

LA VIOLENZA DI GENERE TRA ALLARME SOCIALE E RILETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA*

Valentina Mongillo**

SOMMARIO: 1. Introduzione e genesi del fenomeno - 2. Le scelte di politica criminale - 3. Il rischio di una deriva populista - 3.1 Il populismo penale - 3.2 L'uso populista del diritto penale - 4. L'aggravante di cui all'art. 576, n. 5.1 c.p.: i dubbi interpretativi - 4.1 Due tesi a confronto - 4.2 L'intervento risolutore delle Sezioni Unite: la sentenza n. 38402 del 2021 - 5. Conclusioni: l'offensività al centro del sistema

1. Introduzione e genesi del fenomeno

L'endemica condizione di debolezza della vittima che convive e/o intrattiene una relazione con il proprio carnefice ha condizionato, e tutt'ora condiziona, le scelte di politica criminale nella direzione di un maggiore rigore.

A ben vedere, infatti, nell'arco dell'ultimo ventennio si sono registrati numerosi interventi normativi finalizzati a reprimere e, a monte, prevenire la violenza 'domestica'¹, per mezzo di interpolazioni nella disciplina sia sostanziale sia processuale.

*Intervento tenutosi presso l'Università di Salerno il 10.1.23, in occasione dell'incontro organizzato dalla Cattedra di diritto penale - Professore Andrea R. Castaldo, sul tema "Violenza di genere: profili penali"

** Dott.ssa in Giurisprudenza – Avvocato presso il foro di Napoli – Perfezionata in Scienze Penalistiche Integrate

¹ Tra le altre si annoverano:

- L. 4 aprile 2001, n. 154 Misure contro la violenza nelle relazioni familiari;
- L. 23 aprile 2009, n. 38 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori;

Utile una premessa definitoria allo scopo di affrontare il tema di cui si tratta: la ‘violenza domestica’ non è sinonimo di ‘aggressione nei confronti del genere femminile’.

I due concetti si pongono come cerchi intersecanti, potendo coincidere oppure no.

A riprova, la **Convenzione di Istanbul**, siglata l'11 maggio del 2011, riconosce autonomia concettuale alle due locuzioni.

La violenza nei confronti delle donne indica “*una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata*”².

Per converso, il sopruso ‘domestico’ è definito alla stregua di “*atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o*

-
- L. 15 ottobre 2013, n. 119 (in G.U. n. 242 del 15 ottobre 2013 - in vigore dal 16 ottobre 2013) di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province;
 - D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 di attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI;
 - L. 7 luglio 2016, n. 122 - disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea istitutiva di un fondo per le vittime di un reato doloso commesso con violenza alle persone;
 - L. 11 gennaio 2018, n. 4, recante modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici;
 - L. 19 luglio 2019, n. 69, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere;
 - L. 27 settembre 2021, n. 134, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

² Art. 3 lett. a) Convenzione di Istanbul.

del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza”³.

La succitata Convenzione, cui ha aderito l'Italia il **27 settembre 2012**⁴, rappresenta il caposaldo normativo e lo strumento per realizzare un'armonizzazione tra gli Stati aderenti. Essa mira alla prevenzione ed eliminazione della brutalità tanto domestica quanto perpetrata nei confronti delle donne; all'appiattimento di ogni forma di discriminazione per raggiungere una concreta parità tra i sessi e il rafforzamento dell'autodeterminazione delle donne⁵.

La ferocia degli episodi criminosi, ricorrenti nella prassi, in uno all'esigenza di adeguamento normativo alle istanze internazionali, ha spinto il legislatore a riconoscere una 'corsia preferenziale' alle persone offese dai delitti che qui vengono in rilievo.

L'essersi determinati nel senso di una maggiore celerità di azione trova giustificazione nella considerazione che *“le violenze inflitte alla donna, sul piano sia fisico sia psicologico, sono sufficientemente gravi da poter essere considerate trattamenti degradanti, ai sensi dell'articolo 3”⁶.*

Così, nel 2017, la Corte Edu ha 'redarguito' il nostro Stato, auspicando una più rapida attivazione della macchina giudiziaria in tutti i casi analoghi.

Nella specie, l'Italia è stata condannata al pagamento di un indennizzo pari ad euro 40.000,00 – a titolo di equa riparazione – da accordare ad una cittadina moldava, residente a Udine: ancorché la donna avesse sporto querela nel 2012, la condanna al di lei coniuge giunse solo nel gennaio del 2015⁷.

