TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

Reati contro la persona

TRACCE

Traccia : La tutela della violenza di genere in una prospettiva sovranazionale e nazionale

Traccia: L'applicazione del principio di offensività e di proporzionalità con riguardo all'aggravante di minorata difesa

Traccia: L'errore colposo nel reato di diffamazione

Traccia: Il candidato dopo aver esaminato i criteri distintivi esistenti fra le circostanze attenuanti generiche e quelle specifiche, esamini, dandone concreta esemplificazione, il discrimen esistente fra le circostanze attenuanti speciali e la fattispecie penale tipica attenuata con particoalre riguardo alla disposizione di cui all'art. 609 quater c.p..

Sommario generale: 1.Reati contro l'onore e la dignità della persona – art. 595 - 596 bis – 598 c.p. (p.2)2. Exceptio veritatis (p.4). 3. Il delitto di oltraggio a p.u. (p. 19). 4. La reazione agli atti arbitrari del p.u. (p. 21). 5. Reati contro la libertòà individuale- pedopornografia. Giurisprudenza (23). 7. La pubblicazione di foto di minori (p.26). 8. Lo sfruttamento sessuale dei minori . pedopornografia (p.46). 9. Tratta di esseri umani. Giurisprudenza (p. 74). 10. La tutela delle vittime (p. 76). 11. Il contrasto penalistico alla tratta e al traffico dei migranti (p. 86). 12- Propaganda e istigazione ad atti di discriminazione. Giurisprudenza (p.97). 13. Discriminazione razziale (p. 98). 14. Associazione per fini di discriminazione razziale (p. 114). 15. Reati di limitazione della libertà di locomozione. Giurisprudenza (p.116).16. L'indebita coazione (p. 118). 17. Reati di abuso sessuale. Giurisprudenza (p. 167). 18. Atti osceni in luogo pubblico e tutela del minore (p.169). 19. Il caso di minore gravità degli atti sessuali con

minorenni (p.201). 21. L'aggravante della minorata difesa (p.214). 22. Il caso Cestaro (p. 227). 23. Il reato di tortura (p. 256). 25. L'aggravante della violenza domestica (p. 266) 26. Le nuove norme sostanziali al contrasto della violenza di genere (p.311).

Reati contro l'onore e la dignità della persona

Art. 595 c.p.

Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a milletrentadue euro.

Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a duemilasessantacinque euro.

Se l'offesa è recata col mezzo della stampa [57-58bis] o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità (4), ovvero in atto pubblico [2699], la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a cinquecentosedici euro.

Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio [342], le pene sono aumenta

Art.596 bis c.p

Il colpevole del delitto previsto dall'articolo precedente non è ammesso a provare, a sua discolpa, la verità o la notorietà del fatto attribuito alla persona offesa.

Tuttavia, quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la persona offesa e l'offensore possono, d'accordo, prima che sia pronunciata sentenza irrevocabile [c.p.p. 648-650], deferire ad un giurì d'onore il giudizio sulla verità del fatto medesimo [c.p.p. 336-338].

Quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la prova della verità del fatto medesimo è però sempre ammessa nel procedimento penale:

1) se la persona offesa è un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito si riferisce all'esercizio delle sue funzioni;

2) se per il fatto attribuito alla persona offesa è tuttora aperto o si inizia contro di essa un procedimento penale;

3) se il querelante domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito.

Se la verità del fatto è provata o se per esso la persona, a cui il fatto è attribuito, è [per esso] condannata dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'imputazione non è punibile, salvo che i modi usati non rendano per se stessi applicabile la disposizione dell'articolo 595, comma 1

Art. 598 c.p.

Offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi alle Autorità giudiziarie o amministrative

Non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinanzi all'Autorità giudiziaria, ovvero dinanzi a un'Autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo .

Il giudice, pronunciando nella causa, può, oltre ai provvedimenti disciplinari, ordinare la soppressione o la cancellazione, in tutto o in parte, delle scritture offensive, e assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale. Qualora si tratti di scritture per le quali la soppressione o cancellazione non possa eseguirsi, è fatta sulle medesime annotazioni della sentenza.

Corte d'Appello Trento Bolzano Sent., 14/12/2018
Franceschini Christoph e altri c. Atz Roland e altri

RESPONSABILITA' CIVILE Responsabilità civileper ingiurie e diffamazione
In tema di risarcimento del danno da reato di diffamazione a mezzo stampa, la riparazione ex art. 12 della legge stampa non rientra nel risarcimento del danno integrando solo un'ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge che si aggiunge senza sostituirsi al risarcimento del danno causato dalla diffamazione.

FONTI
Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. V, 29/11/2018, n. 8180
M.G.

SENTENZA PENALE Relazione tra la sentenza e l'accusa contestata **STAMPA**
Reati commessi a mezzo stampa in genere

Non sussiste la violazione del principio di correlazione qualora, come nella fattispecie, l'imputazione si concreti nella sostituzione dell'addebito di natura dolosa di cui all'art. 595 c.p. (diffamazione) con l'addebito di natura colposa di cui all'art. 57 c.p.(omissione dell'obbligo di controllo sul contenuto del periodico), in quanto detta modifica del titolo della responsabilità non può essere ritenuta di per sé lesiva del diritto di difesa dell'imputato e non lo è in concreto qualora - ancorché si ipotizzi la responsabilità dell'imputato a titolo di concorso nel delitto di diffamazione - si faccia riferimento anche al suo ruolo di direttore del giornale, idoneo ad includere anche la responsabilità a titolo di colpa (art. 57 c.p.) e, quindi, si strutturi l'addebito in modo tale da consentire la difesa anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 57 c.p.

FONTI

Massima redazionale, 2019

Cass. civ. Sez. III Ord., 07/06/2018, n. 14727
Fi.Gr.Au. SPA c. Ra. SPA

RESPONSABILITA' CIVILE Responsabilità civile per ingiurie e diffamazione

Il diritto di critica non si concreta nella mera narrazione di fatti, ma si esprime in un giudizio avente carattere necessariamente soggettivo rispetto ai fatti stessi (che ha, per sua natura, carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva ed asettica), con la precisazione che, per riconoscere efficacia esimente all'esercizio di tale diritto, occorre tuttavia che il fatto presupposto ed oggetto della critica corrisponda a verità, sia pure non assoluta, ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze soggettive.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. V, 14/06/2018, n. 45813
C.M.T. e altri

STAMPA Reati commessi a mezzo stampa diffamazione

In tema di diffamazione a mezzo stampa, il reato è costituito dall'offesa alla reputazione di una persona determinata, donde esso non può essere configurato nel caso in cui vengano pronunciate o scritte frasi offensive, anche nei confronti di una o più persone appartenenti ad una categoria benché limitata (nel caso di specie, i "magistrati"), se le persone cui le frasi si riferiscono non sono individuate nè individuabili.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018

Corte d'Appello Palermo Sez. III Sent., 14/06/2018
INGIURIA E DIFFAMAZIONEREATO IN GENERE

Deve escludersi la configurabilità del delitto di diffamazione quando un cittadino, in un esposto all'autorità, attribuisca ad altri fatti illeciti od anche immorali, all'unico scopo di giustificare la richiesta d'intervento dell'autorità stessa, nei casi in cui tale

intervento è ammesso dalla legge. L'evento lesivo, in questo caso, non è suscettibile di persecuzione penale poiché scaturisce dall'esercizio del diritto tutelato dall'art. 21 Cost.; la mancata prova del vero, nella logica della diffamazione (come del delitto di calunnia) non si trasforma in attestato di accusa per l'autore del fatto.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Tribunale Milano Sez. I Sent., 25/06/2018
Andrea Mangoni e altri c. RCS Mediagroup S.P.A. e altri

INGIURIA E DIFFAMAZIONE

Il diritto di critica può essere esercitato utilizzando espressioni di qualsiasi tipo anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non si risolvano in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato. Anche in materia vige il principio generale per cui il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza che deve essere allegato e provato.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. V, 06/07/2018, n. 34484
D.V.V

INGIURIA E DIFFAMAZIONE

L'invio ad una pluralità di soggetti, oltre che alla persona offesa, di una comunicazione mail con contenuto offensivo dell'altrui onore e decoro consente di configurare un concorso tra l'illecito civile di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 7/2016 e il delitto di diffamazione di cui all'art. 595 c.p. e non la sola ipotesi, oramai depenalizzata di ingiuria aggravata ai sensi dell'art. 594, 2°comma, c.p.: ciò in quanto se è vero che l'invio telematico di corrispondenza offensiva a più destinatari avviene uno actu, la sua trasmissione si realizza attraverso una pluralità di atti operati dal sistema e di cui l'agente è ben consapevole, dovendo procedere alla digitazione degli indirizzi di posta elettronica di ciascuno dei destinatari. A nulla rileva, inoltre, la circostanza che i destinatari della comunicazione diversi dalla persona offesa siano stati messi "per conoscenza", dal momento che la norma incriminatrice di cui all'art. 595 c.p. richiede solo che l'offesa all'altrui reputazione sia comunicata a una pluralità di destinatari, a nulla rilevando i motivi per i quali la comunicazione a questi ultimi viene effettuata.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018

Fonte: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 1 MARZO 2017, pag. 86

Autori: Marco Mantovani

EXCEPTIO VERITATIS E SCRIMINANTE PUTATIVA DEL DIRITTO DI CRONACA: UN PROBLEMA ANCORA ATTUALE?

Somamrio: 1. Premessa. — 2. Exceptio veriatis e libertà di manifestazione del pensiero rispetto all'oltraggio. — 3. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di verità putativa e un loro specifico inquadramento dommatico. — 4. Segue: critica. — 5. Il reale fondamento del filone interpretativo in questione. — 6. L'errore sulle scriminanti nelle prospettive attuali. — 6.1. La teoria degli elementi negativi del fatto e i suoi aggiornamenti. — 6.2. Le versioni "temperate" della teoria della colpevolezza nell'esperienza tedesca. — 6.3. La c.d. strenge Schuldtheorie. — 7. La prospettazione del problema nel nostro diritto positivo. — 8. Le prospettive di riforma della diffamazione in rapporto alla tematica qui affrontata.

Abstract

Muovendo dall'introduzione dell'exceptio veritatis all'interno del novellato testo dell'oltraggio a pubblico ufficiale, il contributo ne esamina i punti di distacco rispetto alla figura contemplatane dall'art. 596 c.p. Ciò offre all'Autore lo spunto per rimarcare l'influsso esercitato da tale ultima disposizione in ordine ai sempre controversi orientamenti giurisprudenziali in tema di esercizio putativo del diritto di cronaca. Infatti, se pur è vero che oggi questi si potrebbero prestare ad una lettura conforme alla c.d. strenge Schuldtheorie di matrice tedesca, resta parimenti incontestabile che questa chiave di lettura non si adatti agli indirizzi dello stesso segno maturati prima della sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale. Ciò porta l'Autore ad affrontare, sempre nello specchio della verità putativa nell'esercizio del diritto di cronaca, alcuni nodi cruciali della problematica dell'errore sulle scriminanti nei suoi contorni attuali.

Exceptio Veritatis and the Putative Justification of the Right to Information: is it still a Relevant Issue?

Abstract

Starting from the introduction of the exceptio veritatis in the amended provision on insulting a public official, this contribution examines the differences from the provisions of art. 596 of the Italian Criminal Code. This gives the Author an opportunity to highlight the influence of the latter provision on the ever controversial

position of the case law on the putative exercise of the right to information. In fact, while today they could both be interpreted in line with the so-called german strenge Schuldtheorie, it is still unquestionable that this interpretation does not comply with the positions going along a similar line that prevailed before judgment No. 364/1988 of the Constitutional Court. This leads the Author to investigate, always against the background of the putative justification of the right to information, some crucial points of the issue of errors in justifications in their current forms.

1. Premessa. — È legata indubbiamente a un rigurgito del principio di autorità la "resurrezione" del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, realizzata dalla l. 94/2009 (1). Già vulnerata nella cornice edittale di pena riservata a chi se ne fosse reso autore dalla sentenza 341/1994 della Corte Costituzionale, che ne aveva dichiarato illegittimo il limite minimo, la disposizione dell'art. 341 c.p. era stata, quindi, oggetto di un'abrogazione tout court ad opera della l. 205/1999.

Il sussulto che ne ha determinato la restaurazione è stato, peraltro, accompagnato da difetti di formulazione, che hanno sortito l'effetto pratico di mostrarne, fin da sùbito, ristrette possibilità di applicazione e, con ciò, di lasciarne presagire un impatto concreto piuttosto modesto (2). Per incidens, è appena il caso di notare come il sistema della tutela penale dell'onore denoti ulteriori aporie a séguito dell'intervento riformatore operato dal D. lgs. 7/2016. Per effetto degli artt. 2 e 4, comma 1, lettera a), del medesimo, la fattispecie comune di ingiuria (art. 594 c.p.) è stata depenalizzata; laddove del tutto intatte e immuni da qualsivoglia effetto modificativo sono rimaste la struttura e la vigenza dell'art. 341 bis c.p. (oltraggio a pubblico ufficiale).

A temperare il rigore autoritario insito nella reviviscenza del delitto di oltraggio, il legislatore del 2009 ha provveduto a estendere al suo autore il beneficio dell'exceptio veritatis: dispone il secondo comma dell'art. 341 bis c.p. che, nel caso in cui l'offesa consista in un fatto determinato, qualora "la verità del fatto" sia "provata", oppure intervenga condanna a carico del pubblico ufficiale al quale questo è attribuito, "l'autore dell'offesa non è punibile".

2. Exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero rispetto all'oltraggio. — L'estensione dell'àmbito di efficacia dell'exceptio veritatis all'ipotesi dell'oltraggio solleva, in modo pressoché immediato, due questioni. La prima riguarda, in senso diacronico e storico, il tema dei rapporti fra la libertà di manifestazione del pensiero, consacrata nell'art. 21 Cost., e l'istituto codicistico dell'exceptio veritatis (art. 596 c.p.) (3). La seconda attiene, invece, alle differenti formulazioni che gli artt. 596 e 341-bis, comma 2, c.p. presentano e ai riflessi

sistematici (nonché classificatori) che ne discendono. Sono stati spesso avvertiti come angustie restrittive da superare, nella prospettiva di un'integrale attuazione della libertà di cui all'art. 21 Cost., i limiti ai quali l'art. 596 c.p. subordinava la propria efficacia esimente. Che, d'altra parte, ciò sia avvenuto nei primi anni '70 del secolo scorso non può sorprendere (4). Questo era, infatti, il periodo nel quale l'euforia pancostituzionalistica ha condizionato nel modo più tangibile la nostra cultura penalistica, spingendola talora ad eccessi nella interpretazione delle disposizioni costituzionali, quali — ad esempio — l'obliterazione della distinzione fra princìpi e regole, solo a distanza di molti anni riveduti e rimossi (5). Né può o deve stupire che, in quel medesimo clima storico, l'art. 21 Cost. sia stato valorizzato come strumento per ottenere spazi di liceità in terreni che erano ab origine sottratti alla sfera d'incidenza dell'exceptio veritatis, circoscritta — come è noto — alle fattispecie di cui agli art. 594 e 595 c.p.; e che, nel contesto delle ipotesi delittuose rispetto alle quali l'art. 21 Cost. poteva assolvere tale funzione, venisse richiamata — fra le altre — quella relativa all'oltraggio a un pubblico ufficiale.

In realtà, una totale dissociazione fra lo sviluppo del diritto di cronaca, fondato sull'art. 21 Cost., e i requisiti dell'exceptio veritatis, così come auspicata dall'indirizzo appena riportato, non c'è mai stata. Alla stregua degli sviluppi giurisprudenziali che infra analizzeremo, l'intreccio fra le aree di liceità basate sull'uno e sull'altra ha sempre resistito a ogni intento di un suo superamento, sì da fornire spiegazioni plausibili a orientamenti non altrimenti motivabili. D'altra parte, almeno con riferimento all'oltraggio, non ha trovato riscontri l'allora prospettato intervento, evidentemente per il tramite dell'art. 51 c.p., del diritto sancito dall'art. 21 Cost. in funzione scriminante (6): non constano, invero, precedenti in materia. Sicché, per conseguire il risultato di una rilevanza — sia pur limitata — del diritto in questione entro tale ambito, si sono dovuti attendere i frutti di un'iniziativa legislativa tutt'altro che ispirata da un fervore libertario, come il c.d. Pacchetto Sicurezza 2009; e — aspetto ancor più paradossale — una sede per conseguirla che era precisamente la stessa che procedeva alla... reintroduzione dell'oltraggio a pubblico ufficiale nel nostro ordinamento, dopo che questo era stato espunto dal medesimo.

Quanto, invece, alle differenze riscontrabili fra il testo dell'art. 596 c.p. e quello del secondo comma dell'art. 341-bis, originate presumibilmente dalla sciatteria e dalla frettolosità che, al pari di tanta parte della legislazione (penale) più recente, hanno contrassegnato anche la l. 94/2009, queste si incentrano, in materia di requisiti richiesti per l'operatività dell'exceptio veritatis, sul fatto che, rispetto all'oltraggio, se ne presenta una versione "monca" rispetto a quelli riferiti — oggi — al solo art. 595 c.p. Vi fa difetto, infatti, il richiamo alla necessità, affermata dall'art. 596, comma 4, che "i modi usati" dall'autore, in sede di attribuzione del fatto determinato, "non rendano per sé stessi" applicabile — alla stregua delle ultime innovazioni in materia

(7) — la (sola) disposizione dell'art. 595, comma, 1, c.p. Per comprendere i riflessi sistematici di questa difformità di formulazione, giova preliminarmente indugiare sul significato da riconoscere al presupposto postulato dall'art. 596, comma 4, c.p. (assente — come appena detto — nell'ipotesi dell'art. 341-bis, comma 2, c.p.).

Il dato che, ai fini della produzione dell'effetto scriminante (8) collegato a questa disposizione, fosse preteso, oltre all'aspetto sostanziale della verità del fatto attribuito (o della condanna per il medesimo fatto della persona alla quale il fatto era riferito), anche quello formale della correttezza dei modi impiegati per esporlo, riflette caratteristiche precise della struttura della causa di giustificazione alla quale tale effetto mette capo. Questo, infatti, altro non significa che, nella prospettiva dell'elisione dell'illiceità che a questa si associa, non è sufficiente la sola componente oggettiva, rilevante sotto il profilo del bilanciamento degli interessi tutelati, della prova della verità del fatto attribuito; ma occorre, altresì, che l'esposizione del fatto attribuito non si radichi su un intento meramente denigratorio, ché, in tal caso, si espanderebbe di nuovo in modo pieno la tutela penale riservata all'onore di colui al quale il fatto in questione è riferito. Tradotto in termini più consoni al lessico della dogmatica odierna, occorre che del fatto illecito la causa di giustificazione faccia venir meno tanto il disvalore di evento, quanto il disvalore di azione (9). Mentre, per quanto riguarda il primo aspetto, l'accertamento della verità del fatto non pare lasciar spazio a dubbi, più incerto e sospetto, pertanto, di (essere il frutto di) indebite forzature sembra il secondo. In realtà, il problema risulta essere solo apparente: pretendere che il soggetto interessato propali il fatto senza perseguire — allo stato legislativo attuale, ergo dopo la depenalizzazione dell'ingiuria — intento denigratorio e, con ciò stesso, diffamatorio alcuno, è questione che può essere provata non in interiore hominis, ma solo facendo riferimento alle espressioni che il presunto offensore ha effettivamente impiegato. Ciò spiega il richiamo, nel contesto dell'ultimo comma dell'art. 596 c.p., ai "modi usati". La mancanza di questo requisito nella formula dell'exceptio veritatis di nuovo conio, contenuta nell'art. 341-bis, comma 2, c.p., le impedisce di produrre l'effetto giustificante collegato alla presenza di tutti i fattori specificati nell'art. 596 e la relega nel magma indistinto di una non punibilità afferrabile solo in via negativa, vale a dire come categoria nella quale far rientrare tutte quelle ipotesi in cui l'impunità (dell'autore del fatto) non si può spiegare mediante il ricorso alle categorie del reato (10).

3. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di verità putativa e un loro specifico inquadramento dommatico. — Abbandonando il tema della sua riemersione all'interno dell'art. 341 bis c.p. e, con ciò stesso, ogni riflessione sull'improvvida iniziativa che ha condotto alla "rinascita" del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, è venuto il momento di spiegare, ora, le vere ragioni che ci spingono a focalizzare, oggi, l'attenzione sull'exceptio veritatis nella sua primigenia versione: quella dell'art.

596 c.p. L'input scaturisce da un assai interessante contributo di Giancarlo De Vero — certo non recentissimo, ma non per ciò solo trascurabile, vista la centralità degli argomenti che tocca — in materia di scriminanti putative (11) e, in questo contesto, di esercizio putativo del diritto di cronaca (12).

Il noto elemento di discrasia fra dottrina e giurisprudenza risiedeva nel trattamento da riservare al cronista che avesse diffuso una notizia in sé diffamatoria, nell'erronea convinzione della sua veridicità. La nostra letteratura, muovendo dal presupposto che l'errore di fatto sui presupposti della scriminante escludesse il dolo ai sensi del (già terzo comma, poi) quarto comma dell'art. 59 c.p., si appagava a questi effetti del solo errore, quale che ne fosse la natura, ogni indagine al riguardo palesandosi ultronea, in ragione della mancanza — nel nostro sistema — di un'ipotesi di diffamazione colposa. Il diritto penale giurisprudenziale assolutamente uniforme, di contro, annetteva rilievo alla verità putativa alla sola condizione che l'errore, nel quale il giornalista era incorso, fosse un errore non colpevole(13). In ciò si annidava il germe di un conflitto con la dottrina, rimasto sostanzialmente irrisolto (14).

Il quid novi riscontrabile nel contributo dianzi ricordato (15) non attiene al superamento di tale situazione di impasse, quanto, piuttosto, al diverso inquadramento sistematico della sua origine. Il motivo per il quale la rilevanza della verità putativa viene circoscritta ai soli casi nei quali il giornalista dia prova di aver effettuato un controllo rigoroso e scrupoloso in ordine alla notizia lesiva della reputazione altrui, ex post rivelatasi falsa, consiste(rebbe) nel fatto che a questa (sott.: all'erronea supposizione della verità del fatto riferito) si attribuisce rilevanza solo a patto che si radichi su un errore scusabile(16). Il mutamento di paradigma si spiega, in questa prospettiva, con l'assunto che l'errore sulle cause di giustificazione non fa venir meno il dolo, che si postula rimanga intatto; ma incide (soltanto) sulla colpevolezza(17). Declinando quest'ultima secondo i canoni della Schuldtheorie (e riservandoci di approfondire in séguito quali siano i presupposti e le conseguenze corretti della sua applicazione in materia), non può sussistere dubbio alcuno circa il fatto che la rilevanza dell'errore sulla causa di giustificazione venga a dipendere, in ultima analisi, dalla circostanza che questo sia ritenuto scusabile o meno. Posto che ciò si raccorda, a sua volta, all'evitabilità del medesimo, appare del tutto coerente porre l'accento sul dato che un determinato soggetto abbia svolto tutti i controlli necessari a verificare la fondatezza dei presupposti di esistenza della causa di giustificazione, alla quale intende richiamarsi. Il che, nella materia che qui interessa, altro non significa se non effettuare un esame rigoroso dell'attendibilità dei fatti diffamatori diffusi.

4. Segue: critica. — Queste asserzioni — come abbiamo anticipato — presuppongono, da un lato, che ci si uniformi a un ben preciso orientamento della

letteratura tedesca in tema di errore sulle cause di giustificazione; e, dall'altro, che, muovendo dal medesimo, se ne rivenga una disciplina legislativa atta a corroborarne gli esiti. Sotto il primo profilo, si tratta, evidentemente, di condividere quelle impostazioni secondo le quali l'errore sulle cause di giustificazione deve essere considerato un errore sul divieto(18).

Sotto il secondo, invece, si tratta di postulare, per il Verbotsirrtum, la stessa regolamentazione che per questo detta il par. 17 StGB. Ora, lasciando impregiudicata — in quanto bisognosa di un'analisi complessiva, che rinviamo ad altra parte di questo lavoro — la prima questione, è in ordine alla seconda questione, ossia alla possibilità di riportare gli itinerari percorsi dalla nostra giurisprudenza in materia di esercizio putativo del diritto entro le coordinate dell'errore sul divieto e, di conseguenza, dell'applicazione dei criteri dettati dalla Schuldtheorie, che si annidano — a parere di chi scrive — non poche perplessità.

In effetti, il rapporto di implicazione necessaria tra errore sul divieto e impiego dei canoni della Schuldtheorie è una costante alla quale si può fare appello, nel nostro sistema, solo a far data dalla "storica" (per antonomasia) sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, prima di essa ostandovi lo sbarramento rappresentato dall'art. 5 c.p. nella sua versione originaria.

Dà luogo, quindi, ad una sostanziale inesattezza, prima ancora che a una forzatura, il tentativo di proporre una lettura aggiornata ad acquisizioni sistematiche successive di posizioni giurisprudenziali consolidatesi ben prima del loro venire in essere (19)(20).

Questa constatazione implica, a sua volta, l'esigenza di ricercare una diversa ragione giustificativa della loro emersione. Solo dopo — e senza il timore di prospettare soluzioni insostenibili dal punto di vista logico-cronologico — si potrà affrontare, entro limiti assai ristretti, la tematica dell'errore sulle scriminanti nei termini nei quali essa, attualmente, si pone.

5. Il reale fondamento del filone interpretativo in questione. — Che il requisito della verità del fatto esposto assurga a punto di equilibrio, in una dimensione costituzionale, fra il diritto alla libera manifestazione del pensiero, di cui quello di cronaca costituisce un'estrinsecazione, e i diritti della personalità del singolo, nell'alveo dei quali va indiscutibilmente ricondotto quello al proprio onore, è un dato oggetto di piena condivisione (21). Ciò non toglie, tuttavia, che taluni aspetti della sua genesi a livello di legge ordinaria, rinvenibile — come detto — nell'istituto dell'exceptio veritatis, contemplato dall'art. 596 c.p., abbiano potuto lasciar traccia sulla sua successiva gestione da parte della giurisprudenza.

Per comprenderlo, è necessario fare riferimento alle reali problematiche sottese all'applicazione dell'exceptio veritatis; compito — questo — al quale riteniamo di poter assolvere facendo riferimento ad uno studio insuperato in materia per completezza e lucidità di analisi: alludiamo a quello, del lontano 1954, di Cesare Pedrazzi (22). In prima battuta, il fondamentale lavoro di Pedrazzi ha il pregio di operare un chiaro discrimine, sotto il profilo della loro diversa natura, fra i tre differenti casi di exceptio contemplati dal terzo comma dell'art. 596 c.p.: laddove i primi due devono iscriversi nel perimetro delle cause di giustificazione, il terzo attiene, invece, al versante delle cause di estinzione del reato(23). Tracciata questa prima actio finium regundorum, ci si occupa, quindi, della scriminante, i requisiti della quale risultano specificamente determinati dall'ultimo comma dell'art. 596 c.p. In sostanza, si precisa che, nelle ipotesi di cui ai numeri 1 e 2 del terzo comma di questa disposizione, l'effetto giustificante avrà a prodursi (solo) nel concorso di tutti gli elementi stabiliti dal suo ultimo comma. Proprio nel contesto di quest'ultimo, si ha cura di sottolineare — in termini che, ai fini della presente indagine, risultano di fondamentale importanza — come non rilevi solo il dato che il fatto attribuito sia vero, ma anche che ne sia data prova(24). Sicché, una volta riconosciuto che già sul piano sostanziale la scriminante richiede questo requisito, non se ne potrà, poi, prescindere rispetto a ogni questione collegata al suo "statuto".

Questa constatazione irradia, ovviamente, i propri effetti anche sul nodo cruciale dell'errore sulla presenza dei presupposti dell'exceptio veritatis, sì da riverberarsi — come si avrà modo di verificare — anche sul terreno, più ampio, della rilevanza della verità putativa ex art. 59, ultimo comma, c.p.

Procediamo con ordine: l'errore sulla causa di giustificazione di cui all'art. 596 c.p. non ha ad oggetto la verità del fatto attribuito, ma la sua prova. Può darsi, allora, l'eventualità che l'agente ritenga dimostrati i fatti riferiti, mentre, in realtà, non lo sono. In questa evenienza, pertanto, ricorrerà l'errore sulla scriminante, ex art. 59, ultimo comma, c.p., quando i fatti godono del predicato della (loro) dimostrabilità. Ciò comporta un corollario di notevole rilievo: un fatto si può giudicare dimostrabile non in base alla sola circostanza che è riferito ed è creduto soggettivamente vero da chi lo diffonde, ma se e in quanto denoti una parvenza di oggettiva credibilità. A parte subiecti, questo postula che il convincimento della sua veridicità poggi su una base ragionevole (25). Rebus sic stantibus, si potrà asserire che trattasi di un errore scusabile.

A scanso di equivoci, è bene ricordare come questo risultato ermeneutico non sia il frutto di una deroga all'ordinario meccanismo di operatività dell'art. 59, ultimo comma, c.p.; quanto, piuttosto, l'esito della sua ordinaria applicazione, rapportata alle peculiarità che l'art. 596 c.p. presenta. Che, poi, lo specifico regime della verità

putativa collegato alla disciplina dell'exceptio sia stato esteso all'area dei rapporti fra tutela dell'onore e libertà di manifestazione del pensiero, nella ben più ampia dimensione costituzionale che al diritto di cronaca compete, sorprende relativamente. La ragione della mancata recisione del legame di quest'ultimo, rispetto a detta disciplina, si fonda verosimilmente sul fatto che l'art. 596, ultimo comma, c.p. rappresentasse l'unico luogo di diritto positivo nel quale un rapporto fra tali interessi contrapposti era delineato e regolato (26).

6. **L'errore sulle scriminanti nelle prospettive attuali**. — Escluso che la spiegazione di quel che costituisce ius receptum in tema di esercizio putativo del diritto di cronaca potesse essere fornita alla stregua dei canoni della Schuldtheorie prima del 1988, non si può concludere de plano nemmeno che tale soluzione interpretativa sia, allo stato delle cose, l'unica necessariamente praticabile. Vi osta il dato che l'intera tematica dell'errore sulle scriminanti — avendosi qui riguardo tanto al dibattito nazionale, quanto a quello d'oltralpe —appare ben lungi dal convergere verso posizioni condivise e consolidate (27). Senza pretesa alcuna di prendere posizione su un tema così controverso, ci limitiamo a brevi notazioni propedeutiche alla sua trattazione secondo i postulati della Schuldtheorie, sostenuta nel saggio (28) dal quale abbiamo preso le mosse.

6.1. La teoria degli elementi negativi del fatto e i suoi aggiornamenti. — In seno alla nostra letteratura, in effetti, tuttora non mancano voci inclini a ritenere che, piuttosto che la colpevolezza, l'errore sui presupposti di fatto delle scriminanti faccia venir meno il dolo(29). In un modo o nell'altro, queste impostazioni sono tenute a confrontarsi con quella che è l'ineludibile piattaforma teorica di questo assunto: la costruzione delle cause di giustificazione in termini di elementi negativi del fatto(30). Vero è che non mancano autorevoli opinioni che, pur non condividendone i postulati, sono spinte a riconoscere che la disciplina codicistica dell'errore sulle scriminanti (art. 59, comma 4, c.p.), ne segni l'effettivo accoglimento (31). Altrettanto incontestabile pare, nondimeno, che l'accorpamento di queste due opposte visioni in una coerente sistematica del reato dia luogo a un'aporia difficilmente emendabile. Più congruo sembra, allora, volgere uno sguardo alle interpretazioni che, sia pur in modo riveduto e corretto (almeno nelle intenzioni), aspirano a conferire a quella teoria nuova linfa vitale. Fra queste merita certamente di essere segnalata quella patrocinata da Claus Roxin, alla quale non sono mancate adesioni da parte della nostra dottrina più recente sull'argomento (32), alla stregua della quale l'errore sui presupposti di fatto delle scriminanti escluderebbe il dolo non del fatto, ma dell'illecito Unrecht(33).

Malgrado le differenze nominali fra questa teoria e quella delle cause di giustificazione come elementi negativi del fatto, di cui Roxin fu originario assertore, emergono ictu

oculi le assonanze fra gli indirizzi appena richiamati. Basti pensare che Roxin, all'atto stesso di formulare la sua nuova concezione, si fa carico di confutare una delle più ricorrenti obiezioni mosse nei confronti di quella che intendeva le scriminanti come elementi negativi del fatto. Si tratta, precisamente, di quella che fa rilevare che, se queste formassero davvero un Gesamtatbestand risultante dalla loro unione con gli elementi costitutivi (del fatto) di ogni singolo reato, per aversi il dolo necessario alla sua integrazione sarebbe stata indispensabile la prova della conoscenza, in capo al suo autore, non solo della presenza di questi ultimi, ma anche dell'assenza di tutte le cause di giustificazione (34). Ebbene, Roxin ritiene che questa obiezione non possa scalfire la validità della sua nuova impostazione, in quanto questa non pretende la conoscenza attuale, da parte dell'autore, della mancanza delle cause di giustificazione, appagandosi, viceversa, del fatto che questa rientri nella sfera della sua conoscienza Mitbewußtsein(35).

Al di là di ogni altra considerazione sull'impostazione roxiniana appena esposta, ci sembra opportuno soffermarsi sull'espediente impiegato dall'autore per replicare al tradizionale vulnus che da sempre inficia la teorica delle scriminanti come elementi negativi del fatto: il ricorso al tòpos della c.d. conoscienza (36). Si tratta, invero, di un concetto che le nostre trattazioni richiamano con riferimento alla struttura e all'accertamento del dolo. Si precisa che, ai fini della prova di quest'ultimo, si può prescindere dalla prova della conoscenza attuale di determinati elementi, in quanto questi siano già stati acquisiti e sperimentati dalla conoscenza dell'autore (37); sì che il semplice collegamento con i dati esperienziali idonei a evocarli sarebbe sufficiente, in forza dell'associazione esistente fra questi dati e tali elementi, a veicolarne comunque la rappresentazione in capo al singolo (38). Se ne forniscono esempi lampanti rispetto — fra gli altri — ai delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: in questi non si richiede la prova che, al momento del fatto, l'agente si sia soffermato (anche) sul possesso della propria qualifica soggettiva. Questa rientra, infatti, nel novero di quei fattori inerenti al suo status professionale che ne costituiscono una costante(39) e che non necessita, quindi, di prova nel singolo caso, potendo pertanto assumersi come conosciuta (40). A dir poco problematica si rivela la traslazione di questa costruzione concettuale sul piano dell'assenza di cause di giustificazione e della sua pretesa conoscenza da parte dell'autore del fatto tipico. Per asseverarne la validità sarebbe necessario, in conformità con le tesi di Platzgummer (41), che l'agente si trovi nella condizione di aver già commesso lo stesso fatto e di avere "interiorizzato", in quell'occasione (meglio, ai fini di questa dimostrazione, se ripetutasi..), la mancanza di tutte le cause di giustificazione previste dal rispettivo sistema di riferimento. Solo ricorrendo tale presupposto, questo fattore potrebbe assurgere al rango di una costante, la cui presenza non deve essere "ripensata" volta per volta.

A fronte di questa esigenza, si danno due sole alternative: o ci si adopera in concreto per provarne la presenza effettiva, così da impegnarsi in una probatio diabolica, che sortirebbe l'effetto di impedire qualsivoglia condanna per delitto doloso a causa della smisurata estensione che l'oggetto del dolo verrebbe ad assumere; oppure la c.d. conoscienza si riduce, in realtà, a una mera finzione di conoscenza, sì da doversi iscrivere nel catalogo delle presunzioni di dolo. Quanto, poi, al fatto che nella declinazione dell'errore sulle scriminanti proposta attualmente da Roxin, questo valga ad escludere l'illecito Unrecht) e non più il fatto tipico, come sostiene la teoria che le concepisce come elementi negativi del fatto, ciò non vale certo ad oscurarne la stretta prossimità con quest'ultima, già ampiamente evidenziata. Piuttosto, una riflessione si impone rispetto a quelle voci della nostra letteratura, che non hanno avuto esitazioni ad "importare" la soluzione roxiniana or ora delineata (42). Al di là di ogni altra obiezione, ci sembra che collocare nel dolo la conoscenza dell'illecito, all'interno della quale si ricomprende quella della mancanza delle cause di giustificazione, abbia tutto il sapore di una riedizio e della costruzione che vi faceva rientrare la consapevolezza dell'offesa(43).

Di quest'impostazione sono ben noti contenuto e finalità: ricomprendere nell'oggetto del dolo la consapevolezza della lesione o della messa in pericolo degli interessi tutelati dalla norma incriminatrice violata, ergo dell'offesa, rappresentava lo strumento per (cercare di) mitigare il rigore dell'originaria versione dell'art. 5 c.p. rispetto alla coscienza dell'illiceità penale del fatto (44). Se questa era l'ispirazione retrostante a tale indirizzo, ne appare evidente il carattere del tutto superfluo dopo la sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale. Sicché, la sua riproposizione non darebbe luogo ad alcunché di diverso da un'inutile superfetazione.

6.2. **Le versioni "temperate" della teoria della colpevolezza nell'esperienza tedesca**. — Non è soltanto la teoria degli elementi negativi a opporsi, nell'esperienza tedesca, a una svolta in direzione del trattamento dell'errore sulle scriminanti alla stregua di una questione afferente alla (sola) colpevolezza. In questo stesso senso sono orientati — come è noto — i postulati della c.d. eingeschränkte Schuldtheorie(45). I criteri che la ispirano riconoscono sì all'erronea supposizione dei presupposti di fatto di una causa di giustificazione l'attitudine a lasciare intatto il dolo di fattispecie, posto che soltanto all'errore sul fatto — in senso stretto — viene riconosciuta la capacità di escluderlo (§ 16 StGB). Nondimeno, la disciplina dell'errore sulle scriminanti, pur muovendo dalla premessa che questo attenga alla colpevolezza, si risolve nell'applicazione analogica della stessa disposizione relativa all'errore sul fatto (46); e, laddove l'errore sia dovuto a colpa, nel residuare di una responsabilità colposa soltanto nei casi di delitti colposi espressamente previsti dalla legge (cfr. § 15 StGB). A un esito diverso nel suo iter, ma identico nel risultato, perviene anche la c.d. rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie(47). Anche in questo caso si ritiene che

l'errore sulle scriminanti non sortisca l'effetto di escludere il dolo, ma spieghi la propria efficacia sul solo versante della colpevolezza dell'autore. Tuttavia, proprio in considerazione del minor grado di quest'ultima, si finisce con l'assoggettarlo, quoad poenam, allo stesso trattamento stabilito, se e in quanto previsto, per il corrispondente fatto colposo (48).

Al di là di ulteriori varianti sfocianti, per le ipotesi di errore in esame, in soluzioni orientate alla diminuzione della pena o all'applicazione di quella prevista per l'omologa fattispecie colposa (49), è solo nella cornice della c.d. strenge Schuldtheorie che si presta ad essere ambientata e affrontata la questione collegata all'orientamento giurisprudenziale in tema di esercizio putativo del diritto di cronaca, al quale si è fatto riferimento in questa sede (50).

6.3. La c.d. strenge Schuldtheorie. — Solo le coordinate della teoria della colpevolezza rigida — c.d. strenge Schuldtheorie — possono fornire l'humus per una fruttuosa discussione dell'indirizzo che, in caso di mancata verifica dei requisiti — in questo caso: la verità del fatto diffamatorio propalato — della causa di giustificazione, giudica irrilevante l'errore che cade sulla stessa. Il contesto teorico nel quale quest'impostazione si colloca — rectius si dovrebbe e potrebbe oggi collocare, atteso che la sua genesi è ben diversa (51) — è quello della soluzione al problema dell'errore sulle scriminanti proposta da Hans Welzel. Secondo Welzel, infatti, tale errore interviene quando l'Appelfunktion riservata al fatto è già stata esercitata, sì che l'autore ha ormai acquisito la consapevolezza di realizzarlo (52). Ne segue che, proprio in quanto — sulla base di quanto appena detto — in capo a lui il dolo del fatto preesiste, la supposizione (erronea) dell'esistenza di una causa di giustificazione non potrà che investire la coscienza della sua antigiuridicità. Ma, se cosi è, è evidente che non si tratterà di un errore sul fatto, ma sul divieto(53).

Poiché si verterà su un Verbotsirrtum, dovrà trovare adeguata applicazione la Schuldtheorie, secondo i postulati che ne sono stati recepiti, all'interno del nostro ordinamento, dalla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale. Corollario di ciò è che l'errore sul precetto, al pari di quello sulle scriminanti, che se ne assume essere una variante, potrà dar luogo ad esenzione da responsabilità soltanto quando risulti inevitabile. Il che presuppone che l'autore dia prova di aver posto in essere tutti i controlli e le verifiche doverose onde accertare la liceità del proprio comportamento; e che, nondimeno, malgrado il puntuale assolvimento degli obblighi impostigli, il fatto da lui realizzato sia risultato, da ultimo, illecito. La previa osservanza di detti doveri è precisamente quel che vale a rendere il suo errore scusabile, ergo non colpevole. Non è arduo, a questo punto, operare una traslazione di questi criteri rispetto all'erronea supposizione della verità del fatto riferito, in rapporto all'esercizio putativo del diritto di cronaca.

Se ne potrà evincere, allora, che il cronista, il quale diffonda fatti diffamatori a carico di una determinata persona, risultati ex post falsi, potrà richiamarsi all'esercizio putativo del diritto di cronaca e beneficare, con ciò, dell'esclusione della colpevolezza, solo ove dimostri di aver effettuato il più scrupoloso e diligente controllo della fondatezza delle notizie riferite; in caso contrario, permarrà inalterata la sua responsabilità a titolo di diffamazione, ché il dolo di questa resta comunque intatto. Esito, questo, che collima in modo palese con i risultati ai quali era pervenuta — seguendo le cadenze di un percorso argomentativo ben diverso (54) — la nostra prassi giurisprudenziale in materia prima della sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale. Quanto, poi, all'esistenza di un autonomo dovere di controllo dei presupposti della singola scriminante, che giurisprudenza e letteratura di lingua tedesca fanno assurgere a elemento non scritto di questa o quella causa di giustificazione (55), questo non sembra (essere) alcunché di diverso dalla proiezione, sul piano oggettivo, di quell'obbligo strumentale di accertamento della loro presenza, il cui assolvimento è funzionale al riconoscimento della scusabilità dell'errore sui medesimi, ergo al suo carattere non colpevole, secondo i dettami della c.d. strenge Schuldtheorie. Ma che vogliono mantenere intatto, malgrado muovano da premesse ben diverse, anche quanti aderiscono alla eingeschränkte Schuldtheorie(56).

7. **La prospettazione del problema nel nostro diritto positivo**. — Giunge, a questo punto, il momento di confrontarsi, in medias res, con un quesito ormai divenuto ineludibile: qual è il rapporto fra questo modo di ricostruire l'errore sulle scriminanti, elaborato dalla giurisprudenza qui richiamata in tema di esercizio putativo del diritto di cronaca, e la disposizione codicistica che ex professo se ne occupa, vale a dire l'art. 59, comma 4, c.p.?

Non sono mancati, nella nostra letteratura, tentativi di coniugare una lettura postwelzeliana dell'errore sulle cause di giustificazione con la disciplina dettata, appunto, dall'art. 59, ult. comma, c.p.. Il tramite per addivenirvi è stato individuato, per la precisione, in quel concetto di colpa c.d. impropria, nel cui alveo la nostra dottrina più risalente è sempre stata solita collocare le ipotesi di errore colposo sulla presenza di una causa di giustificazione di cui all'art. 59, ult. comma c.p. (57). Delle vecchie tesi che vi rinvenivano un delitto strutturalmente doloso, punito come se fosse (stato) colposo, è stata mantenuta la porzione riguardante le permanenza del dolo, ché la volontà dell'evento non poteva conciliarsi con quella mancanza di intenzione rispetto al medesimo, che connota la colpa. Ciò laddove la sua ricorrenza va piuttosto rapportata a un difetto di prudenza, a un'avventatezza, aut similia, che hanno condizionato il formarsi della convinzione del soggetto di commettere quel fatto, voluto e quindi doloso, in una situazione in cui quel che può essergli rimproverato è soltanto la colpa: una colpa, quindi, riferita non al fatto, ma alla colpevolezza(58). In questa prospettiva, la disciplina dell'art. 59, ult. comma, c.p. non viene minimamente

intaccata, ma corroborata nel segno di una sua razionalità rispetto al nuovo sistema. La natura colposa e giammai dolosa della responsabilità discendente in capo a chi versa nella situazione di cui all'art. 59, comma 4, c.p., viene argomentata in base al fatto che questi non incorre, comunque, in un errore sul divieto(59). Ne consegue che, dovendo questa essere circoscritta ai soli casi di culpa facti previsti dal sistema, le ipotesi di diffamazione scaturenti da non corretto adempimento dell'obbligo di verifica della verità della notizia diffamatoria propalata dovrebbero andare esenti da qualsivoglia profilo di illiceità penale, non essendovi contenuta una previsione relativa alla diffamazione colposa.

