

La stalking: problemi giuridici e aspetti psichiatrico forensi
Genova, 22 maggio 2009

Aspetti costituzionali della nuova normativa

di Roberta Barbanera
avvocato del Foro di Genova
dottore di ricerca presso l'Università di Pisa

L'introduzione del nuovo reato di stalking (atti persecutori, secondo la rubrica della norma), impone all'interprete una riflessione circa la compatibilità della fattispecie ai principi costituzionali di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.¹ Prodromico a tale riflessione è un inquadramento dogmatico del principio costituzionale che governa (*rectius*: che dovrebbe governare) la tecnica di produzione normativa.

I principi relativi alla fase di formulazione della legge penale si distinguono a seconda che abbiano riguardo alla natura dell'atto al quale deve essere riservata la previsione delle norme penali (c.d. riserva di legge) ovvero alle modalità e caratteristiche delle forme di espressione della legge penale (principio di determinatezza della fattispecie).

Concentrando l'attenzione, per i fini che qui interessano, a quest'ultimo principio, occorre osservare come esso operi su due differenti piani e nei confronti di due differenti destinatari. Il principio di determinatezza si muove, innanzitutto, sul piano della formulazione legislativa delle norme penali e, in ciò, ha come destinatario il legislatore al quale viene prescritta una tecnica di redazione delle leggi penali particolarmente accurata. Il medesimo principio opera, altresì, sul piano della interpretazione e applicazione della legge penale, essendo indirizzato al giudice al quale viene imposto il divieto di analogia; concretizzandosi così in quello che è indicato come il principio di tassatività in senso stretto.

Il principio di determinatezza è considerato, ormai senza più obiezioni, di rango costituzionale, corollario dei principi di riserva di legge e di irretroattività sanciti dall'art. 25 della Costituzione, la cui previsione verrebbe frustrata se, per indeterminatezza della fattispecie, non fosse possibile stabilire a priori ciò che è vietato e ciò che è permesso. Come tale esso diventa vincolo inderogabile per il legislatore nella strutturazione della fattispecie penale ed assolve ad una duplice funzione: assicurare la "certezza" delle norme penali; garantire il cittadino rispetto ad un possibile "straripamento" del potere giudiziario.²

Passando da un piano teorico dogmatico ad uno più pratico, a riempire di contenuto il principio di determinatezza della fattispecie penale ci hanno pensato la dottrina, la giurisprudenza ma anche lo stesso legislatore.

¹ Si riporta il testo del nuovo art. 612 *bis* c.p., introdotto con il D.L. 23.02.2009, n. 11 convertito con modifiche in L. 23.04.2009, n. 38 recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori". *Atti persecutori*. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare 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 abitudini di vita. La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

² Sul punto si legga, per una disamina generale dei principi costituzionali in tema di produzione legislativa, PALAZZO, *Legge penale*, in *Digesto IV*, Sez. disc. pen., Utet, 1993, 338 ss. ed in particolare pag. 355 ss.

Molto sinteticamente, gli autori hanno fatto riferimento ad una serie di criteri per arrivare ad una definizione in termini positivi della determinatezza. Parte della dottrina ha ritenuto rispettato il principio ogni qual volta in cui il giudice possa arrivare a identificare le scelte del legislatore attraverso la semplice interpretazione della norma, individuando il tipo di fatto disciplinato, in modo tale che anche il semplice cittadino possa riconoscere, nella complessità che contraddistingue il linguaggio giuridico, il comando contenuto nella norma che deve essere rispettato. Altra parte preferisce spostare il livello di conciliabilità della norma con il principio di determinatezza a seconda dell'importanza del bene giuridico tutelato.³

Va altresì osservato come, talvolta, la dottrina utilizzi la formula in un'accezione ampia tale da ricomprendervi anche il principio di precisione, concettualmente differente⁴. Se, infatti, quest'ultimo impone al legislatore chiarezza e univocità nella descrizione del precetto in modo da evitare ambiguità di significato, il principio di determinatezza richiede, invece, che i concetti descritti nella norma abbiano un riscontro nella realtà empirica e possano essere accertati dal giudice in concreto.