³ Art. 3 lett. b) Convenzione di Istanbul.

⁴ L. 27 giugno 2013, n. 77, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011.

⁵ Capitolo I – *Obiettivi, definizioni, uguaglianza e non discriminazione, obblighi generali*
Articolo 1 – Obiettivi della Convenzione, Convenzione di Istanbul.

⁶ Sent. Cedu, Talpis c. Italia, I Sez., 2 marzo 2017, (ricorso n. 41237/14).

⁷ La Corte conclude che vi è stata violazione dell'art. 14, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Cedu.

Molta parte della dottrina ravvisa proprio nella sentenza Talpis c. Italia lo snodo fondamentale che ha condotto all'ultimo macro-intervento del legislatore in tema di violenza di genere, noto ai più come 'Codice rosso'.

2. Le scelte di politica criminale

La L. 19 luglio 2019, n. 69, recante "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*", ha inteso realizzare un inasprimento sanzionatorio per alcune fattispecie previste, introdurre nuove ipotesi di reato e accelerare la fase delle indagini preliminari, anche a mezzo di un ampliamento del diritto di informazione della p.o.

Ad un approccio di maggior rigore ha fatto da spola, invero, il rafforzamento del sistema rieducativo del reo: la sospensione condizionale della pena di cui all'art. 165 c.p., infatti, viene subordinata alla "*partecipazione a specifici percorsi di recupero*"; all'art. 13 *bis* L. 354/1975 si prevede che i condannati per una serie di delitti di cui al Codice rosso abbiano la possibilità di sottoporsi a un "*trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno*".

Nello specifico, sotto il profilo sostanziale, si è proceduto ad un innalzamento del *range* sanzionatorio previsto per i reati di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, anche di gruppo, atti sessuali con minorenne e atti persecutori, rispettivamente incriminati dagli artt. 572, 609-*bis*, 609-*octies*, 609-*quater* e 612 *bis* c.p.

Ai delitti *de quibus* sono state affiancate ipotesi di nuova incriminazione e, in particolare, le fattispecie di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex* art. 387 *bis* c.p., di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso *ex* art. 583 *quinquies* c.p., di costrizione o induzione al matrimonio *ex* art. 558 *bis* c.p. e, da ultimo, di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti *ex* art. 612 *ter* c.p.

A livello processualistico, invece, con il lemma emergenziale ‘Codice rosso’, il legislatore ha inteso ‘incidere’ su un novero specifico di reati attraverso un’accelerazione procedimentale, compulsando il ruolo della polizia giudiziaria e del pubblico ministero nella fase iniziale delle indagini. I ventuno articoli che compongono la L. 19 luglio 2019, n. 69 si connotano – in primo luogo – proprio per la presenza di modulazioni di tipo processuale che tendono alla tempestività di azione.

Si è ritenuto di accelerare l’obbligo della polizia giudiziaria di riferire la notizia di reato al pubblico ministero, *ex art. 347 c.p.p.*: la comunicazione “*senza ritardo*” diventa così “*immediata*”, anche in forma orale⁸. Alla base di questa scelta vi è una presunzione di urgenza, dal momento che l’esigenza di un agire tempestivo è *in re ipsa* per questi reati.

Parimenti stringente nelle tempistiche è l’onere di assumere informazioni cui è tenuto il pubblico ministero ai sensi dell’art. 362 c.p.p. L’interlocuzione con la persona offesa e/o con quanti abbiano presentato denuncia, querela o istanza deve avvenire in un termine pari a tre giorni.

A distanza di pochissimi anni dalla riforma del ‘Codice rosso’, il legislatore è tuttavia nuovamente intervenuto, anticipando ulteriormente la soglia di tutela per i delitti di genere.

Con la riforma c.d. Cartabia (*cf.* artt. 2 c. 11-13 L. 27.09.2021 n. 134), infatti, per mezzo di disposizioni di immediata applicabilità, è stata estesa la portata applicativa di un consistente novero di garanzie processuali alle vittime dei delitti di cui al Codice rosso, anche se tentati, oltre che al tentativo di omicidio⁹.