Si delineano, per tale via, tutte le problematiche, affrontate ed evidenziate dalla letteratura tedesca, in ordine alle lacune che la delimitazione (della rilevanza) dell'errore colposo sulle scriminanti alle sole fattispecie punite dall'ordinamento (60). Ciò che certamente non è estraneo al ricorso, in quell'esperienza, ai canoni della strenge Schuldtheorie, proprio per scongiurarne il pericolo (61). Il che dimostra come uno degli espedienti per conseguire questo risultato sia proprio quello della conversione di un errore sul fatto in un errore sul precetto.

Il problema delle lacune collegate alla mancata previsione di fattispecie colpose in una data materia e l'esigenza di colmarle servendosi dei rimedi offerti dalla disciplina dell'errore sul precetto, sebbene non con riferimento all'erronea supposizione di una causa di giustificazione, si sono posti anche da noi.

Decisamente significativa, al riguardo, è stata la posizione assunta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 322 del 2007. Chiamata a pronunciarsi su una questione di legittimità afferente all'art. 609 sexies c.p., che — rispetto ai delitti contro la libertà sessuale — negava ogni rilevanza all'errore sull'età della persona offesa, la Corte ne ha dichiarato l'inammissibilità in quanto contrastante con un'interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie oggetto di censura. Alla stregua di essa, infatti, la disposizione impugnata potrebbe ritenersi contrastante con il principio di colpevolezza nei soli casi nei quali escluda qualsivoglia rilievo "all'errore inevitabile sull'età" (62). È del tutto evidente che, in questo modo, la pronuncia in questione ha allineato, quanto ai criteri della sua determinazione e della sua disciplina, l'error aetatis all'errore sul precetto.

Ne segue che l'errore evitabile/inescusabile sull'età della persona offesa darà luogo ad un'ordinaria responsabilità per il delitto doloso commesso in presenza di detto errore. Della peculiarità data dal trattamento di un errore sul fatto, qual è quello che cade sull'età della persona offesa, come se ricorresse un errore sul precetto, la sentenza 322/2007 offre una motivazione sicuramente significativa, agli effetti che qui interessano. Vi si spiega, infatti, come una pronuncia di accoglimento avrebbe implicato l'assoggettamento dell'ipotesi di cui all'art. 609 sexies c.p. agli ordinari

criteri di imputazione soggettiva. Il che avrebbe comportato che, nei casi corrispondenti ai delitti richiamati nell'art. 609 sexies, l'errore sull'età della persona offesa, in quanto errore sul fatto, avrebbe dato luogo ad un'esclusione della responsabilità dolosa ex art. 47, comma 1, c.p.. Con il corollario che, difettando la previsione di una responsabilità colposa per i delitti in questione, l'errore di cui all'art. 47, comma 1, c.p. avrebbe determinato la completa irresponsabilità penale di chi vi fosse incorso. Ed è proprio per non giungere a tanto che il giudice delle leggi precisa come il principio di colpevolezza non esiga il dolo rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie, ma si appaghi della colpa rispetto ad essi. Ma è una colpa che, in conformità con i princìpi operanti in tema di culpa iuris, lascia intatta la responsabilità dolosa e scongiura, quindi, possibili vuoti di tutela. Di qui la preferibilità politico-criminale della strenge Schuldtheorie.

8. **Le prospettive di riforma della diffamazione in rapporto alla tematica qui affrontata**. — La legittimazione della conversione di un errore sul fatto in errore sul divieto, ispirata da ragioni politico-criminali, che promana dalla sentenza 322/2007 della Corte Costituzionale, non può mancare di riverberare i propri effetti anche nel senso di convalidare l'omologa tendenza invalsa nella prassi in ordine al trattamento della verità putativa nell'esercizio del diritto di cronaca. Certo, in questo caso potrebbero manifestarsi giustificate perplessità in rapporto all'effettiva esigenza di colmare le lacune di punibilità derivanti dall'assenza di un'autonoma fattispecie incriminatrice della diffamazione colposa. Basti, in tal senso, richiamare i progetti di legge — indubbiamente non immuni dall'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia (63) — inclini a restringere alla sola pena pecuniaria la reazione approntata dal sistema per gli stessi fatti di diffamazione dolosa(64).

Vero è, peraltro, che queste pulsioni riformistiche sembrano trarre impulso da una visione, piuttosto unilaterale e anacronistica, del delitto di diffamazione come strumento di limitazione della libertà di stampa. Sennonché, il fatto di concepirla in questi termini ne oscura l'attitudine a produrre, nell'epoca e per effetto di Internet, pericoli per la reputazione ben più gravi di quelli collegati alla sua realizzazione a mezzo della stampa. Ne segue che, in questo contesto complessivo, un allentamento del suo trattamento sanzionatorio finirebbe con il determinarne una caduta, in termini di prevenzione generale, difficilmente comprensibilmente e accettabile.

Ipotizzando, quindi, una diffamazione a mezzo stampa strutturata secondo il paradigma del diritto vigente, la questione della rilevanza della verità putativa, nell'esercizio del diritto di cronaca, nei termini che si sono sin qui delineati, finisce con il mantenere una piena e immutata attualità.

Il delitto di oltraggio a PU

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE - IL BENE TUTELATO DAL "NUOVO" DELITTO DI OLTRAGGIO A PUBBLICO UFFICIALE

a cura di Stefano Corbetta

Cass. pen. Sez. V, 12 febbraio 2014, n. 15367

c.p. art. 341-bis

Sommario: Il caso - La decisione - I precedenti - La dottrina

Il caso

Il giudice di pace di Cecina dichiarava non doversi procedere, ai sensi dell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, nei confronti di una persona imputata del delitto di ingiuria commesso in danno dell'insegnante della figlia, nei locali della scuola media di Rosignano. Avverso la sentenza proponeva ricorso per cassazione il P.G. di Firenze, il quale deduceva erronea interpretazione e applicazione della legge penale, in relazione all'art. 341 bis c.p., fattispecie applicabile nel caso concreto riguardando l'ingiuria i rapporti didattici dell'insegnante con la figlia.

La decisione

La Corte ha accolto il ricorso, ritenendo che erroneamente fosse stato contestato il reato di ingiuria, anziché quello di oltraggio a pubblico ufficiale, di competenza del Tribunale. La Cassazione si è soffermata sulla nuova figura dell'oltraggio, introdotta all'art. 341 bis c.p. dall'art. 1, comma 8 l. 15 luglio 2009, n. 94, che, pure ponendosi in linea di continuità rispetto all'abrogato delitto ex art. 341 c.p., dal momento che la condotta consiste nell'offesa dell'onore e della reputazione della vittima, tuttavia prevede requisiti oggettivi in precedenza non richiesti, che la Corte ha così enucleato: «1) l'offesa all'onore e al prestigio del pubblico ufficiale deve avvenire alla presenza di più persone; 2) deve essere realizzata in luogo pubblico o aperto al pubblico; 3) deve avvenire in un momento, nel quale il pubblico ufficiale compie un atto d'ufficio ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni». Ne segue che «l'ambito oggettivo della nuova incriminazione è mutato, per l'inserimento nella fattispecie di presupposti fattuali qualificanti la condotta ed indicativi del fatto che ciò che viene riprovato dall'ordinamento non è la mera lesione in sé dell'onore e della reputazione del pubblico ufficiale, quanto la conoscenza di tale violazione da parte di un contesto soggettivo allargato a più persone presenti al momento dell'azione, da compiersi in un ambito spaziale specificato come luogo pubblico o aperto al pubblico e in contestualità con il compimento dell'atto dell'ufficio ed a causa o nell'esercizio della funzione pubblica». In altri termini, ha chiarito la Cassazione, «il legislatore incrimina comportamenti ritenuti pregiudizievoli del bene protetto, a condizione della diffusione della

percezione dell'offesa, del collegamento temporale e finalistico con l'esercizio della potestà pubblica e della possibile interferenza perturbatrice col suo espletamento». Alla stregua di questa ricostruzione, nel caso di specie erano sussistenti tutti gli elementi costitutivi del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale: le ingiurie furono pronunciate nei locali scolastici, in modo tale da essere percepite da più persone, l'insegnante di scuola media è pubblico ufficiale e «l'esercizio delle sue funzioni non è circoscritto alla tenuta delle lezioni, ma si estende alle connesse attività preparatorie, contestuali e successive, ivi compresi gli incontri con i genitori degli allievi». La sentenza è stata perciò annullata senza rinvio e gli atti sono stati trasmessi alla Procura della Repubblica di Livorno per il prosieguo.

I precedenti

Non constano precedenti editi in relazione al nuovo delitto di oltraggio ex art. 341 bis c.p. Analogamente, nel senso che l'esercizio delle funzioni di pubblico insegnante si estende alle connesse attività preparatorie, contestuali e successive, ivi compresi gli incontri con i genitori degli allievi, al fine di renderli edotti sull'andamento dell'iter scolastico e di fornire loro gli opportuni suggerimenti, allo scopo di una fattiva collaborazione tra scuola e famiglia cfr. Cass., Sez. VI, 15 dicembre 1993, Tulina, in Ced Cass. n. 197966; Cass., Sez. VI, 5 febbraio 1991, Dilavanzo, ivi n. 187437.

La dottrina

G. Flora, Oltraggio a pubblico ufficiale, danneggiamento e armi nel "pacchetto sicurezza", in questa Rivista, 2009, 1449 ss.; G.L. Gatta, La resurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38 e alla l. 15 luglio 2009, n. 94), Torino, 2009, 153 ss.; M. Gionni, Oltraggio a pubblico ufficiale, in Riv. pen., 2010, 813 ss.; G. Flora, Il redivivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e "diritto penale simbolico", in questa Rivista, 2009, 1449 ss.; R. Pasella, Reintroduzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, in S. Corbetta- A. Della Bella-G.L. Gatta (a cura di), Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009, Milano, 2009, 31 ss.

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE - QUANDO È LEGITTIMA LA REAZIONE AGLI ATTI ARBITRARI DEL P.U.

a cura di Stefano Corbetta

Cass. pen. Sez. V, 03 ottobre 2013, n. 15676

c.p. art. 393-bis

D.Lgs.Lgt. 14-09-1944, n. 288, 4.

Sommario: Il caso - La decisione - I precedenti - La dottrina

Il caso

Il Tribunale di Tolmezzo condannava un automobilista in relazione ai delitti di resistenza a p.u. e di lesioni in danno di un agente di polizia municipale di Venzone, il quale, a sua volta, veniva ritenuto responsabile del delitto di violenza privata, per aver contestato all'automobilista un'infrazione al C.d.S. commessa nel territorio di Venzone, seguendolo fino a Gemona del Friuli per poi strappargli di mano la patente e strattonarlo per le braccia. In parziale riforma della sentenza di prima cure, la Corte di appello di Trieste mandava assolto l'agente di polizia municipale per insussistenza del fatto, mentre confermava la penale responsabilità dell'automobilista in relazione ad entrambi i reati a lui ascritti; in particolare, la Corte territoriale aveva disatteso la tesi difensiva, secondo cui l'automobilista aveva reagito ad un atto arbitrario, atteso che l'esimente prevista dall'art. 4 del d.lgs. n. 288 del 1944 non ricorre quando semplicemente il pubblico ufficiale abbia esorbitato dai limiti delle sue attribuzioni, ma è necessaria, da parte di questi, una condotta vessatoria improntata a malanimo, capriccio e prepotenza. Tra i motivi di ricorso, la difesa insisteva nella configurabilità della scriminante della reazione all'atto arbitrario del pubblico ufficiale, atteso che l'agente di polizia aveva agito fuori dal territorio di propria competenza, in abiti borghesi, fermando scompostamente il mezzo condotto dall'imputato con pericolose manovre di sorpasso e frenata, nonché utilizzando un piglio inutilmente autoritario e vessatorio, col quale chiese ed ottenne i documenti di guida senza alcuna giustificazione, per poi manifestare con i documenti in mano la volontà di ritirare immediatamente la patente di guida.

La decisione

La Corte ha rigettato il ricorso. La Cassazione ha ribadito il principio secondo cui, «ai fini dell'applicazione della causa di giustificazione prevista dall'art. 4 del d.lgs. 14 settembre 1944, n. 288, è necessaria un'attività ingiustamente persecutoria del pubblico ufficiale, il cui comportamento fuoriesca del tutto dalle ordinarie modalità di esplicazione dell'azione di controllo e prevenzione demandatagli nei confronti del privato destinatario». Ad avviso della Suprema Corte, per la sussistenza dell'esimente in parola è «necessario dimostrare che il comportamento del pubblico ufficiale, causa della reazione offensiva, si sia posto completamente al di fuori della sua funzionale attività e abbia manifestato, nel contempo, una pervicace intenzione di eccedere dalle proprie attribuzioni per perseguire mere finalità vessatorie». Una situazione del genere non era ravvisabile nel caso di specie, in quanto l'agente di polizia ebbe a constatare un'infrazione al codice della strada nel territorio del comune dove operava, e seguì il mezzo dell'imputato senza soluzioni di continuità fino a procedere alla relativa contestazione non appena gli fu possibile. Un eventuale problema di

competenza ad operare a Gemona del Friuli, piuttosto che a Venzone, non poteva legittimare l'imputato a considerare gratuitamente vessatoria la condotta dell'agente; nel ricollegarsi a un remoto precedente (cfr. infra), la Cassazione ha chiarito che «se l'agente ferma un fuggitivo fuori dalla propria giurisdizione, il privato non può invocare - a giustificazione della resistenza opposta - l'esimente de qua». Pertanto, la non arbitrarietà degli atti compiuti dall'agente esclude che la legittimità della condotta dell'imputato, non avendo egli certamente il diritto di usare violenza nei confronti del p.u. per contrapporsi ad un'offesa contra ius; del resto, ha conclusivamente sottolineato la Corte, era del tutto pretestuosa l'istanza che l'imputato mirava a soddisfare, consistente nel garantirsi la possibilità di continuare a valersi del titolo abilitativo alla guida fino a quando i fatti non fossero stati chiariti.

I precedenti

In senso conforme, da ultimo, cfr. Cass., Sez. VI, 15 maggio 2012, Negro, in Ced Cass. n. 253043. Nel senso, invece, che l'esimente in esame è integrata ogni qual volta la condotta dello stesso pubblico ufficiale, per lo sviamento dell'esercizio di autorità rispetto allo scopo per cui la stessa è conferita o per le modalità di attuazione, risulta oggettivamente illegittima, non essendo di contro necessario che il soggetto abbia consapevolezza dell'illiceità della propria condotta diretta a commettere un arbitrio in danno del privato, cfr. Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2012, p.m. in c. Variale, ivi, n. 252175, la quale ha ritenuto integrata la scriminante rispetto al delitto di cui all'art. 336 c.p., per essere stato il fatto commesso contro un pubblico ufficiale che aveva negato illegittimamente l'accesso ad atti amministrativi. Cfr. inoltre Cass., Sez. VI, 22 maggio 1972, Dona, ivi, n. 122014, secondo cui, con riguardo a pubblici ufficiali preposti al controllo del pagamento di imposte di consumo, se l'agente ferma un fuggitivo fuori dalla propria giurisdizione, il privato non può invocare - a giustificazione della resistenza opposta - l'esimente in esame.

La dottrina

S. Ardizzone, voce Reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 12 ss.; A. Caselli Lapeschi, Reazione ad atti arbitrari e limiti all'accompagnamento coattivo per identificazione, in questa Rivista, 1997, 1379 ss.; A. Cisterna, Oltraggio a pubblico ufficiale, danneggiamento e armi nel "pacchetto sicurezza", ivi, 2009, 1449 ss.; R. Pasella, Reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, in S. Corbetta-A. Della Bella-G.L. Gatta, Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009, Milano, 2009, 69 ss.; R. Rampioni, voce Reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, in Dig. disc. pen., XI, 1996, 350 ss.; M. Romano, I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive e pubblicistiche, Milano, 2008, III ed., 13 ss.

Reati contro la libertà individuale

Reati di PEDOPORNOGRAFIA – TRATTA – SFRUTTAMENTo PROSTITUZIONE MINORILE

Art. 600 c.p. - Art. 600 bis - Art. 600 ter - Art. 600 quater - Art. 600 quinquies - Art. 600 octies c.p. – 601 c.p.

Corte cost., 05/07/2018, n. 143
V.B. c. Pres. cons. ministri

MINORI AGLI EFFETTI PENALI VIOLENZA SESSUALE Violenza sessuale in genere
E' inammissibile, per incertezza e contraddittorietà del petitum, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, 1°, 4° e 5°comma, L. 5 dicembre 2005, n. 251, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla L. 1° ottobre 2012, n. 172, nella parte in cui non esclude dalla sua disciplina i reati sessuali nei confronti di minori, in relazione all'art. 8, punto 6, della decisione quadro del consiglio 2004/68/Gai, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, in riferimento agli artt. 11 e 117, 1° comma, Cost.
FONTI
Foro It., 2018, 10, 1, 2990

Cass. pen. Sez. III Sent., 17/11/2016, n. 1783 (rv. 269412)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Pornografia minorile- produzione di materiale pornografico - Reato di cui all'art. 600 ter, comma primo, cod. pen. - Nozione di utilizzazione - Consenso del minore - Rilevanza - Esclusione

Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 600 ter, comma primo, cod. pen., il concetto di "utilizzazione" deve essere inteso come vera e propria degradazione del minore ad oggetto di manipolazioni, onde non assume valore esimente il consenso prestato dal medesimo in merito. (Annulla con rinvio, Trib. lib. Roma, 20/06/2016)
FONTI
CED Cassazione, 2017

ass. pen. Sez. III, 12/03/2015, n. 16340
M.A.

REATO IN GENERE

Risponde della più grave tra le ipotesi di pornografia minorile - la produzione - chi invia foto pedopornografiche dal suo profilo di Facebook alla bacheca del profilo Facebook di un utente della rete che abbia circa 150 contatti perché, in questo caso, la natura aperta del social network, vera e propria "piazza telematica", impone di presumere il pericolo di diffusione del materiale illecito.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2015 nota di PETRINI

Cass. pen. Sez. III, 12/05/2015, n. 30465
R.G.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

In tema di divulgazione e diffusione di materiale pedopornografico, è configurabile il dolo generico nella condotta del navigatore in internet che non si limiti alla ricerca e raccolta di immagini e filmati di pornografia minorile, tramite programmi di file-sharing o di condivisione automatica (nella specie Emule), ma operi una selezione del materiale scaricato, inserendolo i prodotti multimediali in una apposita cartella di condivisione personalizzata.

FONTI

Dir. Pen. e Processo, 2015, 9, 1114
Dir. Pen. e Processo, 2015, 10, 1218

ass. pen. Sez. III, 13/01/2017, n. 22265
Procuratore Generale c/o Corte di Appello di Brescia c. Z.B.

REATO IN GENERE

Nel concetto di pedopornografia virtuale, di cui all'art. 600-quater.1 c.p., rientrano anche rappresentazioni grafiche interamente frutto della fantasia sessuale dell'autore, come i fumetti realizzati con tecniche informatiche, purché rispondano a requisiti di verosimiglianza e siano inserite in circuiti di condivisione via internet.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2017

ass. pen. Sez. III Sent., 29/03/2017, n. 37835 (rv. 270906)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Pornografia minorile - Concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico - Necessità - Fattispecie

Ai fini dell'integrazione del reato di pornografia minorile, di cui al primo comma dell'art. 600-ter cod. pen., è necessario che la condotta del soggetto agente abbia una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto, sicché esulano dall'area applicativa della norma solo quelle ipotesi in cui la produzione pornografica sia destinata a restare nella sfera

strettamente privata dell'autore. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto esente da censure la sentenza di merito che aveva desunto il pericolo di diffusione dal fatto che le immagini pedopornografiche erano state inviate tramite l'applicazione "WhatsApp" di un telefono cellulare ai minori divenuti oggetto delle mire sessuali dell'imputato, quale strumento di persuasione e corruzione). (Rigetta, App. Milano, 08/06/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2017

Cass. pen. Sez. III Sent., 24/11/2017, n. 15757 (rv. 273316)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza sessuale - In genere - Pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico - Reato di pornografia virtuale - Realizzazione di un fotomontaggio con i volti reali di minori- Sussistenza

Integra il reato di pornografia virtuale, di cui all'art. 600-quater 1 cod. pen., la produzione, mediante la tecnica del fotomontaggio, con l'utilizzo del programma "fotoshop", di un'immagine nella quale i volti reali di minori sono sovrapposti a corpi di adulti intenti a pratiche sessuali. (Rigetta, App. Lecce, 17/10/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2018

ass. pen. Sez. V Sent., 08/06/2018, n. 33862 (rv. 273897)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - In genere - Pornografia minorile - Materiale pedopornografico - Nozione

In tema di pornografia minorile, in virtù della modifica introdotta dall'art. 4, comma 1, lett. l), della legge n. 172 del 2012 (Ratifica della Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale) - che ha sostituito il primo comma dell'art. 600-ter cod. pen. - costituisce materiale pedopornografico la rappresentazione, con qualsiasi mezzo atto alla conservazione, di atti sessuali espliciti coinvolgenti soggetti minori di età, oppure degli organi sessuali di minori con modalità tali da rendere manifesto il fine di causare concupiscenza od ogni altra pulsione di natura sessuale. (Annulla in parte con rinvio, App. Milano, 09/03/2017)

FONTI

CED Cassazione, 2018

LA PUBBLICAZIONE DI FOTO DI MINORI SUI SOCIAL NETWORK TRA TUTELA DELLA RISERVATEZZA E INDIVIDUAZIONE DEI CONFINI DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

di Marialuisa Nitti(*)

Tribunale Mantova, 19 settembre 2017

Tribunale Roma Sez. I, 23 dicembre 2017

c.c. art. 10

D.Lgs. 30-06-2003, n. 196, Art. 4

D.Lgs. 30-06-2003, n. 196, Art. 7

D.Lgs. 30-06-2003, n. 196, Art. 8

D.Lgs. 30-06-2003, n. 196, Art. 145

L. 27-05-1991, n. 176, [Convenzione] 1.

L. 27-05-1991, n. 176, [Convenzione] 16.

Reg. (CE) 27-04-2016, n. 2016/679/UE, Articolo 8

L'inserimento di foto di figli minori sui social networks deve considerarsi un'attività in sé pregiudizievole in ragione delle caratteristiche proprie della rete internet. Il web consente infatti la diffusione di immagini e dati personali ad una rapidità tale da rendere difficoltosa e inefficace una qualsiasi forma di controllo sui flussi di informazioni. Tale pubblicazione, in considerazione delle modalità e della frequenza con cui viene praticata, può assumere rilevanza giuridica sia al fine di una eventuale condanna di tipo inibitorio, sia in punto di corretto esercizio della responsabilità genitoriale. Infatti, in caso di mancato consenso di entrambi i genitori alla pubblicazione di foto di figli minorenni, dovranno ritenersi violati i diritti all'immagine e alla riservatezza del fanciullo. A partire da queste premesse, il presente contributo si propone di analizzare una problematica che si pone al crocevia tra individuazione dei connotati del diritto alla riservatezza dei minori e definizione del perimetro della responsabilità genitoriale in un settore peculiare che sembra aprire a nuovi scenari di valutazione degli obblighi nascenti dalle relazioni familiari.

Sommario: 1. Il caso - 2. La tutela della riservatezza e dell'immagine dei minori nelle fonti nazionali e sovranazionali - 3. Il consenso digitale e l'autodeterminazione dei "grandi minori" - 4. La protezione dei dati personali del minore nel nuovo Regolamento europeo sulla privacy (Reg. UE 2016/679) - 5. La violazione degli obblighi inerenti la responsabilità genitoriale in relazione al diritto alla riservatezza dei minori: gli artt. 614 bis c.p.c. e 709 ter c.p.c. - 6. Osservazioni conclusive

1. Il caso

Le decisioni in commento ripropongono il delicato tema del rapporto tra minori e mondo della comunicazione per quanto concerne, in particolare, la pubblicazione di foto degli stessi su social networks. Entrambe affrontano la problematica da un particolare angolo visuale: l'individuazione dei confini della responsabilità genitoriale alla luce dell'esigenza di protezione del minore nell'era del "web 2.0"(1) in cui la crescita esponenziale della rete rischia di allentare notevolmente le maglie del controllo sui dati personali. Pur partendo dalla disamina di casi simili, le due sentenze offrono spunti di analisi diversificati su una questione di grande attualità e interesse che conosce, allo stato dell'arte, pochi precedenti.

Alla base vi è, in entrambi i casi, un contesto di estrema conflittualità genitoriale che offre l'occasione per affrontare il problema della protezione rafforzata del minore in relazione all'universo dei nuovi media. Nel caso esaminato dal Tribunale di Mantova(2) vi era la richiesta di modifica delle condizioni relative al regime di affido condiviso avanzata dal padre di due minori. Motivo del contenere era la pubblicazione da parte della madre dei bambini di diverse foto all'interno di alcuni social networks, nonostante la ferma opposizione paterna già manifestata in sede di precedenti accordi regolanti il regime di visita e frequentazione dei minori. Tale comportamento, considerato dal padre come gravemente diseducativo, ha trovato la definitiva stigmatizzazione del giudice mantovano che ha accolto la richiesta di inibitoria della pubblicazione delle foto ordinando contestualmente alla madre di provvedere alla rimozione di tutte quelle già inserite.

Sottesa alla decisione vi è la consapevolezza che la pubblicazione di foto di bambini sui social networks genera un potenziale pregiudizio per gli stessi attesa l'estrema pervasività della divulgazione di contenuti personali sul web: è proprio l'imprevedibile e incontrollabile capacità di internet di veicolare la trasmissione di immagini e dati personali con estrema rapidità che fa sì che questi possano agevolmente diffondersi ed entrare nella disponibilità di un numero imprecisato di persone - la maggior parte delle quali sconosciute e alcune potenzialmente "malintenzionate". Non potrebbe d'altra parte "andare sottaciuto l'ulteriore pericolo costituito dalla condotta di soggetti che "taggano" le foto on line dei minori e, con procedimenti di fotomontaggio, ne traggono materiale pedopornografico da far circolare fra gli interessati...". Nel passare rapidamente in rassegna le principali fonti normative poste a presidio della tutela della vita privata e dell'immagine dei minori, il Tribunale non solo ha affermato l'imprescindibilità del consenso di entrambi i coniugi per la pubblicazione delle foto ma, sulla scorta del carattere potenzialmente pregiudizievole della pubblicazione stessa, ha anche ritenuto opportuno provvedere in via d'urgenza inibendo la divulgazione per il futuro e ordinando la rimozione delle foto già inserite.

Il dato inibitorio e sanzionatorio della decisione del Tribunale di Mantova viene approfondito e portato alle sue estreme conseguenze nella pronuncia del giudice romano che, forse per la prima volta in questo specifico settore, giunge a prevedere la condanna ad un'astreinte. La sentenza del Tribunale di Roma, pur decidendo - analogamente a quanto fatto dal Tribunale di Mantova - per la rimozione delle foto del minore pubblicate su alcuni social, muove da un caso in parte diverso che dischiude a problematiche di più consistente spessore involventi la personalità e la storia personale di disagio del ragazzo. Per vero, come anticipato, l'aspetto davvero innovativo della pronuncia sta nella condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria (da versare su un conto corrente con vincolo pupillare) nell'eventualità in cui i genitori non avessero ottemperato ai provvedimenti disposti dal giudice: nella specie, per quello che qui più interessa, l'inibizione della condotta di pubblicazione e di diffusione delle foto del giovane e la cancellazione di quelle già inserite sui social networks(3). Nel caso sottoposto all'attenzione del giudice romano vi era alla base una vicenda di forte conflittualità che aveva portato il Tribunale alla sospensione della responsabilità genitoriale in considerazione delle condotte di entrambi i genitori, giudicate estremamente pregiudizievoli per la salute del minore. Nello specifico è stata ritenuta segnatamente censurabile la condotta della madre che aveva reso note le vicende personali del ragazzo (da tempo in cura presso uno psicoterapeuta) attraverso un uso sistematico e costante dei social networks. L'accaduto aveva approfondito e aggravato il turbamento del giovane giustificando così la sua richiesta, valutata positivamente dal giudice, di poter continuare gli studi superiori all'estero, in un ambiente nuovo dove avrebbe potuto ricominciare un percorso di istruzione, ma anche e soprattutto di socializzazione, senza quell'attenzione mediatica per la sua personale vicenda che invece la madre aveva attirato(4). La stessa infatti non risparmiava commenti e "post" volti a dipingere il figlio come un ragazzo problematico e complesso, soggetto a turbe psichiche di vario genere(5). Alla luce delle particolari circostanze del caso l'applicazione dell'anzidetta misura coercitiva indiretta ex art. 614 bis c.p.c. è apparsa al giudice come lo strumento maggiormente funzionale allo scopo di evitare il diffondersi di informazioni riguardanti la personalità del minore anche nel nuovo contesto sociale ed educativo.

Si tratta di due provvedimenti di importanza centrale, non solo in considerazione della rilevanza mediatica che hanno assunto, ma anche e soprattutto per l'affermazione di alcuni principi fondamentali in una materia, ad oggi, poco esplorata.

2. **La tutela della riservatezza e dell'immagine dei minori nelle fonti nazionali e sovranazionali**

Se la centralità della pronuncia del giudice romano sta tutta nel ripensamento del nuovo ruolo della responsabilità genitoriale, anche alla luce della possibilità di

condannare i genitori in seguito a condotte potenzialmente dannose, nella decisione del Tribunale di Mantova assume importanza decisiva la ricognizione delle fonti, tanto nazionali quanto sovranazionali, cui agganciare la tutela della personalità del minore in relazione ai nuovi strumenti di comunicazione. Il giudice richiama in primo luogo l'art. 10 c.c.(6), concernente la tutela dell'immagine dell'individuo, quale interesse del soggetto a che il suo ritratto non venga diffuso e esposto al pubblico. Tale diritto sarebbe drasticamente compromesso dalla condotta di pubblicazione di foto raffiguranti soggetti minorenni, per giunta in assenza del consenso di entrambi i genitori. Non solo: il giudice ritiene di dover fondare la pronuncia su alcune importanti disposizioni normative del Codice in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. n. 196/2003) riguardanti la tutela della riservatezza dei dati personali (richiama in particolare l'art. 4, lett. a, b, c, in relazione all'immagine fotografica del minore quale dato personale(7)), e del nuovo Regolamento UE n. 679/2016 sulla privacy che all'art. 8 - come meglio si dirà - individua le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali del minore.

Per quanto concerne le fonti sovranazionali importanza decisiva assume il richiamo alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre del 1989, ratificata in Italia con la L. n. 176 del 1991(8). Si tratta di un documento di assoluta rilevanza che manifesta come, già dal finire degli anni '80, fosse stata raggiunta la piena consapevolezza del potenziale lesivo e della pericolosità dei media nella crescita e nella formazione dei minori(9). Fondamentale è la promozione di un impegno degli Stati aderenti a garantire che il fanciullo non subisca interferenze nella sua vita privata nonchè pregiudizi alla sfera del suo onore o della sua reputazione(10). Al contempo la Convenzione promuove l'accesso delle nuove generazioni ai media e alle nuove tecnologie con ciò veicolando un'immagine moderna del minore, protagonista del suo processo educativo e formativo(11). Ma la figura del minore assume rilevo centrale anche in altre fonti normative, oltre a quelle tratteggiate dal giudice mantovano: si allude alla Convenzione Internazionale sui diritti dell'Infanzia (in particolare l'art. 19), alla Carta di Nizza (art. 24) e a molti altri testi di portata e rilievo internazionali.

Sul piano del diritto interno un riferimento va alla legge sulla protezione del diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633) che all'art. 96 vieta l'esposizione, la riproduzione o la commercializzazione del ritratto di una persona in assenza del suo consenso qualora ciò non risulti giustificato dalla notorietà della persona stessa o da peculiari esigenze scientifiche, culturali o ricreative. Si tratta di una problematica che consentirebbe di svolgere ulteriori riflessioni su una tematica tangente quella esaminata, ossia quella del rapporto tra minori e diritto di cronaca. Per quello che qui più interessa, basti dire che il rapporto tra soggetti più deboli e libertà di espressione artistica e giornalistica è da sempre stato riguardato, tanto nella giurisprudenza nazionale quanto in quella internazionale, in una prospettiva eminentemente funzionale alla tutela dei primi. In

tal senso, all'esito del giudizio di bilanciamento tra questi due opposti valori, il diritto alla riservatezza dei dati personali degli individui più deboli dovrà sempre essere considerato come preminente(12).

In definitiva, si tratta di un quadro normativo eterogeneo che, come anticipato, restituisce una nuova immagine del minore: un individuo che ha nel tessuto sociale un ruolo preciso, non più limitato al solo contesto familiare che, anzi, diviene un luogo privilegiato di promozione e valorizzazione della personalità dei più piccoli(13). Un pieno soggetto di diritto, dunque, titolare di situazioni giuridiche pretensive e di diritti fondamentali. Tra questi importanza centrale assumono il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali che tutelano la personalità dell'individuo su piani differenti: mentre il diritto alla riservatezza consentirebbe una forma di tutela da un punto di vista, per così dire, statico e negativo, quale diritto a mantenere segrete le informazioni personali, quello alla protezione dei dati personali sarebbe, per converso, un diritto dinamico e a contenuto positivo consistente nella possibilità di controllare i propri dati(14). Si tratta di due diritti che nel caso di soggetti minore età si declinano in modo affatto peculiare. Se, infatti, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 30 Cost. ha condotto al riconoscimento del diritto alla riservatezza del minore in primo luogo nel contesto familiare, maggiori difficoltà ha sollevato la problematica del riconoscimento del diritto dello stesso a mantenere un controllo sul flusso di dati personali. Proprio quest'ultimo aspetto assume un'importanza decisiva soprattutto in relazione alla possibilità dei ragazzi di gestire attivamente i propri dati qualora gli stessi siano utilizzati dai genitori. Di qui la necessità di garantire al diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati dei più piccoli una forma di tutela rafforzata alla luce, da un lato, dell'incapacità dei minori di compiere scelte pienamente consapevoli all'interno del web e, dall'altro, in considerazione dell'uso spregiudicato e a volte poco ponderato dei social da parte dei genitori.

È proprio questa chiara necessità di predisporre un efficace sistema di protezione del minore in relazione ai nuovi media ha portato nell'ultimo anno alla promozione di numerose politiche sociali e, non da ultimo, all'approvazione della legge per il contrasto al cyberbullismo (L. n. 71/2017)(15). Si tratta di una legge che prevede misure di contrasto e repressione - attraverso un approccio prevalentemente educativo e formativo - del fenomeno del bullismo on-line consistente in condotte di prevaricazione e sopraffazione realizzate via web(16).

In definitiva dunque, quello ricostruito dal giudice mantovano, è un quadro normativo composito e stratificato che ha come minimo comune denominatore la presa di coscienza della pericolosità della rete internet in considerazione della sua peculiare struttura e della facilità di accesso ad essa da parte dei minori: si tratta, infatti, di un

luogo privo di intermediari e di programmazioni definite che a lungo ha cercato di sfuggire al tentativo di inquadramento in una, seppure generica, intelaiatura normativa(17).

3. Il consenso digitale e l'autodeterminazione dei "grandi minori"

Le due sentenze in commento sollevano dunque problematiche che, da un lato, devono confrontarsi con il rinnovato concetto di responsabilità genitoriale e, dall'altro, portano alla luce la necessità di individuare un efficace e consistente nucleo di tutela per i minori quali individui capaci di autodeterminarsi in relazione ad alcuni importanti aspetti della loro vita privata.

Infatti è innegabile come "dalla rete riaffiori una visione Kantiana dei figli come cose in possesso dei genitori i quali, talvolta, pubblicano in rete su siti di socializzazione senza impostazioni di privacy immagini che ritraggono i loro figli già nella vita prenatale (ecografie durante la gravidanza) e nei primi mesi di vita, fornendo una diffusione di informazioni e immagini che appartengono all'intimità familiare"(18).

Invece la Costituzione e le Carte Sovranazionali tendono sempre più a promuovere una rivalutazione in chiave individualistica del minore: non più uno strumento nelle mani dei genitori ma un individuo in grado di compiere consapevolmente le proprie scelte - sia pure sotto la guida imprescindibile dell'esercente la responsabilità genitoriale - anche per ciò che concerne la diffusione e divulgazione della sua immagine o di fatti privati che lo riguardino(19).

Se tuttavia non può più realisticamente disconoscersi la titolarità in capo al minore dei diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte nazionali e sovranazionali e, per quello che qui più interessa, del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali, questo dato deve necessariamente confrontarsi con l'acquisita consapevolezza della potenzialità lesiva dei nuovi media in considerazione della velocità con cui consentono di veicolare informazioni e dati. In tal senso si comprende come il minore, sebbene non gli si possa più realisticamente disconoscere uno spazio di autonomia in relazione alle scelte personali che lo riguardino, non debba essere lasciato solo di fronte al nuovo strumento comunicativo. Da qui la necessità di riguardare questa problematica attraverso una prospettiva dualistica in grado di distinguere le esigenze dei bambini da quelle dei c.d. "grandi minori"(20). Le due sentenze in commento compendiano molto bene questo aspetto.

Infatti, mentre nella vicenda sottoposta all'attenzione del giudice mantovano veniva in rilievo un caso di pubblicazione di foto di minori appartenenti alla categoria dei petits enfants, la decisione del Tribunale di Roma risulta calibrata in considerazione

dell'età del ragazzo, un grand enfant sedicenne. Ma questo approccio differenziato consente di approfondire un altro aspetto centrale e di sicuro interesse: se, infatti, in passato la questione del rispetto della vita privata dei più giovani si poneva soprattutto in settori peculiari e delicati come quello penale, nel caso in cui gli stessi fossero stati vittima di reati, il nuovo statuto dei diritti fondamentali facenti capo ai soggetti deboli impone di considerare un'altra spinosa questione, ossia quella del consenso dei più piccoli al trattamento dei dati personali. Essa si ricollega inevitabilmente alla problematica del rapporto tra capacità di agire del minore e espressione libera del consenso, in particolare del consenso digitale.

È a dirsi che l'approccio alla questione è stato notevolmente condizionato dall'evoluzione normativa in materia di protezione dei dati personali culminata da ultimo con l'approvazione del Regolamento UE sulla privacy. Prima di tale intervento normativo non vi era un chiaro referente, tanto nelle disposizioni codicistiche quanto nella legislazione speciale, cui agganciare la problematica dell'espressione del consenso digitale del minore. Una lettura letterale del Codice privacy, che, per vero, non dedica una disposizione specifica alla problematica, ha portato alcuni a ritenere che la prestazione del consenso del minore dovesse essere sempre demandata al rappresentante legale dello stesso. Si tratta di una lettura fedele all'impianto del codice civile, e, in particolare alla visione patrimoniale dei rapporti giuridici dallo stesso delineata anche attraverso le figure concettuali dell'incapacità del minore e della rappresenta legale. Un'interpretazione che, nel timore di concedere troppo alle istanze di matrice internazionale, favorevoli al riconoscimento di sempre maggiori spazi di autonomia, anche negoziale, ai più piccoli, finiva per privilegiare un'interpretazione estremamente ossequiosa all'art. 2 c.c.: essendo questi incapaci di agire fino al raggiungimento della maggiore età non potrebbero validamente esprimere, da soli, un consenso digitale. Era dunque un'impostazione in stridente contrasto con la nuova figura del minore così come sviluppatasi nel contesto internazionale. Come anticipato in quest'ambito si tendeva, di contro, a valorizzare la sua capacità di autodeterminazione ridimensionando "la portata dell'incapacità negoziale del minore, il quale, compatibilmente con l'esigenza della sua protezione, deve poter godere dell'autonomia necessaria per svolgere la sua personalità"(21). Da qui l'emergere di alcune tesi di segno contrario secondo cui il consenso digitale dei minorenni andrebbe riguardato come una dichiarazione di volontà di natura non negoziale che non richiederebbe la capacità d'agire degli stessi(22). In altri casi si è argomentato a partire dalla natura personalissima del consenso che, in quanto tale, potrebbe essere espresso validamente solo dal soggetto titolare dello stesso(23). Tuttavia il silenzio del Codice privacy rendeva difficile per l'interprete il tentativo di allontanarsi dalle strettoie dell'art. 2 c.c. con tutte le contraddizioni che ne conseguivano rese, del resto, ancora ancora più evidenti dalla diffusione dilagante dei social networks tra i più giovani. Se

infatti il minore non poteva ritenersi in grado di esprimere validamente un consenso digitale, tale circostanza non sarebbe riuscita a spiegare come lo stesso avrebbe potuto, invece, concludere un contratto con uno dei principali social networks - facebook, instagram, etc. che fissano l'età minima per l'iscrizione a 13 anni e che generano un flusso consistente di dati personali e sensibili attraverso una rilevante attività di profilazione dei comportamenti.

A fare chiarezza all'interno di un quadro normativo disarticolato e contraddittorio è intervenuto il legislatore europeo con il Regolamento in materia di protezione dei dati personali.

4. La protezione dei dati personali del minore nel nuovo Regolamento europeo sulla privacy (Reg. UE 2016/679)

Il recente intervento del legislatore europeo, destinato a entrare in vigore il 25 maggio 2018, ha restituito un rinnovato interesse alla problematica del trattamento dei dati personali relativi a soggetti minorenni. Dell'importanza della novella normativa si è mostrato consapevole anche il giudice del Tribunale di Mantova che, nel ripercorre le fonti normative rilevanti in materia di tutela dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione, cita l'art. 8 del Regolamento(24). Tale norma prevede che i minori, in questo specifico ambito, possano validamente prestare il loro consenso al trattamento dei dati personali solo a partire dai 16 anni. In caso di minore infrasedicenne il consenso sarà valido solo se prestato o autorizzato dai genitori o comunque dal titolare della responsabilità genitoriale(25). Si tratta di un limite che può scendere fino alla soglia dei 13 anni qualora gli Stati membri decidano di derogarvi con una specifica disposizione di legge(26).

Il legislatore europeo ha così previsto una sorta di "maggiore età digitale" qualora il consenso al trattamento dei dati, e quindi anche alla pubblicazione di foto, sia espresso da un "grande minore" di 16 anni(27). Proprio questa nuova considerazione della capacità di discernimento e di autodeterminazione del minore è alla base della decisione del Tribunale di Roma che nel riconoscere la lesione del diritto alla riservatezza del ragazzo le cui foto erano state pubblicate dalla madre, per l'appunto, senza il suo consenso, si inserisce nel solco di una rinnovata valutazione del concetto di privacy dei soggetti deboli. Infatti il recente intervento normativo europeo, da un lato, mostra di dedicare maggiore attenzione ai minori(28) ma, dall'altro, si fa espressione delle loro istanze autonomistiche e personalistiche in considerazione dell'accesso frequente, a volte quotidiano, degli stessi ai servizi della società dell'informazione.

5. La violazione degli obblighi inerenti la responsabilità genitoriale in relazione al diritto alla riservatezza dei minori: gli artt. 614 bis c.p.c. e 709 ter c.p.c.

Come anticipato le due sentenze in commento affrontano una problematica che si colloca al crocevia tra rispetto al diritto alla riservatezza e individuazione dei connotati propri della responsabilità genitoriale in un settore peculiare, quale quello della diffusione dei dati dei minori, in cui appare maggiormente urgente comprendere e verificare se e in che modo la violazione degli obblighi sussistenti in capo ai genitori possa essere in qualche modo sanzionata.

In via preliminare, non appare superfluo evidenziare come l'evoluzione normativa che ha portato dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale passando attraverso l'istituzione della potestà genitoriale (che con la Riforma del 1975, L. n. 151, ha sostituito la figura della patria potestà) vada letta nel segno non solo di un progressivo riconoscimento dell'uguaglianza tra coniugi in relazione alla crescita della prole, ma di una progressiva funzionalizzazione dell'istituto all'interesse del minore in una prospettiva prettamente educativa e formativa(29).

