

Problemi di costituzionalità nell'applicazione della normativa sullo *stalking*?

Nota a Cass. pen. Sez. V, n. 6417/2010

di Andrea Lollo,
assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Catanzaro;
dottorando di ricerca in "Giustizia costituzionale e diritti fondamentali" presso l'Università di Pisa

1. La sentenza n. 6417/2010 Cass. pen. sez. V consente di riaprire un dibattito che, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legge n. 11/2009, si era acceso nella dottrina penalistica su alcuni caratteri strutturali del nuovo reato di «atti persecutori» (c.d. *stalking*)¹. Un dibattito dalle molteplici implicazioni sulla tenuta di alcuni principi costituzionali fondamentali, che non può lasciare indifferente neppure la dottrina costituzionalistica.

Infatti, è proprio il coinvolgimento del principio di legalità – nel suo corollario della precisione e della chiarezza dei testi – e del divieto di applicazioni retroattive della legge penale sfavorevole che ammantava di “rilevanza costituzionale” la sentenza in commento; una delle primissime pronunce di legittimità in tema.

2. Per entrare subito *in medias res*, è opportuno ricostruire per tratti essenziali la vicenda che ha dato origine al giudizio giunto dinanzi alla Corte di Cassazione:

il gip del tribunale di Ravenna rigettava l'istanza di revoca o di sostituzione della misura della custodia cautelare avanzata da O.P., indagato per il delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p.

Il tribunale di Bologna, quindi, confermava la misura custodiale, ai sensi dell'art. 310 c.p.p., ritenendo che l'O.P. si era reso autore di minacce, violenza privata e danneggiamento nel periodo dal 2 gennaio '09 al 21 febbraio '09 e che ulteriori condotte aveva posto in essere nei giorni 25 e 26 febbraio '09.

Ricorrendo in Cassazione, il difensore asseriva, in primo luogo, che gli atti compiuti dal 2 gennaio al 21 febbraio sarebbero stati irrilevanti ai fini dell'art. 612-*bis*, in quanto anteriori alla sua entrata in vigore; in secondo luogo, che le due sole condotte commesse nei giorni 25 e 26 febbraio non sarebbero state sufficienti per la consumazione del reato contestato, caratterizzato da una condotta plurima.

Il giudice di legittimità rispondeva alle censure sollevate affermando che poiché «il termine “reiterare” denota la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza (...) se ne deve evincere, dunque, che anche due condotte sono sufficienti a concretare quella reiterazione cui la norma subordina la configurazione della materialità del fatto». Sulla base di tali argomentazioni, confermava il provvedimento restrittivo della libertà personale.

Nonostante l'esiguità della motivazione, è possibile cogliere immediatamente i punti cruciali della vicenda, che vede il consesso di legittimità costretto a destreggiarsi per via ermeneutica, da un lato, con l'indeterminatezza di un testo di dubbia compatibilità con il principio di legalità, nella parte in cui richiede quale elemento consustanziale del reato una imprecisata “reiterazione” della condotta; dall'altro, con il divieto di applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole.

¹ Cfr, per i termini essenziali del dibattito, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, I, Zanichelli, Bologna 2007, 371 ss.

3. Per cominciare, la Corte non sembra neppure prendere in considerazione la possibilità di sollevare, nelle vesti di giudice *a quo*, questione di legittimità costituzionale dell'art. 612-*bis*, per violazione dell'art. 25, comma II, Cost. L'eventuale pronuncia della Corte costituzionale, forse, avrebbe potuto divenire l'occasione per valutare la consistenza delle censure mosse a prima lettura dalla dottrina penalistica²; censure che, in effetti, non paiono del tutto infondate.

Difatti – limitando l'attenzione all'oggetto della pronuncia³ – seri dubbi di legittimità costituzionale derivano dall'utilizzo di alcune clausole in grado di riservare ai giudici una eccessiva discrezionalità nella determinazione degli elementi essenziali del reato. Oltre alla formula «reiterazione» della condotta minacciosa o molesta, non è agevole comprendere neppure se, ai fini dell'accertamento del perdurante e grave stato di ansia, tipizzato come conseguenza della condotta antigiuridica, sia necessario ricorrere all'accertamento medico⁴ – ipotesi che sembrerebbe più coerente con il principio di determinatezza – ovvero se sia sufficiente fare ricorso a criteri di comune esperienza⁵; del pari, non appaiono sufficientemente determinate le espressioni «fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto», ed «alterare le proprie abitudini di vita»⁶.

