruzione della figura delittuosa in esame come reato di danno. In un precedente scritto abbiamo evidenziato la natura di reato di pericolo della fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p.⁶²; a questa conclusione siamo pervenuti riflettendo sull'uso dei verbi (cagionare, ingenerare, costringere) tutti all'infinito e preceduti dalla locuzione ‘in modo da’, con conseguente anticipazione dell'intervento penale ancorato al pericolo. Invero, il legislatore, non sanziona chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta ‘cagionando’ uno stato di ansia, oppure, ‘ingenerando’ un fondato timore o, ancora, ‘costringendo’ la vittima ad alterare le proprie abitudini di vita; né, tanto meno, punisce chiunque con condotte reiterate ‘cagiona’, ‘ingenera’, ‘costringe’ – come ad esempio, in quest'ultimo caso, nel delitto di violenza privata – ma si accontenta di una condotta prodromica, a cagionare, ingenerare, costringere. In altre parole, dalla norma si ricava il

60. I passi tra virgolette sono di RONCO, *Le interazioni*, cit., p. 817 ss.

61. Com'è noto il legislatore, nell'ambito di una lunga serie di interventi per contrastare la violenza sulle donne, ha, recentemente, modificato anche l'art. 612-*bis*; il comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 93/13 relativamente agli atti persecutori stabilisce: “a) al secondo comma le parole: “legalmente separato o divorziato” sono sostituite dalle seguenti: “anche separato o divorziato” e dopo le parole: “alla persona offesa” sono aggiunte le seguenti: “ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici”. Dunque, il legislatore ha sostituito il termine ‘legalmente’ con la congiunzione ‘anche’; pertanto, risulta ampliata la portata della fattispecie non essendo richiesto – come in passato – uno specifico atto di separazione o divorzio. In sostanza, prima della modifica, l'aumento di pena di cui al secondo comma dell'art. 612-*bis* scattava nei confronti del coniuge legalmente separato o divorziato; la norma poteva essere letta nei seguenti termini: “La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge *solo se* legalmente separato o divorziato”. Attualmente, invece, con l'inserimento della particella aggiuntiva ‘anche’ l'aumento di pena si applica in ogni caso al coniuge, *anche se* (con valore di altresì, ugualmente, per di più) separato o divorziato.

In verità l'innovazione appare irrilevante se si riflette sul dato per cui la disposizione contro gli atti persecutori prevede, nel medesimo comma, la locuzione “o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona”. La formula appena richiamata è in grado di abbracciare, generalmente, ‘anche’ le ipotesi di persona separata o divorziata, a meno che non si pensi ad un matrimonio, ad una convivenza o ad una relazione, priva di qualunque affezione ...

62. In proposito ci sia permesso richiamare il nostro, *Una nuova figura*, cit., p. 479 ss.; Diversamente è stato sostenuto, cfr. ad esempio BRICCHETTI-PISTORELLI, *Sulla circostanza aggravante dell'omicidio c'è il rischio di interpretazioni forzate*, in *Guida dir.*, 2009, 19, p. 45, che il delitto si perfeziona con la verifica di uno degli eventi descritti dalla fattispecie, e cioè la causazione del perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero del fondato timore per l'incolumità o la costrizione all'alterazione delle abitudini di vita. Ugualmente cfr. MACRÌ, *Stalking: perdurante e grave stato di ansia e di paura e sindrome del molestatore assillante*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 9, p. 1779.

disinteresse per l'insorgenza dello stato di ansia o di paura perché l'intervento punitivo risulta anticipato, e fondato, sulla semplice minaccia o molestia idonea a cagionare un determinato stato di ansia o paura.

La giurisprudenza, invece, si è orientata, sin dalle prime decisioni, in termini diversi sostenendo che la fattispecie in esame rientrasse nella categoria dei reati di danno.

Recentemente, però, va affermandosi l'ennesimo cambiamento di rotta secondo cui: "in tema di atti persecutori, non è richiesto, perché si configuri il reato, che specifico fine della volizione sia anche l'evento di danno, essendo sufficiente la possibilità di fondatamente prevederlo come conseguenza del proprio continuativo agire sulla psiche della propria vittima"⁶³. Ancor prima la giurisprudenza di merito aveva ricostruito la figura delittuosa in commento come "un vero e proprio reato ostacolo, volto a tutelare in via anticipata beni giuridici ulteriori rispetto alla tranquillità psichica, quali la libertà di autodeterminazione sessuale, l'integrità fisica e la vita"⁶⁴.

Come si vede si assiste ad una lunga serie di questioni dommatiche che hanno dato vita a continui ondeggiamenti della giurisprudenza, con tutte le conseguenze che le decisioni contraddittorie recano sul piano della giustizia sostanziale.

Alle osservazioni appena svolte se ne aggiunge ancora un'altra che attiene alla fattispecie soggettiva. Infatti, se ai fini della configurabilità degli atti persecutori è sufficiente il dolo generico, inteso come il "rappresentarsi gli effetti psicologici concretamente realizzati"⁶⁵, diviene difficile all'agente individuare la realizzazione di un evento non sufficientemente determinato dal legislatore.

3

L'ELUSIONE DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA-TASSATIVITÀ

Vistose, dunque, a nostro sommo avviso, le aporie della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-*bis* c.p., con riferimento al principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale.

In questa sede ci sia consentito, senza richiamare le tante implicazioni che discendono dal principio di tassatività, evidenziare due aspetti di fondamentale rilevanza: il primo è che esso rappresenta una delle acquisizioni fondamentali della cultura dello stato di diritto nel senso che in un sistema codificato la caratteristica essenziale è data proprio dal rispetto della legalità e, quindi, dalla precisione delle sue disposizioni; il secondo scaturisce dalla considerazione che la rilevanza del principio di determinatezza-tassatività scontata in dottrina e sul piano dei principi fondamentali, "non ha trovato adeguato riscontro nella concreta produzione legislativa; sin da quando, con Beccaria e Filangieri, la sua significatività per un sistema penale vicino alle ragioni dell'uomo si rivelò con un'evidenza palmare e fu universalmente riconosciuta, dallo stesso momento è possibile affermare che le sue concrete implicazioni furono in maniera pressoché costante disattese". Anche il recente provvedimento finisce per uniformarsi a quel *trend* che connota la legislazione penale complementare, orientandola verso un diritto penale dell'indeterminatezza.

Il corretto funzionamento del sistema penale, invece, 'obbliga' il legislatore ad emanare norme in linea con le implicazioni costituzionali e, dunque, a predisporre fattispecie in grado di far proprie le esigenze di chiarezza e precisione secondo quanto previsto dagli artt. 13 co. 2, 25 co. 2 e 3, 27 co. 1 Cost., da cui discende, attraverso un'interpretazione sistematica, la costituzionalizzazione del principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale.