Se, a seguito della riforma, la responsabilità genitoriale può arrivare ad essere considerata come ufficio di diritto privato funzionale tra le altre - ed è questo uno degli aspetti maggiormente significativi - a garantire e consentire al minore l'esercizio dei suoi diritti fondamentali, ben si comprende la portata delle due pronunce, in particolare di quella del giudice romano, nella parte in cui prevede a carico di ciascuno dei due genitori la comminatoria di un'astreinte(30). Nella misura in cui la responsabilità genitoriale è un istituto che trova la sua ragion d'essere nella formazione del minore in vista di un suo proficuo inserimento nel tessuto sociale, ben si spiega la previsione di limiti alla stessa attraverso una soggezione al controllo giudiziale. La sentenza del Tribunale di Roma dimostra quanto queste affermazioni siano tanto più fondate quando in considerazione vengano i citati "grandi minori" portatori di istanze di maggiore autonomia rispetto ai ragazzi più piccoli.

Non solo: entrambe le pronunce mostrano di declinare la problematica della pubblicazione delle foto dei figli minori sui social in una prospettiva duale richiedendo, quale elemento imprescindibile, che sussista il consenso di entrambi i coniugi. Ciò si pone in linea con quelli che sono i connotati proprio del riformato istituto della responsabilità genitoriale che prevede, accanto alle decisioni che ciascuno dei genitori può prendere autonomamente nell'interesse dei figli, anche un nucleo di situazioni (come quella in esame) che per la sua rilevanza e per il potenziale pregiudizio che può apportare, richiede il consenso di entrambi i coniugi(31).

Del resto la pronuncia inibitoria del Tribunale di Modena e la comminatoria dell'astreinte da parte del giudice romano si inseriscono in un filone giurisprudenziale che sembra ammettere con sempre maggiore larghezza rispetto al passato la comminatoria di pronunce di tipo sanzionatorio; complice, da un lato, un ripensamento dell'illecito aquiliano in una prospettiva polifunzionale, dall'altro, il

progressivo espandersi della responsabilità civile anche nel contesto familiare(32). Proprio quest'ambito vede un ventaglio ampio di rimedi tra loro diversi quanto a natura e funzione ma che condividono il comune obiettivo di garantire l'attuazione degli obblighi nascenti dalla responsabilità genitoriale. Significativa è in tal senso la previsione dell'art. 614 bis c.p.c: esso si configura quale rimedio generale - e per questo adattabile anche alle vicende che interessino il contesto endofamiliare - che in qualche modo pare echeggiare le astreintes proprie del diritto francese(33). Questa è proprio la norma che il giudice romano ha deciso di applicare nel caso esaminato. L'art. 614 bis c.p.c. rimette al giudicante la possibilità di condannare l'obbligato al pagamento di una somma di denaro in caso di violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione di un obbligo di fare infungibile o non fare. La ratio è, evidentemente, quella di rendere cogente l'obbligo previsto dalla pronuncia. Si tratta di una misura coercitiva indiretta il cui utilizzo, soprattutto nel caso della violazione degli obblighi di non fare (come nel caso di specie in relazione al divieto di pubblicazione di immagini del minore), configura un duplice vantaggio: da un lato, guarda al passato attraverso la condanna all'eliminazione di quanto fatto in violazione dell'obbligo, per altro verso, è rivolta al futuro quale divieto di compiere una determinata attività da quel momento in poi(34). Si tratta quindi di un rimedio in qualche modo preventivo, secondo il modello della condanna condizionata, che consente al creditore di precostituirsi un titolo esecutivo per l'eventualità dell'inadempimento della parte obbligata(35). Alcuni hanno sottolineato come essa si atteggi come una "penale" sui generis che il giudice andrebbe a quantificare in via preventiva(36).

La primaria importanza dei valori in gioco spiega la scelta di questo peculiare strumento da parte del giudice del Tribunale di Roma; inoltre la stessa circostanza che la madre avesse già violato quanto statuito in precedenza dal giudice ben si sposa con la natura in qualche modo preventiva di questa pena privata. La comminatoria dell'astreinte conferma dunque la consapevolezza della potenziale lesività della condotta dei genitori che facciano un uso spregiudicato dei social network accettando in tal modo il rischio che situazioni pregiudizievoli e lesive possano interessare i loro figli. Del resto l'esempio del 614 bis c.p.c. - quale misura di stampo sanzionatorio e afflittivo - non è l'unico che assume rilievo all'intero del contesto endofamiliare. Si allude alla disposizione di cui al 709 ter c.p.c., introdotta dalla L. n. 54 del 2006, che prevede un rimedio destinato a trovare applicazione esclusiva in caso di violazione degli obblighi inerenti la responsabilità genitoriale(37). I presupposti di quest'ultima norma sono ancorati alle condotte genitoriali che costituiscano in via alternativa: gravi inadempienze; atti che comunque arrechino un pregiudizio al minore oppure che atti che comunque ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento.

Lo stesso 709 ter c.p.c., da alcuni ritenuto cumulabile con il 614 bis c.p.c. in considerazione della sua natura prettamente punitiva, - a differenza del secondo

rimedio in cui il dato sanzionatorio andrebbe a stemperarsi in quello preventivo - testimonia come proprio il diritto di famiglia costituisca un settore in cui la responsabilità civile ben può colorarsi di sfumature di deterrenza(38).

La norma è stata oggetto, di recente, di un rinnovato interesse in concomitanza con l'accrescersi del dibattito sull'ammissibilità nel nostro ordinamento dei cc.dd. punitive damages. Si è cominciato così a dare atto della tendenza "a voler colpire con la sanzione pecuniaria la condotta in sé dell'autore, in un'ottica "punitiva" che, del resto, non è estranea al comparto del danno non patrimoniale, così come non sono ad essa estranei certi interventi normativi che hanno nell'art. 709 ter c.p.c. un terminale di indubbia espressività"(39). Non è mancato chi ha sottolineato come la norma in parola abbia portato al definitivo sdoganamento del nostro ordinamento dei danni punitivi che, anche a partire dal peculiare settore della responsabilità nelle relazioni familiari, avrebbe in qualche modo contaminato la stessa essenza della responsabilità civile(40). La decisione del giudice romano offre quindi lo spunto per riconsiderare un tessuto normativo che delinea una rete di rimedi di vario genere a favore del soggetto debole configurando un ampio ventaglio di tutele: rimedi tipici, di rito o previsti dal diritto sostanziale.

Un aspetto interessante in relazione ai rimedi puntivi previsti in ambito endofamiliare attiene al dato dell'officiosità delle pronunce che le comminano, potendo il giudice pronunciarsi pur in assenza di domanda di parte(41). Questa considerazione potrebbe essere letta come una sorta di dietro-front verso quel paternalismo giudiziario e legislativo che in passato aveva caratterizzato la materia del diritto di famiglia. Si tratta di un timore infondato in quanto deve ritenersi che questo strumentario di rimedi, che contempla al suo interno anche misure di stampo afflittivo, in nulla vada a incrinare l'acquisita dimensione privatistica della famiglia. Questa impostazione infatti si pone nel solco tanto di una riconsiderazione delle molteplici sfaccettature dell'illecito aquiliano quanto della crescente volontà dell'ordinamento di accordare una tutela rafforzata ai soggetti deboli, soprattutto in un settore, come quello del rapporto dei minori con i nuovi media, in cui i diritti fondamentali degli stessi sono maggiormente a rischio.

6. Osservazioni conclusive

Le problematiche che le due pronunce in commento sollevano aprono quindi alla necessità di un confronto con questa nuova nozione di responsabilità genitoriale: essa non può più essere letta alla stregua di un potere di supremazia, proprio del vecchio concetto di patria potestà, cui faceva da contraltare uno stato di soggezione dei figli(42). Si tratta di una nozione dai contorni volutamente ampi e sfumati, un vuoto

contenitore che compendia al suo interno il conflitto come una delle tante modalità di estrinsecazione e di realizzazione della famiglia; un momento, dunque, di "normalità" nella consapevolezza che la fase dialettica e il latente contrasto tra libertà di autodeterminazione dei minori e responsabilità dei genitori, riguardata adesso nel suo aspetto prettamente educativo, siano da apprezzare nella loro portata formativa e di crescita per lo stesso nucleo familiare.

Se dunque il coinvolgimento dei figli nelle decisioni fondamentali, sia che esse riguardino la sfera personale (come nel caso del trattamento di dati che agli stessi si riferiscano), sia che attengano al piano precipuamente educativo (è il caso della scelta del ragazzo romano di proseguire i suoi studi all'estero), rappresenta uno snodo fondamentale in questa nuova costruzione della relazione genitori/figli, ben si comprendono le due sentenze esaminate nella parte in cui hanno stigmatizzato la diffusione delle immagini dei minori. Nel primo caso, in quanto il consenso dei due minori, bambini in tenerissima età, non avrebbe potuto essere espresso in maniera consapevole, stante l'assoluta mancanza di maturità psicologica degli stessi, e, nel secondo, in considerazione della fragilità emotiva e psichica del ragazzo che, nonostante la peculiare e tormentata vicenda personale viene nondimeno riconosciuto come pieno padrone del suo futuro, non solo scolastico ma anche sociale, a scapito di un anacronistico paternalismo decisionale che i due conflittuali genitori avrebbero voluto continuare ad arrogarsi(43).

Entrambe le pronunce affrontano dunque un tema di rilevante impatto giuridico e sociale: il pregiudizio insito nella diffusione sui social networks di immagini di minorenni, ed entrambe conducono a soffermarsi su una problematica di crescente rilievo nell'era dei nuovi media ossia l'inviolabilità della persona e della sua immagine e dei limiti che la tutela della stessa conosce(44). Problematica che conosce una declinazione peculiare se considerata in relazione a soggetti minori di età e che ripropone il latente e sistemico conflitto tra libera manifestazione del pensiero e tutela dei diritti della persona, in particolar modo del diritto alla riservatezza. È indubbio che, dalla disamina delle più importanti carte nazionali e sovranazionali l'interesse del minore debba considerato sempre preminente. Già a partire dal Codice privacy del 2003 e dal Codice deontologico per le attività giornalistiche è emersa l'esigenza di garantire una tutela rafforzata del diritto alla privacy dei soggetti più deboli a scapito del diritto di cronaca.

La pericolosità della divulgazione su internet di immagini e dati di minori rappresenta una problematica verso cui lo stesso Garante privacy si è mostrato negli anni particolarmente sensibile. Dal momento che l'estrema pervasività della divulgazione via Internet può rendere particolarmente seria la violazione dei diritti dell'interessato è necessario che il livello di allerta sia massimo quanto vengano inserite sul web

informazioni riguardanti bambini. È quanto affermato dal Garante in un recente provvedimento con cui ha disposto la rimozione di due sentenze relative alla cessazione degli effetti civili del matrimonio contenenti dati personali di una minorenne, pubblicate dalla madre della stessa sulla propria pagina Facebook(45). Il Garante ha infatti ritenuto che tale pubblicazione si ponesse in contrasto con quanto previsto dalla disciplina del Codice privacy, in particolare dall'art. 50, secondo cui: "Il divieto di cui all'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, di pubblicazione e divulgazione con qualsiasi mezzo di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione di un minore si osserva anche in caso di coinvolgimento a qualunque titolo del minore in procedimenti giudiziari in materie diverse da quella penale" e dell'art. 52, comma 5, in base al quale "fermo restando quanto previsto dall'articolo 734-bis del codice penale relativamente alle persone offese da atti di violenza sessuale, chiunque diffonde sentenze o altri provvedimenti giurisdizionali dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado è tenuto ad omettere in ogni caso, anche in mancanza dell'annotazione di cui al comma 2, le generalità, altri dati identificativi o altri dati anche relativi a terzi dai quali può desumersi anche indirettamente l'identità di minori, oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone". Ben si comprende dunque la posizione del Garante privacy in relazione alla disciplina dei rapporti tra minori e social network anche, e soprattutto, nel caso in cui non sia il minore ad avere il controllo dello strumento ma i contenuti siano pubblicati da soggetti terzi: la considerazione della estrema capacità diffusiva del web porta infatti con sé la consapevolezza che "Un post su facebook non è mai per soli amici"(46).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) L'espressione web 2.0 è stato coniata intorno agli inizi degli anni 2000, in relazione al mutare dell'approccio dell'utente nei confronti della rete. Essa individua una diversa possibilità di interazione tra utente e web nella misura in cui il primo diventa autore oltre che fruitore dei contenuti multimediali attraverso l'utilizzo di blog, social network, etc. Sul punto di veda Di Bari, L'era della web communication. Il futuro è adesso, Trento, 2010, 41 ss.

(2) L'unico precedente, per vero inedito, è quello del Tribunale di Foggia del gennaio 2017. Ne riporta alcuni passi salienti Gargiulo, Tribunale Foggia: no foto minori sui social senza consenso entrambi i genitori, in www.statoquotidiano.it, 2017: "Attualmente non esiste una regolamentazione specifica sulla pubblicazione dei dati personali riferiti ai minori, né un divieto per i genitori per la suddetta pubblicazione che pertanto va ritenuta lecita. Ma ciò non vuol dire che il genitore può fare un uso smodato e indiscriminato delle immagini che ritraggono i loro figli. Il consenso alle esposizioni delle loro immagini deve essere espresso da entrambi i genitori esercenti

la responsabilità fino al compimento del sedicesimo compleanno del minore medesimo. Ed è necessario l'accordo dei genitori per la pubblicazione online delle foto dei figli perché trattasi di una decisione che non ha carattere ordinario, ma straordinario...Il genitore che unilateralmente decide di pubblicare le foto del figlio (o della figlia) online, senza preventivamente acquisire il consenso dell'altro genitore viola perciò le norme sull'esercizio della responsabilità genitoriale. La pubblicazione di foto di figli minori, sebbene in sé lecita, potrebbe per le modalità e l'intensità con cui viene praticata, essere considerata pregiudizievole per il minore ed in quanto tale avere rilevanza giuridica sia al fine di una eventuale decisione di rimozione, sia in termini di corretto esercizio della capacità genitoriale".

(3) In realtà nella sentenza il giudice ha previsto una condanna anche a carico del padre del minore qualora non avesse provveduto economicamente al ritorno periodico del figlio dall'istituto scolastico statunitense dallo stesso scelto, e a fornire al tutore le relazioni trimestrali formulate dall'istituto sull'andamento scolastico del minore. Ma, il dato maggiormente interessante, riguarda la previsione delle sanzioni in relazione alla condotta materna.

(4) Per tali ragioni l'esperienza di studi nel collegio Statunitense è stata valutata dal giudice romano, sulla scorta delle dichiarazioni dello stesso minore ("...avere più opportunità di lavoro... ci tengo a fare la vita di un ragazzo normale... che speranza ho in Italia dove tutti conoscono la mia storia... cosa posso fare il bidello?") come un percorso dal potenzialmente spessore formativo: non solo un'opportunità per accrescere le competenze linguistiche anche in vista di un futuro sbocco occupazionale, ma anche la giusta occasione per superare le difficoltà nell'instaurare rapporti sociali in Italia.

(5) La considerazione che il trasferimento all'estero del ragazzo avrebbe impedito le frequentazioni con la madre non viene ritenuta rilevante dal giudice sulla scorta della considerazione per cui i rapporti con la stessa erano già considerevolmente compressi a causa della condotta pregiudizievole verso il figlio che, dunque avrebbe rifiutato di incontrarla a prescindere dal luogo di frequentazione scolastica. Nell'ottica dell'organo giudicante, dunque, l'allontanamento del ragazzo per ragioni di studio avrebbe presumibilmente consentito il recupero del rapporto materno in una prospettiva futura, relazione che invece in Italia avrebbe conosciuto assai remote possibilità di ripresa.

(6) Sul diritto all'immagine si veda De Cupis, I diritti della personalità, Milano, 1982, 283; Sirena, Diritto all'immagine, Milano, 1996, 230.

(7) Per vero il Tribunale di Mantova richiama anche altre specifiche disposizione del Codice privacy: si tratta degli artt. 4, 7, 8 e 145 riguardanti rispettivamente le

"Definizioni", il "Diritto di accesso ai dati personali e altri diritti, l'"Esercizio dei diritti" e i "Ricorsi".

(8) Sul punto si veda Lima, La tutela dei minori nella legislazione internazionale, in Per un'etica dei mass media e del cyberspazio a tutela dei minori. Elementi di diritto internazionale. Legislazione nazionale e legislazione italiana, a cura di Lima - Cinque, Milano, 2004, 10 ss.; Dogliotti, I diritti dei minori e la Convenzione O.N.U, DFP, 1992, 301.

(9) Spangaro, Tutela dei minori e delle fasce deboli, in Finocchiaro - Delfini (a cura di), Diritto dell'Informatica, Milanofiori Assago, 2014, 221.

(10) Si veda l'articolo 16 della Convenzione di New York: "1. Nessun fanciullo sarà oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. 2. Il fanciullo ha diritto alla protezione della legge contro tali interferenze o tali affronti".

(11) Rubino, Minori e privacy: una tutela rafforzata?, in De Minico (a cura di), Nuovi media e minori, Roma, 2012, 85; Musnelli, Internet e tutela dei minori, in Dir. Informatica, 2011, 6, 727; A proposito della Convenzione quale "vero e proprio Statuto dei diritti dei minori di età" si veda Spangaro, Minori e mass media: vecchi e nuovi strumenti di tutela, Milanofiori Assago, 2011, 257 ss.

(12) Si tratta di una problematica che ha interessato, e interessa tutt'ora, in misura considerevole il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Viene in rilievo ad esempio la sentenza della Cassazione n. 19069 del settembre 2006 che, in un caso riguardante la pubblicazione, su una nota rivista, di foto di un minorenne raffigurato vicino ad una nota attrice televisiva, ha affermato che "il diritto alla riservatezza del minore, nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla privacy) deve essere considerato assolutamente preminente, laddove si riscontri che non ricorra l'utilità sociale della notizia e, quindi, con l'unico limite del pubblico interesse". In un caso deciso nello stesso mese la Cassazione (n. 21172 del settembre 2006) è giunta ad esiti diversi, pur partendo dalla disamina di un caso simile. I giudici del Supremo Consesso hanno ritenuto non censurabile la motivazione dei giudici di merito che avevano escluso il carattere abusivo della pubblicazione, ritenendo che il comportamento del genitore che espone il figlio in un luogo pubblico in compagnia di una persona famosa costituisca un implicito consenso alla ripresa fotografica di questi e alla pubblicazione della sua fotografia. Entrambe le pronunce fondano la decisione sul richiamano ad alcuni importanti testi normativi quali il Codice deontologico dei giornalisti del 1998 e la Carta di Treviso del 1990 relativi alla tutela del minore in relazione all'esercizio del diritto di cronaca giornalistica. Per un commento alle due

sentenze si veda Lena, Le incertezze della Cassazione su privacy del minorenne e diritto di cronaca: tutela rafforzata della riservatezza o prevalenza dell'utilità della notizia?, in questa Rivista, 2007, 2, 134 ss.

(13) Sesta, in Sesta (a cura di), Codice delle unioni civile e delle convivenze, Milano, 2017, 108 ss.; Dogliotti, La potestà dei genitori e l'autonomia del minore, in Tratt. Dir. civ. comm., diretta da Cicu - Messineo - Mengoni, Milano, 2007, 145 ss.

(14) Sul punto si veda Finocchiaro, La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità, in Finocchiaro - Delfini (a cura di), Diritto dell'informatica, Milanofiori Assago, 2014, 159 ss. Altri parlano di privacy in senso più generale distinguendo tra un profilo dinamico e un profilo statico della stessa: sul punto si veda Thiene, Riservatezza e autoderminazione del minore nelle scelte esistenziali, in questa Rivista, 2017, 2, 174; Corriero, Privacy del minore e potestà dei genitori, in Rass. dir. civ., 2004, 998 ss.

(15) P. Pittaro, La legge sul cyberbullismo, 2017, 8-9, 819 ss.

(16) La legge privilegia un approccio formativo, volto a rafforzare una sorta di educazione digitale dei minori, rispetto ad un approccio di tipo repressivo prevedendo un nucleo di misure volta a tutelare non solo la vittima della condotta, ma anche l'autore della stessa. Rubino, op. cit., 89; Mantelero, Adolescenti e privacy nella scuola ai tempi di youtube, in Nuova giur. civ. comm., 2011, 140.

(17) Sul punto si veda Rubino, op. cit., 95. Sull'aspetto relativo al tentativo della rete di sfuggire a forme di regolamentazione si veda, Spangaro, op. cit., 236.

(18) Thiene, op. cit., 175.

(19) De Meo, La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana e europea, in Dir. fam., 2012, 1, 461.

(20) Questa affermazione è un contenuta in un passo della sentenza emessa dal Tribunale di Roma laddove dice "... In questi termini è comunque orientata la prevalente giurisprudenza di merito là dove, ad esempio, afferma che "secondo la letteratura di settore esperta in materia, i minori possono essere distinti in c.d. petits enfants e c.d. grands enfants (con una terminologia adottata nel diritto francese): per i primi prevale l'esigenza di protezione; per i secondi, l'esigenza di esercitare i diritti di libertà. Nella seconda categoria, certamente si annovera il sedicenne il quale, infatti, riceve già dalle norme vigenti un trattamento differenziato" (Trib. Milano, Sez. IX civ., 14 aprile 2014); Rescigno, Interessi, diritti, esercizio dei diritti nell'età minorile, in Matrimonio e famiglia, Torino, 2000, 319; Dattola, Internet e minori, in Cendon (a cura di), Trattato dei nuovi danni, 3, 830 ss.

(21) Sul punto si veda Patti, sub art. 23, in Bianca, Busnelli, Navarretta, Patti, Vecchi (a cura di), Tutela della privacy l. 31 dicembre 1996, n. 675), in Nuove leggi civ., 1999, 544 ss.

(22) La Rosa, Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori, Milano, 2005, 166.

(23) Sul punto si veda Busnelli, in Dir. fam., 1982, 54.

(24) Art. 8 Reg. Ue "Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione: 1. Qualora si applichi l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), per quanto riguarda l'offerta diretta di servizi della società dell'informazione ai minori, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Ove il minore abbia un'età inferiore ai 16 anni, tale trattamento è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale. Gli Stati membri possono stabilire per legge un'età inferiore a tali fini purché non inferiore ai 13 anni. 2. Il titolare del trattamento si adopera in ogni modo ragionevole per verificare in tali casi che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili. 3. Il paragrafo 1 non pregiudica le disposizioni generali del diritto dei contratti degli Stati membri, quali le norme sulla validità, la formazione o l'efficacia di un contratto rispetto a un minore".

(25) In relazione alla previsione della necessaria autorizzazione dell'esercente la responsabilità genitoriale in caso di trattamento di dati personali di un minore infrasedicenne. Sul punto si veda Bravo, Il consenso e le altre condizioni di liceità, in Finocchiaro (a cura di), Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali, Bologna, 2017, 167. L'autore fa notare come con tale disposizione il legislatore europeo non abbia considerato l'atto di prestazione del consenso come atto personalissimo del minore ammettendo che, nel caso in cui lo stesso abbia un'età inferiore ai 16 anni, possa essere prestato dall'esercente la responsabilità genitoriale e ciò anche in contrasto con la tendenza a considerarlo invece come tale inaugurata dalla più importanti convenzioni internazionali.

(26) La previsione di questa facoltà derogatoria si basa sula considerazione che i principali social network prevedono, quale età minima di iscrizione quella di 13 anni: quindi deve essere riguardato come un tentativo di uniformarsi a tale disciplina. Non sono mancate le critiche alla disposizione in parola: si veda Bravo, op. cit., 168, laddove a proposito del consenso del minore afferma: "Per un verso, infatti, si introduce una forte limitazione oggettiva al riconoscimento della capacità d'agire per il minore ultrasedicenne: il compimento dell'atto di consenso rende il trattamento lecito solamente se il consenso riguarda i servizi della società dell'informazione. Al di fuori

di tale (ristretto) ambito oggettivo tornerebbe ad operare la regola generale secondo cui il consenso deve essere prestato dal soggetto che esercita la responsabilità genitoriale.... Sembra invece che la deroga rispetto al regime generale sia stata ideata per creare una base di liceità a favore dei fornitori dei servizi della società dell'informazione, per le tante ipotesi di raccolta del consenso dei minori nell'uso dei servizi telematici, senza alcun intervento di chi esercita la responsabilità genitoriale".

(27) Sul concetto di maggiore età digitale si veda D'Avino, Privacy e minori, come evolve il diritto, in www.stradeonline.it/dirittoelibertà, 2017.

(28) Si veda il considerando n. 38 del Regolamento europeo in materia di privacy: "I minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore". Nonché il considerando n. 58 "Il principio della trasparenza impone che le informazioni destinate al pubblico o all'interessato siano concise, facilmente accessibili e di facile comprensione e che sia usato un linguaggio semplice e chiaro, oltre che, se del caso, una visualizzazione. Tali informazioni potrebbero essere fornite in formato elettronico, ad esempio, se destinate al pubblico, attraverso un sito web. Ciò è particolarmente utile in situazioni in cui la molteplicità degli operatori coinvolti e la complessità tecnologica dell'operazione fanno sì che sia difficile per l'interessato comprendere se, da chi e per quali finalità sono raccolti dati personali che lo riguardano, quali la pubblicità online. Dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente".

(29) Al Mureden, Dalla potestà alla responsabilità genitoriale, in Giur. it., 2014, 1266 ss.; Bucciante, La patria potestà nei suoi profili attuali, Milano, 1971, 21; Marcello, Giur. it., 2015, 11, 2333; Sesta, in Sesta - Arceri, La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli, in Cicu - Messineo - Mengoni - Shlesinger, Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia, III, Milano, 2016, 86 ss.

(30) Sul punto si veda Amram, L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare: l'art. 709 ter c.p.c. al vaglio della giurisprudenza e della dialettica "sanzione - mediazione", in Fam. pers. e succ., 2011, 533; Arceri, sub art. 709 ter c.p.c., in Sesta (a cura di), Codice della famiglia, 2015, 1917.

(31) Al Mureden, La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari, in questa Rivista, 2014, 5, 466.

(32) Il problema vede a monte il progressivo affermarsi della responsabilità civile nell'ambito dei rapporti di famiglia: sul punto si veda Sesta, Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva, in questa Rivista, 2017, 3, 289 ss.

(33) Ponzanelli, Danni punitivi: no grazie, in Foro it., 2007,I, 1460 ss.; Zingales, Misure sanzionatorie e processo civile, osservazioni a margine dell'art. 709 ter c.p.c., in Dir. fam. e pers., 2009, 404 ss.

(34) Paladini, Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?, in Resp. civ. prev., 2007.

(35) Positano, Responsabilità civile endofamiliare: profili generali, in Cendon (a cura di), La responsabilità civile, 2, Vicenza, 2017, 2551 ss.: l'autore sottolinea la peculiarità del rimedio in parola nella misura in cui la sua natura di condanna condizionata non influisce sulla sua configurabilità quale titolo esecutivo. Il dato saliente sta nel fatto che l'inadempimento rappresenta solo un profilo ipotetico.

(36) Muscio, Esecuzione dei provvedimenti sulla responsabilità genitoriale: l'art. 709 ter c.p.c. e la nuova formulazione dell'art. 614 bis c.p.c., in www.ilfamiliarista.it, 30.09.2015.

(37) Questo è uno dei principali tratti distintivi rispetto alla fattispecie di cui al 614 c.p.c. che, come visto, si configura come rimedio generale adattabile a situazioni diverse.

(38) Sul punto si veda Amram, Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709 ter e 614 c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali, in Danno e resp., 2012, 781.

(39) Cassano - Marvasi, Danno esistenziale e danni punitivi: profili risarcitori e quantificazione nella famiglia in crisi, in Danno e resp., 2016, 7, 685 ss.; Oberto, I rimedi dell'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della famiglia in crisi, in questa Rivista, 2008, 1, 90.

(40) Pardolesi, Vocazione sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c. e natura polifunzionale della responsabilità civile, nota a Trib. Messina 8 ottobre 2012, in Danno e resp., 2013, 409; D'Angelo, Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709 ter c.p.c., in Familia, 2006, I, 1047. Quanto al riconoscimento della natura polifunzionale della responsabilità civile di centrale rilievo risulta quanto affermato dalle SS.UU. nella recente pronuncia n. 16601 del luglio del 2017: "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al

sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico"; si veda Ponzanelli, Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno, in Nuova giur. civ. comm., 2017, 10, 1413.

(41) In un passo della sentenza del Tribunale di Roma si legge infatti "Sebbene l'art. 614 - bis c.p.c. preveda l'istanza di parte, la ratio sottesa all'art. 709 ter c.p.c., che autorizza il giudice ad adottare anche ex officio tutte le misure necessarie per l'attuazione dei provvedimenti inerenti l'affidamento, tra le quali rientrano le misure di carattere esecutivo, e le misure a tutela del minore, consente al giudice di pronunciare, nella materia in oggetto, l'astreintes anche in assenza di domanda di parte. Ciò discende dall'applicazione di principi generali dell'ordinamento fondati sulla necessaria tutela del minore e sui poteri d'ufficio riconosciuti in tale materia".

(42) Sulla centralità della figura del figlio si veda Sesta, in Sesta (a cura di), Codice delle unioni civile e delle convivenze, Milano, 2017, 107 ss.

(43) Viene in considerazione il nuovo art. 315 bis c.c. rubricato "diritti e doveri e del figlio" che al primo comma prevede: "Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni". Sul punto si veda Piccinini, La scelta della scuola, in Cerato - Turlon (a cura di), Le relazioni tra Scuola, Famiglia e Minori nella legislazione vigente, Milano, 2017.

(44) Marzario, No alla pubblicazione di foto di figli minorenni sui social: lo sviluppo della personalità dei figli è prioritario nel presente e per ilfuturo, in www.filodiritto.com, 2017: l'autrice fa notare come in altri Stati europei, in particolar modo la Francia "La legislazione sulla privacy parla espressamente di "responsabilità dei genitori nei confronti dell'immagine dei propri figli".

(45) Autorità Garante della Privacy, 23 febbraio 2017, n. 75.

(46) Così si legge nella newsletter n. 426 pubblicata sul sito del Garante privacy in data 29 marzo 2017

LOTTA CONTRO LO SFRUTTAMENTO SESSUALE DI MINORI E LA PEDOPORNOGRAFIA

Peccioli Annamaria

L. 06-02-2006, n. 38

Sommario: Gli atti di diritto europeo e di diritto internazionale - Le modifiche all'art. 600-bis c.p. - Le modifiche alla disciplina dei reati sessuali - La riforma dell'art. 600-ter c.p.: l'eliminazione dello sfruttamento - L'offerta del materiale pornografico - La detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater c.p.) e la circostanza aggravante dell'ingente quantità - Il reato di pornografia virtuale (art. 600-quater n. 1 c.p.) - Conclusioni: il bene giuridico tutelato dal reato di pornografia minorile e il principio di offensività

LE NORME PENALI

La legge in commento (1) , che rappresenta uno dei molteplici interventi legislativi che negli ultimi mesi della passata legislatura hanno introdotto modifiche al sistema penale non sempre dotate di coerenza sistematica, ha innovato sia sul piano processuale (2) sia sul piano del diritto sostanziale la disciplina dei reati di pedopornografia (artt. 600- bis, 600-ter e 600- quater c.p.) e dei reati sessuali (artt. 609- quater, 609- septies e 600- novies c.p.) realizzati anche a mezzo internet. L' iter parlamentare ha avuto inizio nel gennaio del 2003 con la presentazione di diversi disegni di legge (3) , unificati successivamente in un unico testo base (rappresentato dal disegno di legge governativo n. C4599 emendato in alcuni suoi punti) e si è concluso con l'approvazione definitiva nel gennaio 2006. L'intervento riformatore, come si evince dalla lettura della Relazione di accompagnamento, è stato reso necessario dall'esigenza, in primo luogo, di superare quelle difficoltà interpretative sorte sotto il vigore delle previgenti fattispecie incriminatrici, in relazione alla nozione di sfruttamento e, in secondo luogo, di armonizzare la disciplina penale italiana della pedopornografia ai parametri fissati a livello europeo ed internazionale. La versione iniziale (4) del disegno di legge governativo, in maniera più marcata rispetto a quella approvata in via definitiva, era strutturata sul modello della decisione quadro europea sullo sfruttamento sessuale dei minori, che all'epoca aveva unicamente ricevuto un'approvazione in via provvisoria da parte del Parlamento europeo. Assente ogni modifica alla fattispecie incriminatrice dell'art. 600- bis c.p. (inserita nel testo frutto dell'unificazione dei progetti di legge concorrenti in sede di esame in Commissione) l'intervento riformatore investiva maggiormente l'art. 600- ter c.p., con l'eliminazione della controversa nozione di sfruttamento dei minori, la previsione al comma 3 della condotta di diffusione e al comma 4 della punibilità dell'offerta, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico. Oltre alle modifiche al regime di procedibilità dei reati sessuali e alla previsione di ipotesi particolari di pene accessorie, che sono state riprodotte senza sostanziali variazioni nel corso dell' iter legislativo, il disegno di legge governativo con l'inserimento di un secondo comma all'art. 600- quinquies

c.p.(espunto in sede di esame in Commissione giustizia) prevedeva la rilevanza penale della partecipazione a viaggi organizzati al fine di turismo sessuale.

Gli atti di diritto europeo e di diritto internazionale

Prima di affrontare l'analisi delle innovative disposizioni della legge in esame appare opportuno premettere alcune brevi considerazioni su alcuni interventi europei ed internazionali in quanto la riforma, come evidenziato dai lavori preparatori, trova la propria ratio giustificatrice nell'esigenza di armonizzare il precedente impianto normativo ai parametri in essi fissati (5) . L'esigenza di dare attuazione a precedenti impegni assunti a livello internazionale aveva già costituito la base di partenza del precedente intervento di riforma del 1998, con cui erano state predisposte le misure sanzionatorie a tutela dei minori in caso di sfruttamento sessuale (si trattava della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 1989, ratificata con la l. n. 176 del 1998 e della Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 1996).

La decisione quadro n. 2004/68/GAI (6) relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile ha ricevuto l'approvazione definitiva solo nel dicembre 2003, nonostante la proposta iniziale della Commissione europea risalisse al gennaio 2001. L'approvazione definitiva della presente decisione quadro ha subito, infatti, un'accelerazione a partire dalla metà del 2003 in quanto le fattispecie incriminatrici della pedopornografia minorile rappresentavano uno dei settori in cui non erano ancora stati indicati gli elementi minimi comuni: inoltre già da quasi due anni l'Unione europea aveva approvato una decisione quadro per l'armonizzazione delle normative penali sulla riduzione in schiavitù e sulla tratta degli esseri umani, che, secondo quanto indicato nei considerando iniziali, si fondano su un elemento comune ai reati di pedopornografia rappresentato dallo sfruttamento degli esseri umani (7) . La decisione quadro presenta una struttura comune a quelle in precedenza già approvate: la definizione degli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, dei reati di pornografia con l'indicazione del livello minimo dei massimi edittali delle pene, la previsione della responsabilità delle persone giuridiche (accompagnata dall'indicazione di sanzioni di carattere interdittivo e pecuniario) e la rilevanza, quale circostanza aggravante, della realizzazione di tali reati nella forma associativa. Dopo alcune importanti disposizioni dal contenuto definitorio (tra cui l'affermazione che è pornografico quel materiale in cui si ha l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica dei minori coinvolti) la decisione quadro individua gli elementi minimi comuni delle fattispecie incriminatrici riconducibili ai Reati contro lo sfruttamento sessuale dei minori e ai Reati di pornografia minorile. Rientrano nella prima categoria quelle ipotesi criminali che si fondano sullo sfruttamento sessuale e sulla prostituzione minorile quali il costringere o l'indurre un minore alla prostituzione o alla produzione di spettacoli a carattere pornografico al fine di trarne profitto o al fine di sfruttamento;

il compiere atti sessuali con un minore con l'uso di coercizione, della forza fisica, della minaccia, con il pagamento di una somma di denaro o di altra utilità o con l'abuso di una posizione di fiducia e di autorità sul minore. Rientrano, invece, nella seconda categoria una serie di condotte, realizzabili anche attraverso l'impiego di un sistema informatico, quali la produzione, la distribuzione, la diffusione, la trasmissione, l'offerta o la messa a disposizione, l'acquisto e il possesso di materiale pornografico. La decisione quadro consente ai singoli Stati di prevedere alcune ipotesi di esclusione della responsabilità penale articolate a seconda della tipologia del materiale pornografico, dell'età del minore coinvolto e della assenza di una finalità di diffusione del materiale prodotto. La prima causa di non punibilità trova applicazione per le condotte di pornografia minorile relative a una persona che presenta le sembianze di un minore ma che in realtà ha diciotto anni o anche un'età superiore; un'altra causa di non punibilità è prevista per l'ipotesi in cui il materiale avesse ad oggetto minori, che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale, detenuto con il loro consenso e al solo loro uso privato. La norma introduceva ulteriori limiti per la valutazione del consenso prestato che non poteva essere considerato valido se l'autore del reato lo avesse ottenuto avvalendosi di un suo stato di superiorità per età, maturità o per posizione sul minore coinvolto nella produzione di materiale pornografico. Un'ultima causa di non punibilità è prevista per le condotte di produzione e di detenzione di materiale pornografico minorile a fini privati e senza rischi di diffusione.

La decisione quadro prevede, inoltre, un articolato sistema sanzionatorio con l'indicazione della previsione di una pena privativa della libertà personale della durata massima compresa, nelle ipotesi meno gravi, tra 1 e 3 anni e nelle ipotesi più gravi tra 5 e 10 anni. Le ulteriori disposizioni ricalcano il medesimo contenuto delle altre decisioni quadro ovvero la previsione della punibilità delle condotte nella forma tentata, nella forma concorsuale, la responsabilità delle persone giuridiche e alcune norme di carattere processuale finalizzate al potenziamento dell'efficacia di strumenti di cooperazione giudiziaria tra gli Stati.

Prima dell'approvazione in via definitiva della decisione quadro un primo nucleo di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici della pedopornografia era già rinvenibile nella Convenzione del Consiglio europeo sulla criminalità informatica (Budapest 2001), il cui art. 9 indica espressamente tra le forme di realizzazione dei reati informatici anche un'ampia serie di condotte quali la produzione, l'offerta o messa a disposizione, la trasmissione o distribuzione, il procurarsi o il detenere materiale pornografico minorile allo scopo di diffusione. Anche la Convenzione contiene una definizione degli elementi costitutivi del materiale pornografico, che è tale se raffigura un minore (o un soggetto che sembra tale o una sua immagine realistica) coinvolto in un atto sessuale esplicito. La Convenzione, come già anche la decisione quadro europea, prevede all'art. 9 par. 3 la possibilità in capo agli Stati di poter diversificare

l'età minima di integrazione della nozione di minore: secondo la regola generale per minore si fa riferimento a quel soggetto con un'età inferiore agli anni 18, ma è facoltà per i singoli Stati prevedere una diverso limite di età. Un'altra fonte normativa di diritto internazionale che deve considerarsi un punto di riferimento per la riforma dei reati di pedopornografia è rappresentato dalla Convenzione Onu di Palermo sulla criminalità organizzata transnazionale (2000) che, anticipando le disposizioni della decisione quadro del 2002 (che nel suo preambolo iniziale riconosce espressamente in tali norme convenzionali un riferimento giuridico determinante ai fini dell'individuazione degli elementi costitutivi dalle fattispecie criminose) afferma che un efficace contrasto della tratta degli esseri umani deve realizzarsi attraverso la previsione della rilevanza penale, in tutte le legislazioni nazionali, di una serie determinata di condotte di tratta e di riduzione in schiavitù caratterizzate dalla finalità di sfruttamento delle vittime, tra cui viene inserito anche lo sfruttamento sessuale, lo sfruttamento della prostituzione e la pornografia minorile.

Le modifiche all'art. 600-bis c.p.

Per quanto riguarda l'art. 600- bis c.p. (Prostituzione minorile), la legge in commento non introduce alcuna modifica alla fattispecie di cui al primo comma, in cui si dà rilevanza penale allo sfruttamento del favoreggiamento e all'induzione alla prostituzione minorile. L'intervento riformatore si incentra sul comma 2, che all'epoca della sua introduzione era stato definito (8) come la novità più rilevante della riforma del 1998, in quanto, per la prima volta, veniva prevista la rilevanza penale del comportamento del cliente, ovvero di colui che compie atti sessuali con un minore di età compresa tra gli anni 14 e gli anni 16, in cambio di denaro o di un'altra utilità economica. In virtù del mantenimento della clausola di sussidiarietà iniziale troverà applicazione la fattispecie incriminatrice della violenza sessuale ex art. 609- bis c.p. ss. quando gli atti sessuali saranno compiuti con violenza o minaccia a danno di un minore di età inferiore agli anni 14 oppure quella dell'art. 609- quater se compiuti senza l'impiego di violenza o minaccia a danno di un minore degli anni 14 o di età inferiore agli anni 16 se realizzati da parte di un soggetto qualificato (ascendente, genitore, anche convivente, il convivente, il tutore o altra persona che per ragioni di cura, di educazione, di istruzioni, di vigilanza o custodia a cui il minore è affidato o con cui abbia una relazione di convivenza). Le novità più significative sono introdotte, invece, sul piano sanzionatorio e sulla diversa rilevanza dell'età del minore oggetto del compimento di atti sessuali. Nell'attuale formulazione è rimasto invariato il limite minino dei 14 anni (che coincide con quello dell'intangibilità sessuale) ma è stato innalzato da 16 a 18 anni il limite massimo con la conseguente eliminazione della precedente lacuna di tutela penale. Il nuovo comma 2 prevede, inoltre, una circostanza aggravante nel caso in cui le ipotesi del comma 2 vengano commesse a danno di chi non ha ancora compiuto gli anni 16. Rispetto alla previgente versione le cornici

sanzionatorie delle fattispecie incriminatrici dell'art. 600- bis c.p. appaiono innalzate in maniera evidente e diversificate a seconda dell'età dei minori coinvolti: per il compimento di atti sessuali con soggetti di età compresa tra i 14 e i 16 anni è prevista la reclusione da 2 a 5 anni (in precedenza erano, invece, previste in forma alternativa, la pena della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a 5 mila 164 euro); nel caso in cui il minore abbia un'età compresa tra i 16 e di 18 anni (fattispecie che in precedenza non aveva rilevanza penale) è prevista la pena congiunta della reclusione da 6 mesi a 3 anni e della multa non inferiore ai 5 mila 164 euro.

Nel riformulato comma 3 dell'art. 600- ter c.p. rimane, invece, immutata la natura giuridica della circostanza attenuante, ad effetto speciale, della realizzazione di atti sessuali da parte di un minore degli anni 18: l'unica variazione rispetto alla previgente disciplina, in cui era prevista la riduzione fissa di un terzo, è rappresentata dalla possibilità di diminuire la pena da un terzo a due terzi (9) .

L'attribuzione della natura giuridica di circostanza aggravante (10) all'ipotesi in cui il minore non abbia compiuto 16 anni potrebbe comportare la neutralizzazione del rigore sanzionatorio (che caratterizza la riforma del 2006) in sede di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti (11) . Rischio che non può essere eliminato con l'applicazione dell'art. 600- sexies c.p. in quanto le ipotesi contenute agli artt. 600- bis, commi 2 e 3 non sono ricomprese tra quelle possono usufruire del particolare meccanismo di esclusione dal giudizio di bilanciamento.

Le modifiche alla disciplina dei reati sessuali

La legge in commento ha introdotto alcune modificazioni alla disciplina dei reati sessuali al fine di ampliare la tutela del minore in caso di abusi sessuali realizzati nell'ambito familiare con la previsione, in primo luogo, di un nuovo soggetto attivo del reato ex art. 609- quater c.p. nel caso in cui gli atti sessuali siano compiuti con un minore di età inferiore ai 16 anni dal convivente. In secondo luogo viene introdotta una nuova fattispecie incriminatrice nel caso in cui il soggetto qualificato (ascendente, genitore, anche adottivo, o il convivente o il tutore) abusando della sua posizione, compia atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni 16, ferma l'iniziale clausola di sussidiarietà a favore del reato di violenza sessuale, per cui è prevista la pena della reclusione da 3 a 6 anni. Ulteriore novità riguarda anche la previsione, sulla base delle indicazioni contenute nella decisione quadro europea, dell'applicabilità nell'ipotesi di condanna per reati sessuali (artt. 609- bis, 609- ter, 609- quater e 609- quinquies c.p.) della sanzione accessoria dell'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate in prevalenza da minori.