Probabilmente, la Corte costituzionale – magari con una pronuncia interpretativa, qualora avesse ritenuto infondata la questione – avrebbe potuto fornire preziose indicazioni anche per la successiva giurisprudenza comune in via di formazione.

4. La Corte di Cassazione, invece, decide di far da sé, risolvendo la vicenda con una stretta interpretazione letterale⁷, che suscita qualche perplessità.

Innanzitutto, infatti, l'affermazione per cui due sole condotte integrano il reato di *stalking* mal si concilia con la struttura di reato abituale dello stesso, che dovrebbe al contrario richiedere una condotta costante, ripetuta nel tempo, che assume valenza assillante, anche alla luce del carattere permanente degli eventi-conseguenza richiesti⁸.

² Cfr., per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 371 ss.

³ Saranno, pertanto, omesse le critiche attinenti alla veste del provvedimento utilizzato – il decreto legge – ormai equiparato nella prassi alla legge formale, ai fini del principio della riserva di legge. Del pari, è possibile solo accennare al tema che concerne l'opportunità di introdurre la norma sullo *stalking*, alla luce del principio del diritto penale come *ultima ratio* di tutela; per questo problema, in particolare, si rinvia ancora una volta a G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 372.

⁴ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 377-378; in tal senso sembrerebbe orientarsi anche la giurisprudenza comune fino ad ora formatasi; cfr., per uno *screening* della giurisprudenza ordinaria in tema, A. PECCIOLI, *Stalking: bilancio di un anno dall'entrata in vigore*, in *Diritto penale e processo*, IPSOA, Milano 4/2010, 399 ss.

⁵ Cfr. A. CADOPPI, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida al diritto – Il sole 24 ore*, 19/2009, 52.

⁶ Non è chiaro, infatti, quale sia la consistenza del mutamento delle abitudini di vita richiesta ai fini della consumazione del reato; cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 378-379.

Contra C. PARODI, *Stalking e tutela penale*, Giuffrè, Milano 2009, 48 ss., il quale ritiene meno preoccupante l'indeterminatezza della fattispecie.

⁷ Con una lettura del termine «reiterare» che ricalca pedissequamente la definizione contenuta in G. DEVOTO-G. C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze 2006, voce «reiterare».

⁸ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 375; cfr. in tal senso anche la sentenza del Tribunale di Roma sez. V, n. 3181/2010, che costituisce, tuttavia, una eccezione, a fronte di un orientamento dominante che ritiene sufficienti due condotte ai fini dell'integrazione del reato di *stalking*.

Anche nella letteratura medica si richiede un comportamento costante, pur in mancanza di accordo sul numero necessario di condotte idonee, né sull'arco di tempo necessario per qualificare come *stalking* una condotta ripetitiva. Sul

Se si aderisse integralmente a questa interpretazione, poi, per il futuro potrebbe divenire arduo distinguere in concreto il delitto di «atti persecutori» da altri delitti affini commessi in concorso materiale tra loro, come ad esempio la minaccia aggravata, ai sensi dell'art. 339 c.p.; difatti, in questa ipotesi, ciò potrebbe risultare non poco disagiata, se si considera che le modalità esecutive della minaccia aggravata potrebbero cagionare gli eventi tipizzati dall'art. 612-*bis*.

Il problema si acuisce, inoltre, se si pone mente alle rilevanti differenze sanzionatorie che deriverebbero dalla diversa qualificazione dei fatti.

Ancora più critica, peraltro, appare l'ipotesi in cui ad una duplice molestia, o minaccia, non facesse seguito alcuno degli eventi necessari per integrare gli «atti persecutori»: in questo caso, infatti, poiché probabilmente gli atti sarebbero astrattamente *idonei ex art. 56 c.p.*, risulterebbe ancora più problematica la distinzione tra tentato *stalking* e concorso materiale in molestia o minaccia⁹.

Come si può intuire, in entrambi i casi il pericolo è di riservare al giudice una eccessiva discrezionalità nella qualificazione dei fatti penalmente rilevanti, con seri dubbi di conformità con il fondamento costituzionale del principio della riserva di legge nella materia penale.