Apprendo una breve parentesi di riflessione, è utile ricordare come sia stato proprio quest'ultimo l'argomento utilizzato dalla Corte Costituzionale nel 1981⁵ per dichiarare la norma sul plagio incostituzionale per contrasto con il principio di tassatività della fattispecie.

“...nella dizione dell'art. 25 – si legge nella parte motiva della decisione- 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. Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio di tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intelligibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili”.

L'imprecisione e l'indeterminatezza della norma sul plagio (art. 603 c.p.) porta a concludere la Corte nel senso di paragonarla ad una “mina vagante” nel nostro ordinamento e, pertanto, da eliminare.

Va peraltro specificato che, al di là di qualche isolato caso⁶, la Corte Costituzionale ha sempre tenuto un atteggiamento molto prudente e ha quasi sempre finito per respingere, per manifesta infondatezza, le questioni di legittimità di norme per presunto contrasto con il principio di determinatezza. Così assistiamo all'utilizzo, talvolta persino “acrobatico”, di argomenti che hanno come finalità quella di salvare la costituzionalità delle norme incriminate. Tra questi, molto sommariamente, ne ricordiamo due. Il primo è l'argomento del significato letterale: la Corte ha più

³ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., 2001; NUVOLONE, *La problematica penale della Costituzione*, in *Il diritto penale degli anni '70. Studi*, 1982, 494; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, 168; ROMANO, in *Comm. Sist.*, art 1, 43.

⁴ Sul punto MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, 120 e 163; PULITANÒ, *Diritto penale*, 2005, 169; ROMANO, in *Comm. Sist.*, art 1, 42.

⁵ CORTE COST., 8.06.1981, n. 96, in *Giust. pen.*, 1981, 226, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 603 del codice penale.

⁶ La Corte ha dichiarato illegittimi, per il profilo che qui interessa, l'art. 1 n. 3 L. 1423/1956 (sostituito dall'art. 2 L. 327/1988) che disciplinava i presupposti per l'applicazione di misure di prevenzione (CORTE COST., 177/1980, in *Giust. cost.*, 1980, 1535) in quanto la norma non conteneva alcuna descrizione delle condotte dalle quali desumere la “proclività a delinquere” del sospetto; l'art. 25 comma 6 d.p.r. 203/1988, in materia di inquinamento dell'aria in quanto conteneva un rinvio errato ad altra norma contenuta nello stesso testo legislativo e non consentiva al destinatario di sapere quale provvedimento autorizzativo dovesse richiedere per non violare il precetto penale (CORTE COST., 185/1992, in *Giust. cost.*, 1992, 1333); l'art. 7 bis comma 1, d.l. 416/1989, in materia di “asilo politico, soggiorno e regolarizzazione di cittadini extracomunitari”, per l'indeterminatezza dell'espressione “non adoperarsi” che non consentiva al giudice di riferirsi a parametri oggettivi diversi da “mere sinonimie lessicali” per individuare il tipo di comportamento che la norma impone (CORTE COST., 34/1995, in *Giust. cost.*, 1995, 362).

volte respinto le questioni ritenendo che lo sforzo interpretativo del giudice dovesse superare le ambiguità linguistiche fino a dare concretezza al precetto⁷. Il secondo è l'argomento del diritto vivente, utilizzato in una duplice accezione: quando il diritto vivente si è consolidato in una interpretazione uniforme e costante, l'eccezione viene respinta sulla base del rilievo che la norma avrebbe comunque in essa trovato il suo contenuto precettivo; quando, al contrario, sussistono contrasti giurisprudenziali, l'eccezione è comunque respinta perché le difficoltà interpretative – dice la Corte – sono da considerarsi fisiologiche, senza che per ciò il giudice possa ad esse sottrarsi rimettendo la questione alla Corte⁸.

Senza presunzione di esaustività di un argomento che meriterebbe, da solo, un'ampia riflessione, si permetta, però, di sottolineare come utilizzando questi argomenti, la Corte spinga ad una ipervalutazione della giurisprudenza alla quale vengono così attribuiti compiti e una responsabilità surrogatori rispetto all'obbligo legislativo di corretta formulazione delle norme penali.