Rispetto alla disciplina contenuta nella decisione quadro europea la sanzione interdittiva è prevista per tutte le categorie di reato con una durata perpetua: previsione che appare eccessiva e non in grado di garantire una diversificazione della durata in rapporto alla diversa gravità del reato sessuale commesso. La legge in commento ha ovviato ad una preesistente anomalia (12) del sistema dei reati sessuali in cui la decadenza dalla potestà genitoriale era prevista per le sole ipotesi criminose in cui la qualità di genitore era elemento costitutivo: con la modifica dell'art. 609-nonies c.p. tale pena accessoria sarà applicabile anche alle ipotesi in cui la qualità di genitore è circostanza aggravante del reato (sul modello dell'abrogato art. 541 c.p.). Con la legge di riforma dei reati di pedopornografia è stata introdotta un novità nel regime di procedibilità dei reati sessuali all'art. 609- septies c.p. Prima del 2006 la legge del 1996 aveva previsto per i reati di violenza sessuale, come regola generale, la procedibilità a querela che si trasformava in procedibilità d'ufficio nel solo caso in cui la condotta avesse ad oggetto minori di età inferiore agli anni 14 o se realizzata da soggetti qualificati. L'intervento del 2006, pur allargando la procedibilità d'ufficio nel caso di reati sessuali realizzati in danno dei soggetti minori degli anni 18, ha mantenuto ancora quella a-sistematicità, evidenziata dalla dottrina, dell'esclusione del reato di corruzione di minore dal novero delle ipotesi di procedibilità a querela (13) .La previsione della procedibilità d'ufficio è legata alla necessità di prevedere la rilevanza penale di quei comportamenti considerati socialmente riprovevoli piuttosto che lasciare la loro perseguibilità nella totale disponibilità del soggetto oggetto di violenza sessuale. Infine la legge in commento introduce, anche, la responsabilità delle persone giuridiche per i reati inerenti la pornografia e la prostituzione minorile (anche nella forma virtuale): tale innovazione si inserisce nella tendenza ad ampliare la sfera di applicazione della responsabilità delle persone giuridiche a categorie di reati per esigenze simboliche e per la tutela di valori sociali con un progressivo allontanamento dallo spirito della riforma del 2001.

La riforma dell'art. 600-ter c.p.: l'eliminazione dello sfruttamento

Le modificazioni più evidenti introdotte dalla legge in commento riguardano la fattispecie incriminatrice della pornografia minorile (art. 600- ter c.p.). Viene rivista l'ipotesi del primo comma, in primo luogo, con l'eliminazione del riferimento all'ambigua nozione di sfruttamento e la focalizzazione della rilevanza penale sulla realizzazione di esibizioni (14) pornografiche e sulla produzione di materiale pornografico e, in secondo luogo, con la previsione della condotta di induzione di minori a prendere parte ad esibizioni pornografiche. Infine sono inserite, al comma 3, la rilevanza penale della condotta di diffusione e, al comma 4, dell' offerta, anche a titolo gratuito, del materiale pornografico.

La modifica del comma 1 dell'art. 600- ter c.p. assume un rilievo particolare in quanto la riforma del 1998 aveva incentrato le fattispecie incriminatrici della pedopornografia sulla tutela del minore sfruttato per la realizzazione di esibizioni pornografiche o la produzione di materiale pornografico. La realizzazione delle esibizioni pornografiche, che nella previgente versione secondo un'interpretazione letterale (15) era l'oggetto del dolo specifico, rappresenta ora l'elemento oggettivo dell'art. 600- ter c.p. in cui si incentra il disvalore penale della fattispecie. Tale modifica rappresenta un riconoscimento normativo dell'interpretazione dottrinale prevalente (16) secondo la quale la realizzazione di esibizioni pornografiche e la produzione di materiale pornografico rappresentavano le due condotte alternative del reato di pornografia minorile da realizzare tramite lo sfruttamento dei minori.

La modifica all'art. 600- ter c.p., come evidenziato anche nella relazione del disegno di legge presentato dal Governo, pone fine al dibattito in merito agli elementi costitutivi della nozione di sfruttamento in assenza di una definizione espressa normativa. Secondo l'interpretazione prevalente (17) , che alla luce della riforma non avrà più alcun margine di applicazione, lo sfruttamento implicava una finalità di lucro da parte del soggetto agente. Una differente impostazione (18) interpretava più ampiamente la nozione di sfruttamento comprendendo sia una finalità economica sia quella di strumentalizzare i minori a fini egoistici o libidinosi.

Sul punto, come è noto, era intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite (19) , chiarendo che la nozione di sfruttamento non doveva avere necessariamente una connotazione di tipo economico ma andava intesa come la " strumentalizzazione dei minori a fini egoistici in modo tale da mettere in pericolo il loro libero sviluppo personale". Si richiedeva, peraltro, la dimostrazione che la produzione del materiale pornografico potesse comportare anche il pericolo di una successiva diffusione verso l'esterno; in tale ottica si evidenziavano alcuni indici rivelatori di tale pericolosità, quali, a titolo esemplificativo, il collegamento con la "rete" dei pedofili, la presenza di una struttura organizzativa, la disponibilità materiale di strumenti tecnici.

Riprendendo la pronuncia delle Sezioni Unite, sarebbe stato " il giudice ad accertare di volta in volta se ricorre il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico, facendo ricorso a elementi sintomatici della condotta, quali: l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze del mercato dei pedofili; il concreto collegamento dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico; la disponibilità materiale di strumenti tecnici (di riproduzione e-o di trasmissione, anche telematica) idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari; l'utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico (in questo senso la pluralità di minori impiegati non è

elemento costitutivo del reato, ma indice sintomatico della pericolosità concreta della condotta); i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile; altri indizi significativi che l'esperienza può suggerire". Tale interpretazione, apprezzabile per aver evidenziato come lo sfruttamento non dovesse presentare necessariamente una dimensione economica, in linea con quanto contenuto sia nel preambolo iniziale della legge di riforma del 1998 sia negli atti internazionali, è stata oggetto di puntuali critiche nella parte in cui ha ricostruito l'art. 600- ter c.p. in chiave di reato di pericolo concreto. Secondo autorevole dottrina (20) la pronuncia presentava alcuni profili di contraddittorietà laddove, pur non richiedendo il fine di lucro, faceva riferimento alla presenza di particolari indici quali l'immissione sul mercato della pornografia del materiale prodotto attraverso la mercificazione del minore in cui sembrava riaffiorare la dimensione economica della nozione di sfruttamento. La previsione di tale ulteriore pericolo di diffusione, come è stato evidenziato (21) , non sembrava comunque coerente con la ratio delle norme incriminatrici della pedopornografia in quanto se la finalità è quella di garantire l'armonico sviluppo del minore la lesione del bene protetto sembrerebbe essere integrata già con la realizzazione del materiale pornografico senza che il successivo pericolo di diffusione possa potenziare l'offensività delle condotte in esame. Interpretando la nozione di sfruttamento alla luce dei parametri indicati dalla giurisprudenza la cd. pornografia domestica poteva assumere rilevanza penale solo nel caso in cui fosse in concreto dimostrato che il materiale potesse essere oggetto di una successiva diffusione a soggetti terzi. Con l'intervento riformatore del 2006 per la configurabilità del reato di pornografia minorile non sarà più necessario discutere sul significato dello "sfruttamento"dei minori utilizzati né tantomeno potranno essere considerati rilevanti quei parametri indicati dalla giurisprudenza, anche successiva (22) all'intervento delle Sezioni unite, in base ai quali assumevano rilevanza penale quale forme di pornografia minorile solo quelle condotte dotate di concreta pericolosità di una successiva diffusione verso l'esterno del materiale pornografico prodotto. La diffusione e la distribuzione a soggetti diversi dai produttori del materiale pornografico rimane, invece, caratteristica specifica delle altre condotte previste nei commi successivi (diffusione, cessione, divulgazione, distribuzione, pubblicizzazione) da parte di soggetti che non hanno partecipato alla realizzazione o alla produzione del materiale pornografico (in virtù della clausola di riserva con cui si aprono il comma 3 e il comma 4).

Rispetto al testo precedente compare, quale nuova modalità di realizzazione, anche la diffusione del materiale pornografico. Tale condotta, il cui inserimento trova una giustificazione nel tentativo di adeguare la normativa italiana ai dettami della decisione quadro europea che la contemplava in maniera espressa, si distingue tuttavia con difficoltà da quella, già precedentemente rilevante, della divulgazione. Infatti sia

la dottrina (23) sia la giurisprudenza (24) in più occasioni hanno ritenuto la condotta di divulgazione integrata con la diffusione dei prodotti pornografici ad una pluralità indeterminata di destinatari senza alcun scopo di lucro.

L'offerta del materiale pornografico

Un' ulteriore novità rispetto alla previgente versione dell'art. 600- ter c.p. è rappresentato dalla previsione, al quarto comma, della condotta di offerta, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico. Il legislatore ha inteso dare rilevanza penale ad un comportamento prodromico rispetto alla effettiva cessione del materiale pornografico e caratterizzata dall'assenza di una richiesta di controprestazione in denaro. Occorre chiedersi se il reato possa considerarsi realizzato anche con l'offerta di materiale pornografico di cui il soggetto attivo al momento non dispone. Richiamando l'interpretazione maggioritaria (25) sviluppatasi in relazione alla condotta di offerta in vendita di sostanze stupefacenti, ex art. 73 t.u.l.stup., anche per l'offerta di materiale pornografico è necessario che il soggetto abbia serie prospettive di acquisirne la disponibilità materiale. La dichiarazione di essere in grado di fornire del materiale pornografico, per assumere rilevanza penale, deve essere indice o di un inserimento del soggetto agente nel mercato dei pedopornografi o, quantomeno, della sua capacità, di poter realizzare in un momento successivo il materiale pornografico offerto.

La detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater c.p.) e la circostanza aggravante dell'ingente quantità Con l'intervento riformatore del 2006 il legislatore ha eliminato quella divergenza (26) che esisteva nell'art. 600- quater c.p. tra il testo, dove si dava rilevanza alla condotta di disposizione, e la rubrica dove, invece, si faceva riferimento alla detenzione. La previsione della condotta di detenzione consente di poter escludere la rilevanza penale, con più sicurezza rispetto al passato, della mera consultazione di siti internet dal contenuto pornografico nel caso in cui il file non venga scaricato nell'Hard disk del computer in vista di una futura diffusione verso l'esterno (27) .

La riforma dell'art. 600- ter c.p. con l'eliminazione dello sfruttamento viene ad incidere sull'interpretazione del reato di detenzione di materiale pornografico con particolare riferimento alle condotte per uso personale. Sotto la vigenza della precedente normativa adottando sia l'interpretazione dottrinale, secondo la quale lo sfruttamento doveva avere una connotazione di carattere economico, sia quella della giurisprudenza che richiedeva oltre allo sfruttamento ai fini egoistici il pericolo di diffusione del materiale detenuto era esclusa la rilevanza penale delle condotte di detenzione in cui non era dimostrabile la finalità di un successiva utilizzazione del materiale detenuto. Non essendo più lo sfruttamento un elemento costitutivo della fattispecie le condotte di produzione di materiale e di realizzazione delle esibizioni pornografiche del primo

comma dell'art. 600 -ter c.p. non necessitano più della dimostrazione della potenziale diffusività: elemento che rimane, come è stato evidenziato, elemento caratterizzante le condotte indicate negli altri commi dell'art. 600- ter c.p. La modifica del 2006 ha innalzato la cornice sanzionatoria dell'art. 600 -quater c.p. prevedendo, diversamente dalla precedente versione, congiuntamente e non più alternativamente, la pena della reclusione fino a tre anni e della multa non inferiore a 1549 euro. Ha, altresì, modificato anche l'elemento soggettivo della fattispecie in quanto con l'eliminazione dell'avverbio consapevolmente la fattispecie sembra essere configurabile anche se la condotta è sorretta dal dolo eventuale.

Un'ulteriore innovazione rispetto alla previgente normativa è rappresentata dall'inserimento di una circostanza aggravante indefinita, che comporta un aumento della pena non eccedente i due terzi, nel caso in cui le condotte previste al terzo e al quarto comma abbiano ad oggetto materiale di ingente quantità. Tale previsione potrebbe sollevare dubbi di legittimità costituzionale per la violazione del principio di legalità e di tassatività in assenza dell'indicazione di parametri normativi per la valutazione dell'ingente quantità. Richiamando l'interpretazione maggioritaria (28) sviluppatasi in relazione all'analoga circostanza aggravante ex art. 80 TU309/1990 in materia di sostanze stupefacenti, si richiede per la sua integrazione che il quantitativo di materiale pornografico prodotto sia riconducibile ad uno dei livelli più elevati nella scala degli aggettivi di quantità ed appare necessario verificare quale sia l'incidenza del materiale pornografico realizzato nell'ambito del mercato della pedopornografia. La ratio della previsione legislativa è individuabile nell'esigenza di evitare che la produzione di ingenti quantità di materiale pornografico possa incentivare il mercato della pedopornografia.

Il reato di pornografia virtuale (art. 600-quater n. 1 c.p.)

La riforma del 2006 all'art. 600- quater c.p. n. 1 (29) prevede la rilevanza penale della pornografia virtuale nel caso in cui le condotte di cui all'art. 600 -ter c.p. e all'art. 600 -quater c.p. abbiano ad oggetto immagini di minori non esistenti realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte (30) a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali (31) .

L'art. 600 -quater n. 1 c.p. (32) contiene una delimitazione della rilevanza penale del materiale pornografico virtuale in base alla quale può essere tale solo quello prodotto con tecniche di elaborazione grafica e idonee a rendere verosimile una situazione inesistente. Rientreranno nella sfera di applicazione della nuova norma incriminatrice quelle particolare forme di Morphing, attraverso le quali, per esempio, ad un corpo adulto che sta compiendo atti sessuali viene sovrapposto il volto di un minore od ancora quei disegni realizzati attraverso l'utilizzo di meccanismi informatici tali per cui il confine tra la realtà e l'apparenza non sembra evidente (si pensi, a titolo

esemplificativo, alla realizzazione di immagini particolarmente elaborate nei video giochi o in film di animazione).

Non saranno ricompresi nelle immagini virtuali quei disegni pornografici realizzati senza l'impiego di tecniche di elaborazione grafica o che ictu oculi non sono idonei a fare apparire reali situazioni non vere: in tali ipotesi troverà, eventualente, applicazione il reato di pubblicazioni e di spettacoli osceni (art. 528 c.p.).

Nell'ipotesi di materiale virtuale associato solo in parte a situazione reale potrà rimanere configurabile anche l'ipotesi più grave della pornografia minorile ex art. 600 -ter c.p: a titolo esemplificativo la produzione di immagini in cui un corpo di un minore che sta compiendo atti sessuali venga associato il volto di un adulto o anche di una figura animata.

La fattispecie incriminatrice della pornografia virtuale, in considerazione della sua natura di reato ostativo, solleva dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di offensività (33) in quanto se le condotte degli art. 600 -ter e 600 -quater c.p. hanno ad oggetto immagini meramente virtuali non sembra realizzarsi in concreto alcuna strumentalizzazione del minore in quanto inesistente e prodotto di un'elaborazione grafica ancorché di particolare qualità.

Prima della riforma del 2006 non vi era spazio per l'estensione della rilevanza penale delle fattispecie incriminatrici della pedopornografia alle ipotesi in cui avessero ad oggetto materiale virtuale in cui non si realizzavano né lo sfruttamento di alcun minore né il conseguente pericolo di diffusione del materiale prodotto. La penalizzazione della pornografia virtuale trova la sua ratio solo in relazione al mutamento di prospettiva del legislatore italiano nell'economia dei reati di pedopornografia minorile in quanto non sembra più tutelarsi l'armonico sviluppo dei minori, secondo i dettami della giurisprudenza a sezioni unite e della miglior dottrina, ma la moralità pubblica.

Il reato di pornografia virtuale si può considerare un reato autonomo e non una circostanza attenuante degli articoli 600 -ter c p. e 600 -quater c.p. (anche in relazione al differente bene giuridico tutelato dalle norme in oggetto), nonostante la previsione di un trattamento sanzionatorio individuato in relazione alle pene indicate agli articoli predetti. Come evidenziato da attenta dottrina (34) ulteriori disposizioni della legge 38/2006 contengono elementi a sostegno della natura giuridica di reato autonomo della fattispecie incriminatrice della pornografia virtuale: per esempio l'art. 11 della legge in esame, nel modificare il primo comma bis dell'art. 444 c.p.p. per sottrarre i reati contro la libertà individuale dal patteggiamento allargato, indica espressamente tra i delitti esclusi quello di cui all'art. 600 -quater n. 1.

Conclusioni: il bene giuridico tutelato dal reato di pornografia minorile e il principio di offensività

La riforma del 2006, eliminando il riferimento al concetto dello sfruttamento nella ricostruzione delle fattispecie incriminatrici dei reati di pedopornografia, ha ampliato il loro ambito di applicazione. Il realizzare o il detenere una foto o una video-ripresa di soggetti minori colti in una situazione definibile pornografica (a titolo esemplificativo perché si trovano in bagno o in doccia) per fini di eccitamento sessuale e non per inserirli sul mercato della pedopornografia rientra nella sfera di applicazione delle fattispecie incriminatici della pornografia minorile: tali condotte sono, infatti, realizzate utilizzando minori, che è l'unico requisito richiesto espressamente dalla norma. L'eliminazione della nozione di sfruttamento non ha inciso sulla tipologia del bene giuridico tutelato dall'art. 600 -ter c.p. che tutela i minori utilizzati contro ogni forma di " strumentalizzazione a fini egoistici in modo tale da mettere in pericolo il loro libero sviluppo personale", come si era sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla previgente normativa. Tuttavia non tutte le fattispecie incriminatrici della pornografia minorile possono considerarsi poste a tutela dell'armonico sviluppo del minore utilizzato per la produzione del materiale pornografico. Il bene giuridico protetto dalla nuova figura della pornografia virtuale presenta contorni indefiniti e può assimilarsi alla tutela della moralità contro le "riprovevoli"figure dei pedopornografi, produttori anche per fini privati di materiale pornografico (35) . Con la riforma del 2006 il bene giuridico protetto dall'art. 600 -quater n. 1 c.p. subisce un processo di smaterializzazione in quanto non si tutela un bene concreto (individuabile nel suo contenuto) ma la proiezione di meri valori culturali, politici o sociali.

Dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di offensività potranno essere sollevati in relazione a tale fattispecie in cui si intende prevenire la commissione di ulteriori reati mediante l'incriminazione di comportamenti che ne possono costituire la premessa senza che in concreto alcun minore venga effettivamente leso nella sua dignità per la realizzazione del materiale pornografico (36) . La legge in commento, oltre agli evidenziati possibili contrasti con il principio di offensività, può essere oggetto di critica in quanto non si presenta in piena armonia con i parametri fissati dalla decisione quadro che, secondo quanto indicato dalla Relazione governativa, ha rappresentato il punto di riferimento della riforma dei reati di pedopornografia. Analizzando i parametri contenuti nella decisione quadro autorevole dottrina (37) ha evidenziato che in tale prospettiva si sarebbero dovute introdurre alcune cause di non punibilità per le ipotesi di produzione e di detenzione di materiale dal contenuto pornografico in cui non vi fosse alcuna reale prospettiva di diffusione (ad esempio per l'ipotesi di materiale prodotto o detenuto ad uso strettamente personale) (38) o per le ipotesi in cui il materiale pornografico fosse prodotto o con il

consenso del soggetto minore, che avesse raggiunto l'età del consenso sessuale. La previsione di tale clausole di non punibilità, tuttavia, non sarebbe coerente con l'affermazione secondo la quale il bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici della pedopornografia rimane quello della tutela dei minori da ogni strumentalizzazione a fini egoistici in modo tale da mettere in pericolo il loro libero sviluppo personale, che si considera compromesso anche nell'ipotesi in cui il materiale pornografico venga prodotto o detenuto esclusivamente per fini personali. Sarebbe, forse, stato più opportuno introdurre una diversificazione della risposta sanzionatoria tra le condotte di produzione e di detenzione di materiale realizzate per uso personale e quelle destinate alla diffusione verso l'esterno.

Inoltre, il legislatore non ha esercitato la facoltà concessa dalla decisione quadro di diversificazione della rilevanza penale della condotta di pornografia minorile in relazione all'età dei minori coinvolti. La diversificazione della responsabilità penale avrebbe comportato una maggiore coordinazione con la disciplina introdotta dalla l. n. 66 del 2006 in materia di reati sessuali, secondo la quale la tutela deve essere assoluta nel caso di minore degli anni 14; vi è una presunzione assoluta di dissenso del minore nel caso di realizzazione con minori di età compresa tra i 14 e i 16 anni ed una presunzione di consenso nel caso di maggiore degli anni 18. Tale modificazione avrebbe comportato, anche, un coordinamento sistematico con la recente modifica dell'art. 600- bis c.p. che prevede una diversificazione dell'età nel caso di compimento di atti sessuali dietro il pagamento di una somma di denaro o di altra utilità. Infine con la riforma del 2006, il legislatore avrebbe potuto rendere le fattispecie incriminatrici maggiormente determinate inserendo una definizione espressa della nozione di pornografia. Pur in assenza di una disposizione espressa l'interpretazione della giurisprudenza (39) , secondo la quale è pornografico quel materiale che rappresenta i minori in pose che ne lasciano scoperti gli organi sessuali o la zona pubica e che appare finalizzato ad eccitare la sessualità altrui, appare pienamente conforme a quella contenuta nella decisione quadro europea (art. 1 lett. b). Del resto in questa prospettiva avrebbe potuto fornire validi parametri per guidare il legislatore nella riforma dei reati di pedopornografia il progetto di riforma del codice penale predisposto dalla Commissione Pagliaro, che sembrava anticipare alcune disposizioni contenute nella decisione quadro europea (40) : anch'esso conteneva una definizione di pornografia nell'art. 74, secondo la quale doveva considerato pornografico ogni oggetto o spettacolo (considerato nella sua totalità o anche solo in parte) consistente "in manifestazioni o in sollecitazioni dell'istinto sessuale espresso con la riproduzione, con la rappresentazione o con l'esibizione di organi genitali" (41) Le indicate asimmetrie della legislazione italiana rispetto alle indicazioni della Decisione quadro lasciano intravedere, in definitiva, la prospettiva di ulteriori aggiustamenti di una

normativa che indubbiamente presenta problemi complessi e che dovrà essere comunque oggetto di ulteriori riflessioni.

---

(1) Per un primo e approfondito commento alla legge in esame si veda A. Cadoppi, L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni, in Guida dir., 2006, 9, 37 ss.; L. Pistorelli,Colmate le lacune della pregressa disciplina, ibidem, 45 ss.; V. Musacchio, La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet, in Riv. pen., 2006, 399 ss.;V. Santoro, D'ora in poi piccole vittime più tutelate grazie all'innovazione di fine legislatura, in Guida dir., 2006, 9, 93 ss.; M. Bianchi-A. Cadoppi-S. Del Signore, Commento alla legge 38/2006 disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet. Appendice, in AA.VV., I reati contro la persona, diretto da A.Cadoppi-S. Canestrari-M. Papa, III, Reati contro la liberta sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori, a cura di A. Cadoppi, Torino, 2006, 9 ss.

(2) Si ricorda l'estensione della possibilità di procedere all'arresto obbligatorio e/o facoltativo in flagranza (artt. 380 e 381 c.p.p.), alle intercettazioni di conversazioni e di altre forme di telecomunicazioni (art. 266 c.p.p.) nel caso in cui i reati di pornografia minorile abbiano ad oggetto materiale pornografico virtuale e alle limitazioni del diritto alla prova (art. 190-bis c.p.); l'esclusione dalla disciplina del patteggiamento allargato (art. 444 comma 1-bis c.p.p.). Completano il quadro delle disposizioni della legge in commento la previsione di un Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia sulla rete Internet (istituito presso il Ministero dell'interno e con compiti di raccolta delle segnalazioni provenienti dagli organi di polizia, da soggetti pubblici e privati relative a siti che diffondono materiale relativo all'utilizzo sessuale dei minori); di un Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile (istituito presso la Presidenza del Consiglio); di obblighi di comunicazione in capo ai fornitori di servizi resi attraverso reti di comunicazione elettronica e di alcune misure finanziarie volte ad impedire la commercializzazione del materiale pedopornografico via internet. Per un commento a tali disposizioni si veda O. Forlenza, Al via un centro nazionale per il contrasto, in Guida dir., 2006, 9, 54 ss.

(3) Si tratta di ventidue progetti di legge che si caratterizzano per l'ampia varietà dei contenuti, incidendo alcuni non solo sulle fattispecie incriminatrici della sfruttamento della prostituzione minorile e della pornografia minorile ma anche sui reati sessuali. C.311, C. 382, C.408, C 593, C 726, C953, C1029, C1346, C1489, C2038, C2415, C2422, C2521, C2669,C2864, C3122, C3235, C3691, C4299, C4466, C5359, C5845.

(4) Nella versione iniziale del disegno di legge di origine governativa erano anche presenti alcune disposizioni, in cui era prevista una diminuzione di un terzo della pena rispetto alla pornografia comune: l'una relativa alla cd. pornografia virtuale (art. 600-quater n. 2 c.p.) e l'altra relativa alle condotte di cui all'art 600-ter e all' art. 600-quater c.p. aventi ad oggetto materiale pornografico realizzato utilizzando persone che sembrano essere minori (art. 600-quater n. 1). Ancora riconducibile al contenuto delle disposizioni della decisione quadro era la previsione all'art. 609-quater n. 3 c.p. di una causa di non punibilità nel caso in cui il materiale pornografico che rappresentasse un minore che avesse raggiunto l'età del consenso sessuale fosse prodotto e detenuto con il consenso del minore degli anni 18 e fosse rimasto nell'esclusiva disponibilità del produttore.

(5) V. A. Cadoppi, L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni, in Guida dir., 2004, 9, 37 ss.; Id., Premessa, in AA.VV., Commento alla legge 38/2006 disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet, cit., 9 ss.; L. Pistorelli, Colmate le lacune della pregressa disciplina, in Guida dir., 2004, 6, 45 ss.; Per analoghe considerazioni in merito alla necessità di una riforma delle norme incriminatrici della pedopornografia si veda S. Delsignore, Pornografia minorile, in AA.VV., I reati contro la persona, cit., 477 ss.; volendo, anche, A. Peccioli, Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi, Torino, 2005, 124 ss.

(6) La decisione quadro 2004/68 è pubblicata in GUCE, L 20 gennaio 2004, 44 ss. I reati inerenti lo sfruttamento sessuale dei minori rientrano nell'ambito di quelle forme di criminalità la cui prevenzione e repressione nei diversi Stati europei, ai sensi dell'art. 29 Trattato UE, deve essere realizzata con modalità uniformi al fine di creare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo dell'Unione Europea ex art. 2 Trattato UE. L'armonizzazione delle legislazioni europee, attraverso l'individuazione di elementi comuni sia sul piano delle sanzioni sia sul piano delle definizioni delle norme incriminatrici, ai sensi dell'art. 34 Trattato UE, deve realizzarsi attraverso l'adozione delle decisioni quadro, che non costituiscono una mera dichiarazione programmatica ma indicano le linee guida a cui devono uniformarsi le singole legislazioni nazionali: senza vincoli in merito agli strumenti da utilizzare i singoli Stati si trovano investititi dell'obbligo di adeguare la loro legislazione interna agli standards europei. Quantomeno fino all'intervento chiarificatore della Corte di giustizia del giugno 2005 (CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03) non vi era uniformità di interpretazione sul reale valore di tale strumento: per una parte della dottrina non rappresentano un reale strumento per la creazione di legislazioni penali uniformi ma si limiterebbero a porre mere dichiarazioni di principio al pari delle azioni comuni. I sostenitori di tale interpretazione si appellano all'elevato livello di genericità delle formulazioni e all'estrema difficoltà di condurre ad unità gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati.

La Corte di giustizia con l'ormai nota sentenza Pupino ha affermato che le decisioni quadro, non potendo imporre agli Stati alcun obbligo di penalizzazione, possono essere utilizzate per interpretare alcuni elementi costitutivi di fattispecie penali per renderli compatibili con i principi di determinatezza e di offensività. Per un commento alla decisione della Corte di giustizia, v. A. Fabbricatore, Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro, in questa Rivista, 2006, 640.

(7) Infatti all'epoca avevano già ricevuto l'approvazioni definitiva le decisioni quadro in materia di terrorismo, di tratta degli esseri umani, di corruzione privata, di riciclaggio, di sfruttamento dell'immigrazione clandestina. Solo successivamente è stata approvata la decisione quadro sul trattamento penale dei tossicodipendenti. È invece ancora in corso di esame l'approvazione di una decisione quadro sulla criminalità organizzata, settore in cui è ancora in vigore un'obsoleta Azione comune del 1998.

(8) A. Cadoppi, Commento all'art. 2, I comma della legge 269/1998 , in AA.VV., Commentari delle norme contro la violenza sessuale contro la pedofilia, a cura di A. Cadoppi, 3ª ed., 2002, Padova, 542 ss.; B. Romano, Tutela penale della persona e della sfera sessuale, 2ª ed., Milano, 2004, 163 ss.; F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona, Padova, 2005, 409 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, Parte speciale, II, 1, I delitti contro la persona, Bologna, 2006, 129 ss.; per una recente analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si veda S.R. Palumbieri, Prostituzione minorile, in AA.VV., I reati contro la persona, cit., 355 ss.

(9) In assenza di una norma che regoli in maniera espressa la disciplina transitoria, si potrebbero porre dei problemi di diritto intertemporale per l'individuazione di quale normativa in concreto applicare a quelle ipotesi di prostituzione minorile realizzate sotto la vigenza della precedente normativa ma i cui procedimenti penali sono ancora in corso. Per quanto riguarda l'ipotesi del compimento di atti sessuali con i minori di età compresa tra i 16 e i 18 anni la norma in commento non può trovare applicazione retroattiva in quanto più sfavorevole, prevedendo la rilevanza penale di comportamenti in precedenza leciti (art. 2 comma 1 c.p.). Nel caso di compimento di atti sessuali con un minore di età compresa tra i 14 e i 16 anni troverà applicazione la precedente disciplina, quale norma più favorevole (ex art. 2 comma 4 c.p.) in quanto erano previste in forma alternativa la pena della reclusione (da 6 mesi a 3 anni) e della multa rispetto all'odierna reclusione da due a cinque anni o comunque pena congiunta. Se si considera come circostanza aggravante, invece, la nuova fattispecie potrebbe essere norma più favorevole in virtù dell'applicazione del giudizio di bilanciamento. La circostanza attenuante prevista al comma 3, che regola le ipotesi in cui l'autore degli atti sessuali abbia un'età inferiore agli anni 18, si presenta come disposizione più

favorevole e quindi applicabile ai procedimenti in corso in quanto la novella del 2006 ha previsto una diminuzione da un terzo a due terzi diversamente dalla precedente versione in cui la diminuzione era indicata nella misura fissa di un terzo.

(10) Si veda in proposito A. Cadoppi, L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni, in Guida dir., 2006, 9, 37 ss.; L. Pistorelli, Colmate le lacune della pregressa disciplina, ibidem, 45 ss.

(11) Anche la circostanza attenuante della realizzazione delle condotte da parte di un minore degli anni diciotto potrebbe essere annullata in sede di bilanciamento con ulteriori circostanze aggravanti.

(12) Recentemente, v. Cass., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 17502, B. D., in www.penale.it.

(13) Per analoghe considerazioni si veda M. Virgilio, Commento all'art. 8 Legge Violenza sessuale, in AA.VV., Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, 312; P. Pisa, Commento alla riforma dei reati sessuali, in questa Rivista, 1996, 289. Amplius F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona, 2ª ed., Padova, 2005, 345 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale. Parte speciale, II, 1, I delitti contro la persona, Bologna, 2006, 199 ss.; B. Albertini, Querela di parte, in AA.VV., I reati contro la persona, cit., 249 ss., 249 ss; T. Padovani, Commento all'art. 1, in AA.VV., Commentari delle norme contro la violenza sessuale, cit., 3 ss.

(14) La modifica normativa non ha introdotto significative novità sul piano della natura giuridica del reato in quanto nonostante l'uso del plurale (esibizioni) la produzione di materiale pornografico è da intendersi come reato eventualmente abituale nel senso che non è necessaria la reiterazione della condotta tipica potendo il reato realizzarsi con una sola esibizione pornografica da parte di un minore.

(15) V. P. Pittaro, Le norme di diritto penale sostanziale, in questa Rivista, 1998, 1226 ss.; A. Cadoppi, Commento all'art. 2, I comma della legge 269/1998 , in AA.VV., Commentari delle norme contro la violenza sessuale, cit., 558 ss. Per una recente disamina degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si veda S. Delsignore, Pornografia minorile, in AA.VV., I reati contro la persona, diretto da A. Cadoppi-S. Canestrari-M. Papa, III, Reati contro la liberta sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori, a cura di A. Cadoppi, Torino, 2006, 477 ss

(16) F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona, Padova, 2005, 445 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, Parte Speciale, II, 1, I delitti contro la persona, Bologna, 2006. 144 ss.

(17) A. Cadoppi, Commento all'art. 2, cit., 563. ss.; F. Mantovani, Diritto penale, cit., 437 ss.; P. Pittaro, Le norme contro la pedofilia. A) Le norme di diritto penale sostanziale, in questa Rivista, 1998, 1222 ss.

(18) L. Monaco, sub Art. 600-ter c.p. , in A. Crespi-F. Stella-G. Zuccalà, Commentario breve al codice penale, Padova, 203, 1858 ss.

(19) Cass, Sez. Un., 31 maggio 2001, Bove, in Riv. pen., 2000, 785 ss.

(20) A. Cadoppi, Commento all' art. 3 della legge 269/1998, in AA.VV., Commentari delle norme contro la violenza sessuale, cit., 558 ss.

(21) Si veda P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, 4ª ed., Padova, 2006, 699 ss.; A. Cadoppi, Commento all'art. 3, cit., 559 ss.

(22) Ex plurimis Cass., Sez. III, 24 giugno 2003, M. P., in Riv. pen., 2004, 324 ss.

(23) Ex plurimis F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona, Padova, 2005, 445 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, cit., 144 ss.

(24) Cass., Sez. III, 27 settembre 2000, in Studium Juris, 2001, 353 ss.; Cass, Sez. III, 10 febbraio 2002, ivi, 2002, 801 ss.

(25) Per la dottrina si veda P. Pisa, Per l'offerta non bastano le vanterie dell'offerente, in questa Rivista, 1995, 1057 ss.; più recentemente S. Grillo, Commento all'art. 73 del Testo unico 309/1990, voce Stupefacenti, in AA.VV., Codice delle leggi penali complementari, a cura di F.C. Palazzo-C.E. Paliero, Padova, 2003, 2011 ss. Per la giurisprudenza Cass., Sez. VI, 18 luglio 1995, Franzone, in questa Rivista, 1995, 1057 ss.

(26) G. Marra, La detenzione di materiale pornografico minorile, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2003, 410 ss.

(27) Cass., Sez. III, 21 gennaio 2005, M., n. 5774 in Dir. form., 2005, 972 ss.

(28) V. S. Grillo, Commento all'art. 73, cit., 2011 ss. Per la giurisprudenza Cass., Sez. VI, 18 luglio 1995, Franzone, cit., 1057 ss.

(29) Tale nuova norma incriminatrice inizialmente inserita all'art. 609-quater n. 2 c.p. e poi successivamente all'art. 600-quater n. 1 c.p. , è rimasta inalterata nella sua struttura nel corso dei vari passaggi tra Camera e Senato. L'unico elemento di distinzione è rappresentato dal fatto che nella prima versione del disegno di legge governativo era prevista una causa di non punibilità nel caso in cui il materiale prodotto non fosse destinato alla produzione o alla cessione e senza l'utilizzo di minori reali, che poteva trovare applicazione, in virtù dell'iniziale clausola di riserva, nel solo

caso in cui la realizzazione non integrasse una fattispecie di reato: si pensi all'ipotesi in cui il materiale fosse prodotto con atti sessuali.

(30) Nel caso di materiale associato solo in parte a situazione reale rimane comunque configurale l'ipotesi più grave della pornografia minorile ex art. 600-ter c.p.

(31) L'inserimento del reato di pornografia virtuale, con una collocazione discutibile e con una terminologia di non facile ed immediata comprensione, è legato alla necessità di adeguarsi agli standards fissati dalla decisione quadro uniformandosi a quelle legislazioni che davano rilevanza penale alle condotte di produzione e di detenzione di materiale pornografico virtuale. Infatti il reato di pornografia virtuale era già stato inserito nella legislazione penale spagnola (Ley organica 15/2003 che introduce un comma 7 all'art. 189 codigo penal in cui è prevista la pena della reclusione da 3 mesi a 1 anno o la multa da 6 mesi a 2 anni per "que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada") ed in quella americana (Il Child pornografy Prevention Act del 1996 introduce alla sezione 2956 del titolo 18 del U.S. Code una sottosezione che incrimina quale pornografia infantile "qualunque rappresentazione visiva di una condotta sessualmente esplicita, comprese le fotografie, film, video, video, figure, disegni, immagini o disegni digitali o generati da un computer, prodotta meccanicamente, elettronicamente o attraverso altro mezzo, laddove la sua produzione abbia comportato l'utilizzazione di un minore o la rappresentazione grafica sia o, sembri essere, di un minore che intrattenga una condotta sessualmente esplicita; tale rappresentazione sia stata creata, adattata o modificata, in modo da apparire come di un minore identificabile o sia pubblicizzata, distribuita, promossa o presentata in maniera tale da trasmettere l'impressione che sia di un minore che intrattiene una condotta sessualmente esplicita". Per un'analisi in chiave comparata delle legislazioni penali europee in materia di pedopornografia si veda, F. Resta, voce Personalità individuale (delitti contro la), in AA.VV., Dizionario di Diritto pubblico, a cura di S. Cassese, V, Milano, 2006, 4260 ss.

(32) Per un primo commento si veda L. Pistorelli, sub Art. 609-quater n. 1, in AA.VV., Codice penale commentato, Parte speciale, a cura di E. Dolcini-G. Marinucci, 2ª ed., Milano, 2006, 4168 ss.

(33) Si veda per analoghe considerazioni critiche sull'inoffensività del reato di pornografia virtuale A. Cadoppi, L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni, in Guida dir., 2006, 9, 37 ss.; in relazione alla precedente normativa si veda A. Cadoppi, Commento all'art. 2, I comma della legge 269/1998 , cit., 571 ss., ed ancora L. Picotti, Pornografia minorile: evoluzione della disciplina penale e beni giuridici tutelati, in AA.VV., La tutela penale della persona. Nuove

frontiere, difficili equilibri, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, 307 ss; M. Bianchi, Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese, in Ind. pen., 2005, 300 ss.

(34) L. Pistorelli, sub Art. 609-quater n. 1, cit., 4169 ss.; M. Bianchi-A. Cadoppi-S. Del Signore, Commento alla legge 38/2006 disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet, in AA.VV., I reati contro la persona, cit., 17 ss.

(35) V. A. Cadoppi, L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni, in Guida dir., 2006, 9, 43 ss.; Id., Premessa, in AA.VV., Commento alla legge 38/2006 disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale, cit., 10 ss.

(36) La lesione del canone dell'offensività sarebbe risultata ancora maggiore se non fosse stata espunta dal testo approvato in via definitiva l'ipotesi attenuata (diminuzione della pena di un terzo) di pornografia minorile (contenuta originariamente agli artt. 600-quater n. 1 e 600-quater n. 2 c.p.). La norma, stralciata in sede di approvazione del testo base, prevedeva l'applicazione di una diminuzione di un terzo della pena per i reati di cui agli artt. 600-ter e 600-quater c.p. nel caso in cui avessero ad oggetto persone, che per lo loro caratteristiche fisiche, sembrano avere le sembianze di minori (efebi; soggetti affetti da nanismo).

(37) Si veda A. Cadoppi, L'assenza delle cause di non punibilità, cit., 44 ss.

(38) Secondo una recente sentenza della Corte di giustizia del Canada (per un commento, v. M. Bianchi, Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile allo scrutinio della Corte suprema del Canada, in Foro. it., 2005, IV, 345 ss.; M. Bianchi, Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese, in Ind. pen., 2005, 263 ss.) il reato di detenzione di materiale pornografico non appare costituzionalmente illegittimo se viene esclusa la rilevanza penale nel caso in cui la condotta sia realizzata per uso personale.

(39) Ex plurimis Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, n. 2546, M., in Cass. pen., 2004, 3577 ss, con nota di F. Catullo, Sullo sfruttamento della prostituzione on line. Per un commento v. G. Marra, Pornografia minorile: contenuti e limiti di una definizione, ivi, 3872 ss. V. anche M. Hefler, Davvero indeterminato il concetto di pornografia, specie minorile?, in questa Rivista, 2004, 622 ss.; F. Serraino, Principio di offensività e favoreggiamento della prostituzione, in Foro it., 2005, 454 ss.

(40) La riforma dei delitti contro la pedopornografia aveva destato l'interesse della Commissione Nordio che in una bozza preparatoria, predisposta da alcuni suoi

membri, aveva indicato alcune linee guida per la riforma dei reati informatici rispettosa dei vincoli derivanti da fonti comunitarie ed internazionali (il riferimento è alla Convenzione di Budapest sul Cybercrime e alla decisione quadro europea). Il progetto, oltre all'incriminazione di un'ampia serie di condotte (quali la produzione al fine di cessione; la diffusione; l'offerta o la messa a disposizione; la trasmissione; procurarsi) realizzate attraverso l'utilizzazione di sistemi di informazione, conteneva rispetto alla riforma della legge in esame maggiori elementi di determinatezza con l'introduzione di una definizione normativa "Rappresentazioni pornografiche " aventi ad oggetto minori degli anni 14 implicati o coinvolti in una condotta sessualmente esplicita (fra cui l'esibizione lasciva dei genitali e dell'area pubica). Elemento più discutibile era la previsione della rilevanza penale della pornografia virtuale essendo ricompreso nella nozione di pornografia anche quel materiale prodotto con l'utilizzazione di una persona reale avente le caratteristiche morfologiche di un minore degli anni 14 o immagini realistiche di un minore degli anni 14, realizzate con strumenti informatici.

(41) All'art. 73 il Progetto Pagliaro strutturava le norme incriminatrici prendendo come modello la pornografia avente ad oggetto persone adulte e relegando a circostanza aggravante le condotte realizzati su soggetti minori. Le condotte erano previste in tre forme alternative quali la produzione, la detenzione e la diffusione la cui rilevanza penale non si fondava sullo sfruttamento dei minori ma su una finalità più prettamente economica.

(1) Per una breve disamina dei contenuti della Decisione, che contiene anche una definizione di "pornografia minorile", v. A. Cadoppi, Premessa, in AA.VV., Commento alla legge 6 febbraio 2006, n. 38 , a cura di M. Bianchi-A. Cadoppi-S. Del signore, Torino, 2006, 9 ss. Tra le novità che hanno evidenziato le carenze della l. n. 269 del 1998 , e che hanno motivato la recente riforma, l'Autore ricorda anche la Convention on Cybercrime, adottata dal Consiglio d'Europa, aperta alla firma a Budapest nel novembre 2001 ed in vigore dal 1° luglio 2004.

(2) Per comodità del lettore, si riportano brevemente i criteri di computo della pena ai fini dell'applicabilità delle misure cautelari: si ha riguardo alla pena stabilita per il reato consumato o tentato; non si ha riguardo alla continuazione e alla recidiva; non si computano le circostanze, ad eccezione dell'aggravante dell'approfittamento delle condizioni di tempo, luogo o persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; dell'attenuante del danno di speciale tenuità nei delitti contro il patrimonio; e ad eccezione delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella base, e delle circostanze ad effetto speciale.