5. Probabilmente, quindi, la soluzione più conforme a Costituzione – se si esclude la pista della rimessione della questione alla Corte costituzionale – sarebbe stata quella dell'accertamento in concreto della potenzialità lesiva della condotta nei confronti del bene giuridico tutelato. Soluzione, inoltre, in linea con i *desiderata* della Corte costituzionale, che ha più volte ricordato come il principio di offensività in concreto attribuisca al giudice il compito di accertare che il fatto abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato¹⁰.

Secondo tale impostazione, che può valere per casi analoghi, quindi, il giudice dovrebbe indagare di volta in volta la sussistenza di un nesso eziologico tra fatto ed evento, mentre nei casi di mancata produzione dell'evento l'indagine dovrebbe avere ad oggetto la potenzialità lesiva della condotta alla lesione del bene giuridico tutelato, con un giudizio di idoneità formulato *ex ante*.

Se è sicuramente vero – per rispondere ad una eventuale obiezione – che nel caso in esame il giudice di legittimità aveva accertato il verificarsi degli eventi strutturali della fattispecie, non è però da escludere che questi fossero conseguenza di una condotta che in larga parte si era consumata anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 612-*bis*, e di cui le ultime due azioni costituivano solo il frammento conclusivo. D'altra parte, si può immaginare che proprio l'esigenza di evitare l'applicazione retroattiva della legge penale abbia suggerito alla Corte di risolvere la questione in maniera un po' "pilatesca", con una interpretazione letterale della norma tale da escludere le condotte antecedenti ai fini della decisione.

Sia consentito, però, di nutrire qualche dubbio sull'esito di tale operazione.

A tale scopo, è necessario chiarire in via preliminare l'adesione alla tesi patrocinata dalla dottrina penalistica maggioritaria, secondo cui, per evitare l'applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole, andrebbe escluso il cumulo tra le condotte antecedenti e quelle successive nel caso di

punto cfr., per tutti, G. BENEDETTO-M. ZAMPI-M. RICCI MESSORI-M. CINGOLATI, *Stalking: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, Giuffrè, Milano 2008, 1, 127 ss.

⁹ Ovviamente, la tesi regge a condizione che si acceda alla prospettiva che non esclude, almeno in linea teorica, il tentativo di *stalking*; cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 379.

Si discute, invece, nella dottrina penalistica, della possibilità di ammettere il tentativo per i reati abituali; cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2009, 499.

¹⁰ Cfr. sentt. 265/2005; 354/2002; 519/2000; 263/2000; 360/1995.

successione di norme creatrici di una nuova tipologia di reato abituale¹¹. Nella fattispecie che si sta esaminando, quindi, il giudice di legittimità avrebbe dovuto accertare che l'evento fosse conseguenza delle sole condotte successive, escludendo dal computo quelle anteriori, punibili solo a titolo di reati autonomi, eventualmente in concorso materiale tra di loro.

Ma se si pone mente al carattere duraturo degli eventi tipizzati dall'art. 612-*bis*, è difficile immaginare che essi potessero essere la risultante di due sole condotte.

Per queste ragioni, perciò, il pericolo è che dietro l'interpretazione letterale della disposizione si sia celata una applicazione retroattiva della legge penale.

Se la Corte si fosse pronunciata *ex professo* su tali questioni di diritto intertemporale, forse avrebbe potuto orientare la giurisprudenza sull'individuazione dell'esatto momento di consumazione dei reati abituali, anche alla luce dei contrasti esistenti.

Qualche indicazione, tuttavia, può desumersi da una esigua giurisprudenza di legittimità, formatasi su altri reati ad esecuzione frazionata, come la truffa aggravata *ex art. 640-bis*, ovvero il reato previsto dall'art. 9 della legge n. 1423/1956, che punisce chi, in stato di sorveglianza speciale, venga sorpreso in compagnia di pregiudicati. In tali pronunce, la Cassazione sembrerebbe ammettere il cumulo delle condotte.

A simili conclusioni, peraltro, è pervenuta sino ad ora anche la giurisprudenza maggioritaria di merito all'atto dell'applicazione della normativa sullo *stalking*¹².

Tali orientamenti preoccupano per la tenuta del principio di irretroattività della legge penale; principio che, come la Corte costituzionale ha più volte riconosciuto, sottraendolo ad operazioni di bilanciamento¹³, è espressione di fondamentali valori di civiltà giuridica.