⁸ Sotto questo profilo, il legislatore ha accumulato i delitti di cui al Codice Rosso ai reati *ex artt. 407, c. 2 lett. a), nn. 1 - 6 c.p.p. (cf. art. 347 c. 3 c.p.p.)*.

⁹ La L. n. 134/2021, art. 2, c. 11 - 13, di immediata operatività, in particolare, ha ampliato l’ambito operativo degli istituti di cui agli artt. 90 *ter*, c. 1-bis c.p.p.; 659, c. 2 *bis* c.p.p.; 362 c. 1 *ter* c.p.p., 370 c. 2 *bis* c.p.p.; 64-*bis* disp. att. c.p.p.; 165, c. 5, c.p.; 387 *bis* c.p.

3. Il rischio di una deriva ‘populista’

Da tale indicazione degli interventi normativi, ancorché non esaustiva, si ricava un ampliamento a cd. macchia d’olio della disciplina *de qua*: i *media* svelano scenari di violenza nelle forme più disparate cui sovente si cerca di porre riparo con disposizioni *ad hoc*, in funziona dissuasiva e/o fortemente repressiva.

In generale, la dottrina non ha sempre accolto con favore le scelte di incriminazione poste a tutela della violenza di genere: sul punto, si registra una duplicità di vedute.

3.1 Il populismo penale

In questo obiettivo di realizzare una congiuntura tra allarme sociale e politica criminale, e nello specifico di inseguire ‘emergenze’, parte della dottrina paventa il rischio di degenerare nel cd. “populismo penale”¹⁰, tradendo il fondamentale assunto che il diritto penale è, e deve restare, agganciato ai corollari del principio di legalità di cui alla Costituzione (*cf.* artt. 25 e 27 Cost.)¹¹.

È stata ravvisata una ‘deriva populista’ nel progetto legislativo del ‘Codice rosso’, “*teoricamente preposto a rafforzare la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”¹². Bollato in quanto ascrivito alla “*contemporanea passione del punire*”¹³, ad esso viene negata ogni efficacia precettiva¹⁴.

¹⁰ M.L. FERRANTE, *Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme*, in *Diritti fondamentali.it*, fascicolo 1/2017, p. 2.

¹¹ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale – il Mulino*, 2019, Milano, p. 77, secondo cui: “*un diritto penale che si possa definire “liberale” debba partire da un diritto penale “minimo” che preveda poche norme, pochi precetti, ma tutti rispettosi del principio di tassatività e determinatezza*”.

¹² G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2019, 5, p. 592.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, E. FALCINELLI, *Populismo penale Una prospettiva italiana* - Cedam, Milano, 2020, p. 122, ove si definisce ‘il populismo penale’ alla stregua di un fenomeno normativo che sottende la seguente filosofia di fondo: “*i criminali e detenuti si pensa siano stati favoriti, in particolare a spese delle vittime dei reati e in generale a spese di tutti coloro che sono rispettosi della legge. Si nutre di espressioni di rabbia, disincanto e disillusione nei confronti del sistema di*

“La previsione di termini strettissimi per l’audizione da parte del pubblico ministero del preteso offeso dai delitti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, *stalking* e lesioni “intrafamiliari”¹⁵ non sarebbe idonea a sortire l’auspicato effetto di maggiore efficienza delle indagini.

Si rilegge in questa scelta legislativa un’utopia di fondo: “*soltanto un wishful thinking, che non tien conto degli effettivi carichi di lavoro delle Procure e della consuetudine inveterata di delegare alla polizia giudiziaria l’assunzione delle sommarie informazioni, può immaginare che - in assenza di sanzioni processuali - sarà rispettata l’indicazione di tre giorni dall’iscrizione della notizia di reato, come tempo per dar voce alla persona offesa*”¹⁶.

I sostenitori di una deriva ‘populista’ ravvisano, peraltro, una contraddizione in termini nelle disposizioni di cui alla L. n. 69 del 2019: l’accelerazione dei tempi di indagine non combacia con la scelta di riconoscere una maggior durata dei termini delle misure cautelari, in conseguenza dell’aumento dei massimi edittali di pena (*cf.* artt. 572 e 612 *bis* c.p.). La ritenuta illogicità della scelta sottende la considerazione critica secondo cui il legislatore agisce “*come se la maggior tempestività che si vuole imprimere alle indagini non riguardasse anche il soggetto che le subisce (cominci a marcire...) e la verifica giurisdizionale piena delle ipotesi accusatorie*”¹⁷.