(3) Si pone però un problema interpretativo, dettato dalla strutturazione dell'art. 600-bis come riformato. Il comma 4 richiama il "fatto di cui al secondo comma", cioè gli

atti sessuali a pagamento con un minore ultraquattordicenne, che sono puniti, di per sé, con la reclusione e con la multa. Se tale reato è commesso da un infradiciottenne, la pena è della reclusione o della multa, diminuita da un terzo a due terzi. Ciò induce a pensare che l'attenuante in questione non operi per l'autore infradiciottenne nel caso in cui la vittima sia infrasedicenne, posto che tale situazione è punita con "la reclusione da 2 a 5 anni", sanzione incompatibile con la diminuzione introdotta dalla circostanza attenuante "dipendente" di cui all'ultimo comma, che parla, come si è visto, di "pena della reclusione o della multa, ridotta da un terzo a due terzi". In sostanza, parrebbe di poter concludere che se la vittima è infrasedicenne si applichi la reclusione da 2 a 5 anni (e quindi anche, eventualmente, la custodia cautelare) anche all'imputato infradiciottenne. Ricapitolando: chiunque compie atti sessuali a pagamento con un infradiciottenne è punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni o con la multa (comma 1). Se però l'autore è un minorenne, la pena è della reclusione o della multa, ridotta da un terzo a due terzi (comma 3). Ma in ogni caso, se la vittima è infrasedicenne, si applica a chiunque la reclusione da 2 a 5 anni (comma 2).

(4) Si noti che alle condotte di distribuzione, divulgazione e pubblicizzazione si è affiancata quella della diffusione, che non pare aggiungere molto di nuovo alla serie dei comportamenti penalmente rilevanti. Tra l'altro, non si comprende perché la diffusione debba valere solo per il materiale e non per le notizie o informazioni utili allo sfruttamento o all'adescamento dei minori. Come non è chiara la motivazione, chiaro non è stato il Legislatore della riforma. La lett. b dell'art. 1 della legge in questione recita così: "al terzo comma, dopo la parola: "divulga" è inserita la seguente: ", diffonde"". Ora, la parola "divulga" è utilizzata sia per il materiale che per le notizie o informazioni. Il motivo che ha impedito di ripeterla, come sarebbe stato logico, anche a riguardo della notizie, sembra essere il fatto che ", diffonde" si lega con "o pubblicizza il materiale", ma non si lega con "o divulga [, diffonde] notizie o informazioni".

(5) Prima della riforma era punita soltanto la cessione, anche a titolo gratuito. Oggi è punita anche l'offerta.

ì(6) La figura del convivente del genitore è stata aggiunta con la riforma in commento, certo al fine di adeguare il livello di protezione del minore ai mutamenti intervenuti nel tessuto sociale.

(7) Più che di pornografia virtuale, si dovrebbe parlare, correttamente, di pornografia minorile virtuale, visto che si incrimina la realizzazione, la detenzione e la diffusione di materiale pornografico virtuale che riguardi i minorenni: la pornografia di per sé, reale o virtuale che sia, non è reato.

(8) Ad aumentare le incertezze contribuiscono, da una parte, il trattamento sanzionatorio, che sembra quello tipico delle circostanze ("Le disposizioni di cui agli articoli 600-ter e 600-quater si applicano anche [...], ma la pena è diminuita di un terzo"); dall'altra, l'atteggiamento del Legislatore, che almeno in un caso ha trattato l'art. 600-quater.1 come un delitto autonomo: nell'art. 444 comma 1-bis, novellato anch'esso, sono stati esclusi dal "patteggiamento allargato" altri delitti oltre a quelli già presenti; tra le novità figura anche il delitto di cui all'art. 600-quater.1. Peraltro, la stessa legge tratta, altrove, la fattispecie de qua in maniera completamente differente, alimentando i dubbi interpretativi. Per un approfondimento di tali considerazioni, v. D. Proverbio-M. Vizzardi, sub Art. 600-quater.1 c.p. , in AA.VV., Codice penale commentato, a cura di E. Dolcini-Marinucci, 2ª ed., Milano, 2006, 4168 ss.

(9) Una brevissima considerazione sulla natura della previsione è imposta dalla lettura coordinata con un'altra norma: l'art. 472 comma 3-bis c.p.p. introdotto dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66 ("Norme contro la violenza sessuale"), in G.U., 20 febbraio 1996, n. 42. Tale norma elenca i reati per i quali il dibattimento può o deve svolgersi a porte chiuse. L'art. 600-quater.1 non è nell'elenco. A rigor di logica, se la fattispecie di cui all'art. 600 quater.1 c.p. sarà considerata una circostanza attenuante dei delitti previsti dagli artt. 600-ter e 600-quater, anche il dibattimento per un delitto qualsiasi di pornografia virtuale si potrà svolgere a porte chiuse su richiesta della persona offesa (che può ben esserci: il minore le cui immagini sono state utilizzate per realizzare immagini virtuali tramite le non meglio identificate "tecniche di elaborazione grafica"). Anzi, si dovrà svolgere a porte chiuse, visto che la persona offesa sarà necessariamente minorenne. Ma se la si considererà una fattispecie autonoma, il dibattimento non potrà svolgersi a porte chiuse per i motivi indicati dall'art. 472 comma 3-bis c.p.p. perché l'art. 600-quater.1 non ci rientra.

(10) Tale equiparazione era già presente nell'art. 600-septies, inserita dall' art. 15 l. 11 agosto 2003, n. 228, recante "Misure contro la tratta di persone".

(11) "Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 [...] i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-bis, primo e terzo comma, 600-ter, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-quater, secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, nonché 609-bis, 609-ter, 609-quater e 609-octies del codice penale [...]" (art. 444 comma 1-bis c.p.p.).

(12) L'aggravante dell'ingente quantità di cui al comma 5 potrà contribuire a far uscire dai limiti del patteggiamento le ipotesi base che vi rientrerebbero.

(13) Si consideri che, previo riconoscimento delle attenuanti generiche, e con la riduzione per il rito, potrà accedere al patteggiamento semplice anche l'imputato di

produzione di materiale pornografico (art. 600-ter comma 1) virtuale (art. 600-quater.1).

(14) A maggior ragione per le ipotesi aggravate di cui al successivo art. 609-ter.

(15) "Al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 609-bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni 16, è punito con la reclusione da 3 a 6 anni".

(16) Come già notava G. Spangher, Le norme contro la pedofilia. B) Le norme di diritto processuale penale, in questa Rivista, 1998, 1232, a riguardo delle modifiche apportate dalla l. n. 269 del 1998 , l'ampliamento dei casi di arresto, determina un indiretto ampliamento dei casi di ricorso al giudizio direttissimo.

(17) La novella ha infatti introdotto un espresso riferimento al materiale di cui all'art. 600-quater.1 nel corpo della lett. d dell'art. 380 comma 2 c.p.p. La lettera in questione era già stata modificata dalla l. 3 agosto 1998, n. 269 ("Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù", in G.U., 10 agosto 1998, n. 185), che aveva esteso i casi di arresto obbligatorio in flagranza ai reati di prostituzione e di pornografia minorili, ed al reato di turismo sessuale, introdotti proprio dalla Legge appena citata.

(18) "Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria hanno facoltà di arrestare chiunque è colto in flagranza di un delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a 3 anni [...]".

(19) Il provvedimento di fermo può essere disposto nei confronti di persona gravemente indiziata di un delitto per il quale la legge stabilisce la pena (determinata a norma dell'art. 278 c.p.p.) dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a 2 anni e superiore nel massimo a 6.

(20) Trattasi, come si è visto, di un'aggravante ad effetto speciale che però, pur con un aumento massimo di pena, non fa salire il minimo edittale di cui al comma 3 oltre i due anni previsti dall'art. 384 c.p.p.

(21) Cui la misura era già applicabile, visto che il regime sanzionatorio è quello previsto dall'art. 609-bis.

(22) Delitti non colposi puniti con l'ergastolo o con la reclusione superiore nel massimo a cinque anni (calcolata sulla base dei criteri fissati dall'art. 4 c.p.p.).

(23) In cui è stato inserito l'inciso "anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1", che rappresenta una costante delle novelle processuali

introdotte dalla legge in commento. La lett. f-bis è stata inserita nel corpo dell'art. 266 dall' art. 12 l. n. 269 del 1998.

(24) E lo diventa anche "quantitativamente" nell'ipotesi aggravata di cui al comma 5, cosa che invece non accade per l'offerta, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico prodotto con lo sfruttamento di minori (comma 4), che non è qualitativamente né quantitativamente intercettabile (reclusione fino a 3 anni), non diventandolo neanche nell'ipotesi aggravata dell'ingente quantità (perché il massimo edittale della pena non supererà comunque i 5 anni).

(25) "[...] reati previsti dagli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale". Dopo le parole "600-quater," è stato introdotto l'inciso "anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1"

(26) Introdotto dall' art. 13 l. n. 66 del 1996.

(27) "Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive", conv. con modif. dalla l. n. 172 del 1992 , in G.U., 28 febbraio 1992, n. 49.

(28) Testualmente, il decreto: "[...] delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 629, 644, 648 bis e 648-ter c.p. e di cui all' art. 3 della Legge 20 febbraio 1958, n. 75 [...]". La novità sta proprio nell'inciso "anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600 quater.1", introdotto dall'art. 16 della legge in commento.

(29) "Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001" in G.U., 11 aprile 2006, n. 85, Suppl. ord., n. 91. Per una sintesi, v. in questa Rivista, 2006, 546.

(30) Per un commento v. A. Cisterna, Attività sotto copertura, arriva lo statuto, in Guida dir., 2006, 17, 78 ss.

(31) Si veda l'art. 9 (in particolare i commi 6, 7 e 8) della recente legge, rubricato, appunto, "Operazioni sotto copertura".

(32) La disciplina prevista dall'abrogato art. 10 era praticamente identica, con la differenza che questo prevedeva la possibilità, da parte del Pubblico ministero, di ritardare l'arresto, ma non l'ordine di esecuzione di pene detentive. Un'altra differenza consiste nel fatto che l'attuale normativa sull'esecuzione ritardata di atti di indagine prevede il coinvolgimento del Procuratore generale presso la Corte d'appello e del Procuratore nazionale antimafia (quest'ultimo, nei procedimenti per i delitti di cui

all'art. 51 comma 3-bis c.p.p.), ai quali deve essere trasmessa la comunicazione del ritardo nell'esecuzione.

(33) "Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia", in G.U., 15 gennaio 1991, n. 12, conv. con modif. dalla l. 15 marzo 1991, n. 82 .

(34) Solo per completezza, le speciali misure di protezione si applicano anche ai collaboratori nei procedimenti per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione; per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p. e per il delitto di cui all'art. 600-quinquies.

(35) Per un commento alla l. n. 269 del 1998 , ed in particolare alle novità di carattere processuale da essa apportate, v. G. Spangher, Le norme contro la pedofilia, cit., 1231. Da notare che la recente l. 16 marzo 2006, n. 146 , sulle attività undercover, ha testualmente riprodotto all'interno del proprio art. 9 comma 9, il comma 4 dell' art. 14 l. n. 269 del 1998, espressamente abrogato, che permetteva all'autorità giudiziaria di affidare il materiale ed i beni sequestrati agli organi di polizia giudiziaria, in custodia giudiziale con facoltà d'uso, al fine di impiegarli nelle indagini contro i delitti di sfruttamento sessuale dei minori.

(36) Si tratta delle "attività occorrenti per il contrasto dei delitti di cui agli artt. 600-bis comma 1, 600-ter commi 1, 2 e 3, e 600-quinquies c.p. commessi mediante l'impiego di sistemi informatici o mezzi di comunicazione telematica ovvero utilizzando reti di telecomunicazione disponibili al pubblico": v. art. 14 comma 2 l. n. 269 del 1998.

(37) Si noti che anche l' art. 14 l. n. 269 del 1998 permette di ritardare l'esecuzione di determinati atti di indagine e/o privativi della libertà personale dell'indagato/imputato dei delitti di cui ci stiamo occupando, proprio come disponeva l'ormai abrogato art. 10 d.l. n. 419 del 1991 ("Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive") già esaminato supra, ma con alcune differenze. Il d.l. n. 419 del 1991 parlava solo di Pubblico ministero e di ufficiali di polizia giudiziaria, mentre la l. n. 269 del 1998 , all'art. 14, parla di Autorità giudiziaria; ma soprattutto, il Decreto elencava gli "articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies", ed altri che in questa sede non rilevano. La legge 269 del 1998 , invece, parla solo dei "delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies del codice penale" anche se commessi con il materiale di cui all'art. 600-

quater.1 (grazie alla novità "non codificata" introdotta dall'art. 16 comma 3 della legge in commento).

(38) Così Cass., Sez. III, 17 febbraio 2005, A., in Dir. internet, 2005, 482

(39) L. 26 luglio 1975, n. 354 recante "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", G.U., 9 agosto 1975, n. 212, Suppl. ord.

TRATTA DI ESSERI UMANI

Art. 601 c.p. :

È punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi (2) .

Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età.

La pena per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera, che commette alcuno dei fatti previsti dal primo o dal secondo comma o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.

Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto previsto dal primo o dal secondo comma o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni.

Cass. pen. Sez. V Sent., 08/05/2008, n. 23368 (rv. 240487)
C.A.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)REATO IN GENERE

REATI CONTRO LA PERSONA - DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ INDIVIDUALE - TRATTA E COMMERCIO DI SCHIAVI - In genere

Ai fini della consumazione del reato di tratta di persone, con riguardo alla seconda delle ipotesi previste dall'art. 601, comma primo, cod. pen., non è necessario che venga consumato anche il reato di riduzione in schiavitù, quale previsto dalla richiamata norma,, atteso che con tale richiamo si è inteso soltanto, da parte del legislatore, stabilire la necessità del dolo specifico da cui la condotta dell'agente dev'essere accompagnata, nulla rilevando, quindi, che la finalità da lui perseguita non si realizzi, ovvero si realizzi ad opera di soggetto diverso, non necessariamente concorrente con il primo. (Rigetta, Trib. lib. Milano, 13 Febbraio 2008)

FONTI

CED Cassazione, 2008

Cass. pen. Sez. I Sent., 20/01/2010, n. 6308 (rv. 246114)
A.N.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Riduzione in schiavitù - Competenza per i fatti commessi prima della l. n. 228 del 2003 - Giudizio di primo grado svoltosi dinanzi al g.u.p. con il rito abbreviato - Appello - Giudice competente - Individuazione.

Per il delitto di riduzione in schiavitù la cui permanenza sia cessata anteriormente alla data di entrata in vigore della L. 8 agosto 2003 n. 228 (misure contro la tratta di persone) la quale ne ha devoluto la cognizione al giudizio del tribunale in composizione collegiale in relazione ai fatti commessi successivamente a quella data, la competenza in appello, che ha carattere funzionale, appartiene alla Corte d'assise d'appello anche quando il giudizio di primo grado sia stato celebrato con il rito abbreviato dinanzi al giudice dell'udienza preliminare. (Annulla in parte con rinvio, App. Catanzaro, 24/11/2008)

FONTI

CED Cassazione, 2010

Cass. pen. Sez. V Sent., 10/06/2015, n. 39797
N.M.O. e altri

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

La novella di cui al D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 24, lungi dal modificare sostanzialmente la disciplina della fattispecie delittuosa di cui all'art. 601 c.p., ha semplicemente precisato in dettaglio le modalità attraverso le quali si realizza la tratta di esseri umani.

FONTI

Massima redazionale, 2015

ass. pen. Sez. III Sent., 08/10/2015, n. 50561 (rv. 265647)
SICUREZZA PUBBLICA Stranieri

SICUREZZA PUBBLICA - Stranieri - Previsione di cui all'art. 12 d.lgs n. 286 del 1998 - Assorbimento nei più gravi reati di tratta di persone o di riduzione in schiavitù - Esclusione - Ragioni

Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, previsto dall'art. 12, comma primo, D.Lgs. n. 286 del 1998, non è assorbito dai più gravi delitti di tratta di persone o di riduzione in schiavitù, essendo diverso il bene giuridico tutelato dalle norme, in quanto la prima è a presidio dell'ordine pubblico, mentre le altre della libertà della persona. (In motivazione, la Corte ha precisato che il meccanismo dell'"assorbimento", a cui rimanda l'inciso "salvo che il fatto non costituisca più grave reato", presuppone che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse protetto dal reato meno grave da assorbire). (Dichiara inammissibile, Ass.App. Roma, 28/05/15)

FONTI

Cass. pen. Sez. V Sent., 10/06/2015, n. 39797 (rv. 265182)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Riduzione in schiavitù - Art. 601 cod. pen.- Tratta di persone - Nei confronti di minori - Aggravante di cui all'art. 602 cod. pen. - Configurabilità

Il delitto di tratta di persone commesso nei confronti di persone minori di età non assorbe l'aggravante prevista dall'art. 602-ter cod. pen., con riferimento a tale condizione anagrafica della persona offesa, in quanto la nuova formulazione dell'art. 601 cod. pen., introdotta dal d. lgs. 4 marzo 2014, n. 24, si limita a stabilire che, allorquando oggetto della tratta sono soggetti minori, il reato è configurabile anche in assenza delle modalità indicate nella prima parte della disposizione. (Rigetta, Ass.App. Genova, 19/05/2014)

FONTI

CED Cassazione, 2015

Dir. Pen. e Processo, 2015, 7, 879 (commento alla normativa)

LA TUTELA DELLE VITTIME VULNERABILI NEI DELITTI DI RIDUZIONE IN SCHIAVITÙ E DI TRATTA

di Annamaria Peccioli

c.p. art. 600

c.p. art. 601

Dir. 05-04-2011, n. 2011/36/UE, epigrafe

D.Lgs. 04-03-2014, n. 24, epigrafe

Con il recepimento della Direttiva 2011/36/UE il legislatore delegato (D.Lgs. n. 24/2014) si è posto l'obiettivo di potenziare gli strumenti penalistici per la tutela delle vittime nei delitti di tratta e di riduzione in schiavitù. Tale provvedimento, che presenta profili di incoerenza e di assenza di coordinamento sistematico, si inserisce nel trend, anche internazionale, di rivalutazione della vittima e delle sue prerogative.

Sommario: Premessa: le vittime vulnerabili - Le modifiche dell'art. 600 c.p.: l'approfittamento della posizione di vulnerabilità - (segue) la finalità di prelievo degli organi - Le modifiche all'art. 601 c.p.: la definizione di tratta - (segue) la tratta di una o più persone: un unico reato - La tratta a danno di vittima minore degli anni diciotto

Premessa: le vittime vulnerabili

Con il D.Lgs. n. 24/2014 il legislatore delegato ha dato attuazione alla recente Direttiva 2011/36/UE contenente norme finalizzate alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani. Si tratta di un provvedimento normativo (di uguale tenore il D.Lgs. n. 39/2014 con cui è stata data attuazione alla Direttiva. 2011/93/UE contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile) che si pone come obiettivo il rafforzamento della tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) e di tratta (art. 601 c.p.).

La rivalutazione (rectius la riscoperta(1)) della vittima, del suo ruolo, delle sue prerogative e la strategia multilivello(2) (strumenti di natura processuale, amministrativa e scelte di politica criminale volte alla penalizzazione ex novo o alla rimodulazione di fattispecie incriminatrici) per una sua tutela rafforzata affonda le sue radici nelle fonti internazionali ed europee. Una posizione di primo piano è, certamente, occupata dalla Direttiva. 2012/29/UE(3), che contiene una serie di misure volte a garantire una rete di informazioni, di assistenza, di protezione delle vittime ed una loro ampia partecipazione ai procedimenti penali.

La Direttiva 2012/29 offre una definizione generale di vittima, in base alla quale è tale una persona fisica che "ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato" o un familiare di "una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona". La definizione europea si completa con le precisazioni dei considerando 16 e 17, che richiedono che la tutela della vittima

debba essere rafforzata nell'ambito dei reati di terrorismo e di violenza di genere (tra cui vengono ricompresi la riduzione in schiavitù e la tratta degli essere umani).

Vittime vulnerabili sono i soggetti che, in virtù delle loro condizioni fisiche (età, status personali) e mentali, si trovano in una posizione di particolare sensibilità e di difficoltà di autodeterminarsi tale da essere posti nella difficile condizione di non avere altre alternative effettivi ed efficaci che subire l'abuso di cui sono vittime.

Il D.Lgs. n. 24/2014 offre la prima definizione italiana espressa di vittime vulnerabili, che l'art. 1, comma 1 (Principi generali) identifica nei "minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare se in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere". Nel provvedimento in esame, che contiene significative modifiche degli artt. 600 e 601 c.p., il legislatore delegato, analogamente ad altri provvedimenti in materia di sicurezza sociale(4), a fronte di pressanti esigenze di tutela di tale categorie di vittime ha fatto un uso simbolico del diritto penale dando vita ad aporie e incoerenze nella sistematica dei delitti contro la personalità individuale.

Le modifiche dell'art. 600 c.p.: l'approfittamento della posizione di vulnerabilità

Sotto la vigenza della previgente normativa una delle modalità di realizzazione delle condotte di riduzione in schiavitù e di riduzione (e mantenimento) in servitù, che aveva sollevato in dottrina(5) e in giurisprudenza(6) dubbi interpretativi in ordine alla sua definizione concreta, era rappresentata dall'approfittamento della situazione di necessità in cui veniva trovarsi la vittima.

Escludendo la possibilità che tale requisito potesse richiamare la causa di giustificazione dello stato di necessità ex art. 54 c.p., per evitare squilibri interpretativi non si riteneva sussistente l'elemento in re ipsa limitandosi a considerare in astratto le qualità o il luogo di provenienza della vittima. La situazione di necessità era da considerare sussistente in concreto valutando la reale condizione di difficoltà o di bisogno in cui il soggetto si trovava nel suo paese di origine o in considerazione del suo soggiorno obbligato in un paese diverso da quello natio.

Pertanto a fronte di un'interpretazione uniforme sulla necessità di valutazione della sussistenza caso per caso, la giurisprudenza assunse ab initio un atteggiamento discutibile in merito all'individuazione dei parametri per la valutazione della sussistenza dell'elemento in oggetto. I primi arresti giurisprudenziali(7), richiamandosi agli estremi dell'art. 1448 c.c. e attraverso un discutibile parallelismo tra il contratto di compravendita e la riduzione in schiavitù (in entrambe le ipotesi saremo stati di fronte, a parere dei giudici della Suprema Corte, ad un contratto a prestazioni sinallagmatiche), assimilavano la situazione di necessità, quale modalità di

realizzazione dello stato di soggezione continuativa, alla condizione di debolezza, materiale o psicologica, idonea a condizionare la volontà della vittima nel caso di rescissione del contratto: come era stato evidenziato in sede di primo commento(8) e come più correttamente fece la Cassazione nelle pronunce(9) successive la qualificazione della situazione di necessità in termini di debolezza o di mancanza di mezzi materiali o morali tali da condizionare negativamente la volontà personale della vittima avrebbe potuto trovare un fondamento normativo, in primis, nel richiamo dello stato di bisogno, circostanza aggravante dell'usura (art. 644, comma 5, c.p.). Secondo elemento utile per l'individuazione degli esatti contorni della situazione di necessità e per recuperare il rispetto del principio di determinatezza è l'impiego ai fini interpretativi della definizione della definizione minima comune della riduzione in schiavitù e delle sue forme di realizzazione contenuta nella decisione quadro del 19 luglio 2002. Secondo la definizione europea la situazione di necessità andava intesa quale condizione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo tale da condizionare la volontà personale ed, in altri termini, veniva a coincidere con la posizione di vulnerabilità.

Il D.Lgs. n. 24/2014 ha inserito in maniera esplicita nel secondo comma dell'art. 600 c.p. il riferimento all'approfittamento della situazione di vulnerabilità affiancandola alla previgente, e non eliminata, situazione di necessità. La Direttiva europea 2011/36/UE, a cui il D.Lgs. n. 24/2014 dà attuazione espressa, definisce tale condizione come la situazione in cui una persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere agli abusi di cui è vittima. L'affiancamento di tale requisito alla previgente situazione di necessità, interpretata, come si è detto, dalla costante giurisprudenza quale situazione di vulnerabilità, non ha comportato un ampliamento(10) della portata applicativa dell'art. 600 c.p. Come è stato correttamente affermato(11), la situazione di vulnerabilità può essere intesa come clausola generale in grado di ricomprendere tutte le diverse ipotesi di inferiorità, psichica e fisica, che costruiscono elemento caratterizzante lo stato di soggezione continuativa.

(segue) la finalità di prelievo degli organi

Ulteriore modifica alle modalità alternative di realizzazione dello stato di soggezione continuativa dell'art. 600 c.p. è rappresentata dall'inserimento della sottoposizione della vittima al prelievo di organi. Tale elemento non rappresenta una novità dal momento che tale finalità era prevista, anche, quale circostanza aggravante blindata dell'art. 600 c.p. nell'art. 602 ter, comma 1, lett. b). La previsione della finalità del prelievo degli organi, con la sua originaria introduzione nel terzo comma dell'art. 600 c.p. ad opera della riforma del 2003, aveva rappresentato il primo riconoscimento, da parte della legislazione italiana, del prelievo illecito degli organi quale modalità di

estrinsecazione del fenomeno della tratta e della riduzione in schiavitù. Già da tempo, invece, a livello europeo (con la decisione quadro del 2002 e con la direttiva del 2011) e a livello internazionale (Convenzione Onu sulla criminalità organizzata del 2000) la finalità del prelievo degli organi era inserita tra gli elementi costitutivi delle norme incriminatrici della riduzione in schiavitù.

La circostanza aggravante nella versione del 2003 non godeva di alcun privilegio nel giudizio di bilanciamento ed era prevista, con un'analoga formulazione, nell'ultimo comma degli artt. 600, 601, 602 c.p. Solo nel 2010 venne trasferita nella norma catalogo dell'art. 602 quater, comma 1, lett. c), c.p. per esigenze di economia normativa dal momento che tali ipotesi circostanziali potevano trovare applicazione in relazione a tutte le fattispecie inerenti la tratta e di riduzione in schiavitù.

Con la riforma del 2014 quello che rappresentava un elemento circostanziale viene trasformato in elemento costitutivo (seppur alternativo) della realizzazione dello stato di soggezione continuativa per dare piena attuazione alla definizione degli elementi costitutivi della riduzione in schiavitù e della tratta contenuta nella Direttiva del 2011. Si sottolinea, però, che il D.Lgs. n. 24/2014 nel trasferire la finalità del prelievo degli organi tra gli elementi costitutivi dell'art. 600 c.p. non abbia provveduto contestualmente all'abrogazione della circostanza aggravante blindata di cui all'art. 602 quater, ancora formalmente in vigore.

Per esigenze di coerenza e di coordinamento sistematico, secondo una prima interpretazione(12), si deve intendere implicitamente eliminato il riferimento al prelievo degli organi dalle circostanze blindate: la riforma del 2014, così intesa, comporterebbe una curiosa diminuzione del trattamento sanzionatorio per ipotesi di estrema gravità che non sembra coerente con la ratio del provvedimento in esame, che si pone l'obiettivo di apprestare una tutela rafforzata nei confronti di vittime deboli e vulnerabili.

A fronte di tale interpretazione si può offrire una diversa ricostruzione del rapporto tra l'attuale 600 c.p. e la circostanza aggravante dell'art. 602 quater c.p. finalizzata a conservare una portata applicativa alla disposizione predetta. La circostanza potrà trovare applicazione nei soli casi in cui la finalità del prelievo degli organi non rappresenti lo scopo iniziale di colui che riduce (o mantiene) la vittima in uno stato di soggezione continuativa ma si manifesti nelle intenzioni del soggetto attivo solo in un secondo momento. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso di colui che riduca un soggetto in una condizione di servitù mediante lo sfruttamento lavorativo e, solo successivamente, agisca con la finalità del prelievo illecito degli organi.

Tale interpretazione, che consente di diversificare il trattamento sanzionatorio in presenza di ipotesi di estrema gravità, è in linea con il progetto di riforma(13), in corso

di esame in Parlamento, finalizzato, all'introduzione (art. 601 bis c.p.) di una norma incriminatrice ad hoc del prelievo illecito di organi.

Le modifiche all'art. 601 c.p.: la definizione di tratta

Con la riforma introdotta nel 2014 l'art. 601 c.p. viene mantenuta inalterata la struttura del primo comma dell'art. 601 c.p., che, nella versione attualmente in vigore, continua a contemplare due autonome fattispecie incriminatrici, il cui discrimen è rappresentato dal diverso status della vittima. La prima ipotesi contempla la tratta a danno di soggetti che versano già in una condizione di schiavitù o di servitù; la seconda, invece, è strutturata come reato a dolo specifico caratterizzato dalle finalità tipiche della riduzione in schiavitù. Finalità, che successivamente, al D.Lgs. n. 24/2014 non sono più indicate con l'espresso richiamo all'art. 600 c.p. ma attraverso una declinazione delle diverse modalità di realizzazione.

Più importante, per le conseguenze di ordine pratico e gli eventuali profili di successione di leggi penali nel tempo, è la modifica relativa all'individuazione della condotta di tratta. Nonostante l'intervento del 2003 l'art. 601 c.p. presentava profili di indeterminatezza: solo con la riforma in commento l'articolo predetto non si limita più ad una definizione tautologica di tratta di persone ma individua gli elementi costitutivi sotto il profilo sia oggettivo sia soggettivo. La tratta presenta la struttura di reato a condotta vincolata che si realizza con il reclutamento, l'introduzione nel territorio dello stato, il trasferimento al di fuori di esso, la cessione dell'autorità sulla vittima o il dare ospitalità.

Rispetto alla versione precedente in cui si dava rilevanza alla condotta di induzione o di costrizione, si assiste ad una notevole posticipazione della soglia di rilevanza penale. Tale modifica è giustificata dalla necessità non solo di dare espressa attuazione alla Direttiva 2011 ma anche di superare alcuni problemi inerenti l'individuazione del momento consumativo. Le norme previgenti, strutturate come reati istantanei, non richiedevano la realizzazione in concreto dell'ingresso o del trasferimento, dal momento che il reato si consumava nel momento in cui il soggetto attivo induceva o costringeva la vittima al trasferimento. L'anticipazione della soglia di punibilità aveva comportato difficoltà di ordine probatorio per l'individuazione del grado di coartazione di induzione subito dalla vittima, dal momento che la fattispecie, diversamente dal favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ex art. 12, comma 3, D.Lgs. n. 286 del 1989, non richiedeva il compimento di atti diretti a favorire l'ingresso nel territorio italiano.

L'eliminazione del riferimento alla costrizione e all'induzione sposta in avanti il momento consumativo (con conseguenze sulla disciplina della prescrizione, della competenza e della flagranza) garantendo una tutela rafforzata delle vittime della

tratta. Non può nascondersi, certamente, che anche la nuova formulazione potrebbe essere foriera di dubbi interpretativi dal momento che è sempre molto difficile individuare il momento preciso in cui le vittime della tratta entrano nel territorio dello Stato italiano.

Con la riforma del 2014 il delitto di tratta conserva la sua natura di reato eventualmente transnazionale dal momento che può avere, anche, una dimensione nazionale, essendo previste le condotte del dare soggiorno e di trasferimento all'interno del territorio italiano.

(segue) la tratta di una o più persone: un unico reato

Ulteriore problema sollevato dalla riforma operata dal D.Lgs. n. 24/2014 è rappresentato dall'indicazione del numero delle vittime delle condotte di tratta. In relazione a tale profilo l'art. 601 c.p. ha avuto diverse formulazione in merito alle indicazioni di ordine quantitativo delle vittime.

Nella versione originaria del codice del 1930 la tratta, per espressa previsione legislativa, doveva avere ad oggetto una pluralità di persone. Nel 2003 il legislatore, dando attuazione alla decisione quadro europea del 2002, optò per l'indicazione di un unico soggetto passivo: indice evidente, nonostante autorevoli pareri(14) di segno opposto, di una scelta di politica criminale volta a rafforzare la tutela penale di soggetti in condizioni di vulnerabilità. Nella sua riformulata formulazione il reato sarebbe stato configurabile anche nel caso in cui la tratta avesse avuto ad oggetto un'unica vittima: era un'innovazione rispetto alle tradizionali definizioni in base alle quali la tratta, avendo necessariamente una dimensione organizzativa e imprenditoriale, avrebbe potuto realizzarsi nel solo caso di trasferimento di una pluralità di vittime. Infatti l'indicazione espressa, quale elemento costitutivo, di un unico soggetto passivo avrebbe dovuto comportare la configurabilità di un concorso di reati, essendo più azioni lesive di un bene giuridico altamente personale (dignità umana e la personalità individuale)(15). Una diversa interpretazione avrebbe condotto ad una situazione paradossale, rendendo indifferente sul piano del trattamento sanzionatorio la commissione del reato a danno di più persone o di un singolo soggetto. Nella vigenza della previgente disciplina, a fronte della teorica possibilità della configurazione del concorso di reati con il riconoscimento della continuazione e della conseguente applicabilità del cumulo giuridico e della applicazione di una pena particolarmente elevata (reclusione da otto a venti anni aumentata fino al triplo) si era auspicata(16) la previsione di un meccanismo, analogo a quella già previsto nell'abrogato art. 5334 c.p. e nel vigente art. 12, comma 3 bis, D.Lgs. n. 286/1989, in base al quale le pene del reato base sarebbe state aumentate in proporzione al numero delle vittime della tratta.

Nel 2014 il legislatore delegato, per dare attuazione alla Direttiva 2011/36 (che sul punto diverge dall'abrogata decisione quadro del 2002 che aveva rappresentato il modello di riferimento della L. n. 228/2003), ha inserito come alternativa la realizzazione della tratta a danno di una o di più persone. Tale modifica normativa va raccordata con la circostanza aggravante ad effetto speciale prevista nel comma 7 dell'art. 602 ter c.p. Pertanto nel caso in cui la tratta abbia ad oggetto una o due persone si configurerà un'unica fattispecie di tratta (senza alcuna diversificazione sul piano sanzionatorio). Nel caso in cui la tratta abbia ad oggetto un numero di persone superiore a tre sarà configurabile sempre un unico reato di tratta ma aggravato (aumento della pena dalla metà a due terzi) dalla circostanza prevista dall'art. 602 ter, comma 7, c.p., introdotta, con la L. n. 172/2012. Tale ipotesi circostanziale, a cui è accordata un privilegio nel giudizio di bilanciamento, era stata inserita dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote e, a parere di chi scrive, aveva contribuito a limitare gli effetti negativi dell'interpretazione dottrinale giurisprudenziale dominante all'epoca della vigenza della previgente normativa che rendeva indifferente sul piano del trattamento sanzionatorio la realizzazione della tratta a danno di una pluralità di vittime.

La tratta a danno di vittima minore degli anni diciotto

La riforma del 2014 ha inserito nell'art. 601 c.p. un secondo comma in cui viene prevista l'applicabilità del medesimo trattamento sanzionatorio del primo comma (la pena della reclusione da otto a venti anni) nel caso in cui le condotte riconducibili al fenomeno della tratta siano realizzate "anche senza le modalità indicate nel primo comma" a danno di minore degli anni diciotto. Tale ipotesi è stata introdotta per dare attuazione espressa al contenuto della Direttiva europea che prevedeva che i singoli Stati membri estendessero la punibilità della tratta a danno di minori a prescindere dalle modalità operative di realizzazione dello stato di soggezione continuativa.

La formulazione di tale ipotesi autonoma di reato può porre problemi di coordinamento non solo con il comma 1 dell'art. 601 c.p. ma anche con la circostanza aggravante blindata prevista nell'art. 602 ter, comma 1, lett. a), c.p., in cui viene prevista l'aumento della pena da un terzo alla metà nel caso in cui la vittima sia una persona minore degli anni diciotto.

La formulazione del secondo comma dell'art. 601 c.p. non brilla, sicuramente, per chiarezza espositiva, dal momento che l'inserimento dell'avverbio "anche" complica i rapporti con le norme preesistenti ed inficia la coerenza sistematica delle disposizioni incriminatici della tratta. Per non considerare implicitamente abrogata(17) l'ipotesi circostanziale dell'art. 602 ter, comma 1, lett. a), c.p. e per conservare una sua sfera di applicazione, il riferimento contenuto nel comma 2 dell'art. 601 c.p. alla realizzazione

"al di fuori delle modalità di cui al primo comma" va intenso come riferito alla seconda fattispecie di tratta avente ad oggetto soggetti non ancora "schiavi".

In sintesi nel caso in cui le condotte di reclutamento, di introduzione, di trasferimento, di trasporto, di cessione e di dare ospitalità riguardino minori degli anni diciotto già ridotti in schiavitù si configurerà l'ipotesi del comma 1 dell'art. 601 c.p. aggravata dalla circostanza aggravate dell'art. 602 ter, comma 1, lett. a), c.p.; quando, invece, le predette condotte avranno ad oggetto un minore degli anni diciotto e saranno finalizzate alla sua riduzione in schiavitù secondo le modalità indicate nell'art. 600 c.p., troveranno, nuovamente, applicazione in combinato disposto il comma 1 dell'art. 601 c.p. e la circostanza aggravate dell'art. 602 ter, comma 1, lett. a), c.p.; infine l'ipotesi del comma 2 si configurerà, unicamente, nei casi in cui la tratta di minori finalizzata alla loro riduzione in schiavitù si realizzi al difuori delle modalità espressamente richiamate nella seconda parte del comma 1 dell'art. 601 c.p.

(1) M. Venturoli, La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo, Napoli, 2015, passim.

(2) T. Armenta Deu - L. Luparia (a cura di), Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili, Working paper sull'attuazione della decisione quadro 2001/220 /GAI in Italia ed in Spagna, Milano, 2011.

(3) Per un commento si veda S. Civello Conigliaro, La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/EU del Parlamento europeo e del Consiglio, in www.penalecontemporaneo.it, 22 novembre 2012.

(4) F.C. Palazzo, Per un piano di salvataggio della giustizia penale, contro slogan ed illusioni, in Cass. pen., 2008, 455 ss., in cui l'A. sottolinea la necessità di adottare politiche criminali non legate ad una singola esigenza del momento storico e non caratterizzate da un uso simbolico dello strumento penalistico. Si veda, altresì, M. Donini, Diritto penale di lotta vs Diritto penale del nemico, in AA.VV., Contrasto al terrorismo interno e internazionale, a cura di R. E. Kostoris - R. Orlandi, Torino, 2006, 19 ss.; A. Baratta, I nuovi orizzonti della prevenzione, in Sicurezza e territorio, 1993, 2, 9 ss.; A. Baratta, Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti, in La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme, a cura di S. Anastasia - M. Palma, Milano, 2001, 22 ss.; S. Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, 2a ed., Napoli 1997, passim.

(5) G. Cocco - E. M. Ambrosetti (a cura di), I reati contro le persone. Vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali, Padova, 2014, 338 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, Diritto penale, Parte speciale, vol. II, Tomo primo, I delitti contro la

persona, 4a ed., Bologna, 2013, 137 ss.; F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona, 5a ed., Padova, 2013, 274 ss.; F. Resta, Art. 600 - Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, in Reati contro la persona, a cura di A. Manna, Torino, 2007, 420 ss.; K. Summerer, I delitti di schiavitù e tratta di persone, in Trattato di diritto penale, Parte speciale, Vol. VIII, I delitti contro l'onore e la libertà individuale, a cura di A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, Torino, 2010, 213 ss.; A. Vallini, Art. 1 - Modifica all'art. 600 del codice penale, in Leg. pen., 2004, 622 ss.; F. Viganò, sub Art. 600 c.p., in Codice penale commentato, a cura di E. Dolcini - G. Marinucci, 3a ed., Milano, 2011, 5703 ss.

(6) Cass., Sez. III, 2 febbraio 2005, G., in questa Rivista, 2006, 61; Cass., Sez. III, 26 ottobre 2006, in Cass. pen., 2007, 4587 ss.

(7) Ex multis Cass., Sez. III, 2 febbraio 2005, G., in questa Rivista, 2006, 61 (sia consentito un rimando a A. Peccioli, Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?).

(8) Volendo A. Peccioli, Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?, in questa Rivista, 2006, 61 ss.

(9) Cass., Sez. III, 26 ottobre 2006, in Cass. pen., 2007, 4587 ss.

(10) Contra Relazione n. III/04/2014 della Corte di Cassazione, D.Lgs 4 marzo 2014, n. 24 "Attuazione della direttiva 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629 GAI", in www.cortedicassazione.it, in cui si afferma, senza indicare un criterio operativo, che l'approfittamento della situazione di vulnerabilità non coincide con quello della situazione di necessità.

(11) A. Madeo, Il D.Legisl. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in Studium juris, 2014, 1106.

(12) A. Madeo, Il D.Legisl. 4 marzo 2014, n.24, di recepimento della direttiva 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in Studium juris, 2014, 1107 ss.; S. Tovani, I recenti interventi legislativi in materia di delitti contro la personalità individuale (d.lgs. 4.3.2014, n. 24; d.lgs. 4.3.2014, n. 39), in Leg. pen., 2014, 171 ss.

(13) Si fa riferimento al disegno di legge C 922 approvato dalla Camera dei deputati il 4 marzo 2015 ed attualmente in corso di esame presso la Commissione giustizia del Senato (S 2937). Nella versione attualmente in corso di approvazione si prevede l'inserimento dell'art. 601 bis c.p., secondo il quale "Chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o

tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente è punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000 chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma".

(14) C. Bernasconi, La repressione penale della tratta di esseri umani nell'ordinamento italiano, in S. Forlati (a cura di), La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno, Napoli, 2013, 69 ss.; A. Confalonieri, Delitti contro la libertà personale, in D. Pulitanò (a cura di), Diritto penale. Parte speciale, Vol. I, Tutela penale della persona, 2a ed., Milano, 2014, 205 ss.; B. Romano, Delitti contro la sfera sessuale della persona, 5a ed., 2013, 284 ss.; A. Valsecchi, Le incriminazioni delle moderne forme di schiavitù, in Reati contro la persona e il patrimonio, a cura di F. Viganò - C. Piergallini, Torino, 2011, 213 ss.; F. Viganò, sub Art. 601 c.p., in Codice penale commentato, a cura di E. Dolcini - G. Marinucci, 3a ed., Milano, 2011, 5784.

(15) A. Peccioli, Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?, in questa Rivista, 2006, 63 ss.

(16) A. Peccioli, Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?, in questa Rivista, 2006, 65 ss.

(17) A. Madeo, Il D.Legisl. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/CE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, in Studium juris, 2014, 1107 ss.

IL CONTRASTO PENALISTICO DELLA TRATTA E DEL TRAFFICO DI MIGRANTI NELLA STAGIONE DELLA CHIUSURA DELLE FRONTIERE

di Stefano Manacorda

Il decreto-legge su sicurezza e immigrazione n. 113/2018, restringendo notevolmente la possibilità di concessione dei permessi di soggiorno per motivi umanitari, insieme ad una serie di altre misure, limita fortemente l'accesso regolare degli stranieri in Italia. Il provvedimento si segnala, di converso, per l'assenza di qualsiasi iniziativa diretta a contrastare la tratta e il traffico di esseri umani. L'articolo presenta brevemente le iniziative di recente assunte dalla magistratura italiana, non senza difficoltà e polemiche, per sanzionare tali fenomeni, distinguendo tre scenari. Per condotte realizzate in acque internazionali, le decisioni giudiziarie relative al reato di

cui all'art. 12 T.U. immigrazione hanno adottato, in termini non unanimemente condivisi, la teoria dell'autore mediato. Le iniziative giudiziarie si sono invece dovute spesso arrestare di fronte a condotte realizzate sul territorio o nelle acque territoriali dei paesi nordafricani da cui partono i natanti, uno scenario sempre più attuale. Infine, taluni procedimenti penali sono stati aperti a carico delle organizzazioni non governative impegnate nei soccorsi nel Mediterraneo, prospettiva che è qui sottoposta a vaglio critico. Tutto orientato alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, il rinnovato "slancio" del legislatore consegna al dibattito pubblico una visione dello straniero come unico responsabile dell'immenso fenomeno migratorio e finisce per oscurare la tragica realtà delle traversate e dei naufragi nel Mar Mediterraneo.