Per porre un argine, per il futuro, al pericolo di deprecabili applicazioni incostituzionali, è fondamentale che si faccia una attenta indagine – ragionando caso per caso – sul momento di consumazione del delitto, che tenga in adeguata considerazione la struttura di reato di danno e di evento degli «atti persecutori»¹⁴.

In tale prospettiva, l'indagine sul *tempus commissi delicti* dovrebbe orientare il giudice nella qualificazione dei fatti penalmente rilevanti.

Per concretizzare tale affermazione, ipotizziamo di trovarci di fronte a tre possibilità, sintetizzabili per come segue¹⁵:

a) la condotta ed uno degli eventi si verificano prima dell'entrata in vigore della nuova norma.

In questa ipotesi, si dovrebbe escludere lo *stalking*, a meno che la condotta prosegua, provocando un nuovo evento o un suo aggravamento¹⁶;

b) l'evento si verifica dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice, ma è causalmente ricollegato ad una condotta antecedente, che non si ripete dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice.

¹¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 94. A conclusioni diverse sembra giungere la citata dottrina nel caso di successione di norme (non creatrici, ma) modificatrici della disciplina. Il problema non dovrebbe porsi, però, in questa sede, trattandosi di nuova norma incriminatrice.

¹² Cfr. A. PECCIOLI, *Stalking*, cit., 400.

¹³ Cfr. *ex plurimis*, sent. 394/2006, punto 6.3 del Cons. in dir.; in dottrina, per tutti, cfr. M. D'AMICO, *Art. 25*, II alinea, in AA. VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Giuffrè, Milano 2006, 545-546.

¹⁴ Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 374.

¹⁵ La tesi che si va esponendo presuppone l'adesione alla teoria della condotta per la determinazione del *tempus commissi delicti*; cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 94.

¹⁶ Cfr. C. PARODI, *Stalking*, cit., 65.

Anche in questa ipotesi dovrebbe escludersi lo *stalking*, individuandosi nel momento in cui è stata compiuta la condotta di consumazione del reato;

c) l'evento si verifica dopo l'entrata in vigore della norma incriminatrice, ma la condotta è frazionata cronologicamente in momenti antecedenti e successivi.

In questo caso, che è sicuramente il più complesso, l'indagine sul nesso di causalità dovrebbe essere limitata ai soli fatti successivi all'incriminazione, mentre quelli commessi anteriormente sarebbero punibili solo a titolo di reati autonomi, se incriminabili.

Di certo, non è da escludere, però, che la particolarità di alcuni casi concreti potrebbe rivelare delle insidie tali da palesare l'ingenuità di una proposta metodologica – che ci permettiamo di avanzare – che si sviluppa nell'alveo della riflessione teorica.

Difatti, nel passaggio dalla prospettiva astratta a quella concreta, si potrebbe correre il rischio di dover fare i conti con delle difficoltà tali da mettere in crisi l'impianto teorico costruito, in tutti i casi in cui spettasse al giudice il compito di individuare esattamente il nesso di causalità tra fatto ed evento nei casi di una condotta frazionata (come nell'ipotesi *sub c*).

6. Analizzati i profili essenziali della vicenda, è ora possibile concludere con alcune minime osservazioni volte a ricondurre in ambito più generale la riflessione intrapresa.

Come si è già accennato, i rapporti tra legislatore e giudici si fanno particolarmente delicati nelle materie, come quella penale, in cui vige una riserva di legge assoluta.

In questi contesti, l'esigenza di leggi chiare e precise è più pressante, in quanto il *deficit* di determinatezza si riverbera negativamente sull'attività degli operatori giudiziari, nonché sulla distinzione funzionale tra organi di *legis latio* e organi di *legis executio*. Per tali ragioni, l'alternativa al *non liquet*, che comunque costituirebbe una soluzione incostituzionale, è l'eccesso interpretativo dell'organo giudiziario, di dubbia compatibilità, però, con il principio costituzionale della riserva di legge. Tuttavia, la strada della questione di legittimità costituzionale, che pur sembrerebbe la più corretta nella vicenda annotata, rischierebbe di coinvolgere eccessivamente nell'agone politico la Corte costituzionale, proprio laddove il Parlamento, forte della diretta investitura popolare che lo caratterizza, dovrebbe rivelarsi il principale attore delle scelte incriminatorie.