Alle norme costituzionali appena richiamate si può aggiungere, a nostro avviso, l'art. 54 co. 1, che dispone: "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la costituzione e le leggi"; per cui, non si può essere 'fedeli' alle leggi se

63. Cass., sez. V, 23 gennaio 2012, n. 8641, F., in *D&G*, 2012, p. 34.

64. Trib. Salerno, 19 ottobre 2011, in *Dejure*.

65. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2010, n. 11945, cit.

le stesse non riescono ad essere immediatamente comprese e assimilate dai destinatari; non si può essere ‘osservanti’ delle leggi – anche di quelle che configurano fattispecie di reato (il termine “leggi” di cui alla disposizione costituzionale concerne ogni statuizione e quindi anche le norme incriminatrici del codice penale) – se esse non sono formulate in modo chiaro e redatte con termini univoci e tassativi, in grado di specificare, si ribadisce, senza alcun fraintendimento il divieto penale comprensivo anche del risultato che si vuole evitare.

In altri termini, quando la prescrizione prevede, per la sua infrazione, come naturale conseguenza una misura limitativa di diritti fondamentali inviolabili (art. 13 Cost.) sorge l’obbligo primario per colui che emette il divieto, quanto meno di redigerlo nel modo più chiaro possibile; evitando il ricorso a concetti estremamente farraginosi e complessi e, quindi, evitando di trasportare sul terreno penalistico la tecnica normativa propria di altre scienze e nel caso di specie delle scienze medico-psichiatriche. Del resto, la stessa Corte costituzionale con la storica sentenza n. 364/88 ha avuto modo di rimarcare la necessità che il precetto normativo sia pienamente conoscibile da parte dei consociati, assegnando, altresì, allo Stato precisi doveri di informazione. Al riguardo è appena il caso di sottolineare il fatto che gli artt. 73 e 54 Cost. giocano un ruolo decisivo. Il primo, attraverso l’obbligo di promulgazione e, soprattutto, di pubblicazione, è finalizzato, appunto, a rendere possibile la conoscibilità del divieto da parte della collettività. L’art. 54, disciplinando il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservarne le leggi (co. 1°) presume assolto, in favore dei consociati, il presupposto della conoscibilità del precetto normativo.

Ancora, il principio di determinatezza-tassatività si pone come momento essenziale nella strutturazione dell’illecito e interagisce con tutte le categorie dommatiche del reato; d’altro canto, non meno rilevanti sono i riflessi in tema di funzione della pena⁶⁶ e sul piano processuale. Con la fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p., siamo ben lontani dall’impostazione feuerbachiana – di estrema attualità nonostante gli oltre due secoli trascorsi – secondo cui il legislatore non può sottoporre a pena ciò che in concreto non può essere completamente provato⁶⁷.

In particolare locuzioni come “condotte reiterate”, “perdurante e grave stato di ansia o di paura”, “fondato timore”, “relazione affettiva” risultano inficcate da palese vaghezza, genericità e indeterminatezza, che coinvolge oltre alla condotta anche l’evento⁶⁸; l’indeterminatezza dell’evento determina l’indeterminatezza e l’improbabile realizzazione di condotte tipiche⁶⁹.

Da tali fattispecie discende il fondato rischio – come abbiamo cercato in qualche modo di porre in risalto – di pervenire a decisioni contraddittorie, che finiscono per vanificare tutte le finalità costituzionali riconosciute alla pena, in particolare effetti significativi si hanno sul piano della prevenzione, speciale e generale, negli aspetti positivi e negativi. Ma anche in rapporto all’integrazione sociale⁷⁰ – comprensiva delle componenti positive della prevenzione speciale e generale – che rappresenta un fondamentale parametro di valutazione dell’efficienza del sistema penale, la nuova fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p. non convince.

La punibilità per violazioni sfuggenti e incomprensibili, a cui fa seguito un intervento durissimo sul piano delle sanzioni, possono giustificarsi solo per il privilegio

66. Più in generale sul punto cfr. BELING, *Il significato del principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali del diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1931, p. 319 ss.

67. Cfr. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, I Teil, Erfurt, 1799.

68. Sui profili della tassatività in relazione all’evento cfr. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

69. In tal senso cfr. CAVALIERE, *L’offensività nella relazione e nel progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in AA. VV., *La riforma continua*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2002, p. 269.

70. Sulla pena come integrazione sociale per tutti cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 17 ss. Per un approfondito studio sui modelli di pena, nell’ottica storica e nell’esperienza contemporanea, cfr. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996, p. 5 ss.

accordato a momenti di prevenzione generale negativa e, quindi, funzionali alla valorizzazione di effetti di intimidazione. Una tale impostazione, è ovvio, non può accogliersi, perché viola le disposizioni costituzionali (art. 27 co. 1 e 3).

Innanzitutto, deve rilevarsi che la mera ricerca di effetti di intimidazione è inaccettabile almeno per due diversi ordini di ragioni.

Si tratta di argomentazioni ben note ma che non è superfluo rievocare alla luce della costante opera di svalutazione; in primo luogo, i principi costituzionali in tema di finalismo rieducativo della pena (art. 27 co. 3°) così come quelli relativi alla personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1°), alla ragionevolezza (art. 3) alla tutela della dignità umana, impediscono che nell'attuale ordinamento l'effetto di intimidazione possa andare al di là di quello che è naturalmente connesso alla posizione di una norma penale ed alla semplice inflizione di una pena. In altri termini, il riferimento all'intimidazione è pertinente solo se inteso come risultato naturale che si verifica sul piano generale ogni volta che la norma prevede per la sua infrazione una sanzione penale.

Il disposto costituzionale: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", mal si concilia con previsioni sanzionatorie tese ad esaltare prospettive di mera deterrenza e che, oltre a violare il principio dell'integrazione sociale e quindi del libero sviluppo della personalità, risultano particolarmente lesive in rapporto alla tutela della dignità dell'uomo⁷¹. Il reo – come ribadito anche nella sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale – diverrebbe esclusivo strumento per l'intimidazione altrui e l'entità del provvedimento dipenderebbe in larga misura da considerazioni attinenti al pericolo di fatti illeciti perpetrati da altri soggetti; in contrasto, quindi, anche, con il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.).

Sul piano della funzione della pena, è di fondamentale importanza che il reo conosca, chiaramente, prima della commissione del fatto quale era il comportamento vietato (art. 27. co. 3 Cost.).