Infine, nello sforzo di concretizzare il principio deve essere ricordato anche quello del legislatore il quale, con una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri⁹ è intervenuto sull'argomento. In relazione al profilo dei criteri concernenti l'individuazione del contenuto normativo, si indica, *in primis*, quello di evitare, nella formulazione della fattispecie penale, l'impiego di espressioni indeterminate, proprio per non svilire gli altri principi, riserva di legge e irretroattività, dei quali il principio di determinatezza costituisce necessario corollario. Così, indica il legislatore, l'indeterminatezza si ha di fronte a termini eccessivamente elastici, ovverosia caratterizzati da un grado di estensione tale da designare realtà tra loro profondamente diverse o addirittura eterogenee quanto a disvalore; oppure di fronte a termini incapaci di rappresentare con sufficiente chiarezza la realtà: per esempio espressioni che mutuano espressioni linguistiche da linguaggi caratteristici di aree conoscitive in cui non sussistono analoghe esperienze di determinatezza (linguaggi sociologici od economici – politici) oppure espressioni valutative, di uso comune e corrente, quando i parametri cui esse rimandano per l'individuazione della realtà rappresentata non presentino un sufficiente grado di uniformità.

⁷ In particolare, la Corte ha "salvato" l'uso di espressioni sintetiche che vengono attinte dal linguaggio comune e radicate nella comunità in cui opera anche il giudice: così riguardo al concetto di osceno di cui all'art. 528 c.p. (CORTE COST., 191/1970, in *Giust. cost.*, 1970, 2199); alla nozione di condotta contraria alla morale della famiglia di cui all'art. 570 (CORTE COST., 42/1972, in *Giust. cost.*, 1972, 187); al termine vilipendio di cui all'art. 403 (CORTE COST., 188/1975, in *Giust. cost.*, 1975, 1508); al termine lottizzazione (CORTE COST., 5/1984, in *Giust. cost.*, 1984 e CORTE COST., 159/1986, in *Giust. pen.*, 1986, I, 313).

⁸ Così sono maturati gli interventi della Corte in tema di disciplina sulle armi – giocattolo di cui agli artt. 5 comma 4 e 6 L. 110/1975 (CORTE COST., 11/1989, in *Giust. cost.*, 1989, I, 29, con nota di PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi-giocattolo: il "diritto vivente" tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*); in materia di tutela dell'ambiente per l'interpretazione dell'art. 7 *sexies* L. 431/1985 (CORTE COST., 983/1988, in *Giust. cost.*, 1988 I, 4641). Ancora più di recente la Corte si è spinta fino a suggerire l'interpretazione corretta della norma: così ha ritenuto non contrastante con l'art. 25 Cost. l'art. 41 comma 1 d.lgs 277/1991, che impone al datore di lavoro di adottare "misure ...concretamente attuabili", ritenendo che con tale espressione si intendano le "applicazioni tecnologiche generalmente praticate" (CORTE COST., 312/1996, in *Foro it.*, 1996, I, 2957); l'art. 14 comma 5 *ter* d.lgs. 286/1998, che punisce "lo straniero che, senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 *bis*", restringendo il campo alle "situazioni ostative di particolare pregnanza che incidono sulla stessa possibilità, soggettiva ed oggettiva, di adempiere all'intimazione" (CORTE COST., 80/2004, in *Giust. cost.*, 2004, 980); ancora, sempre a titolo di esempio, la Corte ha salvato l'art. 15 L. 47/48, che contiene l'espressione "in modo da poter turbare il comune sentimento della morale", ritenendo che la norma ponga "come termine di riferimento dell'offesa quel contenuto minimo, comune alle diverse concezioni etiche presenti nella società contemporanea, che si identifica sostanzialmente con il rispetto della persona umana" (CORTE COST., 92/2002, in *Giust. cost.*, 2002, 814).

⁹ Si tratta della Circolare 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/4.6 (pubblicata in *Gazz. Uff.* 18 marzo 1986 n. 64) avente ad oggetto *Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*. La si può leggere in *Cass. Pen.*, 1986, 624; per un commento cfr. altresì PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della presidenza del consiglio dei ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, 230.