Sommario: La "svolta" nelle politiche dell'immigrazione in Italia e la crimmigration - L'elaborazione giurisprudenziale per perseguire i reati di favoreggiamento all'immigrazione clandestina realizzati nel Mar Mediterraneo - La difficoltà di repressione dei reati realizzati nei paesi di origine o di transito africani - L'esercizio dello ius puniendi nei confronti delle organizzazioni non governative - Note conclusive

La "svolta" nelle politiche dell'immigrazione in Italia e la crimmigration

La stagione estiva appena trascorsa sarà ricordata a lungo come quella che ha segnato il mutamento di rotta dell'Italia nelle politiche di gestione dei flussi migratori. Dalle promesse elettorali e dagli slogan politici che hanno caratterizzato l'inizio della XVIII legislatura, si è rapidamente passati - nel breve volgere di qualche settimana - a concrete azioni di inibizione dei salvataggi in mare o dello sbarco di migranti, ad opera tanto dai natanti delle organizzazioni non governative quanto - in termini assolutamente innovativi - da unità militari italiane e straniere. Tra le vicende giudiziarie che ne sono seguite, la più eclatante concerne notoriamente l'apertura di un procedimento penale presso la procura della Repubblica di Agrigento per sequestro di persona e altri delitti, attualmente oggetto di valutazioni ad opera del collegio per i reati ministeriali costituito presso il Tribunale di Palermo. A sugellare questa nuova stagione, contrassegnata dalla desertificazione del Mediterraneo quanto ai mezzi di soccorso, il cui epilogo è costituto dalla procedura di cancellazione dell'Ufficio del Registro Navale panamense della motonave Aquarius 2 dalla Onlus SOS Mediterranée - è poi intervenuto il decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 settembre 2018 su iniziativa del Presidente del Consiglio e del Ministro dell'Interno(1), poi modificato in alcuni punti più controversi, controfirmato dal Presidente della Repubblica e pubblicato in Gazzetta Ufficiale con il n. 113/2018.

Converrà rilevare, in apertura, che pur trovandoci nel campo della c.d. crimmigration(2), con le correlative misure di espulsione e trattenimento di natura formalmente amministrativa, non si è intervenuti direttamente mediante misure

penali sulle condotte ascrivibili ai migranti, che tanta importanza avevano invece acquisito in passato(3). Il dato potrebbe apparire confortante se non si cogliesse, in questo quadro, l'assenza di qualsivoglia misura di prevenzione e contrasto dei fenomeni di tratta e traffico di esseri umani, l'una incentrata sullo sfruttamento finale del migrante e punibile ex art. 601 c.p., l'altra rilevante come favoreggiamento dell'immigrazione illegale e prevista dall'art. 12 del D.Lgs. n. 286/1998, due ipotesi che - malgrado le differenze concettuali - si presentano fortemente osmotiche(4). Al contrario, lo sforzo indirizzato a contenere e scoraggiare l'arrivo dei migranti in Italia si realizza trascurando il tema, già sorto in passato, della responsabilità penale per i respingimenti in alto mare(5).

Per ritornare al recente provvedimento, si è ricorsi, in termini niente affatto pacifici, allo strumento del decreto-legge, pur difettando per molti le ragioni di straordinaria necessità ed urgenza, in un disegno ove pericolosamente si intrecciano controllo dell'immigrazione, misure antiterrorismo e disposizioni contro la criminalità organizzata, con il fine ultimo di ridurre significativamente i flussi migratori verso l'Italia. La protezione umanitaria è sostituita da permessi di soggiorni rilasciati per "casi speciali", con l'intento - si legge nel comunicato stampa di accompagnamento al provvedimento - di ridurre la discrezionalità amministrativa e definire casi tassativi di concessione dei c.d. "speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario" per alcune categorie di persone particolarmente vulnerabili, o per coloro che provengono da paesi che si trovano in una situazione di "contingente ed eccezionale calamità", o infine per soggetti meritevoli per "atti di particolare valore civile". Del pari, le procedure di espulsione sono semplificate e la durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio passa significativamente da 90 a 180 giorni.

Poche, e tutto sommato collocate in una logica di accessorietà spinta rispetto alla gestione amministrativa del fenomeno, appannaggio degli apparati di polizia e del controllo giurisdizionale di natura civilistica, sono invece le componenti penalistiche della risposta: la revoca della cittadinanza acquisita dagli stranieri condannati in via definitiva per un numero ampio di reati (reati di terrorismo previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a, n. 4, c.p.p., nonché per le fattispecie di cui agli artt. 270 ter e 270 quinquies.2, c.p.); ampliamento del catalogo di reati che, in caso di condanna definitiva, comportano il diniego o la revoca della protezione internazionale (tra cui le lesioni personali gravi e gravissime, il furto e il furto in abitazione nell'ipotesi aggravata di cui all'art. 625, comma 1, n. 3, c.p.); sospensione del procedimento per la concessione della protezione e espulsione del cittadino straniero nel caso di condanna in primo grado, nonché - ipotesi alquanto problematica - qualora "il richiedente è sottoposto a procedimento penale" per uno dei reati 'gravi', con il correlativo obbligo di lasciare il territorio nazionale.

Il disegno complessivo del provvedimento - ancorché sostenuto da un consenso popolare del quale danno atto i sondaggi, in un 'governo delle paure' che spaventa per la capacità di indirizzare e amplificare i sentimenti di insicurezza che traversano la pubblica opinione(6) - non solo si pone in una logica di fortissimo restringimento delle ipotesi di soggiorno legittimo sul territorio, inducendo a prospettare effetti criminogeni di lungo periodo determinati dalla precarietà in cui molti soggetti stranieri verranno a trovarsi, ma si colloca - secondo un numero consistente di osservatori - in forte tensione con i precetti costituzionali e con gli impegni internazionali assunti dall'Italia sul fronte della tutela dei diritti fondamentali e di disciplina dello status dello straniero. Più ampiamente, esso si situa nel solco (ed è massima espressione) di un complessivo disegno di rottura rispetto al progetto europeista di pace e di giustizia mediante un'unione solidaristica tra Stati - pur con i limiti evidenti emersi in concreto da tale disegno - fino al punto da rimettere in discussione l'ideale universalistico dei diritti dell'uomo gemmato dall'illuminismo e capace ancora di alimentare il sogno utopistico di una società di eguali.

Assume quindi rilevanza la circostanza, già segnalata in apertura, che nulla si è proposto nei provvedimenti recenti, e ancor meno nelle pressanti campagne mediatiche, per contrastare il traffico e la tratta di migranti, né in termini di misure concrete, né in termini di previsioni legislative, profili cui invece si era prestata particolare attenzione nel corso degli ultimi anni da parte della magistratura, secondo logiche che pare opportuno mettere a fuoco, concentrandoci su alcune recentissime pronunce che si collocano essenzialmente sul finire del 2017 e i primi mesi del 2018.

L'elaborazione giurisprudenziale per perseguire i reati di favoreggiamento all'immigrazione clandestina realizzati nel Mar Mediterraneo

La magistratura inquirente italiana - specie, per ovvie ragioni di competenza territoriale, quella dei luoghi di approdo naturali (la Sicilia, in primis) della marea umana che si muove verso Nord - ha profuso notevoli energie per sanzionare le condotte di favoreggiamento all'immigrazione clandestina. L'analisi della giurisprudenza permette di evidenziare come siano state elaborate nel tempo articolate strategie di contrasto nei confronti di coloro che promuovono, organizzano e gestiscono il traffico di migranti in alto mare. Animate da intenti che paiono in certa misura condivisibili, talune decisioni hanno tuttavia percorso strade interpretative dal chiaro contenuto innovativo che non possono essere integralmente accolte, per quanto parzialmente avallate dal sugello della Corte di cassazione.

In una fase iniziale, la magistratura italiana si era arrestata di fronte a condotte di tratta di migranti integralmente realizzate al di fuori delle 12 miglia marine che delimitano le acque territoriali italiane. A tale difetto di giurisdizione si poteva porre rimedio solo allorquando una porzione, ancorché minima, dei reati ascritti si fosse

svolta nel territorio italiano(7), circostanza che era solita ricorrere allorquando all'agente veniva ascritto il delitto di partecipazione ai reati associativi finalizzati all'immigrazione clandestina realizzati almeno in parte in Italia(8). Tale interpretazione ha dovuto, tuttavia, fare i conti con il mutamento delle modalità operative del traffico di migranti attraverso il Mediterraneo, che ha visto gli autori della condotta adottare cautele atte proprio a scongiurare l'esercizio della giurisdizione italiana. Tra queste spicca quel 'modello' di traffico che consiste nell'abbandonare in acque internazionali natanti in pessime condizioni e ad attivare eventualmente le autorità italiane con una richiesta di soccorso, assumendosi certo il 'rischio' del naufragio ma mettendosi al riparo dalla giustizia penale.

A questa situazione di fatto, che aveva condotto a declinare la giurisdizione italiana, hanno inteso opporre una diversa ricostruzione la Procura della Repubblica di Catania e altri uffici giudiziari siciliani, con provvedimenti che hanno poi tendenzialmente superato il vaglio della giurisprudenza di legittimità. Come sintetizzato in una recente pronuncia resa dalla S.C. di Cassazione nel marzo del 2018, la quale costituisce un utile riepilogo della giurisprudenza pregressa, si è progressivamente ritenuto che anche condotte realizzate al di fuori del limite delle acque territoriali italiane o, secondo un orientamento estensivo, della c.d. zona contigua, potessero ricadere nella giurisdizione italiana. Superando il principio per il quale il delitto di favoreggiamento all'immigrazione illegale previsto dall'art. 12, D.Lgs. n. 286/1998, ove realizzato in acque internazionali, in ragione della sua natura di delitto di attentato, deve ritenersi integralmente consumato all'estero, la giurisprudenza è viceversa pervenuta a riconoscere che esso possa essere considerato commesso sul territorio italiano in due diverse situazioni(9). Si è anzitutto attratto nel raggio d'azione della legge penale italiana il caso in cui "dal natante più piccolo o dalla nave-madre sia stata lanciata una richiesta di soccorso raccolta dalle autorità italiane, finalizzata a 'provocare' il trasporto - e, di fatto, l'immigrazione - dei migranti clandestini a cura di queste ultime". Stante l'inadeguatezza del natante minore a percorrere la rotta per raggiungere le coste italiane, si coglie la strumentalità di siffatte condotte per assicurare l'introduzione dei migranti clandestini nel territorio dello Stato, il che consente il radicamento territoriale della condotta ex art. 6 c.p. e l'attrazione dell'integralità del fatto - anche per quella porzione realizzata all'estero o in acque internazionali - nel raggio della giurisdizione italiana. La medesima teoria, relativamente al delitto di procurato ingresso illegale nel territorio dello Stato di cittadini extra-comunitari, è stata confermata anche nell'ipotesi in cui "i migranti, provenienti dall'estero a bordo di navi 'madre', siano abbandonati in acque internazionali su natanti inadeguati a raggiungere le coste italiane, allo scopo di provocare l'intervento dei soccorritori che li condurranno in territorio italiano(10). In entrambi casi, mediante il ricorso alla teoria dell'autore mediato, di cui i giudici

ritengono che l'art. 48 c.p. costituisca la consacrazione normativa, vengono esentati da responsabilità coloro che operano sui natanti di soccorso, sul presupposto essi agiscano nella cornice dello stato di necessità dell'art. 54, co. 3 c.p., in quanto costretti dalla creazione di una situazione di pericolo da altri volontariamente determinata, di modo che del fatto risponderà l'autore della richiesta di soccorso o dell'abbandono in alto mare. Numerose sono le perplessità espresse in dottrina in relazione alla teoria in oggetto, molte delle quali meritano accoglimento(11). Tali decisioni tuttavia vanno lette come reazione ad un'inefficace e improduttiva risposta da parte della comunità internazionale a fenomeni di inaudita gravità e caratterizzati da una dimensione seriale e di massa.

La difficoltà di repressione dei reati realizzati nei paesi di origine o di transito africani

Diversa è stata invece la prospettiva adottata dalla magistratura in relazione a fatti integralmente svoltisi sul territorio dei Paesi dai quali provengono i migranti diretti in Italia o da costoro attraversati nel lungo viaggio verso l'Europa, ovvero nelle acque limitrofe dei paesi in oggetto, ipotesi che all'evidenza incorrono in maggiori difficoltà di sottoposizione alla legge penale italiana.

Ex art. 604 c.p., le fattispecie di riduzione in schiavitù e di tratta di persone (il c.d. trafficking) risultano punibili ai sensi della legislazione italiana anche allorquando realizzate integralmente all'estero. Tuttavia, ciò è previsto a condizioni assai restrittive. In estrema sintesi, al di fuori dei casi in cui almeno uno dei concorrenti sia di nazionalità italiana, la norma estensiva della portata territoriale non è destinata ad operare salvo che la vittima sia anch'essa di nazionalità italiana, il che - se da un canto dimostra l'estrema prudenza che accompagna il ricorso alla giurisdizione universale - concretamente fa dell'art. 604 c.p. un'arma spuntata nei confronti dei trafficanti stranieri. Assume valore eccezionale in materia una pronuncia della Corte d'Assise di Milano resa sul finire del 2017(12) che, facendo leva sul principio di universalità, ha giudicato dei reati di sequestro di persona a scopo d'estorsione aggravato dalla morte, violenza sessuale e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, un cittadino somalo, migrante poi divenuto aguzzino dei propri connazionali nei campi di raccolta libici di Bani Walid e Sabratha, veri e propri universi concentrazionari(13). La terribile narrazione delle atroci violenze sessuali; delle morti per malnutrizione strangolamento o affogamento; delle percosse gratuite, ripetute e brutali, offre uno spaccato impressionante delle condotte che siamo solitamente abituati a scotomizzare dalla nostra coscienza e che assai raramente possono essere giudicate in Italia, stanti i limiti assai ristretti nei quali la giurisdizione universale può essere esercitata, profilo che meriterebbe di essere rimeditato per condotte che possono attingere la soglia di gravità dei crimini contro l'umanità.

D'altronde, sul piano specifico del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (il c.d. smuggling), mutati scenari geopolitici hanno condotto in tempi recentissimi all'impossibilità di addivenire ad un radicamento territoriale della giurisdizione, per effetto della dislocazione dei controlli nelle acque territoriali e nelle zone limitrofe dei paesi di imbarco, ed in specie della Libia. Il diverso quadro criminologico, che solleva notoriamente problemi - eventualmente anche penali - legati alla delega alle autorità straniere delle operazioni di salvataggio, e correlativamente della privazione della libertà delle popolazioni in fuga, nonché alla gestione delle richieste di protezione internazionale, determina - nella prospettiva del giudice italiano - uno sforzo ulteriore per sanzionare condotte integralmente realizzate all'estero. Si è così esperita la strada del radicamento della giurisdizione per il reato associativo che si sia integralmente realizzato oltre frontiera, fondandosi sull'ultima parte dell'art. 7 c.p., mediante il rinvio agli artt. 15 e 5 UNTOC. Come la S.C. ha statuito: "Si ha infatti riguardo ad associazione criminale organizzata in nord Africa, ma diretta a produrre effetti in Italia, per la commissione di reati in materia di immigrazione e quindi ricadente nella previsione - come detto - dell'art. 15, comma 2, lett. c), della suddetta Convenzione."(14).

L'esercizio dello ius puniendi nei confronti delle organizzazioni non governative

In questo quadro, ha suscitato viva emozione l'esercizio della potestà punitiva italiana per fatti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e per più gravi fattispecie rispetto a coloro che agiscono con finalità essenzialmente umanitarie. Se si deve necessariamente concordare sulla necessità di intervenire penalmente nelle ipotesi in cui risulti un coinvolgimento delle ONG in condotte compiacenti, o peggio collusive, con i trafficanti, occorre rifuggire alla tentazione di costruire nessi imputativi sulla sola circostanza che le organizzazioni che operano nel Mediterraneo finiscono per costituire un fattore di oggettiva facilitazione del traffico o, più genericamente, di attrazione verso l'Italia di un numero assai cospicuo di migranti (pull factor), cui si deve indirettamente l'alto numero di vittime.

Già sotto il precedente esecutivo si erano colti i prodomi di un mutato atteggiamento nei confronti del fenomeno migratorio(15) e delle stesse organizzazioni umanitarie, culminati nell'adozione, nel luglio del 2017, di un "Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare"(16). I recenti procedimenti penali che hanno interessato le motonavi riconducibili a tre organizzazioni non governative sono il segno tangibile delle numerose tensioni che si annidano in questo campo, in specie per la problematica operatività delle cause di giustificazione dell'adempimento del dovere e dello stato di necessità.

Emblematica, tra le altre, la vicenda processuale che ha interessato la motonave Open Arms della ONG spagnola Proactiva, senza trascurare alcune vicende 'minori' che hanno interessato la Iuventa(17) e la Golfo Azzurro(18). Il Giudice delle indagini preliminari presso Tribunale di Trapani, accogliendo la richiesta avanzata dalla Procura, aveva disposto il sequestro del natante in relazione al reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, rigettando, di converso l'argomento della difesa che invocava lo stato di necessità per i rischi che avrebbero corso i migranti nel caso di ritorno in Libia(19). Viceversa, a diversa conclusione perveniva l'autorità giudiziaria di Ragusa competente per territorio, disponendo il dissequestro del natante, in ragione del fatto che le attività imposte dai trattati internazionali all'Italia non si "esauriscono nel mero recupero in mare dei migranti, ma devono completarsi con lo sbarco in un luogo sicuro (Pos, place of safety)" e tale non può considerarsi un luogo come la Libia, con conseguente applicazione dell'art. 54 c.p.. Come opportunamente rilevato "la soluzione del problema, come mostrano le divergenti opinioni dei giudici che si sono sinora espressi sul caso Open Arms, dipende da come si intenda il requisito del pericolo di un danno grave alla persona, che rappresenta la pre-condizione logica e normativa della scriminante"(20).

Note conclusive

Nella 'rinnovata visione' - che invero ha origini in scelte politiche del passato e in una concezione retriva dell'altro - i migranti si palesano ai nostri occhi come i responsabili unici dei flussi in ingresso e come soggetti perlomeno pericolosi o sospetti, da bloccare, inibire, allontanare con lo strumento amministrativo in cui si depotenziano le garanzie. In una logica ispirata alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico(21), i referenti assiologici cui si ispira l'intera legislazione e anche l'ultimo 'pacchetto sicurezza', non vi è spazio per concepire la tutela delle masse di diseredati che solcano il Mediterraneo al prezzo talvolta della vita. Non assumono rilievo i conflitti o le situazioni di povertà da cui si fugge, spesso alimentati da iniquità socio-economiche alle quali il passato coloniale e gli attuali interessi degli Stati europei non sono affatto estranei. Non assumono rilevanza alcuna le sevizie, i trattamenti inumani, le torture, gli stupri, gli omicidi, cui questa marea umana si espone di continuo nella propria peregrinazione verso Nord, né le condotte ascrivibili alle organizzazioni criminali transnazionali della cui esistenza vi è prova negli atti giudiziari. Sul traffico e la tratta degli esseri umani regna il silenzio di quest'ultimo legislatore, con il disconoscimento della dimensione drammatica rappresentata da milioni di anime in fuga, esposte a forme di vessazione che non vogliamo vedere da questa sponda del Mediterraneo, ritraendoci smarriti e spaventati davanti ad esse.

La retorica del momento non ci ha risparmiato il più cinico degli argomenti, raccontandoci che con le nuove misure e con l'irrigidimento degli ingressi si è inteso

porre fine alle "traversate della speranza" nel Mediterraneo, che tante migliaia di vittime hanno mietuto nel corso degli ultimi due decenni, senza che si sia posto mano in alcun modo a sanzionare le condotte di trafficking e di smuggling. Non vi è dubbio alcuno che diverrà maggiormente costoso, difficile, raro e molto più rischioso avventurarsi ora dalle coste libiche o tunisine in direzione dell'Italia, ma ciò non arresterà integralmente i tentativi di sbarco sulle nostre coste, come anche le notizie di stampa dei primi giorni di settembre drammaticamente testimoniano. Tuttavia non vi saranno più unità di salvataggio nelle acque internazionali e nemmeno nelle acque territoriali pronte a soccorrere i naufraghi; continueremo ad assistere al "rimpallo" di responsabilità tra autorità italiane ed autorità maltesi, mentre una serie di altri Stati europei rimarranno probabilmente inerti di fronte a questo tragico spettacolo, ed anche i naufragi - destinati con ogni probabilità ad aumentare - entreranno in un cono d'ombra di cui non avremo più notizia.

(1) D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (G.U. Serie Generale 4 ottobre 2018, n. 231).

(2) A. Spena, La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2017, 2, 495 ss.

(3) Per tutti M. Pelissero, Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione, in Pol. dir., 2011, 239 ss.; R. Bartoli, Il diritto penale dell'immigrazione: strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?, in Quest. Giust., 2, 2011, 17 ss.; R. Sicurella Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, 1425 ss.; A. di Martino, L'intervento penale in materia di immigrazione e i suoi limiti (per un'introduzione), in Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare, in A. Di Martino et al. (a cura di), La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare: legislazione e prassi in Italia, Pisa, 2013, 3 ss.

(4) Cfr. essenzialmente V. Militello, La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 86 ss.; M. Pelissero, Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima, in V. Militello - A. Spena (a cura di), Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione, Torino, 2015, 108 ss.; amplius M. Donini, Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione, in Quest. giust., 2009, 119 ss.

(5) Sui profili penalistici, cfr. per tutti F. Palazzo, Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. "respingimenti" in alto mare), in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 458 ss.

(6) Per una riflessione critica, cfr. A. Ceretti - R. Cornelli, Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica, Milano, 2013, spec. 85 ss.

(7) Per un'acuta e originale ricostruzione cfr. G. Di Chiara, Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nelle azioni di contrasto e tutela della dignità della persona, in questa Rivista, 2016, 5 ss.

(8) Cass. Pen., Sez. I, 23 maggio 2014, n. 36054, F.A.M.A.

(9) Cass. Pen., Sez. IV, 8 marzo 2018, n. 14709.

(10) Cass. Pen., Sez. I, 3 luglio 2018, n. 29832.

(11) Con varietà di accenti cfr. R. Barberini, La rilevanza penale del fenomeno migratorio, in Quest. Giust. online, 30 ottobre 2015; M.T. Trapasso, Il richiamo giurisprudenziale all'"autoria mediata" in materia di favoreggiamento all'immigrazione clandestina: tra necessità e opportunità, in Arch. pen., 2017, 583 ss.

(12) Corte d'Assise di Milano, 1° dicembre 2017 (10 ottobre 2017), imp. Matammud.

(13) G. Battarino, I campi di raccolta libici: un'istituzione concentrazionaria, in Quest. Giust, - Riv. Trim., 2018, 2, 239 ss.

(14) Cass. Pen., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 14510, Haji Hassan. Cfr. anche Cass. Pen., Sez. I, 11 marzo 2014, n. 18354, Hamada e Cass. Pen., Sez. I, 18 maggio 2015, n. 20503.

(15) Cfr. L. Masera, I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del decreto Minniti, in Dir. pen. cont., 2017, 278 ss.

(16) Cfr. L. Masera, L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?, in Quest. Giust., 2018, 226 ss. e F. Vassallo Paleologo, Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto internazionale e nell'ordinamento interno, in Quest. Giust., 2018, 215 ss.

(17) Cfr. il decreto del Giudice per le indagini preliminari di Trapani emesso in data 2 agosto 2017 – poi confermato in Cassazione – con il quale è stato disposto il sequestro preventivo ex art. 321, comma 1, c.p.p., della motonave Iuventa della ONG Jugend Rettet. Sul punto R. Barberini, Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare, in Quest. Giust. online, 18 settembre 2017.

(18) In relazione alle vicende che hanno interessato la motonave Golfo Azzurro della ONG Iuventa, cfr. la richiesta di archiviazione della Procura di Palermo del 15 giugno 2018 (Proc. n. 9039/17 R.G.N.R. mod. 44), accolta dal Giudice per le indagini preliminari, in Giur. Pen. online (http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/06/palermo-ong.pdf).

(19) In relazione della motonave Open Arms, cfr. l'ordinanza di convalida del sequestro emessa dal Giudice per le indagini preliminari di Catania il 27 marzo 2018 e il provvedimento di dissequestro, emesso il 16 aprile 2018 dal Giudice per le indagini preliminari di Ragusa, poi confermato dal Tribunale del Riesame di Ragusa, il quale, in data 11 maggio 2018, rigettava l'appello della Procura avverso l'ordinanza di dissequestro.

(20) L. Masera, L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?, in Quest. Giust., 2018, 234.

(21) A. Cavaliere, Diritto penale e politica dell'immigrazione, in Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare, cit., 219 ss.

Articolo 604 bis Codice penale
(R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398)
Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa

Dispositivo dell'art. 604 bis Codice penale

Fonti → Codice penale → LIBRO SECONDO - Dei delitti in particolare → Titolo XII - Dei delitti contro la persona → Capo III - Dei delitti contro la libertà individuale → Sezione I bis - Dei delitti contro l'eguaglianza

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

1. a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;
2. b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Cass. pen. Sez. III, 23/06/2015, n. 36906
S.S.

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)STRANIERI
In tema di atti di discriminazione razziale ed etnica, anche in seguito alle modifiche apportate dall'art. 13 della legge n. 85 del 2006, all'art. 3, comma 1°, lett. a) della legge n. 654 del 1975, sussiste continuità normativa tra le fattispecie incriminatrici di "incitamento" ed "istigazione" all'odio razziale in quanto, la condotta di propaganda delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico era già ricompresa in quella, originariamente prevista, consistente nella "diffusione" in qualsiasi modo, delle medesime idee. Con la novella del 2006 si è sostanzialmente modificato in misura più favorevole al reo, il trattamento sanzionatorio senza alcuna soluzione di continuità normativa tra l'ipotesi di incitamento e quella di istigazione a commettere atti di discriminazione raziale. Dunque, la sostituzione del verbo "incitare" col verbo "istigare" altro è che una precisazione linguistica che non apporta alcuna modifica alla portata incriminatrice della norma.

FONTI
Massima redazionale, 2015

Cass. pen. Sez. III Sent., 07/05/2008, n. 37581
M.A.

LEGGE PENALE ORDINE PUBBLICO (REATI)
In merito al rapporto tra le fattispecie di cui all'art. 3, L. 13.10.1975, n. 654 prima e dopo la riforma del 2006, nessun dubbio circa la continuità può sussistere tra la ipotesi di incitamento e quella di istigazione a
commettere atti di discriminazione per motivi razziali. Infatti, secondo il comune significato delle parole, istigazione altro non è che l'incitamento a
commettere atti riprovevoli, sicché anche l'incitamento
acommettere atti di discriminazione per motivi razziali, adoperato dal legislatore del 1993, equivaleva alla istigazione, considerato che la discriminazionerazziale continua a essere riprovevole nella successione delle leggi penali di cui si discute. In sostanza, la sostituzione del verbo "incitare" col verbo "istigare" non è altro che una

precisazione linguistica che non modifica per nulla la portata incriminatrice della norma. Più complesso è il problema della sostituzione della diffusione con la propaganda. Al di là della soggettiva intenzione del legislatore, secondo il comune significato delle parole, "diffondere" indica la condotta di chi divulga, fa conoscere al pubblico; mentre "propagandare" indica l'attività di chi diffonde con la propaganda, cioè attraverso un'opera diretta a influenzare l'opinione pubblica ovverosia a modificare le idee e i comportamenti dei destinatari. Sembrerebbe quindi che la norma introdotta nel 2006 si qualifichi come speciale rispetto alla norma del 1993, avendo specificato la condotta di diffusione attraverso la particolare modalità della propaganda (cd. specialità per specificazione). Tuttavia, se si esamina attentamente la ipotesi di cui all'art. 3, lett. a), non è illogico concludere che la nuova formulazione introdotta dal legislatore del 2006 non ha circoscritto la fattispecie penale prevista dal legislatore del 1993. Infatti, in entrambe le formulazioni, accanto alla condotta di diffusione o propaganda delle idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale, è sempre incriminata con la stessa pena anche la condotta di incitamento o istigazione a commettere atti di discriminazione razziale. Considerata la sostanziale equivalenza tra discriminazione razziale e ideologia fondata su superiorità o sull'odio razziale, la conseguenza è che la propaganda della ideologia razziale incriminata dalla norma del 2006 era già prevista nella norma del 1993, laddove questa puniva non solo la diffusione di ideologie razziali ma anche l'incitamento alla discriminazione razziale, posto che, per quanto sopra osservato, la propaganda altro non è che una diffusione di idee tendente a incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico (indubbiamente l'incitamento punito non è solo quello diretto a persone determinate ma anche quello indirizzato a una serie indeterminata di persone). Insomma, la propaganda prevista nella norma del 2006 non era diversa dalla diffusione più incitamento già previsti dalla norma del 1993. Comunque, anche la cd. specialità per specificazione - contrariamente a una opinione corrente nella soggetta materia - non comporta una abolitio criminis ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p., ma configura soltanto una mera modificazione della norma preesistente ai sensi del comma 4 del citato articolo. Infatti, la specificazione sopravvenuta si limita a circoscrivere la rilevanza penale a quelle condotte contemplate nella specificazione medesima che tuttavia erano già incriminate nella previsione generale della norma precedente. Sul punto, quindi, si deve concludere che la successione di leggi penali dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 1, convertito con L. 25 giugno 1993, n. 205, alla L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 13, laddove hanno riformulato la L. 13 ottobre 1975, n. 654, art. 3, comma 1, lett. a), non abolisce il reato previsto dalla prima norma, ma configura una semplice modificazione del trattamento sanzionatorio, sostituendo la pena della reclusione sino a tre anni, comminata dalla prima norma, con la pena alternativa della reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000,00 Euro, comminata dalla seconda norma.

FONTI

Massima redazionale, 2009

DISCRIMINAZIONE RAZZIALE - SULLA COMPATIBILITÀ TRA PROVOCAZIONE E FINALITÀ DI ODIO RAZZIALE: GLOSSE DE IURE CONDENDO

Giuseppe Puglisi(*)

Cass. pen. Sez. V, 28 novembre 2017, n. 2630

Con la sentenza Cassazione penale, Sez. V, 22 gennaio 2018 (ud. 28 novembre 2017), n. 2630 la Corte regolatrice risolve positivamente il tema della possibile coesistenza, in seno alla fattispecie base, della circostanza aggravante di discriminazione e dell'attenuante della provocazione. Il decisum offre inoltre l'occasione di riflettere sulla tutela penale dell'eguaglianza e sulla necessità di una riforma.

Sommario: Inammissibilità di un ricorso contra factum proprium - La tutela penale contro le discriminazioni: oggetto, fonti e fattispecie - Il bene giuridico tutelato: la dignità umana - Le fonti e le fattispecie autonome (cenni) - L'aggravante della finalità di discriminazione o odio: introduzione - Sulla compatibilità tra l'art. 3, D.L. n. 122/1993 e art. 62, n. 2, c.p. - Una (embrionale) proposta de lege ferenda

Inammissibilità di un ricorso contra factum proprium

La vicenda processuale al vaglio della Sez. V della Corte di Cassazione trae le mosse da un episodio di violenza assurto alla ribalta della cronaca. Nel caso di specie, il ricorrente sferrava un pugno in danno di un immigrato nigeriano e ne cagionava la morte. Con sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., il G.I.P. presso il Tribunale di Fermo riconosceva l'imputato colpevole del delitto di omicidio preterintenzionale - applicando l'aggravante della finalità di odio razziale, nonché la diminuente della provocazione in uno con le attenuanti generiche - e gli irrogava la pena concordata di quattro anni di reclusione(1). Nella pronuncia che si annota il Supremo Collegio evidenzia, da un canto, come il giudice di merito abbia correttamente vagliato ed escluso la presenza delle condizioni per pronunciare il proscioglimento ex art. 129 c.p.p.(2). Dall'altro, non manca di sottolineare che la censura di incompletezza della requisitoria scritta del Procuratore Generale è "pretestuos[a]" (sic!), non esistendo alcun obbligo di produzione in forma scritta né di conformazione alla stessa in capo al Giudice.

Leitmotiv argomentativo è il principio secondo cui nemo contra factum proprium venire potest. I Giudici sottolineano infatti come la tardiva invocazione dell'art. 52

c.p. in sede di ricorso per cassazione "'appare alquanto contraddittori[a]' con la domanda di applicazione della pena ex articolo 444 cod.proc.pen. che presuppone, in ogni caso, l'evidente mancanza di cause di proscioglimento ex articolo 129 cod. proc. pen."; e che: "basta osservare come 'lo stesso imputato' abbia formulato richiesta [...] sulla base della coesistenza dell'aggravante speciale di cui all'articolo 3 della legge 205/93 con l'attenuante comune di cui all'articolo 62 n. 2 cod. pen. [...] per cui ora non può dolersi di una loro pretesa incompatibilità" (corsivi nostri).

L'evocazione del principio di non contraddizione non sorprende. È vero che il diritto penale non ne costituisce l'ambito elettivo di applicazione(3) ed è altrettanto evidente che l'incisione della pena criminale sulla libertà personale, nonché la presunzione di non colpevolezza ovvero, più in generale, il diritto di difesa giustificherebbero in teoria la possibilità di mettere in discussione le decisioni di merito; ma la scelta del rito speciale condiziona la tutela(4). In altre parole, data la forte connotazione negoziale del patteggiamento, l'accettazione della proposta da parte dell'oblato ingenera in quest'ultimo - i.e. la parte pubblica - un legittimo affidamento che, valido il consenso, impone di dare esecuzione all'accordo. D'altra parte, la ratio dell'istituto ne comporta altresì un utilizzo responsabile, specie quando l'iniziativa proviene dall'imputato: se, infatti, l'applicazione concordata della pena costituisce il mezzo per diminuire il sacrificio della propria libertà personale che, altrimenti, subirebbe una restrizione maggiore, non vi è motivo di ammettere, sotto le spoglie del gravame, una modificazione dell'accordo, che avrebbe potuto (e dovuto), invece, essere strutturato diversamente a monte. Tuttavia, benché - lo si ripete - non necessario, il Collegio decide di sciogliere il nodo di diritto prospettatogli. Viene infatti affermata, contrariis reiectis, la compatibilità tra la provocazione e l'aggravante della discriminazione razziale, in virtù della loro diversa natura: l'una soggettiva, l'altra oggettiva.

Premesso un generale inquadramento della materia - con particolare riguardo al bene giuridico tutelato e qualche cenno alle fattispecie autonome - si procederà all'analisi dell'aggravante, provando a valorizzare quella che nell'impianto argomentativo della sentenza de quo è di fatto una argomentazione ad colorandum. In conclusione, viene avanzata, seppure cursoriamente, una (ulteriore) proposta di riforma.

La tutela penale contro le discriminazioni: oggetto, fonti e fattispecie

Il bene giuridico tutelato: la dignità umana

L'inafferrabilità del principio di eguaglianza, l'estrema frammentazione della sedes materiae, nonché la peculiare natura "emozionale" delle incriminazioni hanno storicamente confinato la materia alle periferie della penalità(5). Sotto il profilo funzionale, diritto criminale e principio di uguaglianza condividono un'ambiguità di fondo. Il primo è "arma a doppio taglio; tutela di diritti attraverso lesione di diritti"(6);

il secondo è strumento di caducazione di disposizioni irragionevoli ovvero di introduzione di norme incriminatrici(7). In questa sede non ne è in discussione la capacità di invalidare la norma penale (incriminatrice oppure lato sensu scriminante)(8), ma semmai quella di (con)validare scelte di politica-criminale. Ove ricondotto sic et simpliciter alla dignità umana, esso persiste nella sua intollerabile vaghezza, prestandosi, pertanto, a potenziali strumentalizzazioni(9). Sennonché, il pericolo che la tutela della dignità diventi una tautologia può essere ridimensionato mediante il ricorso al concetto di eguale rispetto.

Così opinando troverebbe protezione un sentimento non transeunte, ma espressivo della "identità psicologica assiologica" dell'individuo che, in termini ancora più concreti, si invera nella pretesa di ottenere dal prossimo un riconoscimento. Eguale rispetto non significa approvazione, ma piuttosto non estromissione dal tessuto sociale(10). In questo senso può affermarsi che il diritto penale antidiscriminatorio non tuteli apoditticamente la Menschenwürde, ma quella sua particolare epifania che è la possibilità di interazione, i.e. il "possesso" delle fondamenta relazionali perché non si venga umiliati(11). In buona sostanza, l'atto discriminatorio è riprovevole in quanto fa leva su un modo di essere della vittima ritenuto a torto socialmente indesiderabile (il colore della pelle, la religione, l'orientamento politico e, seguendo questo ragionamento, de iure condendo anche sessuale), al fine di instaurare rapporti di subalternità tra individui; rapporti in radice incompatibili con la laicissima idea secondo cui il pluralismo è un valore.

Le fonti e le fattispecie autonome (cenni)

Il primo provvedimento con cui il legislatore italiano ha stigmatizzato le condotte discriminatorie è costituito dalla c.d. legge Scelba (n. 645/52), promulgata per attuare la XII disposizione trans. e finale Cost. e successivamente modificata dalla c.d. legge Reale (n. 152/1975). Invero il divieto di "riorganizzazione del disciolto partito fascista" ex art. 1 e l'"apologia di fascismo" ex art. 4, 2° comma attribuiscono un rilievo solo mediato al fattore razziale, inteso come forma di manifestazione delle "finalità antidemocratiche proprie del partito fascista". Il fulcro della tutela è dunque precipuamente rappresentato dalla tranquillità sociale, come lascia anche intuire il titolo della novella "disposizioni a tutela dell'ordine pubblico".

Occorre attendere la L. n. 654/1975, esecutiva della Convenzione di New York delle Nazioni Unite sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, e le modifiche introdotte con le L. n. 205/1993 (c.d. legge Mancino) e n. 85/2006 (in materia di reati di opinione)(12) affinché la discriminazione diventi per il diritto interno fatto ex se penalmente rilevante(13). Ciò premesso e per brevissimi cenni può evidenziarsi che la normativa penale antidiscriminatoria gravita attorno a tre paradigmi: istigatorio, enunciativo ed esecutivo. All'interno del primo si inscrivono le

condotte di cui all'art. 3, 1° comma, lett. a) e b) e 3° comma, L. n. 654/1975 (rispettivamente, istigazione alla discriminazione e alla violenza nonché partecipazione, assistenza etc. a organizzazioni che tra i loro scopi abbiano l'incitamento alla discriminazione e alla violenza); nel secondo rientrano le fattispecie di cui agli artt. 3, 1° comma, lett. a) sub specie di propaganda superiorista o razzista, L. n. 654/1975 e 2, commi 1° e 2°, L. n. 205/1993 (ostentazione di emblemi e simboli razzisti ovvero accesso in luoghi di agonismo con siffatti emblemi); il terzo è integrato dalla commissione di atti di discriminazione e di violenza ex art. art. 3, 1° comma, lett. a) e b), L. n. 654/75(14).

I nodi nevralgici delle incriminazioni sono costituiti, com'è facilmente intuibile, dai concetti di discriminazione e odio. Essendo gli stessi comuni alla circostanza aggravante di cui all'art. 3, L. n. 205/1993, esigenze di concentrazione ci inducono a rinviarne l'analisi nel paragrafo seguente(15).

L'aggravante della finalità di discriminazione o odio: introduzione

L'art. 3 della legge Mancino contempla una circostanza aggravante comune a effetto speciale applicabile ai "reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità", con un aumento di pena "fino alla metà". Il 2° comma esclude il giudizio di comparazione con le attenuanti(16), eccetto che per l'art. 98 c.p., mentre l'art. 6, 1° comma, L. n. 205/1993 prevede, in ipotesi di aggravamento, la procedibilità di ufficio. La disposizione accosta due concetti normativi (17) che necessitano di una delimitazione.

È chiaro come l'elemento discriminazione indichi non un atto - già posto in essere alla stregua della fattispecie base - ma un effetto, che acquista rilievo se riferito a uno dei "fattori di protezione" elencati; meno chiaro è invece il suo contenuto. Sul punto viene in soccorso l'art. 1 della già menzionata Convenzione di New York, secondo cui discriminare implica distruzione o compromissione del "riconoscimento, [...] godimento o [...] esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica"(18). Sulla scorta di questa indicazione la Corte regolatrice ha parlato di "sentimento immediatamente percepibile come connaturato alla esclusione di condizioni di parità", nonché di "pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza"(19). Ancora più problematica è la nozione di odio, per cui si può suggestivamente parlare di elemento extra-giuridico etico-emozionale. Mutevole rispetto al proprio oggetto, ma costante nel significato, esso lambisce - in

progressione lesiva - i sentimenti della rabbia, del vituperio e del disprezzo. Il Supremo Collegio, circoscrivendone l'ambito operativo, ha elevato a suo elemento qualificante la serietà, i.e. il radicamento nell'animo umano, precisando come debba trattarsi di "sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori", nonché di "un'avversione tale da desiderare la morte o un grave danno per la persona odiata", "tutt'altro che superficiale"(20).

Da ultimo, occorre osservare che la "finalità di agevolazione dell'attività di organizzazioni intese a discriminare"(21) parimenti contemplata dalla circostanza aggravante rischia di interferire con il delitto ex art. 3, 3° comma, L. n. 654/1975.

La fattispecie appena indicata punisce non solo la partecipazione (anche qualificata) a organizzazioni, movimenti e gruppi - da intendersi come nuclei scarsamente o niente affatto organizzati se si vuole riconoscere autonomia ai tre sintagmi - volti a incitare alla discriminazione, ma anche l'assistenza all'attività; dato che lascia deporre per l'attribuzione di una espressa rilevanza al concorso esterno(22). Immaginare, come fa la legge Mancino, che il disvalore sotteso al reato base aumenti in caso di finalità di agevolazione rende necessaria una distinzione, attesa la neutralità del concetto di assistenza: ove il fine sia raggiunto la contestazione dell'aggravante deve venire meno e lasciare il posto a un concorso tra reato base e assistenza ex art. 3, 3° comma, L. n. 654/1975; qualora, invece, non sia raggiunto la tensione finalistica sottesa alla condotta aggraverà il fatto base ex art. 3, L. n. 205/1993. Detto altrimenti, pare che l'impianto antidiscriminatorio finisca per punire sia la partecipazione esterna consumata sia il tentato concorso esterno, anticipando marcatamente la soglia di rilevanza penale, senza quella chiarezza indispensabile quando i principi fondamentali sono messi sotto stress.

Sulla compatibilità tra l'art. 3, D.L. n. 122/1993 e art. 62, n. 2, c.p.

Venendo adesso alla sentenza in esame, finalità di discriminazione o odio razziale etc. si riferiscono all'azione e, per questo, non risultano incompatibili con l'attenuante dell' "avere agito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui", che opera, invece, "in interiore homine". Il Supremo Collegio avvalora, pertanto, l'interpretazione che, sebbene non ancora prevalente, si sta facendo strada in giurisprudenza, sostenendo che l'art. 3 legge Mancino trovi applicazione "non solo quando l'azione, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulti intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio e comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori, ma anche quando essa si rapporti, nell'accezione corrente, ad un pregiudizio manifesto di inferiorità di una sola razza, non avendo rilievo la mozione soggettiva dell'agente"(23). Il quid pluris di cui la fattispecie circostanziata si fa portatrice rileva quindi sotto due profili: il primo è la diffusione

dell'odio, il secondo è il pregiudizio; entrambi devono tuttavia essere qualificati, non potendosi giustificare un aggravio sanzionatorio per la stupidità dell'agente o il puntiglio della vittima. Pertanto, sul primo versante, la Corte ha cura di precisare che il "contagio" deve rispondere alle medesime logiche dell'istigazione punibile, richiedendosi - in virtù della natura del fatto base e a elementi di contesto - il concreto pericolo che derivino comportamenti discriminatori(24). Quanto al secondo aspetto, si ritiene adeguato che il pregiudizio di inferiorità che avvince l'azione sia evidente, quasi alla stregua di un criterio di normalità sociale, come accade e.g. se nelle espressioni denigratorie è contenuta la parola "negro"(25).

Diversa è invece la natura dell'attenuante della provocazione, qualificabile come un impulso emotivo stenico, che conduce alla perdita di autocontrollo (stato d'ira, i.e. elemento soggettivo), derivante da un fatto altrui ingiusto anche solo dal punto di vista morale e sociale e non soltanto giuridico (elemento oggettivo)(26).