E, ancora, fattispecie vaghe e indefinite possono dar vita ad affermazioni, dubbie sul piano costituzionale, del diritto 'del caso per caso', con conseguente violazione del principio fondamentale della certezza del diritto, a tacere delle sperequazioni sul piano sostanziale (art. 3 Cost.). La determinatezza-tassatività, all'interno del principio di legalità contribuisce, infatti, al raggiungimento di un duplice ordine di scopi: certezza delle norme e limitazione dell'arbitrio del giudice⁷².

Il principio della certezza del diritto, e le esigenze di trattamento egualitario, escono ancora una volta mortificate da una legislazione inficiata, se non altro, da un preoccupante diletterismo tecnico.

Del resto, norme indeterminate, connotate dalla rarefazione del sostrato empirico-materiale, dalla sovrabbondanza di elementi normativo-valutativi a forte pregnanza simbolica, finiscono per limitare le possibilità probatorie dell'accusato; e sotto questo profilo l'art. 612-bis c.p. pone in essere anche una chiara violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Maggiormente quando sull'intero accadimento e sul connesso accertamento 'aleggia' il principio del libero convincimento del giudice; "assioma potente, magico in varie accezioni del vocabolo. Di penetrante, indicibile intensità, indecomponibile già in sé è l'atto evocato, il convincersi, *judicare in facto*, 'decidere', che spesso ritorna 'con le vesti di principio di conservazione; di non dispersione del sapere; d'irrinunciabili, superiori scopi; di principio della difesa sociale; di indefettibilità del potere punitivo; di funzione conoscitiva del processo e simili"⁷³.

71. Sulle connessioni e sulle relative problematiche tra funzione della pena e dignità della persona cfr. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 137 ss.

72. In tal senso cfr. MOCCIA, *Lo statuto penale della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, Milano, 2006, p. 492.

73. Così, limpidamente, NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1-2, p. 71 ss.

L'individuazione della corretta portata del principio di determinatezza-tassatività ha ricevuto un fondamentale apporto dalla Corte Costituzionale con la storica decisione in materia di plagio (sent. n. 96/1981). Si tratta di passaggi ben noti, ma l'andamento della recente legislazione penale e la conseguente applicazione giurisprudenziale fanno passare in secondo ordine il rischio di ripetitività.

Nel dichiarare incostituzionale l'art. 603 c.p., il 'giudice delle leggi', è noto, pone, limpidamente, in risalto il ruolo del principio di tassatività dell'illecito penale rimarcando come "onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile". Tale onere – aggiunge la Corte – richiede una descrizione della fattispecie astratta sia pure attraverso espressioni indicative o di valore (e in proposito vengono richiamate le decisioni nn. 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintantoché nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili.

E' facile cogliere come tutto ciò manchi nella fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p. che richiama 'entità' quali lo "stato di ansia" oltretutto 'perdurante' e 'grave', la 'paura perdurante', il 'fondato timore' o la 'paura perdurante'; con conseguente violazione del principio costituzionale di cui all'art. 25.

Anche sul punto può essere richiamata la sentenza in tema di plagio ove, con specifico riferimento all'art. 25 Cost., è stato ribadito in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. Ritiene quindi la Corte che, per effetto di tale principio, ricada sul legislatore l'onere di emanare fattispecie incriminatrici connotate da chiarezza e precisione, ai fini della controllabilità della sussunzione del fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Pertanto, nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà.

Nel caso degli atti persecutori, com'è stato sostenuto, gli eventi relativi al 'fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto', e, soprattutto, 'il cagionare un grave e perdurante stato di ansia o di paura' si sottraggono a quella verificabilità empirica richiesta dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza sul plagio, per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice⁷⁴.

Nella stessa ottica può essere richiamata l'altrettanto 'storica' sentenza in materia di *error juris* (n. 364/88).

Anche in questo caso solo qualche richiamo alle ben note considerazioni svolte dai giudici costituzionali che ci aiutano, però, a fugare ogni dubbio sull'esatta portata del principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale.

Nella decisione n. 364/88, i giudici, dopo aver premesso che 'l'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito', richiamano il ruolo da riconoscere agli artt. 2 e 3 Cost. per i quali la Repubblica s'impegna a garantire i diritti inviolabili ed il pieno sviluppo della persona ed a rimuovere gli ostacoli che a tale sviluppo si frappongono. L'eventuale contrasto con le norme appena evocate comporta che: "Qualora i limiti fra il lecito e l'illecito non fossero chiaramente delineati, l'ordinamento, anziché rimuovere i predetti ostacoli, ne costituirebbe esso stesso un esempio vistoso". E, infine: si aggiunge che nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento.

74. Così MANNA, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, p. 469 ss.

Nella stessa ottica può essere richiamata un'altra decisione della Corte Costituzionale secondo cui: "Occorre, anzitutto, ricordare che questa Corte ha riconosciuto (sentenze n. 27 del 1961, n. 120 del 1963, n. 44 del 1964, n. 7 del 1965) che il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato" (sent. n. 191/70).

Alla luce delle limpide affermazioni svolte dalla Corte costituzionale, non si comprende l'insensibilità del legislatore, e l'ostracismo della giurisprudenza, nel ravvisare l'esatto ruolo da riconoscere al principio di determinatezza-tassatività dell'illecito penale. Anzi, analizzando la recente legislazione sembra quasi che il legislatore, prima, e la giurisprudenza successivamente, abbiano rimosso le conclusioni della Corte costituzionale.

L'applicazione giurisprudenziale pone in risalto ulteriori problemi; non è questa la sede per addentrarci in questioni di più ampio respiro quali le funzioni della prassi e i rapporti tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*⁷⁵, né tanto meno interrogarsi sulla valenza nel nostro ordinamento del principio di *common law* dello *stare decisis* (o del *binding precedent*)⁷⁶; a noi preme solo evidenziare come la molteplicità delle interpretazioni, finisca per oscurare la funzione nomofilattica assegnata alla Corte dall'art. 65, co. 1, dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941 n. 12⁷⁷). Si tratta di una funzione riconducibile a fondamentali principi costituzionali⁷⁸, perché solo assicurando, come vuole l'art. 65 "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" si garantisce l'eguaglianza dei cittadini (art. 3, co. 1, Cost.) e un'effettiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2, Cost.)⁷⁹.

L'uniforme interpretazione della norma ridonda sul piano dell'uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché la nomofilachia è diretta espressione del principio di cui all'art. 3 Cost.⁸⁰. In altri termini, l'art. 65 dell'Ord. Giud. attribuisce la funzione nomofilattica alla Corte di cassazione fino a prevedere nel caso di decisioni in contrasto l'intervento delle Sezioni unite per mettere fine alle incertezze ermeneutiche. La decisione di queste ultime costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le altre Sezioni semplici, come i singoli giudici, devono prenderne atto⁸¹.