Fatta questa sintetica ma necessaria premessa dogmatica, spostiamo adesso l'attenzione sulla riflessione fatta in partenza, ovverosia se la norma sullo stalking rispetti o meno il principio di determinatezza della fattispecie penale.

Ad avviso di chi scrive sono almeno due i profili di valutazione: il primo attiene al concetto di reiterazione della condotta, il secondo, forse ancor più pregnante, è quello legato alla previsione degli eventi¹⁰.

Quanto al primo aspetto, è, infatti, evidente come la reiterazione della condotta sia elemento costitutivo della fattispecie; è la serialità dei comportamenti che contraddistingue lo stalking rispetto ad altri reati quali la minaccia, la molestia o la violenza privata. Questi ultimi puniscono il singolo episodio o i singoli episodi messi tra loro in continuazione; lo stalking presuppone qualcosa di diverso, una serialità del comportamento che si autonomizza rispetto alle altre fattispecie di reato. E' la persecutorietà l'aspetto pregnante del nuovo reato ed è in ciò che si concretizza la lesione del bene tutelato. Ebbene, rispetto a questo concetto di reiterazione, il legislatore non ha posto aprioristicamente dei limiti temporali che non vengono predeterminati e che necessariamente dovranno essere verificati caso per caso, potendosi la condotta intrusiva protrarsi per mesi, ma anche solo per qualche settimana o per pochi giorni. E allora, la prima riflessione: quale è il *minimum* necessario e sufficiente perché possa dirsi integrata la persecuzione penalmente rilevante ai sensi dell'art. 612 bis c.p.? Il problema è, più in generale, quello che riguarda i reati a natura abituale, di cui fa certamente parte anche lo stalking ed anche rispetto a quest'ultimo il legislatore ha preferito rimettere alla interpretazione e applicazione dei giudici la determinazione di un elemento costitutivo della fattispecie. Questa indeterminatezza che si evidenzia a livello di formulazione della norma è, in conclusione, compatibile con il principio di determinatezza che, come sopra scritto, essendo di rango costituzionale, dovrebbe vincolare il legislatore nella fase di creazione della fattispecie?

Il secondo profilo, forse ancora più significativo per i fini di indagine che qui interessano, è quello legato alla previsione degli eventi. Lo stalking, infatti, è reato di evento (il legislatore utilizza i verbi cagionare, ingenerare, costringere): ciò significa che l'intrusione nella vita altrui, per essere penalmente rilevante, deve essere tale da produrre almeno uno dei tre eventi indicati dalla lettera della norma: a) perdurante e grave stato di ansia o di paura; b) fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona legata da relazione affettiva; c) ovvero la minaccia o la molestia deve essere tale da costringere la persona offesa ad alterare le proprie abitudini di vita.

Quanto al profilo sub c), occorre ricordare la modifica intervenuta alla Camera in sede di conversione del ddl n. C1440 ove ancora si leggeva insieme alle abitudini di vita anche le "scelte": secondo la prima versione, quindi, era stalking anche la minaccia ripetuta tale da costringere la persona offesa a cambiare le proprie scelte di vita. Sul punto non si può che accogliere con favore la decisione definitiva del legislatore di restringere il campo di applicazione della norma alle condotte che incidano sulle abitudini di vita: già, infatti, tale concetto è ampio e ha contorni piuttosto vaghi, ma è ovvio che allargare i confini fino alle alterazioni delle scelte di vita avrebbe, a mio avviso, creato immediati problemi di legittimità costituzionale della norma per violazione del principio di determinatezza della fattispecie. Avendo riguardo alla stesura definitiva, oggi si deve ragionare solo sul concetto di "abitudini di vita", un concetto che dovrà essere, per salvare la norma, oggettivizzato attraverso l'accertamento probatorio di tali alterazioni esterne dell'esistenza.