Una nota di critica è stata riservata anche alla cd. “*smania incriminatrice*”, ritenendosi infruttuosa e controproducente la scelta di tipizzare nuove fattispecie penalmente rilevanti¹⁸.

giustizia penale, considerato responsabile per aver invertito la priorità di senso comune: proteggere il benessere e la sicurezza delle persone ordinarie rispettose della legge e punire coloro che con i loro crimini costituiscono una minaccia per tale benessere e sicurezza. E come per il populismo stesso, il populismo penale di solito assume la forma di “sentimenti e intuizioni” piuttosto che un indicatore più quantificabile”.

¹⁵ G.D. CAIAZZA, *op. cit.*, p. 592

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ La tesi parte dall’assunto che un effetto maggiore deterrenza non può essere conseguito per mezzo di pene più numerose e/o più severe: la “*proliferazione iperbolica delle fattispecie penali, aggravamento delle pene edittali, pene accessorie tendenzialmente perpetue che sopravvivono anche alla sospensione condizionale della pena e alla stessa riabilitazione. Il diritto penale si trasforma da Magna Charta del reo a diritto penale del nemico*”.

La proliferazione normativa a tutela del genere femminile intercetta il seguente errore di prospettiva: “considerare il grave e complesso fenomeno della violenza una mera questione di ordine pubblico o, peggio ancora, causa di ‘allarme sociale’, e trattarlo sbrigativamente con lo strumento penale”¹⁹, che rivela inevitabilmente la sua inadeguatezza, se “(mal)inteso come l’unica panacea”²⁰.

Per converso, bisognerebbe procedere ad un intervento organico di ampio respiro, che si concentri sulla genesi del problema, prima che sugli effetti. La rimozione delle cause “resta l’unica strada per l’affermazione di quella ‘soggettività femminile’ richiamata dalla Convenzione di Istanbul e, dunque, per l’auspicabile (reale) tutela della donna”²¹.

3.2 L’uso populista del diritto penale

Altri autori, per converso, sono portatori di una visione meno estrema e ritengono di essere lontani da un vero e proprio populismo, ma che sia ravvisabile un “uso populista del diritto e della giustizia penale”²². L’espressione descrive la tendenza politico-criminale che mira a strumentalizzare la legislazione penale con il proposito di conseguire “consenso, che abbia un orientamento punitivo in risposta a umori collettivi più o meno appositamente sobillati”²³.

In particolare, nella introduzione del Codice rosso, alcuni scorgono “un approccio quasi esclusivamente punitivo, senza valorizzare le politiche preventive”²⁴. Il timore condiviso è che si realizzi “una regressione del diritto penale a un “diritto penale d’autore”, a un “diritto penale del nemico” o una “giustizia vendicativa e

¹⁹ E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione ‘a caldo’ sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di ‘femminicidio’*, in Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 2013, p. 3.

²⁰ E. LO MONTE, *op. cit.*, p. 3.

²¹ *Ibidem*

²² R. CORNELLI, *Contro il Pan populismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in Riv. Sistema Penale, 2019, 4, p. 11.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

sommaria”, alimentata da una diffusa cultura della paura che costruisce condizioni di panico perpetuo”²⁵.

In definitiva, si tenta di emarginare le scelte politico-criminali che mirano alla raccolta di un *placet* da parte dei consociati.

La perplessità è che si possa ripristinare una forma ‘autorale di colpa’, che conduca a quella oggettivizzazione di responsabilità che il nostro ordinamento rifugge e condanna. Ogni presunzione di responsabilità penale si traduce in una violazione del principio di personalità di cui all’art. 27 Cost., dando la stura a “*illiberali formule di responsabilità a sfondo eticizzante, riconducibile al modello della colpa d’autore che finisce per contrastare direttamente i principi di offensività, integrazione sociale e ragionevolezza*”²⁶.

L’obiettivo è fugare ogni scelta normativa che anteponga apriorismi soggettivistici all’offesa concreta del bene/interesse protetto dalle norme incriminatrici che vengono in rilievo.

La cartina di tornasole delle opzioni politico-criminali non può che essere l’offensività del fatto: il legislatore “*dovrà calibrare il potere di incriminazione su specifiche esigenze di politica-criminale, generando fattispecie di cui possa essere verificata l’applicazione in funzione della tutela del bene giuridico che ne ha legittimato l’introduzione*”²⁷.