75. Pone il risalto il dato che la Cassazione è giudice dello *ius constitutionis* e dello *ius litigatoris*, anche se nella maggior parte dei casi è giudice solo dello *ius litigatoris*, LATTANZI, *La Cassazione penale tra lacune legislative ed esigenze sovranazionali*, in *Cass. pen.*, 2012, 10, p. 3243 ss.

76. Più in generale sul tema cfr. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999; CARBONE, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 135; COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005; EVANGELISTA-CANZIO, *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 82; MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 871; MAZZAMUTO, *Certezze e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di 'enforcement' del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 157; RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 279.

77. R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, *Ordinamento giudiziario*, art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione. - La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge (co. 1).

78. Secondo un illustre Autore, cfr. PIZZORUSSO, *Corte di cassazione*, in *Enc. Giur. Trec.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 1 ss., la Costituzione recepisce il "sistema cassazione", ma non nel senso di limitarsi al modello tratto della legislazione preesistente, munendolo di copertura costituzionale. A tale interpretazione osta non solo la VI disposizione transitoria che rinvia ad una futura legge sull'ordinamento giudiziario, ma soprattutto l'opzione costituzionale verso un organo giudiziario qualificato dalla ricorribilità per cassazione, secondo il modello francese, che abbia come funzione peculiare quella dell'esercizio della nomofilachia invece che quella, privilegiata nella legge (r.d. n. 12 del 1941) sull'ordinamento giudiziario, di vertice del sistema delle impugnazioni.

79. Cfr. LATTANZI, *La Cassazione penale tra lacune*, cit., 3243 ss.

80. Per la valorizzazione della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, cfr. recentemente, Corte cost., 11 aprile 2008, n. 98, Corte A. Brescia e altre C. Pres. Cons., in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, p. 1098; sull'attività nomofilattica, della Corte di cassazione, di porre rimedio agli errori di fatto delle sentenze di legittimità, cfr. Cass. pen., sez. VI, 6 dicembre 2001, Galletta e altro, in *Giur. it.*, 2002, p. 2571.

81. Cfr. Cass. pen. sez. III, 23 febbraio 1994, Di Chiara, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1264; in *Giust. pen.*, 1995, II, p. 159; in *Riv. pen.*, 1995, p. 457; in *Mass. pen. cass.*, 1994, 10, p. 61

Non va dimenticato, inoltre, che proprio per far fronte alla cosiddetta crisi della funzione nomofilattica il legislatore è intervenuto con il d. lgs. n. 40/06 recante: “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato”⁸². Seppure nell’ambito del diritto civile il legislatore ha cercato di farsi carico del problema impedendo alle Sezioni semplici di discostarsi da quanto stabilito dalle Sezioni unite, se non rimettendo motivatamente la questione problematica ad una nuova pronuncia delle stesse, come disciplinata dall’art. 374 del c.p.c.

La Corte di Cassazione, dunque, anche come giudice del ‘precedente’, rivela la sua utilità e funzione di indirizzo solo se il ‘principio di diritto’, disancorandosi dalla concretezza del caso individuale oggetto del ricorso risolto sulla base del principio affermato, assurge a tipo o paradigma di fattispecie; in tal modo la decisione svolge un ruolo di guida nell’interpretazione uniforme del diritto e di (tendenziale) sintesi coerenziatrice nella formazione del ‘diritto vivente’⁸³.

La giurisprudenza di merito prima e, soprattutto, quella di legittimità, regolando di volta in volta l’interpretazione della legge sul singolo caso, perviene a una serie di affermazioni tra loro contrastanti, che proprio perché tali non possono elevarsi al rango di ‘principi di diritto’, in grado di porsi in termini di sicuro precedente e fungere da regola per risolvere le questioni esegetiche. Un tale stato di cose pone in risalto, com’è stato autorevolmente segnalato, “la crisi del giudizio di cassazione”; lo dimostra del resto: “La qualità giuridica delle decisioni della Corte (che) non è sempre soddisfacente e il numero eccessivo dei contrasti di giurisprudenza lascia sconcertati. Se è vero infatti che entro certi limiti i contrasti sono fisiologici e concorrono, con lo sviluppo dialettico della giurisprudenza, alla formazione del diritto vivente, è anche vero che quando eccedono la fisiologia essi indicano difetti di funzionamento e costituiscono la negazione evidente del ruolo nomofilattico della Corte”⁸⁴.

E proprio quando la legge presenti profili di genericità che si avverte il bisogno di percorsi giurisprudenziali costanti, idonei a ‘regalare’ alla fattispecie incriminatrice quelle caratteristiche di precisione negate da un legislatore, a dir poco, inadeguato.

Invece, all’anarchia legislativa si è sostituita una babele giurisprudenziale.

6

LEGISLATORE E PRASSI: IL SILENTE ‘PATTO’ PER LA RIESUMAZIONE DEL ‘DIRITTO PENALE D’AUTORE’

La recente legislazione penale, e con essa la fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p., conferma quella tendenza in atto da qualche tempo di un progressivo abbandono del diritto penale del fatto, come quello nostro di derivazione costituzionale, verso un diritto penale incentrato sulla pericolosità – a volte solo ipotetica – dell’autore⁸⁵. Quest’ultimo risulta meritevole della sanzione penale per la semplice violazione della norma protesa alla salvaguardia di entità inafferrabili, la cui formulazione si pone in netta antitesi con i principi costituzionali, primo fra tutti quello di stretta legalità. Non è neppure il caso di accennare al ruolo ricoperto dalla ‘legalità’ nel nostro ordinamento, tanto è nota la sua rilevanza; ci basti ricordare, come è stato recentemente sottolineato, che essa si radica “profondamente fra i principi che connotano un regime democratico e che, non a caso, è il primo che viene ‘inciso’ con l’avvento dei regimi dittatoriali. Da qui il necessario collegamento da porsi fra l’art. 25, comma 2, e l’art. 13 Cost., ove non a caso la limitazione della libertà personale incontra due vincoli, di cui l’uno è rappresentato proprio dalla legalità”⁸⁶.

82. Com’è stato segnalato da LUPO, *La Corte di Cassazione nella Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 11, p. 4444 ss. Non è questa la sede per stabilire se il legislatore sia riuscito a conseguire effettivamente l’obiettivo propositosi, e cioè una disciplina del giudizio civile di cassazione idonea a realizzare la funzione di nomofilachia – la constatazione che detta funzione, ritenuta così attuale dal legislatore del 2005-2006, è proprio quella che la Costituzione ha voluto mantenere alla Corte di cassazione.