Quanto al profilo sub b), ciò che lascia perplessi è l'aggettivo "fondato" associato al timore: è ovvio, infatti, che esso non può essere inteso nel senso che la persona offesa abbia soggettivamente

¹⁰ Tra i primi commenti all'indomani dell'entrata in vigore della nuova norma spiccano quelli di BRICCHETTI, PISTORELLI, MARZADURI, in *Guida al dir.*, 7 marzo 2009, n. 10, 58 ss.; si leggano altresì BARBAZZA, GAZZETTA, *Il nuovo reato di "atti persecutori"*, in <http://www.altalex.com>; tra i primi commentari al d.l. 23.02.2009, n. 11 si legga AGNESE, DE GIOIA, DE SIMONE, PULIATTI, ROTUNNO, *Violenza sessuale e stalking*, experta edizioni, 2009, 67 ss.

percepito un timore reale di un danno grave perché questo è insito nel concetto di minaccia, così come indicato da una costante e uniforme interpretazione giurisprudenziale (c.d. diritto vivente); se così fosse, l'uso dell'aggettivo "fondato" si ridurrebbe, quindi, ad una pleonastica ripetizione. Fondato, invece, sembra presupporre una valutazione *ex ante* di idoneità della condotta a suscitare timore in una persona normale. Dovranno, pertanto, essere individuati criteri che *ex ante* indichino quei comportamenti che in un soggetto normale, in un contesto comune generano allarme; con i limiti che derivano, però, dal fatto che lo stalking è un reato di danno.

Quanto, infine, al profilo sub a), è su di esso che, ad avviso di chi scrive, si addensano le maggiori perplessità di compatibilità con il principio di determinatezza della fattispecie penale. Innanzitutto si osservi come lo stato di ansia e di paura siano stati caratterizzati da due aggettivi, "perdurante" e "grave"; con ciò significando che tale stato non deve essere frutto di un momentaneo spavento ma qualcosa di più duraturo e significativo. E' indubbio, però, che l'indeterminatezza della tecnica legislativa usata fa sì che questi concetti siano estremamente vaghi e (forse) non rispondano a quei canoni richiesti dalla dottrina, ma anche dalla Corte Costituzionale e indicati proprio dal legislatore. L'unica possibilità di "salvezza" della norma sembra, allora, risiedere nella scienza medica: i canoni della scienza medica psichiatrica dovranno diventare il riferimento del giudice nello sforzo interpretativo richiesto dalla norma. Il che, ovviamente, non significa che in ogni procedimento penale instaurato per stalking il giudice dovrà licenziare una consulenza psichiatrica (scelta operativamente non percorribile). Far riferimento alla scienza medica significa, invece, considerare la scelta del legislatore di affiancare allo stato di ansia quei due aggettivi come precisa volontà di oggettivizzare quegli stati e di restringere il campo applicativo della norma solo a quelle forme patologiche che possano essere clinicamente e scientificamente classificate prima e certificate poi¹¹.

In conclusione, con ogni probabilità lo stalking reggerà ad un eventuale vaglio di legittimità da parte della Corte Costituzionale che avrà a disposizione molti argomenti per salvare la norma.

Lo stalking, dunque, sopravviverà; ciò non toglie, però, che esso rappresenti l'ennesimo esempio della crisi che incontra da tempo il principio di determinatezza della fattispecie penale. Crisi che non è crisi di principio, astratta, dogmatica; crisi che, invece, è determinata da ragioni empiriche: da un lato la complessità della nostra società, soggetta a repentini mutamenti e trasformazioni che inevitabilmente conduce il legislatore ad una produzione immane, stratificata, spesso confusa, addirittura contraddittoria; dall'altro le esigenze dell'elettorato, cui il legislatore sembra essere particolarmente sensibile. E così si assiste ad attività di produzione legislativa più attenta a placare l'onda emotiva cavalcata dai media che alla reale qualità della tecnica legislativa. Purtroppo, spesso, alla rapidità della risposta non corrisponde la qualità della norma.

La norma sullo stalking ne è un esempio.

¹¹ Si consenta il rinvio al testo pubblicato su questo stesso sito a cura di MARCO LAGAZZI, *Lo stalking. Valutazione psichiatrica – forense e pericolosità sociale*.