Dunque, ancorché meritorio l’approccio legislativo, che ha perseguito e tuttora persegue l’obiettivo di allargare le maglie della tutela per le vittime di violenza di genere, lo stesso va indirizzato e plasmato in fase applicativa nel rispetto dei principi cardine di cui alla Costituzione, primo tra tutti l’offensività di cui agli artt. 13 e 25 e la colpevolezza ai sensi dell’art. 27.

²⁵ R. CORNELLI, *op. cit.*, p. 11.

²⁶ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore - Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 157.

²⁷ M. NADDEO, *Principio di offensività e chiavi di lettura*, Giappichelli editore, Torino, p. 8.

4. L'aggravante di cui all'art. 576, n. 5.1 c.p.: i dubbi interpretativi

All'ambiguità di certe scelte lessicali ha rimediato, talvolta, la giurisprudenza di legittimità, che – nello sforzo di affiancare il cd. diritto vivente con quello cd. positivo – riconduce talune disposizioni nell'alveo dei principi Costituzionali.

Emblematica la *querelle* interpretativa che ha riguardato l'aggravante dell'omicidio commesso “*dall'autore del delitto previsto dall'art 612 bis c.p. nei confronti della stessa persona offesa*” di cui all'art. 576, n. 5.1 c.p.

L'art. 576 c.p. commina la pena dell'ergastolo nel caso in cui la condotta omicidiaria sia perpetrata in presenza di un novero tassativo di circostanze, tra le quali figura l'ipotesi di cui al n. 5.1²⁸, che punisce il fatto tipico commesso dall'autore del delitto di *stalking*.

La fattispecie di cui si tratta ha dato adito a non pochi dubbi.

In primis, è stato necessario chiarire se, ai fini della irrogazione della pena nella forma aggravata, fosse sufficiente l'identità soggettiva tra l'autore del reato di omicidio e quello di *stalking*, ovvero se dovesse altresì accertarsi un collegamento strutturale tra i due reati.

Connessa la seconda questione, inerente il trattamento giuridico e sanzionatorio previsto per la fattispecie in esame: si è reso indispensabile comprendere se l'omicidio aggravato dallo *stalking* potesse concorrere con il reato di atti persecutori, ovvero se dovesse ritenersi assorbita l'ipotesi di cui all'art. 612 *bis* c.p. nel primo, integrandosi un reato complesso cd. ‘circostanziato’ ex art. 84 c.p.

La sentenza resa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione, n. 38402/2021 ha ricomposto la spaccatura interpretativa sorta in ordine al se “*i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma primo, n. 5.1*

²⁸ Il numero 5.1 è stato aggiunto dall'art. 1, D.L. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modifiche dalla L. 24 luglio 2008, n. 125.

cod. pen. concorrono tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma primo, cod. pen." e, peraltro, ha rappresentato l'occasione per ridefinire gli elementi strutturali del delitto complesso *ex art. 84 c.p.*

Gli eventi, che hanno originato la rimessione alle Sezioni Unite in funzione nomofilattica, riguardavano la condanna nei confronti di una donna alla pena prevista per i delitti di atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.* e omicidio volontario aggravato dall'esser stato commesso da persona responsabile del reato di atti persecutori di cui all'art. 576 c.p. n. 5.1.

Ancorché fosse riconosciuto il *favor* della continuazione *ex art. 81 cpv. c.p.*, al reo si contestava un concorso materiale tra il delitto di *stalking* e l'omicidio aggravato dalla qualifica di 'persecutore', con conseguente cumulo giuridico di sanzioni.

La condizione di 'autore di condotte rilevanti *ex art. 612 bis c.p.*' veniva valorizzata due volte a fronte dello stesso fatto, sia come elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 612 *bis c.p.*, sia come elemento aggravatore della fattispecie di omicidio, ai sensi dell'art. 576, c.1, n. 5.1 c.p., in funzione fortemente repressiva.

4.1 Due tesi a confronto

Al fine di meglio comprendere la soluzione cui è addivenuta la Suprema Corte, è doveroso dare atto delle due tesi, che si sono contese il campo.