83. Cfr. CANZIO, *L’individuazione e la definizione del “precedente”: il ruolo del Massimario*, in *Corte Suprema di Cassazione*.

84. Cfr. LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?*, in *Cass. pen.*, 2007, 3, 1369.

85. Attraverso un’approfondita indagine, implementata da un ricco dato di tipo empirico, ricostruiscono anche il diritto penale complementare nei termini di diritto penale d’autore, BERTACCINI-PAVARINI, *L’altro diritto penale*, Torino, 2004, p. 69 ss.

86. Cfr. recentemente MANNA, *Disequilibri fra poteri dello Stato*, cit., 1244.

Né, tanto meno, si vogliono indagare le cause di un tale meccanismo, ma non è attraverso l'aggiramento dei principi costituzionali seppur giustificato sull'esigenza – spesso solo presunta – di assicurare una maggiore tutela alla collettività, che legislatore e prassi svolgono, efficacemente, il proprio ruolo.

In altri termini, quando il 'sistema' finisce per restringere, in modo del tutto incomprensibile e ingiustificato, gli spazi di libertà e, quindi, finisce per limitare i diritti fondamentali della persona, è lo stesso apparato che dà segni di disfaccimento. Ed è una crisi difficile da fronteggiare perché l'attacco avviene dall'interno, ad opera, cioè, degli stessi soggetti istituzionalmente chiamati a salvaguardare proprio l'efficienza del complesso ordinamentale e, dunque, i diritti della persona.

A fronte di un legislatore incapace di emanare norme coerenti con la Carta fondamentale – dalla quale discende, va ribadito ancora una volta, un diritto penale del fatto – c'era da augurarsi un'applicazione giurisprudenziale meno autoreferenziale, ma più attenta al corretto funzionamento del sistema penale, abbandonando prese di posizioni del tutto asistematiche. E la sistematica, non va dimenticato, rappresenta un elemento fondamentale del diritto penale; il termine 'sistematico' esprime la ricerca costante di unitarietà e coerenza all'interno di un dato settore e, nel nostro caso, in ambito penalistico.

Anche la fattispecie in tema di atti persecutori s'iscrive a pieno titolo nell'ambito di quella legislazione sulla sicurezza i cui palesi limiti sono stati diffusamente evidenziati dalla dottrina.

Ipertrofia penalistica – per fatti già ampiamente sanzionati con conseguenti ulteriori problemi di cd. tipicità doppia o plurima⁸⁷ che scaturiscono proprio dall'artificiale, casistica, proliferazione di fattispecie identiche⁸⁸ – e simbolismo repressivo⁸⁹, spiegano anche il continuo ricorso a urlate formule roboanti: "carcere duro", "mano pesante", "più carcere", "pugno di ferro", ormai diventate lessico diffuso, e di cui si è impadronito il legislatore, senza alcuna differenziazione ideologica. Una sicura dimostrazione si è avuta con il trattamento degli immigrati. La formula "tolleranza zero"⁹⁰ sintetizza la nuova panacea; ed, allora, 'tolleranza zero' verso tutto ciò che pone in discussione quell'impostazione, tanto discutibile quanto pericolosa, di *law and order*⁹¹. È già stato evidenziato il dato secondo cui l'ipertrofia penalistica trova il suo *humus* nella concezione promozionale del diritto penale, che presenta una spiccata sintonia con le coordinate di uno Stato autoritario⁹².

Si assiste, pertanto, ad una sorta di corto circuito dell'attuale funzionamento del sistema penale: da un lato il legislatore redige nuove fattispecie che, elidendo i principi costituzionali, finiscono per limitare in modo del tutto ingiustificato i diritti fondamentali della persona; dall'altro la giurisprudenza attraverso la propria azione adeguatrice della norma al singolo caso, finisce per smarrire – come vedremo tra un attimo – un suo ruolo essenziale; entrambi gli attori appaiono proiettati verso la riproposizione di un diritto penale del 'diverso' o a base soggettivistica.

Per quanto concerne l'attività legislativa, la pacata riflessione e, dunque, la ricerca di razionali soluzioni politico-criminali, lascia il campo ad un linguaggio aggressivo

87. Si tratta di un raffinato meccanismo – rinvenibile precedentemente nel codice Rocco – utilizzato dal legislatore repubblicano per ampliare il sistema delle incriminazioni; quest'ultimo risulta strutturato in modo tale da contemplare, per uno stesso comportamento oggettivo, margini larghissimi di pena edittale in base alla norma che il giudice ritiene di applicare. Sul tema già SUGUBBI, *Meccanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 319 ss.

88. Cfr. MOCCIA, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Crit. dir.*, 1-2-3, 2006, p. 22.

89. Sui rischi portati, dall'esercizio simbolico della minaccia penale, sul rapporto tra 'penalità minacciata e penalità agita', cfr. PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in AA. VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 177.

90. Sulla 'dottrina' della tolleranza zero, cfr. le lucide riflessioni svolte da WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000, p. 12 ss.

91. Sull'utilizzazione, a fini politici, dello slogan 'legge e ordine' diventato "forse il principale *selling point* dei manifesti politici", cfr. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia nel mondo liquido* (2006), trad. it. di S. D'AMICO, Roma-Bari, 2007, p. 12.

92. In tali termini cfr. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 60.

di tipo esclusivamente sanzionatorio⁹³, infarcito di ‘frasi ad effetto’ in grado, forse, di riempire le prime pagine dei giornali ma, certamente, inidoneo a risolvere il problema alla radice. Il discorso ufficiale riprende i sentimenti delle vittime⁹⁴ e dei loro familiari; la paura, lo sdegno e la rabbia dell’opinione pubblica, vengono continuamente evocati a sostegno delle nuove politiche repressive⁹⁵. La retorica qualunquista, associata ad immagini di violenza reitera l’esigenza di una legislazione ‘forte’ e ribadisce il concetto del ‘trasgressore della norma penale’ come ‘problema’, come ‘piaga’ e, ancor di più, come ‘minaccia’.

Le scelte di penalizzazione, sostenute ora da un duro regime sanzionatorio, ora intrise di simbolismo-espressivo, assurgono ad entità ‘intoccabili’, laddove nelle democrazie costituzionali “tutti i poteri incluso quello legislativo sono sottoposti a limiti e a vincoli fondamentali, la cui virtuale ineffettività determina, nella medesima misura, una loro virtuale illegittimità”⁹⁶.