Così impostata la questione, il Supremo Collegio ha buon gioco nel dichiarare la compatibilità tra le due circostanze, escludendo l'applicazione di quei precedenti che, sul presupposto dell'impossibile coesistenza tra stati emotivi antitetici, asseriscono la inconciliabilità fra provocazione e futili motivi(27). Le affermazioni della Cassazione contribuiscono, indirettamente, a delineare la fisionomia sostanziale delle fattispecie circostanziate in esame(28). Non c'è dubbio che l'aggravante di cui alla legge Mancino approfondisca l'offesa sul piano della tipicità del fatto base; può invece discutersi come lo faccia. Stante la sua latitudine applicativa(29) non vanno accolte soluzioni statiche, dovendosi piuttosto ritenere che essa ora approfondisca l'offesa base - come nel caso di specie ove il bene giuridico leso, i.e. la vita, è comunque epifania della dignità umana - ora aggiunga un profilo lesivo esterno - come può astrattamente immaginarsi nell'ipotesi di un reato contro il patrimonio, rapportato a un pregiudizio manifesto di inferiorità o finalizzato al contagio d'odio nel senso prima chiarito.

L'efficacia diminuente ex art. 62 n. 2 c.p. va sicuramente ricondotta al profilo della colpevolezza: sebbene ex art. 90 c.p. non venga esclusa del tutto l'imputabilità, l'azione conseguente allo stato di alterazione psichica non è pienamente rimproverabile a colui che re-agisce all'ingiustizia altrui(30).

Una (embrionale) proposta de lege ferenda

Come si accennava in apertura, in subiecta materia il diritto penale è relegato alle periferie della penalità; e ciò ad onta di sempre più frequenti episodi di discriminazione consegnatici dalla cronaca. Le ragioni di questo confino vanno ricercate, in primo luogo, nella collocazione (a)sistematica della disciplina - (dis)organizzata com'è in una pluralità di testi normativi - e, poi, nella diffidenza manifestata dagli Studiosi che

hanno e.g. denunciato l'uso simbolico delle incriminazioni(31). Tuttavia, a nostro avviso, non si tratta di impedimenti esiziali, sebbene non possa negarsi che tra i due il primo è quello di più agevole soluzione. Al fine di garantire intellegibilità esterna alla materia è indispensabile un'attrazione delle fattispecie dalla legislazione speciale al codice penale, raggruppando, sulla falsariga dell'ordinamento francese, le offese che trovano nella dignità umana il bene giuridico di categoria(32).

In questo senso va salutato favorevolmente il D.Lgs. n. 21/2018 attuativo del principio della riserva di codice ex art. 1, 85° comma, lett. q), L. n. 103/2017 e adottato proprio mentre ci si accingeva a licenziare alle stampe questa nota. L'art. 2 lett. i) inserisce al Capo III del Titolo XII del Libro II del c.p., dopo l'art. 604, la Sez. I-bis Dei delitti contro l'eguaglianza, trasponendo il testo dell'art. 3, L. n. 654/1975 in seno al nuovo art. 604 bis, rubricato Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa, e quello dell'art. 3, legge Mancino nell'alveo del nuovo art. 604 ter, Circostanza aggravante. Il riferimento all'eguaglianza come bene giuridico protetto risolve d'autorità la disputa sull'opportunità di elevare il relativo principio a canone di validazione delle scelte politico-criminali; resta tuttavia ferma la necessità di accoglierne, in funzione tassativizzante, la nozione sopra delineata.

Di più difficile approccio è la seconda questione.

Dalle precedenti considerazioni è emerso come la strutturazione delle varie fattispecie - autonome e circostanziata - renda faticosa la loro intellegibilità interna.

Sul punto, al fine di evitare di incorrere nel vizio di eccesso di delega(33), il D.Lgs. indicato nulla dispone; occorrerebbe pertanto un ulteriore intervento de lege ferenda, i cui tratti qualificanti possono, in questa sede, essere solo accennati.

Infatti, nonostante la prospettiva del rispetto-riconoscimento appaia più praticabile se confrontata con la generica enunciazione della tutela della dignità, le frizioni applicative non vengono meno, giacché l'incriminazione dell'odio reca con sé una carica di imprecisione congenita e, alla luce della sua dimensione comunicativa, confligge, in teoria, con la libertà di espressione(34). Può sì auspicarsi il recepimento dei requisiti di serietà e diffusività che, vuoi per la nozione di discriminazione, vuoi per quella di odio, la giurisprudenza ha considerato irrinunciabili, eppure la vera rivoluzione dovrà riguardare - ci pare - il profilo sanzionatorio. Occorre cioè superare il dogma per cui "il fare giustizia dinnanzi ai reati esigerebbe una reazione nei loro confronti[...]modellata sullo schema [...] della bilancia: negativo per negativo"(35).

La rinuncia alla sanzione detentiva è in questo senso necessaria e opportuna. È necessaria vista la crisi della monocultura carceraria, da più parti avversata nel dibattito contemporaneo(36), riproponendosi oggi quella "crociata contro le pene detentive" già efficacemente descritta dalla dottrina tedesca(37); è opportuna perché, solo aderendo a paradigmi prescrittivi(38), può tollerarsi l'"allentamento" di legalità, sub specie di materialità e tassatività, nonché la difficile tangibilità del concetto di dignità. In altre parole, l'ineliminabile deficit a monte dell'incriminazione verrebbe compensato da una reazione sanzionatoria più adeguata a valle.

L'ipotesi qui solo in nuce tratteggiata è doppiamente funzionale: non rinuncia al compito di orientamento e di accreditamento dei valori fondamentali mediante lo stigma penale; sublima - qualora si faccia riferimento e.g. al lavoro di pubblica utilità come pena principale slegata dal consenso del colpevole(39) - la rieducazione come fine essenziale, ma pur sempre tendenziale, della sanzione(40).

Un'ultima notazione.

La L. n. 654/1975 costituisce attuazione di un obbligo internazionale di penalizzazione contenuto all'art. 4 lett. a) della Convenzione di New York del 7 marzo 1966. Occorre pertanto chiedersi se l'impiego di una soluzione diversa da quella carceraria sia compatibile con le istanze sovranazionali. La risposta è affermativa. L'ampiezza del testo, riferito all'impegno "a dichiarare" le condotte discriminatorie ivi contemplate "crimini punibili dalla legge", non costringe l'ordinamento a utilizzare la tradizionale sanzione detentiva, ma a mantenere la reazione nell'alveo della penalità.

La cifra distintiva della pena criminale non è infatti la restrizione della libertà di movimento (cui sono preordinati - in progressione di gravità - arresto, reclusione, ergastolo), ma la limitazione della libertà personale (senza ulteriori aggettivazioni vincolanti) e quindi, genericamente, l'afflizione(41). Eppure condotte analoghe rientrano anche nello spettro applicativo della D.Q. 2008/913/GAI la quale, in materia di lotta al razzismo e alla xenofobia, prevede l'adozione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (art. 3 par. 1), presumendo che la reclusione pari, nel massimo, ad almeno un anno abbia tali caratteristiche (art. 3 par. 2); il che renderebbe prima facie impraticabile la soluzione appena esposta. Sennonché può evidenziarsi come, da un canto, l'art. 49 par. 3 CDFUE, prevedendo il diritto fondamentale a una pena proporzionata e, dall'altro, i caratteri di effettività, proporzione e dissuasività contemplati nella stessa D.Q. possano indurre a ritenere invalida la menzionata presunzione di adeguatezza già sul piano del diritto dell'Unione(42). Beninteso, si tratta di una proposta audace, che esula dal supino recepimento delle fonti UE cui si

è abituati, ma de iure condendo ci pare idonea a realizzare il giusto bilanciamento tra retribuzione ed educazione nel rispetto delle garanzie fondamentali nazionali.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) L'epilogo del ricorso e la peculiare natura della sentenza impugnata portano la Corte a non indugiare sui dettagli del caso sub iudice, tuttavia, al fine di avere almeno una minima contezza dell'accaduto, pare opportuno rinviare, ex aliis, a http://www.repubblica.it/cronaca/2017/01/18/news/migrante_ucciso_a_fermo_mancini_patteggia_condanna_a_4_anni-156327339/?ref=search, 18 gennaio 2017.

(2) In particolare, gli obblighi di accertamento contemplati dall'art. 444, 2° comma, c.p.p. possono consistere nella semplice enunciazione della loro effettuazione, quando non rilevi né sia stata introdotta dalla parte interessata alcuna ragione che imporrebbe il proscioglimento. Sulla genesi consensualistica del procedimento, il suo obiettivo lato sensu deflattivo e la natura (cognitiva o acognitiva) della sentenza, nel contesto di una peculiare attuazione del principio di sussidiarietà penale v., nella letteratura processualistica più recente e senza pretesa di esaustività, M. Gialuz, voce "Applicazione della pena su richiesta delle parti", in Enc. Dir., Annali, II.1., Milano, 2008, 13 e segg. Quanto al profilo sostanziale del c.d. patteggiamento si rimanda a M. Caputo, Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2017, 148 e segg., spec. 148-157 per gli opportuni riferimenti bibliografici e una sintesi efficace degli orientamenti dottrinali.

(3) Per una ricognizione dell'istituto, invero non espressamente contemplato dal codice civile, ma invocato dalla giurisprudenza, v. F. Astone, Venire contra factum proprium (divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati), Napoli, 2006, passim.

(4) Pronunciandosi sulla sua legittimità, la Corte Costituzionale ha evidenziato come "[i]n realtà l'imputato, quando chiede l'applicazione di una pena lo fa soltanto per ridurre al minimo quel maggior sacrificio della sua libertà, che egli prevede all'esito del giudizio ordinario. E quanto alla difesa, è proprio suo efficiente strumento la possibilità che la legge offre all'imputato di acquisire con sicurezza una pena minima sottraendosi al rischio di più gravi inflizioni, persino - se i precedenti lo consentono e il giudice lo ritenga - beneficiando della sospensione condizionale", Corte cost. (26 giugno) 2 luglio 1990, n. 313 in www.giurcost.org, par. 7.

(5) Sebbene in tempi recenti essa sia tornata in auge con l'introduzione dell'aggravante di negazionismo (ex comma 3°bis all'art. 3 L. n. 654/1975, ora art. 604 bis, 3° comma, c.p.) a seguito della L. n. 115/2016, poi integrata, in ulteriore ottemperanza agli obblighi europei, dalla L. n. 167/2016, su cui v. la nota di A. Galluccio in penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2017.

(6) La definizione risale, come noto, a F. v. Liszt, La teoria dello scopo nel diritto penale (trad. it.), Milano, 1962, 46.

(7) Argomenti a fondamento di una incriminazione (e non - si badi bene - di obblighi) possono infatti essere desunti da una pluralità di disposizioni di principio: a livello internazionale cfr. e.g. l'art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, l'art. 2 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, l'art. 14 CEDU; con riferimento al diritto UE v. l'art. 21 CDFUE; infine, rispetto al diritto interno il riferimento è ovviamente all'art. 3 Cost.

(8) Sul tema v., per tutti, G. Dodaro, Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale, Milano, 2012.

(9) Efficacissimi i rilievi di A. Tesauro, Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista, Torino, 2013, 1-2, che parla di "etichetta tappa-buchi" dalla "funzione taumaturgico - sedativa", corsivo dell'A.; cfr. pure W. Hassemer, Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana, in Ars interpretandi, 2005, 125 e segg.

(10) F. Bacco, Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2010, 1165 e segg., 1190 - 1191; Id., Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici, in Quad. Cost., a. XXXIII, n. 4/2013, 823 e segg., 833.

(11) In questa direzione si muove il c.d. Approccio delle capacità volto a individuare un catalogo - in continua evoluzione - di requisiti indefettibili al fine di condurre una vita dignitosa e la cui mancanza/privazione non consente all'uomo di "funzionare umanamente", M. Nussbaum, Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership, Cambridge (Mass.) - Londra, 2006, trad. it., G. Costa e R. Abicca (a cura di), Le nuove frontiere della giustizia, Bologna, 2007, 92. Tra questi la filosofa statunitense individua la vita, la salute e l'integrità fisica, l'immaginazione e il pensiero, i sentimenti, la ragion pratica e - quella a cui si allude nel testo - l'appartenenza, 123.

(12) Sul punto v. G. De Francesco, Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93 conv. con modifiche dalla l. n. 205/93, in Leg. Pen., 1994, 174 e segg.; S. Moccia, La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale, Napoli, 1997, 90 e segg.; L. Stortoni, Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?, in Crit. Dir., 1994, 14 e segg. Sulla riforma dei reati di opinione v. altresì T. Padovani, Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato, in Guida al Dir., n. 14/2006, 23; M. Pelissero, Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche, in Dir. pen. proc., 2006, 960 e

segg.; C. Visconti, Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85, in Foro It., 2006, V, 223.

Come sarà chiarito infra, adesso le fattispecie autonome e la circostanza aggravante confluiscono rispettivamente negli artt. 604-bis e ter c.p.

(13) In precedenza, infatti, nazionalità, etnia, razza e religione venivano sì presi in considerazione dalla L. n. 962/1967, esecutiva della Convenzione ONU per la prevenzione e repressione del genocidio, ma pur sempre nel contesto di incriminazioni primariamente volte a reprimere altri fenomeni, e.g. gli atti diretti a commettere genocidio (art. 1), la deportazione a fini di genocidio (art. 2), la pubblica istigazione o apologia (art. 8) etc.

(14) La tripartizione impiegata nel testo è stata suggerita da A. Spena, La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech, in Criminalia, Pisa, 2016, 577 e segg., 592-593. Per un'analisi più approfondita delle fattispecie v., per tutti, G. Pavich-A. Bonomi, Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente, in penalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014.

(15) Non ci soffermeremo invece sul concetto di razzismo che il legislatore presuppone, ma non pone. Sul punto il precedente giurisprudenziale più interessante è sicuramente costituito da Trib. Verona, 2 dicembre 2004, n. 2203 in Giur. Merito, 2006, doc. 395, 1956 e segg. con commento adesivo di L. Picotti, Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale, 1960 e segg., seguita dalla App. Venezia, 2 aprile 2007 e non contestato - rispetto a questo specifico profilo - da Cass., Sez. III, 13 dicembre 2007, n. 13234 (ma nello stesso senso v. altresì Cass., Sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819), in iusexplorer.it. Il Tribunale statuisce che "le definizioni classiche del 'razzismo' non sono più sufficienti [...]. Così è 'razzista' colui che, pur dichiarando pubblicamente di non credere nella 'disuguaglianza tra le razze', insiste sull'incompatibilità delle culture, delle mentalità, delle civiltà al fine di giustificare delle misure di esclusione, di espulsione, di emarginazione di coloro che sono ritenuti e/o additati come 'inassimilabili' o 'non-integrabili'". Nel concetto non può rientrare solo il c.d. razzismo biologico, ma va incluso anche quello c.d. implicito/differenzialista. Sul tema v. AA.VV., Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale, S. Riondato (a cura di), Padova, 2006, spec. i contributi di Ambrosetti, Picotti e Riondato; C.D. Leotta, voce "Razzismo", in Digesto Pen., App. agg., 2008, 850.

(16) Cosicché ove queste ultime siano presenti il giudice dovrà applicare l'aumento di pena e poi apportare le eventuali diminuzioni.

(17) Per tutti L. Risicato, Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi, Milano, 2004.

(18) Una definizione sostanzialmente analoga è accolta dall'art. 43, D.Lgs. n. 286/1998 (TU immigrazione).

(19) Rispettivamente, Cass., Sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11590, che ha escluso l'aggravamento dell'ingiuria a seguito dell'epiteto "italiano di merda" - giacché "non si può ritenere che il riferimento all"italiano', nel comune sentire, nel nostro territorio, in cui l"italiano' è stragrande maggioranza e classe dirigente, sia correlato ad un sentimento che può dare luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità" - e Cass., Sez. V, 28 dicembre 2009, n. 49694 che, al contrario, riconosce come l'espressione "adesso gli dai una gomma negra come lei" rivolta a una ragazzina di colore integri gli estremi della circostanza.

(20) V., rispettivamente, Cass., Sez. III, 23 giugno 2015, n. 36906, in iusexplorer.it; Cass., Sez. III, 13 dicembre 2007, cit. e Cass., Sez. I, 22 novembre 2012 n. 47894, in Giur. It., n. 7/2013, 1645 e segg., con nota di S. Grindatto. È tuttavia vero - come sottolinea bene A. Spena, op. cit., 600-603 - che il discorso d'odio rileva quando, al pari dell'hater, anche la società, quantunque lo faccia in funzione protettiva, consideri quel fattore di discriminazione come una situazione di vulnerabilità/inferiorità. In questi termini, "il discorso d'odio e il discorso sull'odio usano [...] le stesse categorie stereotipanti", 602.

(21) Secondo G. De Francesco, op. cit., 212: "potrà trattarsi, pertanto, sia di attività dirette ad agevolare la realizzazione degli scopi di siffatte organizzazioni (e cioè, in buona sostanza, la commissione di quei delitti posti in essere per finalità razziali che costituiscono l'oggetto del programma associativo), sia di comportamenti volti ad aiutare l'associazione mediante il rafforzamento della relativa struttura".

(22) G. De Francesco, op. cit., 192.

(23) Così anche Cass., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13530; Cass., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2007, 1449, con nota di Ferla; Cass., Sez. V, 5 aprile 2005, n. 19378 in Cass. Pen., 2006, 59; contra, però, nel senso che non è necessario che la condotta incriminata sia destinata o, quanto meno, potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno e a suscitare il riprovevole sentimento, giacché ciò varrebbe ad escludere l'aggravante in questione in tutti i casi in cui l'azione lesiva si svolga in assenza di terze persone, Cass., Sez. V, 15 maggio 2013, n. 25870; Cass., Sez. V, 29 ottobre 2009, n. 49694; Cass., Sez. V, 9 luglio 2009, n. 38597; Cass., Sez. V, 23 settembre 2008, n. 38591; Cass., Sez. V, 11 luglio 2006, n. 376090; Cass., Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381 tutte consultabili su iusexplorer.it. È appena il caso di notare

come, adottando la prospettiva dell'eguale rispetto, vada privilegiato l'approccio prevalente, poiché la lesione alla dignità è effettiva anche in assenza di terzi.

(24) Non dissimilmente da quanto affermato da Corte cost. (23 aprile) 4 maggio 1970, n. 65 in materia di apologia di delitto (art. 414, 3° comma, c.p.) e Corte cost. (5 aprile) 23 aprile 1974, n. 108 in merito di istigazione all'odio tra classi sociali (art. 415 c.p.), consultabili all'indirizzo www.giurcost.org. Nel senso, qui patrocinato, di ricondurre l'aggravante al modello istigatorio v. anche A. Spena, op. cit., 592.

(25) Così Cass., Sez. V, 2 novembre 2017, n. 7859 in iusexplorer.it che ha ricondotto, conformemente al giudice di merito, l'espressione "rassegni le dimissioni e se ne torni nella giungla dalla quale è uscita", rivolta all'allora Ministro dell'Integrazione Cécile Kyenge, all'ambito applicativo dell'aggravante in esame perché "quel che rileva [...] è l'evidente e gratuito giudizio di disvalore espresso [...], fondato sull'appartenenza della K. alla razza degli africani di pelle nera, che, secondo l'imputato, ha nella giungla e non nella società civilizzata, il suo habitat naturale, per ragioni storiche ovvero perché assimilabile agli animali, come le scimmie, che vi vivono".

(26) Ex plurimis, Cass., Sez. I, 3 maggio 2016, n. 29259 precisa che, ai fini della sua configurabilità, occorre altresì un "rapporto di causalità psicologica e non di mera occasionalità tra l'offesa e la reazione, indipendentemente dalla proporzionalità tra esse, sempre che sia riscontrabile una qualche adeguatezza tra l'una e l'altra condotta". In dottrina v., per tutti, A. Vallini, Circostanze del reato, in AA.VV., Le forme di manifestazione del reato, G. De Francesco (a cura di), Trattato teorico/pratico di diritto penale, Vol. II, diretto da F. Palazzo e C. E. Paliero, Torino, 2011, 46 e segg.

(27) V., e.g., Cass., Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 17686, in Foro it., 2010, 12, II, 638; Cass., Sez. I, 22/05/2008, n. 24683; Cass., Sez. I, 20/12/2007, n. 3600 in iusexplorer.it.

(28) Per un'analisi generale della tematica si rinvia a A. Spena, Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2009, 639 e segg.

(29) Essa è ritagliata, come si è visto, sui reati punibili con pena diversa dall'ergastolo e, come la prassi dimostra, senza distinzione tra fatti base violenti e non violenti. Rispetto a questo profilo, non è stata accolta l'interpretazione restrittiva di G. De Francesco, op. cit., 182, secondo cui la fattispecie avrebbe dovuto riferirsi a quelle incriminazioni tali da consentire all'agente di ottenere una disparità di trattamento (cfr., nell'es. dell'A., la frode in commercio, ma non anche i fatti a base violenta, nei quali - è evidente - si riconduce l'omicidio preterintenzionale oggetto del caso in esame).

(30) Attribuisce carattere composito all'attenuante in esame A. Spena, op. ult. cit., 679 e segg. Più precisamente, accanto alla natura parzialmente scusante, l'A. riconosce anche un'efficacia scriminante; ciò perché lo stato d'ira deve essere condivisibile, "tale che qualsiasi uomo ragionevole l'avrebbe provata, ove si fosse trovato nelle medesime condizioni", 680, e proporzionato (recte, nel lessico pretorio, adeguato), cosa che rende il disvalore è minore di quello che ci sarebbe stato ove la reazione fosse stata sganciata da qualsiasi requisito di contenimento.

(31) Penetrante la critica di L. Stortoni, op. cit., 14 secondo cui in questi casi "la finalità secondaria", i.e. quella di veicolare messaggi, "soverchia quella principale", cioè la punizione di fatti offensivi di interessi meritevoli di tutela, "con la conseguenza di spostare la valenza della previsione normativa dal piano precettivo a quello simbolico"; fondamentale sul punto C. E. Paliero, Il principio di effettività del diritto penale, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1990, 430 e segg.

(32) L'allusione è al Livre II: Des crimes et délits contre les personnes, Titre II: Des atteintes à la personne humaine, Chapitre V: Des atteintes à la dignité de la personne del Code pénal.

(33) L'art. 1, 85° comma, lett. q) della L. n. 103/2017 mira alla attuazione tendenziale della riserva di codice "attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale [...]".

(34) Su questo problema v. per tutti, limitatamente alla dottrina penalistica, C. Visconti, Aspetti penalistici del discorso pubblico, Torino, 2008 e A. Spena, Libertà di espressione e reati di opinione, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2007, 728 e segg.

(35) Così uno dei più acuti studiosi delle funzioni rivestite dalla pena L. Eusebi, Sviluppi normativi per una giustizia riparativa, in Minorigiustizia, n. 1/2016, 33 e segg., 35.

(36) Per tutti, di recente, F. Palazzo, Crisi del carcere e culture di riforma: un dialogo con la storia, in Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim., n. 4/2017, 4 e segg. ne mette bene in rilievo la crisi di umanità, di efficacia ed efficienza, nonché ideologica. Come nota l'A., op. cit., 6, la soluzione carceraria è frutto del contrattualismo illuministico che, se da un canto ha svolto una funzione razionalizzatrice (si pensi all'idea della ponderazione aritmetica della forbice edittale), dall'altro ha contribuito a collocare la stessa in una dimensione astorica, celebrandola come unico rimedio credibile, elevandola al rango di categoria dello spirito e "adempie[ndo] egregiamente la funzione anestetica di una rappresentazione simbolica ma convincente che il male può essere 'estirpato' così da non appartenere più alla fisiologia dell'umano vivere individuale e sociale", 7.

(37) F.Von Listz, Kriminalpolitische Aufgaben (1889-1892), in Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, (1905), Berlin, 1970, 347.

(38) Di recente sul tema M. Dova, Pena prescrittiva e condotta reintegratoria, Torino, 2017.

(39) Per un'approfondita disamina delle caratteristiche dell'istituto, nonché della sua dimensione comunque afflittiva si rinvia a T. Travaglia Cicirello, La "nuova" frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 2006, 1335 e segg.

(40) Senza andare lontano con la mente, l'obiettivo potrebbe essere raggiunto convertendo le sanzioni accessorie di cui all'art. 1, comma 1°bis Legge Mancino, che hanno appunto natura prescrittiva, in sanzioni principali. In tale modo si agevolerebbe l'assimilazione di quegli stessi valori di uguaglianza ab origine misconosciuti. Sul punto - ma con riferimento al diverso bene giuridico dell'onore - si segnala la soluzione, solo parzialmente affine a quella qui proposta, di A. Gullo, Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale. Contributo a una riforma dei delitti contro l'onore, Roma, 2013, spec. 200 e segg. L'A. infatti propone di rinunciare tout court all'intervento penale in materia di ingiuria (come poi effettivamente accaduto con la depenalizzazione) e diffamazione semplici, limitando la reazione sanzionatoria solo all'attribuzione di un fatto falso a mezzo stampa o di pubblicità; reazione, beninteso, pecuniaria e interdittiva, 206 -207.

(41) Sul punto v., per tutti, G.

De Vero, Corso di diritto penale, I, Torino, 2012, 3 e segg.

(42) D'altra parte la stessa D.Q. 2008/913/GAI, all'art. 7 § 1, fa salvo "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6" del T.U.E.

ASSOCIAZIONE PER FINI DI DISCRIMINAZIONE RAZZIALE: NON E' MERO «REATO D'OPINIONE»

Corbetta Stefano

Cass. pen. Sez. V, 24 gennaio 2001, n. 31655

L. 13-10-1975, n. 654

In parziale riforma della sentenza di primo grado, gli imputati venivano ritenuti colpevoli del delitto associativo previsto dall' art. 3 comma 3 l. 13 ottobre 1975, n. 654, nella formulazione introdotta dall' art. 1 comma 3 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 , per aver fatto parte di un'associazione ispirata

all'ideologia del disciolto partito fascista, che perseguiva finalità antidemocratiche svolgendo una sistematica propaganda razzista. Tra i motivi di ricorso, la difesa sollevava la questione di illegittimità costituzionale di tale previsione incriminatrice, che si porrebbe in contrasto con i principi di determinatezza e di uguaglianza, nonché con i diritti della libera manifestazione del pensiero e di associazione. Nel rigettare il ricorso, la Cassazione ha precisato che il delitto in esame presenta una struttura non diversa dalle altre figure che delineano reati associativi: «in essi la pericolosità sociale e l'offensività della condotta vietata è ravvisata dal legislatore nello stesso fatto della partecipazione consapevole e volontaria (in posizioni preminenti o gregarie) ad una struttura collettiva organizzata, caratterizzata da uno o più scopi illeciti. La repressione penale della partecipazione al gruppo è strumentale alla prevenzione della realizzazione degli scopi associativi e la norma è sufficientemente tipizzata, solo se questi sono sufficientemente determinati». Secondo la Corte, dall'interpretazione letterale e sistematica della norma in esame, che reprime «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», «emerge che l'incitamento alla discriminazione e alla violenza è solo lo scopo mediato di un ulteriore fine, che consiste nella limitazione, imposta ad altri individui, appartenenti alla stessa società civile, di esercitare i diritti civili, politici ed amministrativi individuali e collettivi, di cui sono titolari, perché diversi per razza, etnia, nazionalità o religione». La norma, pertanto, non viola il principio di precisione legislativa di cui all'art. 25 comma 2 Cost. Parimenti, l' art. 1 comma 3 d.l. n. 122 del 1993 non si pone in contrasto con il diritto di libera manifestazione del pensiero, sancito nell'art. 21 Cost. , in quanto «l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta, quanto meno intesa come comportamento generale, e realizza un quid pluris rispetto ad una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali». Ancora, la fattispecie in esame non costituisce nemmeno un ostacolo al diritto di associazione, garantito dall'art. 18 comma 1 Cost. «per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale», dal momento che «la discriminazione razziale, etnica, nazionale o religiosa è attuabile in concreto solo con atti di coercizione, fisica o morale, che sono diretti a realizzare illegittimamente una costrizione su altri soggetti per limitarne il libero esercizio di diritti di cui sono titolari (atti che integrano, di volta in volta, la violenza privata, l'estorsione, le lesioni volontarie, ed altre figure delittuose)». Infine, la norma non urta contro i principi fissati dagli artt. 2 e 3 Cost. : «in realtà è proprio la condotta, vietata con la norma penale denunciata di incostituzionalità, che si pone in contrasto con essi e non l'inverso perché l'incitamento alla discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi tende alla compressione della pari dignità sociale dei cittadini, alla esclusione del principio di uguaglianza e alla violazione dei diritti inviolabili dell'uomo» (analogamente, nel senso che il diritto alla libera manifestazione del

pensiero non può essere esteso fino alla giustificazione di atti o comportamenti che, pur estrinsecandosi in una esternazione delle proprie convinzioni, ledano tuttavia altri principi di rilevanza costituzionale ed i valori tutelati dall'ordinamento giuridico interno e internazionale, e che le norme in tema di repressione delle forme di discriminazione razziale, oltre a dare attuazione ed esecuzione agli obblighi assunti verso la comunità internazionale con l'adesione alla Convenzione di New York, costituiscono anche applicazione del fondamentale principio di uguaglianza indicato nell'art. 3 Cost. , sicché è ampiamente giustificato il sacrificio del diritto di libera manifestazione del pensiero cfr. Cass., Sez. I, 28 febbraio 2001, Aliprandi, in questa Rivista , 2001, 986).

In dottrina, cfr. A. Caputo, Discriminazioni razziali e repressione penale, in Quest. gius., 1997, 476 ss.; G. De Francesco, Commento agli artt. 1, 3, 4 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 . Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, in Legisl. pen., 1994, 173 ss.; A. Luini, Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, religiosa ed etnica, in Riv. pen., 1993, 987 ss.; L. Stortoni, Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?, in Critica dir., 1994, 14 ss.; P. Zavatti-A. Trenti, Legislazione italiana in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa, in Rass. crimin., 1995, 565 ss.

REATI DI LIMITAZIONE DELLA LIBERTA DI movimento

Art. 605 - art. 607 - art. 608 c.p.

Dispositivo dell'art. 607 Codice penale

Fonti → Codice penale → LIBRO SECONDO - Dei delitti in particolare → Titolo XII - Dei delitti contro la persona → Capo III - Dei delitti contro la libertà individuale → Sezione II - Dei delitti contro la libertà personale

Il pubblico ufficiale, che, essendo preposto o addetto ad un istituto di custodia preventiva o ad un istituto per l'esecuzione di una pena (1) o di una misura di sicurezza, vi riceve taluno senza un ordine dell'Autorità competente [disp. att. c.p.p. 94], o non obbedisce all'ordine di liberazione dato da questa Autorità, ovvero indebitamente protrae l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, è punito con la reclusione fino a tre anni .

Art. 608 c.p.

Il pubblico ufficiale, che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente, è punito con la reclusione fino a trenta mesi.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale [357], rivestito, per ragioni del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita.

Cass. pen. Sez. V, 19-12-2016, n. 15299
SEQUESTRO DI PERSONA
Rispetto a minori in tenera età (anche inferiore ad un anno) che vengano custoditi in condizioni non solo maltrattanti, ma tali da comprimerne la libertà di movimento, ben può configurarsi il reato di sequestro di persona, atteso il diverso bene giuridico leso rispetto al reato di maltrattamenti e, dunque, la possibilità di concorso dei due delitti.
FONTI
Quotidiano Giuridico, 2017
Cass. pen. Sez. I Sent., 19/04/2017, n. 206 (rv. 272305)
SEQUESTRO DI PERSONA

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà personale - Sequestro di persona - Scopo dell'agente - Irrilevanza - Fattispecie

Ai fini della configurabilità del reato di sequestro di persona, non ha alcuna rilevanza lo scopo perseguito dall'agente. (Fattispecie in cui la Corte ha riconosciuto la configurabilità del reato commesso da una persona, da tutti riconosciuta come "badante" della vittima, che asseriva di averne limitato la libertà di movimento a sua tutela). (Rigetta, Ass.App. Firenze, 21/01/2016)
FONTI
CED Cassazione, 2018
ass. pen. Sez. V, 03-02-2017, n. 36885
V.M.S. e altri

LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)
In tema di reati contro la libertà personale, risponde
di sequestro di persona aggravato dall'abuso di potere (art. 605, co. 2, n. 2, c.p.) e non di arresto illegale (art. 606 c.p.) il pubblico ufficiale che trattenga indebitamente in caserma alcuni soggetti non già con la finalità di avviare nei loro confronti una procedura di arresto in flagranza di reato, ma con la diversa finalità di raccogliere le loro deposizioni. Ed invero, per aversi arresto illegale è necessario che l'agente abbia voluto effettuare un intervento coercitivo tipico, qualificato dalle norme procedurali che lo disciplinano e che contestualmente definiscono altresì la connotazione abusiva delle modalità di esercizio del potere attribuito (ovvero non attribuito) al pubblico ufficiale, ciò che difetta nel caso di specie, in cui l'abuso non riguarda specificamente l'esercizio di un potere di coercizione riconosciuto e disciplinato dalla legge,

integrandosi dunque la più grave ipotesi di sequestro di persona aggravato a norma dell'art. 605, co. 2, c.p.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2017

Cass. pen. Sez. V Sent., 30/05/2018, n. 34469 (rv. 273632)
SEQUESTRO DI PERSONA

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Sequestro di persona - Condotta materiale - Chiudere i dipendenti nei locali aziendali per l'intera giornata lavorativa - Configurabilità - Sussistenza

Configura il reato di sequestro di persona la condotta di chi chiude a chiave (o dispone di chiudere a chiave) i propri dipendenti all'interno del locale aziendale ove si svolge l'attività lavorativa, segregandoli per l'intera giornata di lavoro. (Dichiara inammissibile, App. Firenze, 07/12/2015)

FONTI

CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. V Sent., 10-04-2015, n. 30971 (rv. 264837)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Arresto illegale - Sequestro di persona commesso da pubblico ufficiale con abuso di poteri inerenti alle funzioni - Elementi caratterizzanti e differenziali - Indicazione

Il delitto di arresto illegale si differenzia dal sequestro di persona commesso da un pubblico ufficiale con abuso di poteri inerenti alle sue funzioni (art. 605, comma secondo, n. 2 cod. pen.) sia quanto all'elemento oggettivo, poiché, nel primo caso, l'abuso deve riguardare specificamente l'esercizio di un potere di coercizione riconosciuto e disciplinato dalla legge, sia quanto all'elemento soggettivo, poiché, per abusare del potere di arresto, è necessario che la volontà dell'agente sia diretta sin dall'inizio a mettere il soggetto illegalmente ristretto a disposizione dell'autorità giudiziaria. (Annulla in parte con rinvio, App. Bologna, 31/01/2014)

FONTI

CED Cassazione, 2015

Cass. pen. Sez. V Sent., 09-10-2014, n. 11071 (rv. 262874)
LIBERTA' INDIVIDUALE (DELITTI CONTRO LA)SEQUESTRO DI PERSONA

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Arresto illegale - Sequestro di persona commesso dal pubblico ufficiale con abuso dei poteri inerenti alle funzioni - Elementi differenziali - Fattispecie

Il delitto di sequestro di persona consumato da un pubblico ufficiale con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni si distingue da quello di arresto illegale perché, mentre nella prima ipotesi, l'abuso generico dei poteri connessi alle funzioni è un elemento solo circostanziale e quindi occasionale della condotta criminosa, nella seconda ipotesi viene punito proprio l'abuso specifico delle condizioni tassative (commissione di un delitto; stato di flagranza o quasi flagranza) alle quali la legge subordina il potere di arresto. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva ricondotto all'art. 605, comma secondo n. 2, cod. pen., la condotta di alcuni poliziotti i quali, in occasione di gravi incidenti avvenuti nel corso di una manifestazione di protesta, avevano trasportato, trattenuto per ore in caserma e sottoposto a vessazioni coloro che nel corso di quella giornata si erano rivolti ai servizi di Pronto Soccorso, al di fuori di qualunque prospettiva di procedere ad arresto degli stessi). (Rigetta, App. Napoli, 09/01/2013)

FONTI

CED Cassazione, 2015

IL DIRITTO DI LIBERTÀ DA INDEBITA COAZIONE: UNA PARTE INTEGRANTE DELL'OGGETTO DI OGNI PROCESSO (*)

Valerio Tavormina

Sommario: 1. Un'implicazione interpretativa della sanzione del diritto di difesa contro l'esecuzione: il diritto soggettivo sostanziale di libertà da ogni indebita coazione quale situazione speculare ad una debita esecuzione forzata. - 2. La protezione costituzionale, indiretta e relativa, del diritto di libertà. - 3. Estensione del diritto di libertà. - 4. Possibili implicazioni di diritto sostanziale della libertà da indebita coazione. - 5. Tutela giurisdizionale del diritto di libertà. - 6. Lesioni del diritto di libertà cagionate da attività processuali. - 7. Conseguenze processuali della specularità tra diritto di libertà e debita esecuzione forzata.

1. - Avendo dimostrato (ritengo) che il processo non può che definirsi in funzione della sua fase esecutiva ed avendo applicato a questo assunto la diffusa interpretazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., ero pervenuto in un precedente studio alla conclusione che al soggetto passivo della pretesa esecutiva vanno riconosciuti non solo quei poteri di carattere processuale equivalenti a quelli riconosciuti al titolare di detta pretesa ed adeguati a contrastarla, che vengono abitualmente riassunti nell'espressione " diritto di difesa " (nella mia ottica: contro l'esecuzione), ma anche un vero e proprio diritto - costituzionale (art. 24.2) - di ciascuno nei confronti di ciascun altro a che questi si astenga dall'alterare lo stato di fatto nel quale il primo si trovi fino a dimostrazione/creazione di un obbligo di attuare questa modificazione(1).

Avevo però contemporaneamente precisato che anche questa seconda componente del diritto di difesa non poteva che avere natura processuale, erroneamente traendo questa deduzione dal fatto che una fondata pretesa esecutiva ed un contrapposto diritto del soggetto passivo a che non si modifichi lo stato di fatto nel quale si trova non possono ovviamente coesistere. Per ammetterne quindi la coesistenza, che erroneamente mi sembrava di dover dare per scontata sotto l'influsso della corrente e corretta affermazione per cui un diritto di difesa compete anche a chi ha torto, mi ero indotto a declassare a processuale il diritto di chiunque di mantenere lo stato di fatto fino a quando non ne emerga l'illegittimità(2).

Nell'ambito di un breve saggio dedicato ai rapporti fra diritto sostanziale e processo sono però pervenuto ad una soluzione ad un tempo diversa e di più estesa applicazione(3), che - in ragione dei limiti allora postimi - ho potuto esporre soltanto nelle sue linee generali, ma di cui ora ritengo opportuno illustrare più estesamente le basi normative e le rilevanti implicazioni sull'oggetto e sulla struttura del processo in prosecuzione del discorso avviato alcun tempo fa sull'esecuzione forzata quale elemento caratterizzante il processo stesso.

Non mi par dubbio anzitutto che, per nostro diritto positivo, si possa eseguire o far eseguire coattivamente un obbligo altrui (nell'ovvio significato di tenere o far tenere comportamenti sostitutivi di quelli dell'obbligato inadempiente che possano produrre un risultato fattuale(4) valutato equivalente dall'ordinamento) soltanto in quanto ad uno scrutinio, che talora ovvero in parte(5) può essere anche solo eventuale nel senso che non condiziona l'inizio dell'esecuzione coatta, di un terzo imparziale (chiamiamolo giudice, tenendo però presente che almeno una parte della sua attività può anche, in certi casi, essere demandata ad ausiliari di giustizia oppure ad arbitri) risulti che quell'obbligo e gli ulteriori presupposti ed adempimenti per la sua esecuzione coatta (a cominciare dal titolo esecutivo) sussistano. In questa direzione esistono in primo luogo disposizioni più o meno estese, sparse sia nella costituzione che nella legislazione ordinaria. Disponendo ad esempio in materia di " diritti e doveri dei cittadini "(6), l'art. 13.2 Cost. non ammette " detenzione... né qualsiasi altra restrizione della libertà personale " (per esempio arresti domiciliari) " se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge "; ed in quanto la detenzione consegua alla commissione di un reato, essa non è ammessa " sino alla condanna definitiva " prima della quale " l'imputato non è considerato colpevole " ossia non può essere trattato come un colpevole e quindi non può essere assoggettato alla pena prevista per i colpevoli ex art. 27.2 Cost.(7). Con un grado di dettaglio di molto inferiore la costituzione prevede inoltre solo come eccezione la possibilità di

limitare altre libertà personali (nel senso che afferiscono alla persona per il solo fatto del suo esistere): di domicilio, di corrispondenza ecc. (artt. 14 ss.).

Poi, con un rango che, in direzione ampliativa(8), è diventato in sostanza pari a quello della costituzione da quando è stato introdotto l'odierno art. 117.1(9), queste ed altre libertà(10) sono previste da convenzioni internazionali come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ed il Patto internazionale ONU sui diritti civili e politici (Patto ONU) a vantaggio di ogni essere umano, a prescindere dalla sua nazionalità e domicilio, come limitabili solo in forza di una " regolare " iniziativa assunta a seguito di specifica previsione di legge dettata per fini specificamente individuati (cfr. ad esempio art. 5.1 CEDU: " diritto alla libertà e alla sicurezza ", limitabile solo " nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge "; art. 9.1 Patto ONU: " Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge "). In termini assai più estesi, per quanto ovviamente sempre soggetti a diverse disposizioni di legge, l'art. 474.1 c.p.c. stabilisce che " l'esecuzione forzata non può aver luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile "; e le disposizioni successive disciplinano dettagliatamente le modalità di quest'esecuzione, la cui inosservanza può comportare la caducazione degli atti compiuti e la reintegrazione dell'interessato nello status quo antea, salvo un nuovo inizio dell'esecuzione. Parimenti, l'art. 650.1 c.p.p. dispone che le sentenze e i decreti penali possono essere eseguiti solo se divenuti irrevocabili e le disposizioni successive disciplinano anche qui le modalità di esecuzione con conseguenze che dovrebbero essere analoghe in caso di loro violazione(11).

L'art. 53.3 c.p. dice che è soltanto " la legge " a determinare i casi " nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica " e gli artt. 392-393 c.p. puniscono chi, " al fine di esercitare un preteso diritto ", " si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo " (anche attuando coattivamente il preteso diritto) mediante minaccia alle persone o violenza su persone o cose, pur se la punizione è esclusa qualora l'autore non possa " ricorrere al giudice " (si può anche pensare a parità di risultato)(12); mentre gli artt. 606-609 c.p. puniscono l'arresto illegale, l'indebita limitazione di libertà personale, l'abuso di autorità contro arrestati o detenuti, la perquisizione e l'ispezione personali arbitrarie. Ed in forza del principio di coerenza, la sanzione penale presuppone che il comportamento sia civilisticamente vietato.

Ci sono infine e soprattutto l'art. 24 Cost. e gli artt. 6.1 CEDU e 14.1 Patto ONU che, statuendo rispettivamente l'inviolabilità della difesa " in ogni stato e grado " del procedimento (art. 24.2 Cost.) e il " diritto ad un'equa e pubblica udienza " (art. 6.1 CEDU, nell'interpretazione vincolante ex art. 32 e 46 datane dalla Corte europea(13), e art. 14.1 Patto ONU)(14), con l'aggiunta nel primo caso del diritto alla riparazione degli errori giudiziari (comma 4°) e, nel secondo, del diritto ad un riesame della

dichiarazione di colpevolezza e della condanna in materia penale (art. 2 del protocollo n. 7 CEDU e art. 14.5 Patto ONU), garantiscono per quanto possibile che l'esecuzione intervenga solo in quanto, nella misura ed anche nei modi consentiti dall'ordinamento. Non solo l'esistenza o la legittimità della creazione della situazione sostanziale da eseguire coattivamente, ma anche l'esistenza/legittimità della creazione delle condizioni processuali per l'esecuzione coatta e le modalità di questa, infatti, sono soggette al controllo del giudice che la difesa ha la funzione di stimolare e talora d'imporre: senza un controllo del genere che la legittimi come attività processuale, l'esecuzione coatta in nulla si distinguerebbe da qualsiasi altra attività privata(15). Sono queste le disposizioni che fondano il divieto non soltanto di autotutela(16), ma anche d'indebita eterotutela esecutiva: tutte le attività definibili come esecuzione forzata di una situazione sostanziale sono lecite solo in quanto conformi alle regole sostanziali e processuali all'uopo poste dall'ordinamento; ed altrimenti sono vietate e la legge ne prevede espressamente - tramite una serie di disposizioni riassumibili nella formula " diritto di difesa " - la prevenzione ed occorrendo l'eliminazione dei risultati. Ma per ciò solo, ogni attività dello stesso genere (apprensione coattiva di un bene, distruzione di un'opera ecc.) compiuta in violazione di regole anche solo processuali oppure addirittura al di fuori di ogni processo risulterà vietata con divieto a sua volta coercibile e quindi, per definizione(17), il suo potenziale soggetto passivo (e cioè chiunque) risulterà titolare di un diritto soggettivo sostanziale a che chiunque altro se ne astenga, il quale diritto può definirsi come " diritto di libertà " da ogni indebita coazione ossia da ogni coazione non conseguente ad una debita (nel senso di fondata e contemporaneamente rituale) esecuzione forzata. Come ho già detto altrove, l'enunciazione tassativa degli strumenti e dei modi di coazione, con attribuzione di mezzi idonei ad eliminare i risultati di un superamento dei limiti posti, vale introduzione implicita di quel diritto di libertà(18).