Il primo orientamento²⁹ ha assegnato all'elemento accidentale in oggetto una natura meramente soggettiva, basata esclusivamente sulla identità dell'autore dei due reati, avulso come tale dalla condotta. In particolare, la I sezione penale della Cassazione ha agganciato l'incremento sanzionatorio alla 'condizione di persecutore', senza pretese di connessione strutturale e/o temporale tra lo *stalking* e la fattispecie di omicidio.

²⁹ Cass. pen., Sez. I, n. 20786 del 12/04/2019.

L'essersi resi responsabili di una condotta persecutoria, ancorché a considerevole distanza di tempo, sarebbe circostanza idonea e sufficiente a rendere – per ciò solo – l'omicidio più grave e, quindi, meritevole dell'ergastolo.

La tesi *de qua* troverebbe conferma nel portato lessicale della circostanza di cui all'art. 5.1, che aggancia l'innalzamento di pena alla identità del soggetto, autore sia del delitto di atti persecutori che di quello di omicidio volontario, non già alla relazione strutturale tra le fattispecie.

Si ci troverebbe dinanzi a “*una consapevole modalità espressiva, come si evince dalla disposizione aggravatrice immediatamente precedente, in cui è usata una formula lessicale significativamente diversa, incentrata sulle condotte lesive il cui disvalore aggiuntivo risiede nel fatto che esse sono state compiute «in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli artt. 572, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater e 609-octies»; l'omessa riproposizione, nella disposizione che qui interessa, dell'espresso riferimento al legame, quanto meno occasionale, con il reato diverso dall'omicidio (nella specie il delitto di atti persecutori), esclude che il fatto costitutivo di detto reato sia considerato in quanto tale integrativo della fattispecie aggravata*”³⁰.

Aderendo a questo orientamento, ben avrebbe potuto – il giudice – riconoscere un concorso materiale tra il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. e l'omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker*, nel caso in cui il medesimo autore si fosse reso responsabile di condotte persecutorie e successivamente di un omicidio.

A tanto – *recte* al mancato assorbimento dello *stalking* nell'omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker* – può addivenirsi solo negando la natura di delitto complesso all'ipotesi di cui all'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p.

Gli atti persecutori, di conseguenza, manterrebbero autonoma rilevanza, in quanto tali suscettibili di concorrere con l'omicidio aggravato, non richiedendosi alcuna interferenza tra i due reati.

³⁰ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/07/2021.

In definitiva, la fattispecie di cui all'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p. non sarebbe funzionale a punire più gravemente le condotte di *stalking*, sfociate nell'uccisione della vittima perseguitata, quanto – piuttosto – a reprimere con maggiore severità fatti di omicidio resi più offensivi “*dall'essere l'autore colui che prima, non importa quando, ha oppresso la vittima con atti persecutori*”³¹.

Per converso, l'opposto orientamento³² ha qualificato l'ipotesi in discorso alla stregua di reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p., di talché la fattispecie aggravata di omicidio assorbirebbe il delitto di atti persecutori, che – perdendo la propria autonomia – si porrebbe come elemento aggravatore della condotta fatale, senza possibilità di autonoma contestazione.

Secondo tale interpretazione alternativa, dovrebbe riconoscersi, dunque, natura oggettiva all'elemento accidentale: l'accentuato disvalore del fatto non potrebbe dirsi connesso ad una condizione soggettivistica fine a sé stessa, quanto – piuttosto – alla circostanza fattuale che l'omicidio si identifichi con l'atto ultimativo ‘a valle’, *recte* con il preludio di un *iter* persecutorio, che ne costituisce il presupposto ‘a monte’.

La III sezione penale della Cassazione ha concluso nel senso che il fatto tipico *ex art.* 575 c.p. debba rappresentare il momento terminale di un *iter* criminoso che si sia compendiato in condotte di tipo persecutorio, inserite in un “*climax*” di violenza.

Pertanto, non sarebbe configurabile il concorso tra il delitto di omicidio aggravato dalla qualifica di persecutore e quello di atti persecutori, in quanto la fattispecie omicidiaria aggravata costituirebbe una figura di reato complesso, che assorbe il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p.

Contrariamente a quanto sostenuto dal primo degli orientamenti citati, la scelta lessicale di riferirsi all'identità soggettiva del reo di cui al n. 5.1, anziché al rapporto di occasionalità tra i delitti, non potrebbe dirsi dirimente: il riferimento testuale all'autore dell'omicidio ‘quale persecutore’ reca con sé

³¹ Cass. pen., Sez. V, n.14916 del 01/03/2021.