Ma, oltre ai problemi concernenti la tecnica di formulazione delle singole fattispecie, a venire in rilievo è la fantasia del legislatore di concepire nuove (evanescenti) oggettività giuridiche: si pensi al concetto della sicurezza urbana. D’altro canto, il ruolo del bene giuridico, nell’ottica del diritto penale d’autore, vede svalutata la funzione critica o selettiva a tutto vantaggio di quella metodologica; attraverso un’azione di rimodulazione del ruolo, l’oggettività giuridica, risulta valorizzata come mero strumento metodologico nella fase interpretativa⁹⁷. Si colgono, allora, con estrema facilità le torsioni a cui il legislatore sottopone il sistema penale di derivazione costituzionale. Un meccanismo questo del tutto arbitrario perché la Costituzione repubblicana non si limita a stabilire le “forme di produzione del diritto” ma programma altresì i suoi “contenuti sostanziali”, mediante la “stipulazione di quelle norme che sono i ‘diritti fondamentali’: cioè di quei diritti elaborati dalla produzione giusnaturalistica, alle origini dello stato moderno, come ‘innati’ o ‘naturali’ e divenuti, una volta sanciti da quei contratti sociali in forma scritta che sono le moderne costituzioni, diritti positivi di rango costituzionale”⁹⁸.

La giurisdizione – per quanto concerne l’altro ‘attore’ – com’è stato lucidamente già sostenuto, “non è più semplicemente soggezione del giudice alla legge, ma è anche analisi critica del suo significato onde controllarne la legittimità costituzionale”⁹⁹. Ne discende il dato secondo cui la giurisprudenza quando si limita a suffragare acriticamente l’operato del legislatore, o peggio ancora a sostituirsi ad esso, allontanandosi, in tal modo, dal corretto funzionamento dell’ordinamento penale che postula l’effettiva tutela di tutti i soggetti coinvolti nel fatto di reato, smarrisce uno dei suoi compiti fondamentali.

Non rientra in queste brevi riflessioni l’analisi dei rapporti tra funzione politica e funzione giurisdizionale, a noi preme solo evidenziare come la risposta meramente repressiva sia insufficiente a risolvere il grave problema della criminalità. Ancora di più quando la soluzione avvenga attraverso pseudo ‘crociate contro il male’. In una tale ottica i principi costituzionale altro non sono che fastidiosi ‘intralci’ da rimuovere per far fronte all’ennesima emergenza! Si assiste da qualche tempo ad una vera e propria espansione della funzione giurisdizionale le cui cause sono molteplici; ne segnaliamo, fra le tante, solo due: l’ampliamento del penalmente rilevante determina un conseguente ampliamento della sfera di influenza degli organismi giurisdizionali e, pertanto, il

93. Evidenzia PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, p. 1077, come la “scala delle cornici edittali” sia andata dispersa, anziché ispirarsi ad un coerente sistema di valutazioni di gravità in termini di meritevolezza e bisogno di pena.

94. Le vittime della criminalità violenta sono chiamate ad assicurare un volto pubblico alla legittimazione della guerra alla criminalità, in tal senso cfr. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, (Oxford 2007), Milano, 2008, p. 98.

95. Per ulteriori approfondimenti cfr., sul tema, GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), tra. it. di A. Ceretti-F. Gibellini, Milano, 2007, p. 69 ss.

96. Cfr. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 912.

97. Per un esaustivo quadro d’insieme delle ‘vicende’ della teoria del bene giuridico, cfr. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, p. 55 ss.

98. Così FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, in Vulpiani (a cura di), *L’accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, Roma, 1988, 56 ss.; sul punto v. anche BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, 2001, p. 235 ss.

99. Così FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 20.

processo penale prende il posto della decisione extrapenalistica; l'accresciuta partecipazione del giudice alla creazione della legge¹⁰⁰ da cui discende il pernicioso effetto del giudice 'alleato' del legislatore.

Non può meravigliare, allora, una recente decisione dei giudici di legittimità con la quale è stata rigettata una mozione di illegittimità costituzionale concernente alcuni profili dell'art. 612-*bis* c.p.¹⁰¹.

7

UNA GEREMIADE DEI 'PRINCIPI'?

L'andamento sempre più irrazionale della recente legislazione penale nel settore della sicurezza pubblica, e con essa il rigore sanzionatorio in termini di esemplarismo punitivo, ci inducono a ritornare su alcuni concetti – ritenuti patrimonio giuridico acquisito – ma forse troppo frettolosamente dimenticati e, sostanzialmente, abiurati.

In una prospettiva di razionalizzazione dell'azione statale, appare essenziale un ritorno ai principi costituzionali; questi ultimi – va ribadito con estrema decisione – non sono una *pruderie* da intellettuali, ma rappresentano i cardini dello Stato di diritto.

Qualunque intervento di tipo penalistico, allora, va esaminato, senza aprioristiche prese di posizione, tenendo presente il dato normativo costituzionale; quest'ultimo delinea, a chiare lettere, un sistema di valori che, nella misura in cui vincola il legislatore, fornisce, parallelamente, alle scelte punitive un fondamento 'ontologico' inattaccabile. In altri termini, l'intervento penale che si muove in sintonia con le direttive di cui alla Carta fondamentale risulta legittimato "nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della persona"¹⁰².

Va ribadito, ancora, il dato secondo cui il principio di legalità segna la fine della "presunzione aprioristica di validità del diritto esistente"; invero, in un ordinamento che all'apice pone una costituzione rigida affinché una norma sia valida "non basta che sia emanata nelle forme predisposte per la sua produzione, ma è anche necessario che i suoi contenuti sostanziali rispettino i principi e i diritti fondamentali stabiliti nella costituzione"¹⁰³. Pertanto, non solo la produzione del diritto, ma anche le scelte con cui questa viene progettata vengono positivizzate da norme giuridiche, ed anche il legislatore viene sottomesso alla legge. "Sicché la legalità positiva dello Stato costituzionale di diritto ha cambiato natura: non è più solo (mera legalità) condizionante, ma è essa stessa (stretta legalità) condizionata da vincoli anche sostanziali relativi ai suoi contenuti o significati"¹⁰⁴; in altri termini, com'è stato limpidamente sostenuto, il processo genetico della norma penale trova "il suo solido ancoraggio in un insieme di valori che, proprio perché contenuti nella Carta costituzionale, costituiscono un vincolo e un limite all'arbitrio del legislatore ordinario"¹⁰⁵.

E ciò vale anche per la giurisdizione; le disposizioni costituzionali che contengono diritti fondamentali, sono 'norma e limite' tanto per il legislatore quanto per i funzionari

100. Cfr. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998, 4.

101. Cfr. Cass. pen. sez. V, 13 giugno 2012, n. 36737, in *Dejure*. La Corte di cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione sollevata, in quanto la disposizione normativa espressa nell'art. 612-*bis* c.p., delinea esaurientemente la fattispecie incriminatrice in tutte le sue componenti essenziali, "giacché il fatto costitutivo del reato assume i connotati dell'antigiuridicità attraverso la realizzazione reiterata di condotte, che, sia pure non definibili preventivamente stante le diverse modalità con cui può concretamente atteggiarsi l'aggressione al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, non risultano assolutamente indeterminate, ma, anzi, sono fatte oggetto da parte del legislatore di un elevato grado di determinatezza, dovendo consistere non in generiche minacce e molestie, ma solo in quelle che assumono una gravità tale da cagionare nella vittima uno degli eventi alternativamente previsti dalla stessa disposizione normativa, vale a dire 'un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie condizioni di vita'". A rileggere le succinte e, per molti versi, pletoriche osservazioni svolte dai giudici di legittimità risalta una contraddizione di fondo tra le riflessioni svolte e le varie decisioni precedentemente richiamate che – come abbiamo visto – si pongono in termini diametralmente opposti. E' anche vero che si tratta di affermazioni *obiter dicta* e, quindi, senza aver affrontato, *ex professo*, le varie questioni di indeterminatezza.

102. Cfr. MOCCIA, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Crit. dir.*, 1-2-3, 2006, p. 18.

103. Cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 34.

104. Cfr. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 35.

105. Così MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., p. 57.

chiamati all'applicazione della legge¹⁰⁶.

In altri termini, il ritorno alla legalità costituzionale impone la formulazione di fattispecie ossequiose del principio di determinatezza-tassatività, materialità, offensività, ed ancorate ad oggettività giuridiche in grado di comprendere le nuove realtà criminose. Una tale soluzione strutturale è in grado di ristabilire – com'è stato evidenziato seppur in tutt'altro ambito – le condizioni di un dialogo non emergenziale tra chi ha il compito istituzionale di creare la norma e chi, invece, di applicarla¹⁰⁷.

Si tratta di un tema di scottante attualità perché a venire in rilievo è il rapporto tra autorità e individuo, portatore di diritti fondamentali; questi ultimi, è stato rilevato¹⁰⁸, dal momento che ricevono dalla Costituzione la qualifica di 'fondamentali' o 'inviolabili' (salute, libertà personale, libertà di domicilio, di corrispondenza, diritto di difesa), oppure atteggiandosi in quelle situazioni giuridiche non espressamente richiamate (la vita, l'integrità fisica, l'onore, la *privacy*, etc.) possono essere riportati nell'alveo dell'art. 2 che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo – come singolo o nelle formazioni sociali – inteso non come formula riassuntiva, dei diritti e delle libertà espressamente previste, ma come 'clausola aperta'¹⁰⁹. In sintesi, l'opzione personalistica di cui all'art. 2 rappresenta "la chiave di volta dell'intero sistema costituzionale" e il "principio che consente di risolvere dialetticamente tutte le antinomie"¹¹⁰.

L'utilizzazione del potere punitivo, pertanto, diviene diritto penale solo quando ad essa vengono poste delle regole con conseguenti limiti e disciplina delle modalità applicative. Senza regole l'esercizio del potere punitivo è unicamente espressione di forza, più o meno mascherata da forme giuridiche come si è verificato nei rapporti tra Stato e individuo, prima della rivoluzione illuministica¹¹¹; e proprio quando l'acquisizione, e dunque la difesa, dei diritti fondamentali della persona si è inserita in un processo di affermazione di garanzie individuali, tendenzialmente irreversibile, almeno per l'esperienza socio-culturale occidentale, le cose hanno cominciato a cambiare¹¹².

Ed, allora, la lotta alla criminalità, intesa senza alcuna differenziazione tra economica, organizzata, comune, predatoria e ... persecutoria, non può essere attuata in modo avulso dai principi costituzionali. L'intervento sanzionatorio va attivato verso chiunque ponga in essere fatti connotati da dannosità sociale, tenendo presente esigenze di ragionevolezza e proporzione¹¹³.

Il ricorso a strumenti sanzionatori – e ciò implica, in sintonia con le indicazioni della Carta fondamentale, l'utilizzazione di misure alternative a quelle penalistiche se connotate da maggiore effettività – va posto in essere in linea con tutte le garanzie sostanziali e processuali, anche esse di derivazione costituzionale.

Il settore della sicurezza – nel cui ambito si colloca l'intervento in tema di atti persecutori – si muove in aperta distonia con la legalità costituzionale quando fonda l'intervento repressivo non su di un fatto di reato connotato da dannosità sociale ma sulle qualità personali dell'agente.

106. In tal senso cfr. ER. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer*, (Heft 3, Berlin-Leipzig, 1927), trad. it., *L'uguaglianza dinanzi alla legge ai sensi dell'art. 109 della Costituzione del Reich, in Critica della filosofia neokantiana del diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1992, p. 80.

107. Cfr. SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la Pubblica Amministrazione. Prospettive di riforma*, Napoli, 2006, p. 19.

108. Cfr. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, p. 27.

109. Sull'art. 2 Cost. come 'clausola aperta' cfr. BARBERA, *Commento all'articolo 2 della Costituzione*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1972, p. 66; BARBERA-COCOZZA-CORSO, *La libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di Amato-Barbera, Bologna, 1991, p. 209; in ambito penalistico cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 176.

Più in generale, per un quadro d'insieme delle posizioni dottrinali sulla portata della disposizione, da intendersi come clausola aperta ovvero meramente riassuntiva dei doveri analiticamente menzionati nel testo costituzionale, cfr. CRISAFULLI-PALADIN, *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990, p. 12 ss.

110. Cfr. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Milano, 1958, p. 104.

111. Cfr. ad es. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1784), Paris, 1853, III, XIX, X, p. 176 ss.

112. In tal senso cfr. MOCCIA, *Lo statuto penale della Corte penale internazionale*, cit., p. 487.

113. Sui requisiti di una legislazione razionale ed orientata allo scopo (sussidiarietà, frammentarietà, proporzionalità, meritevolezza di pena), che rende, in uno Stato di diritto, l'intervento penale razionale, minimo ed effettivo, già MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., p. 3.

La legalità costituzionale, invece, non prevede alcuna diversificazione tra soggetti e, soprattutto, non consente alcuna impostazione funzionale a giustificare la penalizzazione del ‘diverso’ o del ‘nemico’ – sia esso *stalker*, extracomunitario, *ultras* del calcio, accattone, ecc. – che proprio perché tale “è escluso da alcuni suoi diritti”¹¹⁴. In sostanza il nostro ordinamento non distingue tra *Menschen* e *Untermenschen* quando fa riferimento alla dignità dell’uomo¹¹⁵; la nostra Costituzione pone, come abbiamo precedentemente accennato, la persona umana, senza alcuna differenziazione, all’apice dell’ordinamento¹¹⁶.