³² Cass. pen., Sez. III, n. 30931 del 13/10/2020.

il rinvio al fatto persecutorio nella sua interezza e materialità, ovvero al ‘tipo’ di cui all’art. 612 *bis* c.p., non già alla mera qualifica soggettiva.

La fattispecie aggravata di omicidio, quindi, assorbirebbe entrambi i fatti criminosi intercorsi fra tali soggetti, *“realizzando la condizione della comprensione dei fatti in un reato complesso di cui l’opposto indirizzo giurisprudenziale nega l’esistenza”*³³.

Quest’ultima interpretazione si presenta maggiormente rispettosa dei principi di offensività e di colpevolezza: illuminanti le parole della Corte nella parte in cui afferma che può procedersi ad aggravare la pena *“non per quello che il soggetto agente dell’omicidio appare essere, ma per ciò che lo stesso ha fatto”*³⁴, fuggendo forme di colpa dal sapore latamente autoriale, che si porrebbero in violazione dell’art. 27 Cost., nonché del principio di offensività (artt. 13 Cost., 25 Cost., 49 c.p.).

È necessario dare visibilità alla connessione tra i fatti di atti persecutori e di omicidio: solo questa ‘relazione strutturale’ può giustificare l’applicazione della pena dell’ergastolo.

Peraltro, un concorso reale tra il reato di *stalking* e quello di omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker* si tradurrebbe in un duplice addebito, a carico del reo, della condotta di atti persecutori. Quest’ultima finirebbe per essere valorizzata due volte, sia alla stregua di autonomo delitto concorrente, sia di elemento aggravatore dell’omicidio, *“in violazione del principio generale del ne bis in idem, nei suoi aspetti sia processuali che sostanziali”*³⁵.

³³ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/07/2021.

³⁴ La conclusione troverebbe conferma nei lavori preparatori all’introduzione della circostanza aggravante in esame con l’art. 1, c. 1, lett. a), D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. dalla L. 23 aprile 2009, n. 38. Dalla lettura degli stessi può desumersi che l’integrazione normativa è stata giustificata con *“la necessità di fronteggiare l’allarmante fenomeno della commissione di omicidi in danno delle vittime di atti persecutori, in tal modo presupponendo, quale oggetto della nuova previsione aggravatrice, una connessione fra i due fatti criminosi, entrambi compresi nella stessa”*.

³⁵ A ragionare diversamente, riconoscendo un cumulo materiale tra il delitto di *stalking* e l’omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker*, come sostenuto dal primo degli orientamenti citati, si giungerebbe ad una duplicazione sanzionatoria a fronte di un medesimo fatto (nella specie, gli atti persecutori) con patente violazione del divieto di *bis in idem*. È di

4.2 L'intervento risolutore delle Sezioni Unite: la sentenza n. 38402 del 2021

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la pronuncia n. 38402/2021, ha ritenuto di aderire al secondo degli orientamenti citati.

Lo snodo risolutore è da ricercare nell'art. 84 c.p., che, nel definire il reato complesso, include, al comma 1, sia il reato 'composto' – in cui i delitti assorbiti si comportano come elementi costitutivi della condotta-base³⁶ –, sia il reato 'complesso circostanziato', ove alla fattispecie cd. base si aggiunge, alla stregua di elemento aggravatore, un'ipotesi delittuosa, di per sé sola costitutiva di reato.

Nella seconda categoria può essere inquadrata la fattispecie di cui all'art. 576, c.1, n. 5.1 c.p.: l'omicidio costituisce la fattispecie base, aggravata in presenza di una condotta persecutoria rilevante *ex art. 612 bis c.p.*, che deve intendersi assorbita nella fattispecie di omicidio, qualora si riscontri 'l'unitarietà della azione complessivamente considerata'.

Stante la natura di 'reato complesso circostanziato', quindi, l'aggravante richiamata – che di per sé sola assurge a fatto penalmente rilevante –, dovrà intendersi come riferita ad "*un fatto oggettivamente identificabile come tale*"³⁷, ovvero allo *stalking* nella sua tipicità, non essendo sufficiente il ricorrere di una mera qualificazione soggettiva del reo.