Sotto altri profili, lo Stato non può utilizzare le politiche in tema di sicurezza al fine di recuperare l’autorità perduta e il suo ruolo agli occhi della collettività, sanzionando non il ‘fatto’ posto in essere dall’agente, ma le caratteristiche dell’autore¹¹⁷ – come si è verificato con la previsione dell’aggravante soggettiva di cui all’art. 61 n. 11-*bis* c.p.¹¹⁸ – con conseguente, grave e ingiustificata, violazione degli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2 e 3, 27 co. 1 e 3. Il sistema penale di derivazione costituzionale, incentrato sulla punibilità del disvalore di azione, offensivo di un bene giuridico, non privilegia scelte costruite sulla *Gesinnung*¹¹⁹ o violazioni di regole morali. In sintesi, la nostra struttura ordinamentale, fondata sui principi liberal-solidaristici dello Stato sociale di diritto, non solo obbliga alla costruzione di un diritto penale del fatto¹²⁰, ma rende illegittime norme che diano spazio a prospettive di *Täterstrafrecht* in chiave meramente repressiva¹²¹.

Non è attraverso ‘guerre di religione’ ancorate a slogan del ‘pugno duro’ che lo Stato può rivendicare una propria legittimazione, ma, viceversa, facendosi carico di una

114. Cfr. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni della giuridicità*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini-R. Orlandi, Bologna, 2007, p. 119; sul diritto penale del nemico, con riferimento al terrorismo internazionale, cfr. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, p. 7 ss; sul punto le ampie riflessioni svolte da PEPINO, *La giustizia, i giudici e il «paradigma del nemico»*, in *Questione giustizia*, 2006, 4, p. 31 ss. Sul diritto penale del nemico cfr. DONINI, *Lo status di terrorista tra il nemico e il criminale: i diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l’uso del diritto come arma?*, in AA. VV., *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 85 ss.; CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Diritto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 265 ss.

115. Cfr. MOCCIA, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, a cura dello stesso Autore, Napoli, 2009, p. 160.

116. Seppur con riferimento al problema del trattamento dell’immigrazione, la Corte Costituzionale, nell’ambito di un costante orientamento, (cfr. ad es. la sentenza n. 105 del 2001, in *Consulta Online*), ha avuto modo di ribadire il dato secondo cui le garanzie dell’articolo 13 Cost. non subiscono attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti.

117. Esaustive in proposito le considerazioni già svolte da MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 131, che valorizzando il collegamento tra funzione della pena costituzionalmente definita e struttura del reato pone in risalto l’emergere di una concezione teleologica di reato visto “come violazione di beni giuridici all’interno di una struttura in cui c’è posto esclusivamente per un diritto penale del fatto”.

118. Riserve all’aggravante soggettiva di cui all’art. 61 n. 11-*bis* c.p. venivano, immediatamente, avanzate da autorevole dottrina FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Va ed., Bologna, 2008, *Addenda: d.l. 23 maggio 2008, n. 92 “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica”, conv. con modificazioni*, in l. 24 luglio 2008, n. 125, p. 3; GIUNTA, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, p. 387. Sull’illiberalità della norma che “aggrava la responsabilità penale per il fatto di ‘essere’ clandestino, non perché si esiga che la clandestinità abbia favorito, agevolato o reso possibile il reato commesso” DONINI, *Il cittadino extracomunitario, da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 128; ID., *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; per una vigorosa critica verso una tale impostazione che puniva il migrante in quanto tale e, dunque, non un fatto, ma una condizione personale, cfr. (L.P.) EDITORIALE, *Migranti, nemici, “coatti”*, in *Quest. giust.*, 2009, 4, p. 6. Per un inquadramento della circostanza, nell’ambito di una ampia bibliografia, cfr. GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA. VV., “Decreto sicurezza”: tutte le novità, Milano, 2008, p. 27 ss.; PLANTAMURA, *La circostanza aggravante della presenza illegale sul territorio nazionale*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2009, p. 271 ss.; MASERA, *Immigrazione*, in O. Mazza - F. Viganò (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, p. 7 ss.; PECCIOLI, *La clandestinità come circostanza aggravante*, in *Dir. pen. proc. – Speciale immigrazione*, 2009, 1, p. 42 ss. L’oggettiva forzatura dei principi costituzionale, posta in essere dall’aggravante della clandestinità, non poteva, infatti, passare inosservata, tant’è che la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale (sent. n. 249 dell’8 luglio 2010) dell’art. 61, numero 11-*bis*, c.p.

Sulla estraneità dell’art. 61 n. 11-*bis* c.p. al diritto penale del fatto cfr. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d’autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 4, 2010, p. 149.

119. Cfr. ELLScheid-HASSEMER, *Strafe ohne Vorwurf*, in *Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, a cura di Lüdersen-Sack, Frankfurt am Main, 1975, 266; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, p. 223 ss.

120. Nell’ambito di una vasta letteratura, oltre alla più recente manualistica, cfr. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 8 ss.; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 173 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. It.*, Torino, 1973, p. 82 ss.; PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975, p. 53 ss.; PADOVANI, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del Crs, Milano, 1987, p. 90 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 121 ss. Nello stesso senso BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Delitti e pene*, 1985, p. 459, quando fa riferimento al ‘principio della responsabilità dell’atto’.

121. Cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 8.

razionale politica criminale che richiede anche la soluzione delle, seppur non facili, questioni di politica sociale¹²². Le politiche di sicurezza includono anche politiche di prevenzione e repressione della criminalità “ma non si esauriscono in queste. Assumere poi il bene della sicurezza come bene pubblico significa operare per la tutela dei diritti di tutti. La sicurezza non è pertanto un ‘nuovo’ diritto, ma lo stato di benessere che consegue alla tutela dei diritti di tutti”¹²³.

Di estrema attualità il monito, precedentemente avanzato con la solita, mirabile, lucidità, da un insigne Maestro, secondo cui non si vince la battaglia contro la criminalità – il riferimento era espressamente dedicato alla mafia, ma l’affermazione, può essere, a nostro avviso, estesa alla questione criminale, in genere – “se non con una fedeltà intransigente alla legalità costituzionale”¹²⁴, anche se quest’ultima provochi a qualche solerte ‘sacerdote’ della *zero tolerance* sensazioni da ‘orticaria’.

122. Sul nesso tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 2, p. 805 ss.

123. Cfr. PAVARINI, *Paure urbane e nuovi dispositivi di sicurezza*, in AA. VV., *Il diritto municipale*, a cura di R. Acquaroli, Macerata, 2009, p. 29.

124. Cfr. BARATTA, *Mafia: rapporti tra modelli criminologici e scelte di politica criminale*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, p. 113.