La Suprema Corte ha, dunque, illustrato i connotati strutturali del delitto complesso di cui all'art. 84 c.p.: trattasi di unione prasseologica, legislativamente prevista, tra più fatti di per sé costituenti autonomi reati, tipizzati da distinte figure incriminatrici.

palmare evidenza come la condizione di persecutore finirebbe per essere valorizzata due volte: sia alla stregua di reato base sia come elemento circostanziale.

³⁶ Cfr. art. 628 c. 1. c.p., che tipizza il delitto di rapina cd. propria, reato complesso che assorbe in sé le condotte di furto *ex art. 624 c.p.* e di violenza privata *ex art. 610 c.p.*

³⁷ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/ 07/2021.

Esso è funzionale a garantire la non operatività di un cumulo reale, “*escludendo qualsiasi incidenza sanzionatoria dei reati in esso unificati*”, le cui pene sono compendiate nell’unica sanzione comminata dal reato complesso.

Ciò si spiega in forza della “*unitarietà dell’azione complessiva che comprende i fatti criminosi*”, elemento sostanziale e connotato principale del reato complesso. Quest’ultimo deve intendersi come “*contestualità spaziale e temporale fra i singoli fatti criminosi che compongono la fattispecie del reato complesso*”, cui deve aggiungersi “*una comune prospettiva finalistica*”.

La *ratio* dell’art. 84 c.p. è da ravvisare nel divieto di duplicazioni sanzionatorie per i medesimi fatti, attesa la preclusione del *bis in idem*: si prende atto della sproporzione che deriverebbe dall’irrogare un cumulo di pene previste per fatti che si inseriscono nella medesima azione criminosa.

Pertanto, l’ipotesi di cui all’art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p. assurge a reato complesso circostanziato se e quando l’azione omicidiaria è aggravata non dall’essere il reo un persecutore, ma per ciò che questi ha fatto, ovvero per la condotta persecutoria tenuta, sempreché ricorra ‘l’unitarietà finalistica dei fatti’, *recte*, la contestualità spazio-temporale, in uno alla ‘prospettiva finalistica unitaria’.

Non si ravvisano preclusioni nel sostenere l’assorbimento del delitto abituale previsto dall’art. 612 *bis* c.p. in un delitto istantaneo di evento, qual è l’omicidio, precisa la Corte.

Il maggior aggravio di pena – chiosa la Corte – intanto può irrogarsi, in quanto “*la condotta, e gli eventi descritti nell’art. 612-bis cod. pen., ineriscano al condizionamento e, in ottica finale, all’annientamento della personalità della vittima, progressivamente limitata e impedita, nell’esercizio della sua libertà di determinazione, dalle molestie e dalle minacce che ne inibiscono lo svolgimento dalla normale vita sociale. In questa visione prospettica della condotta criminosa, l’omicidio del soggetto perseguitato si presenta nell’esperienza giudiziaria come il risultato estremo, ma purtroppo non infrequente, dell’intento di annullamento della personalità della vittima; e quindi si integra*”

*compiutamente nella complessiva direzione finalistica del fatto, come peraltro sottolineato nei rammentati lavori preparatori*³⁸.

5. Conclusioni: l'offensività al centro del sistema

La Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 15 luglio 2021, n. 38402, ha magistralmente coniugato le istanze che promanano dall'allarme sociale con il rispetto del principio di legalità in ciascuno dei suoi corollari.

Esaminando una fattispecie che si inserisce tra le norme a tutela della violenza di genere, oggetto di interpolazione del Codice rosso, qual è l'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p., la Corte consegna un 'sistema' in cui la pena può spiegare la sua funzione repressiva e special-preventiva solo quando è calibrata su fatti che dispieghino un disvalore effettivo e tangibile, senza presunzioni di colpevolezza e al riparo da automatismi sanzionatori.

Il pregio indiscusso della pronuncia è ravvisabile nell'aver posto 'al centro' i principi di materialità ed offensività: la sanzione deve irrogarsi per ciò che il reo fa e non per quello che è (o peggio, è stato!).

L'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice non può dunque essere sacrificato sull'altare di pressioni mediatiche.

Come è stato efficacemente scritto, in conclusione, *“il principio di offensività non cede allo slittamento epistemologico dalla prevenzione alla precauzione, contrapponendosi alle mutazioni genetiche che rischiano di condurre a una dogmatica del rischio (nomologicamente) incerto”*³⁹.

³⁸ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/07/2021.

³⁹ M. NADDEO, *op. cit.*, p. 8.