Il coordinamento poi tra questo diritto di libertà e le situazioni sostanziali e processuali altrui è definito con la stessa definizione del diritto di libertà: è un diritto complementare, ossia speculare (in termini logici: legato da un nesso di disgiunzione esclusiva), non alla sola esistenza degli altrui diritti, poteri o potestà di ottenere una modifica dello stato di fatto protetto, in cui consistono le relative situazioni sostanziali, ma speculare anche ai requisiti per la loro esecuzione forzata a partire dal " titolo esecutivo ". Risulta cioè complementare, speculare, nella terminologia civilistica dell'art. 615 c.p.c., all'estensione dell'altrui " diritto di procedere ad esecuzione forzata " che scaturisce anche dai decreti e dalle sentenze penali (artt. 650 e 655 c.p.p.) nonché, pure in via di autotutela esecutiva impropria(19), dagli atti amministrativi od almeno da taluni di essi(20), dal ruolo per le entrate dello Stato e di altri enti pubblici (art. 49, d.p.r. n. 602/1973) ecc.; ed è complementare, speculare anche al rispetto della relativa disciplina ossia [oltre che ad una giusta (nel senso di

fondata)] ad una rituale esecuzione forzata (una " debita " esecuzione forzata). E dunque, anche la mera dichiarazione d'inesistenza/eliminazione del titolo esecutivo e/o degli atti conseguenti richiesti per l'esecuzione forzata comporterà sempre accertamento/creazione a carico della controparte di quel divieto di modifica dello stato di fatto il cui riflesso (unitamente al potere processuale di esigerne la coazione) si chiama diritto di libertà (anche se risultasse la contrapposta situazione sostanziale)(21).

2. - Ho dedotto il diritto (sostanziale) di libertà di cui sto discorrendo anche e soprattutto dalle disposizioni che fondano il diritto (processuale) di difesa. E dico soprattutto perché si tratta di disposizioni che hanno la massima estensione, che attribuiscono adeguati strumenti per ottenere il soddisfacimento coatto del diritto in oggetto e che hanno rango costituzionale.

Tuttavia, mentre la protezione costituzionale di quei poteri di carattere processuale equivalenti a quelli riconosciuti al titolare della pretesa esecutiva ed adeguati a contrastarla, che vengono abitualmente riassunti nell'espressione " diritto di difesa ", è assoluta nel dettato degli artt. 3, 24 e 111 Cost.(22), nonché 6 CEDU e 14 Patto ONU, non altrettanto può dirsi per il quid pluris che ho ricavato da queste disposizioni e cioè per il diritto di libertà, perché esso è appunto speculare (e quindi recessivo di fronte) all'altrui diritto o potere di procedere ad esecuzione forzata, che non è solo obbligatorio per il legislatore ordinario sancire a presidio di tutte le situazioni sostanziali costituzionalmente fondate, ma che è anche lasciato alla sua discrezionalità di attribuire per altre situazioni sostanziali che può istituire(23).

Di fronte dunque ad una qualsivoglia pretesa esecutiva, relativa ad una situazione sostanziale qualsiasi, fondata o meno sulla costituzione, il legislatore ordinario è tenuto, in forza degli artt. 24.2 Cost. e 6 CEDU, in modo assoluto a concedere al privato, soggetto passivo di quella pretesa, tutti gli strumenti necessari per contrastarla nel senso di far valere che essa pretesa esecutiva non corrisponde alle previsioni di legge. Il che peraltro s'imporrebbe già solo in forza della parità di trattamento ex art. 3 Cost. (se pure la pretesa esecutiva venga avanzata da un cittadino), 14 CEDU e 26 Patto ONU (a prescindere da questa condizione); e comunque in forza dell'art. 111.2 Cost., quali che siano le parti, nell'ambito di ogni segmento processuale(24).

Purché siano rispettati questi imperativi, invece, benché dagli artt. 24.2 (nonché 13.2 ecc.) Cost., 6 (nonché 5.1 ecc.) CEDU e 14 Patto ONU si debba dedurre un diritto di ciascuno a mantenere inalterata la situazione di fatto nella quale si trova fino a che non venga (ed a condizione che possa essere) debitamente esercitato un contrapposto

diritto o potere di procedere ad esecuzione forzata, non solo l'attribuzione di quest'ultimo in conformità alla legge, anche se in relazione a situazioni non tutelate dalla costituzione o dalle convenzioni internazionali, fa venir meno il primo senza problemi di violazione della norma costituzionale, ma inoltre è possibile che la legge autorizzi l'anticipazione parziale (attraverso provvedimenti cautelari)(25) di un mutamento della predetta situazione di fatto allo scopo di agevolare l'attuazione dell'anzidetto diritto o potere di procedere ad esecuzione forzata.

Si potrebbe allora essere tentati di concludere che non si tratta di un gran risultato, perché in fondo è rimesso alla legge ordinaria comprimere od eliminare questo diritto di libertà da indebita coazione tramite provvedimenti cautelari od autorizzando senz'altro l'esecuzione forzata di situazioni sostanziali anche se relative a materie non rilevanti per la costituzione o per le convenzioni internazionali (per esempio la materia della successione ereditaria, almeno in linea di principio)(26).

Ma, oltre a quanto si è appena detto sul separato, ma contestuale obbligo del legislatore ordinario di apprestare in merito tutti gli strumenti necessari al controllo dei presupposti richiesti dalla costituzione o da lui stesso per l'attribuzione e l'attuazione delle situazioni sostanziali in oggetto; ed oltre alla rilevanza costituzionale che comunque assume una riserva di legge, specie se rinforzata da una limitazione specifica dell'oggetto di una legge del genere (cautela od attuazione coatta di situazioni sostanziali); oltre a ciò, dicevo, la combinazione dei menzionati poteri di controllo giudiziario e di una limitazione specifica del potere legislativo fa sì che, in modo costituzionalmente legittimo, a nessuno possano sottrarsi e ciascuno debba avere gli strumenti per essere reintegrato nella situazione di fatto di cui gode in qualsiasi momento e fase in cui un'altrui incompatibile situazione sostanziale non emerga da uno specifico titolo che possa essere assistito da una valutazione giudiziaria di quanto meno probabile rispondenza a diritto(27). Il che non è certo risultato trascurabile. Per esempio, alla luce delle considerazioni svolte non avrebbe potuto valutarsi costituzionalmente legittima la vecchia formulazione dell'art. 336.2 c.p.c. a prescindere dalle motivazioni della sentenza di riforma: se con la sentenza di riforma in appello, infatti, veniva e viene meno il titolo esecutivo costituito dalla sentenza di primo grado, anche se ciò fosse dovuto ad un mero vizio di procedura in prime cure (art. 354.1) ed anche se dalla relativa pronuncia fossero emersi più che convincenti elementi sul buon fondamento del diritto ivi fatto valere, il diritto sancito dagli artt. 24.2 Cost., 6 CEDU e 14 Patto ONU (nell'interpretazione qui proposta) a non veder modificato lo stato di fatto fino a quando l'altra parte non abbia a sua volta acquisito il diritto di procedere ad esecuzione forzata imponeva e continua ad imporre l'immediata reintegrazione dell'interessato in questo stato di fatto (oltre che il suo

surrogato risarcitorio per il passato o per quanto risulti impossibile la reintegrazione)(28) senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza di riforma (salva soltanto, per l'altra parte, la possibilità di ottenere un provvedimento cautelare ricorrendone i presupposti). Di guisa che, non per discrezionale scelta legislativa, ma per preciso imperativo costituzionale, la sentenza di riforma deve subito travolgere i provvedimenti e gli atti di esecuzione, che per definizione dipendono dalla sentenza riformata o cassata(29). Inoltre, se il diritto di libertà non può essere compresso che dalla debita tutela giurisdizionale esecutiva di una situazione altrui, la posizione del titolare di questo diritto di libertà nei confronti sia di tutti gli altri consociati, sia di colui che alleghi e faccia valere indebitamente una sua contrapposta situazione sostanziale, non può essere sottoposta a limiti sostanziali e processuali maggiori di quelli posti alla posizione dei titolari di altri diritti anch'essi a rilevanza costituzionale quali la libertà da ogni forma di detenzione, la proprietà ecc.

Insomma, che la garanzia costituzionale del diritto di libertà da ogni indebita coazione si desuma solo indirettamente dagli artt. 3, 24, commi 1°, 2° e 4°, 111, commi da 1° a 5°, 117, comma 1° Cost., 6 CEDU e 14 Patto ONU e che la stessa sia relativa e non assoluta non ne esclude la notevole rilevanza nella conformazione degli assetti sostanziali e processuali del medesimo diritto di libertà.

3. - Si tratta di un diritto che spetta a chiunque nei confronti di chiunque altro, ma solo per precludere attività definibili come esecuzione forzata di una situazione sostanziale ossia comportamenti che la legge prevede possano essere coattivamente tenuti ove sussistano le relative condizioni. Avendo infatti dedotto questo diritto dai limiti posti all'esecuzione forzata, non avrebbe senso attribuirgli un contenuto preclusivo di comportamenti che la legge non prevede come attuativi di un'esecuzione forzata: se questi siano vietati o no dipenderà da altre disposizioni sostanziali e darà semmai luogo a diverse situazioni soggettive. Ad esempio, l'ordinamento ammette che ciascuno possa essere spossessato di una cosa mobile solo in presenza di tutte le condizioni che legittimino un altro all'esecuzione forzata per consegna e con l'osservanza delle relative regole. Da qui si può dedurre il diritto di chiunque a che chiunque altro non gli sottragga cose in suo possesso se non nelle circostanze indicate, ma non si può dedurne anche il suo diritto a non essere chiamato ladro: quest'ultimo diritto certamente esiste in base ad altre disposizioni, ma non può essere desunto dalle regole sull'esecuzione forzata per consegna che non prendono in nessuna considerazione comportamenti come quello descritto, né per consentirlo a certe condizioni, né - in difetto - per vietarlo. Il diritto di libertà di cui sto parlando è diritto di libertà da comportamenti astrattamente attuabili in sede di esecuzione forzata, ma in concreto preclusi dalla mancanza dei presupposti richiesti dalla legge.

Sia pure in questi confini, tuttavia, si tratta di una situazione soggettiva(30) la cui attribuzione ha un grande impatto sull'ordinamento sostanziale, anzitutto perché - come ho già accennato nel precedente § 1 - viene ad estendere tutti i diritti di libertà positivamente sanciti ben oltre il limite dell'esistenza, fino invece alla debita coazione di tutte le contrapposte ed incompatibili situazioni soggettive sostanziali (assolute o relative che siano) suscettibili di esecuzione forzata, le quali vengono per ciò stesso nettamente definite tutte come situazioni di mera attesa di adempimento ad opera della controparte, dato che ogni attività di loro attuazione da parte del relativo titolare o costituisce attività processuale finalizzata alla (debita) esecuzione forzata oppure è vietata appunto dall'attribuzione alla controparte del diritto di libertà da indebita coazione. Di guisa che l'effettiva esistenza di una di queste contrapposte situazioni soggettive non è sufficiente per negare tale diritto di libertà, esigendosi anche la sua rituale coazione. L'attribuzione di questo diritto di libertà significa poi naturalmente moltiplicare le relazioni giuridiche tra soggetti, in particolare nel settore dei c.d. diritti assoluti concernenti beni mobili ed immobili, perché ai doveri di astensione di tutti i consociati verso uno solo di essi ne aggiunge altri: di tutti (compreso, se del caso e come s'è appena detto, quest'ultimo) verso colui che con un certo bene si trova in una situazione di fatto (per quanto illegittima) rimuovibile soltanto tramite un'esecuzione forzata.

Il caso tipico è ovviamente quello del possesso in senso lato (inclusivo della materiale detenzione)(31), dalla cui disciplina non a caso si è dedotto un " diritto assoluto " del possessore " collegato al fatto del possesso: il diritto a non essere molestato "(32). Ma si può pensare anche all'opera dell'ingegno plagiata, ai diritti di proprietà industriale contraffatti, ai minori trattenuti da un genitore ecc.: il possessore può opporre il diritto di libertà che riflette i citati, aggiunti doveri di astensione nei suoi confronti a chiunque (compreso il proprietario) pretenda di spossessarlo con modalità diverse da quelle disciplinate dagli artt. 605 ss. c.p.c.; colui che ha fatto pubblicare a suo nome un libro scritto da altri può opporre a chiunque pretenda di distruggerne gli esemplari (compreso il vero autore) il suo diritto di libertà fino a che il vero autore non proceda a norma degli artt. 168 ss. della legge sul diritto d'autore; il genitore con cui il minore di fatto conviva può opporre all'altro, affidatario, il suo diritto di libertà fino a che non intervenga una rituale esecuzione del provvedimento di affidamento nei modi di cui agli artt. 612 ss. c.p.c.(33); e così via. Contrariamente a quanto avevo sostenuto(34), dunque, la posizione del possessore abusivo, del plagiario, del genitore affidatario di fatto ecc. nelle descritte situazioni non è affatto sganciata da ogni valutazione di conformità al diritto sostanziale, proprio nel quale invece essa posizione trova la sua giustificazione quale manifestazione del diritto di libertà da ogni indebita (cioè ingiusta o irrituale) coazione.

Allo stesso modo, proprio nell'ordinamento sostanziale che sancisce tale diritto di libertà vengono a radicarsi gli obblighi di restituzione e di riduzione in pristino spesso sanciti dalla legge processuale (sia pure senza far cenno dei surrogati, imprescindibili profili risarcitori)(35) per il caso di caducazione del titolo processuale che ha sorretto un'esecuzione forzata (cfr. ad esempio artt. 389, 402.1, 648.2 e 669 novies, commi 2° e 3°, c.p.c.; 306 e 323 c.p.p.), ma certamente sussistenti anche a prescindere da una previsione espressa che ad esempio manca per il caso di riforma di una sentenza di primo grado: naturalmente però nei limiti della consistenza di quel diritto di libertà, che è libertà fino a debita coazione di un contrapposto diritto. E quindi ha deciso bene e motivato male Cass. civ., sez. lavoro, 6 settembre 2007, n. 18698 quando ha detto che il giudicato formatosi su di un'ingiunzione di restituzione, a seguito di sentenza di riforma in appello, di quanto pagato in esecuzione della sentenza di primo grado non preclude l'impugnazione della sentenza di appello sulla effettiva sussistenza del credito contestato (che, ove affermata, comporterebbe ovviamente un'altra " restituzione " in senso opposto, travolgendo il risultato pratico del giudicato sull'ingiunzione); ma non perché abbia senso distinguere tra " debenza della somma chiesta in ragione della provvisoria esecutorietà della sentenza di appello ", da un lato, e " definitiva ed incontestabile debenza della somma stessa ", dall'altro lato, sibbene perché occorre distinguere tra diritto di libertà da indebita coazione che esiste soltanto fino al momento in cui non venga coattivamente attuata, nelle dovute forme, la contrapposta situazione sostanziale e diritto di procedere ad esecuzione forzata di quest'ultima (nella specie un credito), soltanto la cui rituale attuazione estingue quel diritto di libertà.

4. - Un diritto soggettivo a restare in torto fino a quando non ci siano adempimenti sufficienti ad attuare legalmente e coattivamente una contrapposta situazione sostanziale non può ovviamente emergere nell'ambito di ordinamenti che incondizionatamente ammettano autotutela esecutiva, perché ciascuno può ivi liberamente attuare ogni sua situazione sostanziale rimasta insoddisfatta ed al soggetto passivo di questa non viene concessa alcuna dilazione se non per libera scelta dell'avente diritto. È questo il caso dell'ordinamento naturale anarco-capitalista, di derivazione lockiana, riconosciuto da Rothbard come il solo legittimo in quanto derivato dalla natura stessa dell'essere umano, per definizione proprietario di se stesso e dei frutti della propria attività, nonché di quanto acquisito in forza di atti volontari di terzi (di scambio od anche a titolo gratuito): il quale essere umano è legittimato in via esclusiva a mantenere tale sua originaria od acquisita proprietà contro qualsiasi aggressione, compresa quella di coloro che intendono appropriarsene tramite l'esercizio di sovranità e la tassazione in nome di uno Stato che è mero flatus vocis(36) o meglio organizzazione criminale(37).

In un siffatto ordinamento naturale, quindi, ciascuno può farsi ragione da solo, salvo poi pagare le conseguenze del proprio operato se questa ragione non esiste nel senso che si è ingiustificatamente aggredita la proprietà altrui: nel qual caso però non è in gioco la lesione del diritto dell'aggredito ad un ordinato processo, ma direttamente la lesione della sua proprietà(38). Come ho già ampiamente esposto nei paragrafi precedenti, nell'ambito invece di un ordinamento positivo come il nostro, basato sul monopolio normativo statale non solo della concessione, ma anche dell'attuazione coattiva dei diritti(39) e delle altre situazioni sostanziali, l'imposizione di un generale divieto di farsi giustizia da soli o comunque con modalità diverse da quelle previste dalla legge vale come attribuzione a ciascuno di un diritto a non essere aggredito se non nei modi previsti dalla stessa legge, neppure se è in torto e ad ottenere l'adempimento coattivo di detto divieto od almeno dell'obbligo di risarcimento dei danni subìti per effetto della sua violazione(40): il tutto in piena sintonia con le restituzioni, i risarcimenti e gli indennizzi previsti, sia in via generale per tutti i reati (art. 185 c.p.) e quindi anche per quelli che incidono sul diritto in questione (furto di cosa propria ecc.), sia per l'indebita coazione in generale (art. 314, comma 2°, c.p.p. e art. 41 CEDU che prevede l'attribuzione di una " equa soddisfazione alla parte lesa " in caso di violazione dei diritti attribuiti dalla Convenzione)(41). Ben a ragione, dunque, non si dubita generalmente della sanzionabilità in via civile dell'aggressione extraesecutiva (cioè al di fuori di un processo), per la quale si suole invocare l'art. 2043 c.c.(42), anche se i doveri di astensione in cui si risolve il diritto di libertà scaturiscono direttamente dalla legge ossia dalle limitazioni che la legge pone all'altrui possibilità di coazione; sicché una concreta, diversa opzione potrebbe essere quella di assoggettare detti doveri di astensione alla disciplina anche degli art. 1175 ss. c.c.(43) e non solo degli art. 2043 ss. (che resterebbero peraltro anch'essi applicabili ove ne ricorressero i presupposti)(44).

Le ricadute positive per il titolare del diritto di libertà sarebbero cospicue: il ripristino dell'antecedente situazione di fatto, anche tramite attività ulteriori idonee a rimuovere effetti dannosi già verificatisi, verrebbe sottratto al limite dell'eccessiva onerosità per il debitore previsto per il solo risarcimento in forma specifica dell'illecito aquiliano dall'art. 2058, comma 2°, c.c., in quanto rappresenterebbe nient'altro che il ripristino dell'adempimento per il futuro più un risarcimento in forma specifica in materia extraaquiliana per gli effetti dannosi già verificatisi. Ed inoltre non si esigerebbe colpa o dolo(45), potendo l'inadempimento delle obbligazioni ex lege e contractu essere giustificato soltanto dall'impossibilità della prestazione per causa non imputabile, ben difficilmente configurabile quando la prestazione consiste in un comportamento omissivo (astensione da indebita coazione)(46), con i soli correttivi derivanti dall'applicazione di altre disposizioni come ad esempio l'art. 1147.1 c.c. che limita -

tramite verbi gratia l'art. 1148 - la portata degli obblighi ex lege del possessore di buona fede nei confronti del titolare del diritto reale.

Non vi sarebbero invece differenze sotto il profilo della prova dell'inadempimento che, trattandosi di obbligazioni " contrattuali " c.d. negative, dovrebbe continuare ad essere fornita dal sedicente avente diritto(47), mentre resterebbe bensì esclusa la risarcibilità dei danni non prevedibili in caso di inadempimento non doloso (art. 1225 c.c.), ma con conseguenze relativamente limitate dato che nella maggior parte dei casi l'indebita coazione sarà frutto di un'attività dolosa.

A parte questi profili, il vero problema della responsabilità da aggressione extraesecutiva è quello della sua configurabilità in presenza di una situazione sostanziale che avrebbe giustificato un'aggressione esecutiva e la cui lesione - insita nel perdurante suo mancato soddisfacimento che ha indotto il titolare all'aggressione extraesecutiva - generi a sua volta una contrapposta responsabilità dell'aggredito. Ed è un problema la cui soluzione positiva - ampiamente diffusa nei casi in concreto presentatisi - trova proprio nel diritto di libertà di cui sto parlando una base ad un tempo molto più estesa e molto più solida di quelle via via fornite.

Si consideri ad esempio il classico tema della lesione del possesso: è pressocché pacifico che in linea generale questa lesione vada risarcita anche se intervenuta in danno di chi non ha titolo al possesso medesimo(48), vuoi perché si dice ampliato (nella specie, al possesso) il novero delle situazioni soggettive tutelate ex art. 2043 c.c., vuoi - più correttamente - perché si tratta pur sempre di un diritto(49) per quanto sui generis(50); e lo si è statuito anche nel caso in cui autore della lesione sia l'avente titolo, a cominciare dal proprietario(51). Si controverte soltanto se la regola valga anche nell'ipotesi di perdita definitiva dell'oggetto del possesso, ammettendolo nel caso la lesione sia arrecata da un terzo diverso dall'avente titolo (il quale ultimo - reale danneggiato di ultima istanza - poi potrebbe rivalersi solo nei confronti del possessore risarcito)(52) ed invece negandolo nel caso la lesione sia arrecata da chi alleghi di aver titolo al possesso giacché allora il controvalore non potrebbe che spettare ad uno solo dei due contendenti che dovrebbero vedersela in sede di giudizio petitorio(53). Ma è evidente che si tratta di differenza solo quantitativa: la perdita definitiva proietta in infinitum la stessa privazione di godimento per un tempo limitato. Ed allora, s'è vero che la proiezione in infinitum non può giustificarsi per il possessore che abbia subito l'aggressione extraesecutiva del proprietario, è altrettanto vero che va accreditata al primo la privazione di godimento per il periodo che sarebbe stato necessario al proprietario per riprendere legittimamente (vale a dire con gli appropriati strumenti processuali) il possesso e va accreditata al secondo (avente titolo anche durante l'indebita situazione di altrui possesso) l'intera privazione dello stesso godimento: il

che non significa che quest'ultima voce venga decurtata della prima, ma significa per entrambi il ripristino per equivalente di tutte le utilità perdute che - in ipotesi - possono essere di valore assai diverso tra loro e non necessariamente maggiore per il proprietario(54).

A fronte di un'aggressione extraesecutiva, perciò, il diritto di libertà da indebita coazione dovrebbe godere di piena tutela anche risarcitoria negli ovvi limiti pure temporali della sua consistenza, cioè commisurandolo se del caso al tempo necessario al titolare dell'eventualmente esistente contrapposta situazione sostanziale per ottenerne il soddisfacimento coatto. Altra rilevante implicazione sostanziale del diritto di libertà da indebita coazione si potrebbe avere sulla disciplina della prescrizione. Dato che l'opinione corrente non enuclea questa situazione come autonoma e che perciò le aggressioni extraesecutive vengono qualificate come illeciti extracontrattuali potenzialmente dannosi, sia all'eliminazione delle loro perduranti conseguenze (vista come risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c.)(55) che al risarcimento del danno già verificatosi viene tendenzialmente applicato il termine quinquennale di cui all'art. 2947 c.c. od il maggior termine della prescrizione penale per i fatti costituenti reato, salvo che per i danni da violazione del possesso cui vengono applicati i minori termini di decadenza previsti per le azioni possessorie(56).

Se al contrario si assume correttamente un obbligo legale di astensione da ogni indebita coazione si pongono con ciò stesso le basi per una prescrizione decennale, decorrente dalla singola violazione, non già dell'intero correlativo diritto assoluto, ma di quella sua frazione che vietava il comportamento in concreto tenuto e che - quale pretesa ad un'omissione (Anspruch auf ein Unterlassen) - il § 199.5 BGB assoggetta a prescrizione.

L'affermazione di un diritto di libertà da indebita coazione può rilevare poi anche nel settore penale, ad esempio ad estendere l'ambito di applicazione delle scriminanti dell'esercizio di un diritto e della legittima difesa di un diritto proprio (artt. 51 e 52 c.p.), eliminando la necessità - per escludere la punibilità - anche solo di un principio di prova (art. 530.3 c.p.p.) di diritti a fattispecie più complessa; semplificando - quanto meno per gli aspetti di carattere formale - l'interpretazione della famosa scriminante di reazione ad atti arbitrari (già contenuta nell'art. 4 d.lgt. n. 288/1944 ed ora trasportata nell'art. 393 bis c.p.)(57) a fronte dei delitti di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, di resistenza a un pubblico ufficiale ecc. (art. 336 ss. c.p.); estendendone i risultati ad altri delitti quali ad esempio evasione (art. 385 c.p.), mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.) e via dicendo.

Per esemplificare: la riapprensione non violenta, da parte di un soggetto, di un minore con lui da lungo tempo convivente in linea di mero fatto(58), appena sottrattogli da un genitore, pur essendo suscettibile di essere qualificata come sottrazione di persona incapace (art. 574 c.p.), potrebbe trovare scriminante anche solo nel dubbio (art. 530.3 c.p.p.) di una lunga pregressa convivenza con il minore la quale, ove sussistente, fonda, anche nei confronti del genitore che ha sottratto il minore, un diritto della controparte di libertà da indebita coazione, dato che la restaurazione della convivenza con il genitore avrebbe potuto essere da questo ottenuta solo previa acquisizione in via giudiziaria e rituale attuazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata, in mancanza delle quali vige quel contrapposto diritto anche solo il dubbio sul cui esercizio esclude la punibilità (artt. 51 c.p. e 530.3 c.p.p.). E ciò senza necessità di offrire alcun principio di prova di un diritto a fattispecie più complessa quale potrebbe essere quello scaturente da un titolo di custodia o vigilanza sul minore.

Ancora: la pretesa del pubblico ufficiale di procedere ad un atto esecutivo di cui risulti almeno dubitativamente (art. 530.3 c.p.p.) l'illegittimità dovrebbe sempre qualificarsi " arbitraria " agli effetti dell'art. 393 bis c.p. o comunque comporterebbe temuta lesione del diritto di libertà da indebita coazione e conseguente applicazione dell'art. 52 c.p. rendendo legittima una resistenza anche violenta.

5. - S'è già detto nel precedente § 2 che questo diritto di libertà, quale situazione soggettiva sostanziale garantita dalla costituzione e dalla CEDU e nei limiti propri di questa garanzia, esige tutela giurisdizionale. Il diritto (processuale) di difesa fornisce direttamente questa tutela giurisdizionale specifica ogni volta che il risultato asseritamente indebito (per esempio lo spossessamento di beni nell'immediata disponibilità di chi si difende, sia ad affermata reintegra di un'altrui proprietà, sia ad asserito soddisfacimento diretto od indiretto di altrui crediti) venga perseguito dalla controparte tramite il processo; ed esso diritto di difesa è quindi all'uopo sufficiente, purché inclusivo - come s'è visto ed ancora si vedrà - della possibilità della reintegra nello status quo antea che fosse stato nel frattempo indebitamente alterato(59). Donde l'inammissibilità, in presenza di altro tipico rimedio, di una tutela possessoria(60) oppure di un'azione inibitoria di atti limitativi della libertà personale (a prescindere dalla repressione penale dei comportamenti previsti dagli artt. 605 ss. c.p.)(61) in relazione all'attività dell'organo esecutivo, anche se fondate sulla violazione di regole processuali(62).

Se poi si tiene conto del giudicato che assiste il risultato finale della fase processuale di cognizione in modo di sicuro costituzionalmente legittimo per ciò che concerne la decisione delle questioni e del materiale istruttorio sottoposti al giudice, secondo il preferibile schema della revisione penale (e non invece con la costituzionalmente

dubbia estensione al deducibile propria del processo civile)(63), ne consegue che il diritto di difesa non è solo sufficiente a fornire tutela giurisdizionale al diritto di libertà contrapposto all'altrui pretesa esecutiva (ossia ad una pretesa esercitata con lo strumento del processo), ma è anche mezzo necessario di questa tutela giurisdizionale ogni volta che la controparte abbia instaurato un giudizio di cognizione(64) (e quindi sempre nel processo penale, in cui il giudizio di cognizione precede necessariamente l'avvio dell'esecuzione)(65) o che lo abbia fatto lo stesso titolare del diritto di libertà in funzione invalidativa, totale o parziale, della fase esecutiva già in atto (ad esempio, le opposizioni nell'esecuzione civile), sia pure limitatamente alle situazioni sostanziali o processuali che nello stesso giudizio di cognizione sono oggetto di accertamento che s'imporrà anche agli organi esecutivi.

In assenza di inequivoche disposizioni che fondino un giudicato esecutivo, invece, è più che dubbio se l'esercizio dei poteri di difesa nell'ambito dell'esecuzione sia anch'esso strumento necessario per evitarne i risultati, che non potrebbero essere poi ribaltati ad esecuzione già conclusa invocando solo allora un controllo giudiziario(66). Peraltro, solo un aspetto del problema in questione tocca il diritto di libertà da indebita coazione e precisamente quello (ch'è lo stesso che mi fa dubitare della legittimità costituzionale dell'estensione della preclusione da giudicato al deducibile non dedotto) dell'equiparazione della (parziale o totale) mancanza di esercizio alla rinuncia all'esercizio del diritto di difesa. Una volta che si superasse invece questo aspetto, resterebbe ancora il tema (estraneo all'argomento in oggetto) se la conclusione di un processo esecutivo possa modificare al pari di un giudicato una situazione sostanziale preesistente (diversa dal diritto di libertà da indebita coazione) mai accertata e che l'esecutato volesse solo allora far valere(67).

Orbene, limitandomi al primo aspetto della questione, mi pare più fondata la soluzione che esclude la necessità della reazione nell'ambito dell'esecuzione in corso e la consente invece anche ad esecuzione già conclusa, per la ragione che ho appunto appena indicato e cioè perché i sacrifici di situazioni sostanziali(68) costituzionalmente garantite devono trovare anch'essi fondamento costituzionale più consistente che non il mancato esercizio dei relativi poteri nei tempi e modi previsti dal legislatore ordinario.

Ora, istituti quali l'usucapione, la prescrizione, la decadenza sono chiaramente riconducibili a comportamenti ad un tempo abdicativi dei titolari dei relativi diritti e generatori di affidamento nei soggetti passivi, ed alcuni anche fondati su mutamenti sufficientemente rilevanti dello stato di fatto per poter configurarsi, nei limiti di loro applicazione (ricordo a questo proposito l'imprescrittibilità dei delitti più gravi), come meramente conformativi dei diritti e poteri cui accedono(69). Del pari, la libertà del legislatore ordinario di organizzare il processo come meglio ritiene, nell'ambito delle

relative disposizioni costituzionali ed internazionali (ex art. 117.1 Cost.), fa sì che anche comportamenti meramente omissivi possano essere qualificati come sostitutivi di adempimenti processuali, la cui mancanza non può allora esser fatta valere in un secondo momento. Quando però si neghi all'indebitamente esecutato la possibilità di far valere ad esecuzione conclusa l'inesistenza del diritto coattivamente soddisfatto o l'inesistenza del diritto o potere di procedere ad esecuzione forzata che non siano già state oggetto di scrutinio giudiziario(70), ci si colloca sicuramente sul diverso piano della soppressione del diritto di libertà da indebita coazione per mere esigenze di economia processuale senza alcuna giustificazione di rango costituzionale.

Sia nelle descritte situazioni, sia a fortiori nelle situazioni in cui la controparte ponga in essere al di fuori di un processo esecutivo comportamenti che solo in un processo del genere sarebbero consentiti (se ne sussistessero tutte le condizioni), s'impone allora la disponibilità di mezzi ulteriori di tutela giurisdizionale che gli ordinamenti moderni (ed il nostro con loro) approntano con larghezza, stante la pressocché universale loro atipicità quanto meno nella fase di cognizione. Con la sola differenza che, nel primo gruppo di situazioni in cui era già stata avanzata e soddisfatta una pretesa esecutiva, l'interessato dovrà anche chiedere un accertamento negativo della fondatezza di detta pretesa che equivale del tutto, salvo che per l'autonomia del procedimento instaurato, ad esercitare quella difesa di cui prima non si era avvalso; mentre nel secondo gruppo di situazioni potrà limitarsi a chiedere la riduzione in pristino e l'inibitoria dei comportamenti lesivi del suo diritto di libertà(71) esercitando una propria ed autonoma pretesa esecutiva, cui si contrapporrà una difesa a sua volta affermativa di un contrapposto diritto di libertà limitato al mero rispetto delle regole nella reintegrazione della controparte(72) ed eventualmente un'altra pretesa esecutiva per una situazione soggettiva affermata come giustificativa dei comportamenti denunciati dalla controparte. Con riferimento tuttavia a questo secondo gruppo di casi ossia, per intendersi, con riferimento alle ipotesi che chiamerò per brevità di aggressione extraesecutiva, le conclusioni sopra tratte, che discendono pianamente dall'imperativo costituzionale di tutela giurisdizionale da estendersi a tutte le situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti(73) e - come dicevo - dall'atipicità dell'azione civile esperibile in relazione ad ogni situazione soggettiva sostanziale, compreso il diritto di libertà, e che basterebbero a soddisfare ampiamente il bisogno di tutela dell'aggredito, vanno verificate alla luce della tipicità di certi istituti tra i quali spiccano le azioni possessorie di remota origine.

In particolare non ci si può sottrarre all'interrogativo se la disciplina che subordina la reintegrazione nel possesso o nel pacifico possesso, a seconda dei casi, alla violenza o clandestinità dello spoglio, alla natura del bene oggetto dell'azione, all'esercizio di questa entro un anno dal fatto ecc. (artt. 1168-1170 c.c.) costituisca manifestazione di una ratio di più ampia portata tale da imporre l'applicazione analogica di detta

disciplina a tutta o parte della materia delle aggressioni extraesecutive perché simile ex art. 12 disp. prel. c.c. oppure se si tratti di regolamentazione specifica. E se questa disciplina ed eventuali diversità di regolamentazione di vari aspetti del diritto di libertà siano compatibili con i precetti costituzionali. S'è già visto che la coazione esercitabile nel processo esecutivo e quindi quella vietata al di fuori di esso, che qui interessa, non riguarda solo la materia possessoria. C'è anzitutto il vastissimo settore delle varie libertà personali (libertà da ogni forma di detenzione, libertà di domicilio, di corrispondenza, ecc.) rilevanti soprattutto in materia penale, ma anche civile perché, se l'esecuzione civile alla fine incide nella stragrande maggioranza dei casi sul possesso (delle cose da espropriare, da consegnare, da rilasciare, sulle quali realizzare o distruggere opere, ecc.), incide anche preliminarmente sulla libertà di domicilio ecc. e talora solo su situazioni diverse dal possesso come nel caso dei diritti di proprietà intellettuale ecc.

Bisogna dunque chiedersi, in primo luogo, se si possa pensare ad un'applicazione analogica dei limiti posti alla tutela del possesso, ai quali si è accennato, alle summenzionate, diverse materie. E la risposta non può che essere negativa, perché la tutela giurisdizionale offerta dalle azioni possessorie può senz'altro adempiere nei limiti postile anche all'illustrata funzione, propria di ogni tutela giurisdizionale, di conferire effettività alle situazioni soggettive sostanziali e - nella specie - al diritto di libertà, ma è stata ereditata in funzione precipua della composizione di conflitti sul possesso di beni(74), particolarmente rilevanti anche ai fini della circolazione dei beni stessi (con l'usucapione, l'acquisto a non domino ecc.), ch'è estranea alle diverse materie di cui s'è detto. Per tutto quanto non concerna il possesso, dunque, a fronte di aggressioni extraesecutive il diritto di libertà potrà esser fatto valere, entro il termine di prescrizione di cui ho detto nel precedente paragrafo, con la generale azione di accertamento (che include in sé anche le c.d. condanna ed inibitoria, in quanto accertamento degli stessi obblighi di non fare - solo più dettagliatamente descritti - in cui si risolve il diritto di libertà)(75).

Per le aggressioni extraesecutive che incidono invece sul possesso, non pare possibile sottrarsi ai limiti che gli artt. 1168 ss. c.c. pongono alla relativa tutela giurisdizionale, la maggior parte dei quali non pare neppure censurabile dal punto di vista della costituzione. La formulazione delle citate disposizioni, infatti, è chiara circa l'esaustività dei rimedi offerti in caso di lesione dell'altrui possesso: per esempio, pur riferendosi l'art. 1168 c.c. al solo spoglio violento o clandestino, la mancanza di questo requisito è presa in considerazione dall'ultimo comma dell'art. 1170 non già per lasciare il campo ad altri rimedi, ma per ammettere egualmente l'azione di spoglio subordinandola ad altro restrittivo presupposto (l'ininterrotto e pacifico possesso ultrannuale). Non sarebbe perciò giustificata un'esegesi che ammettesse in alternativa

l'ordinaria azione di accertamento, tanto meno una volta superato il termine annuale di decadenza.

D'altra parte, non c'è dubbio che, nei confini esposti nel precedente § 2, il legislatore ordinario sia libero di determinare estensione e tutela giurisdizionale del diritto di libertà da indebita coazione. Ed allora, tenuto conto di quanto s'è accennato sopra in merito alla portata meramente conformativa dei diritti da attribuire all'istituto della decadenza, che non lascia perplessità sulla sua conformità a costituzione e tenuto conto che analoghe considerazioni si possono formulare sugli ulteriori requisiti della violenza o clandestinità dello spoglio e, a seconda dei casi, dell'ininterrotto e pacifico possesso ultrannuale, si potrebbe senz'altro formulare un giudizio favorevole di legittimità costituzionale di questa disciplina, non fosse per la mancata previsione di tutela giurisdizionale per le molestie al possesso di cose mobili (art. 1170.1) certo non surrogabile con ricorso all'ordinaria azione di accertamento senza istituire un'inaccettabile disparità di trattamento all'interno della materia possessoria.

Incomprensibile è la spiegazione della mancata estensione dell'azione di manutenzione per molestie ai beni mobili fornita dal Guardasigilli nella relazione al Re sul libro della proprietà (n. 210), secondo cui tale estensione, proposta dalla Commissione reale, " non mi è sembrata da accogliersi, potendo apportare notevole turbamento alla circolazione dei beni "(76). E dunque non resta che applicare analogicamente, contro una tradizione ultrasecolare, l'art. 1170.1 c.c. anche ai beni mobili oppure dichiarare incostituzionale - per violazione della parità di trattamento (art. 3.1 Cost., 14 CEDU e 26 Patto ONU) e della garanzia costituzionale del diritto di libertà da indebita coazione (artt. 24.2 Cost., 6 CEDU e 14 Patto ONU, interpretati come indicato nel precedente § 2) - l'intera disciplina delle azioni possessorie, lasciando anche qui (come nel caso delle aggressioni extraesecutive non incidenti sul possesso) alla generale azione di accertamento la funzione di tutelare in via giurisdizionale il diritto di libertà. Poiché infatti la Corte costituzionale non dovrebbe continuare ad usurpare il potere legislativo, pretendendo di aggiungere norme al nostro ordinamento, sia pure per restaurarne la conformità alla costituzione, ma dovrebbe limitarsi - come le impone l'art. 136 Cost. - alla loro mera resezione(77), non sarebbe concepibile ch'essa estendesse i doveri del giudice e del molestatore implicati dall'art. 1170.1 c.c. anche al caso della turbativa del possesso di beni mobili. Né d'altra parte sarebbe possibile amputare il comma 1° dell'art. 1170, lasciando alla generale azione di accertamento la funzione di tutelare in via giurisdizionale il diritto di libertà solo con riferimento alle molestie del possesso, mentre lo spoglio continuerebbe ad essere disciplinato dalle residue disposizioni, perché in tal modo s'introdurrebbe un'altra incostituzionale disparità negli strumenti di reazione contro le violazioni del possesso, la quale reazione verrebbe assoggettata a condizioni più limitative (decadenza annuale) per le violazioni più gravi (spoglio) ed invece esonerata da quelle

condizioni per le violazioni meno gravi (turbativa). A prescindere comunque dalle illustrate conseguenze in tema di costituzionalità della disciplina delle azioni possessorie(78), non vedo ragioni per non applicare l'art. 12.2 disp. prel. e dunque l'azione di manutenzione per molestie ai beni mobili. Sicché, ad esempio, così come ad un'esecuzione forzata per la rimozione di segni distintivi che (in tesi) Tizio abbia abusivamente apposto su beni in suo possesso, avviata in forza di sentenza la cui esecutività sia stata sospesa, Tizio potrà reagire con l'opposizione all'esecuzione per difetto di titolo esecutivo(79), allo stesso modo potrà reagire con l'azione di manutenzione ove la controparte rimuova di fatto quei segni distintivi senza aver avviato alcun procedimento esecutivo.

Riassumendo: la tutela giurisdizionale specifica del diritto di libertà da indebita coazione va esercitata tramite gli strumenti processuali di difesa nei limiti in cui esso diritto si contrapponga ad una pretesa esecutiva in funzione del soddisfacimento della quale il relativo titolare abbia avviato un processo; ed altrimenti può essere esercitata a mezzo delle ordinarie azioni di accertamento e costitutive, salvo che per le aggressioni extraesecutive a situazioni lato sensu possessorie alle quali si può reagire solo con l'esercizio delle azioni possessorie.

6. - Dimostrato che il diritto in questione viene in gioco, come situazione potenzialmente lesa, non solo nei casi di aggressione extraesecutiva, ma anche in tutti i casi di aggressione esecutiva, cioè processuale, s'impone una visione globale del tema ripristinatorio e risarcitorio, attenta in particolar modo all'imperativo di parità di trattamento di tutte le situazioni simili, in relazione a tutte le possibili attività lesive, sia extra- che endoprocessuali, benché per queste ultime limitata alle attività esecutive incluse però quella parte di attività cautelari che delle attività esecutive costituiscono anticipazione.

Correntemente invece, mentre l'aggressione extraesecutiva viene trattata, da un punto di vista sia civile che penale, come ogni comune illecito, l'aggressione esecutiva viene considerata in linea di principio materia estranea alle relative disposizioni ed assoggettata soltanto alle specifiche e frammentarie previsioni contenute nei codici di procedura ed in altri sparsi testi normativi, benché ovviamente anch'essa possa risultare indebita perché fondata su di una situazione sostanziale inesistente e quindi ingiusta ovvero perché irrituale, benché meno irrituale di un'eclatante ragion fattasi (aggressione extraesecutiva): come s'è visto infatti nei precedenti §§ 2 e 4, il rispetto del modus procedendi costituisce anch'esso limite invalicabile dal legislatore ordinario.

L'art. 24, comma 4°, della nostra costituzione, però, impone al legislatore di offrire agli interessati almeno una possibilità di " riparazione dell'errore giudiziario " in senso oggettivo ossia quale obiettiva difformità tra la coazione che potrebbe venire ad

attuarsi o che si è già attuata tramite il processo e quella invece consentita o dovuta(80) sulla base di una corretta valutazione delle risultanze del processo medesimo. Ed allora è giocoforza attribuire sempre e comunque al soggetto leso dall'ingiusto od irrituale atto esecutivo il diritto alla restituzione o riduzione in pristino ed al risarcimento surrogatorio per tutto quanto non conseguibile in tal modo(81).

Non si può dubitarne nemmeno per le ipotesi in cui un atto di esecuzione posto in essere, in via ordinaria o cautelare ed in conformità alla legge processuale, prima di un definitivo accertamento abbia successivamente ad essere valutato ingiusto ossia non rispondente all'assetto normativo sostanziale (custodia cautelare seguita da assoluzione, esecuzione provvisoria di una sentenza riformata in sede di impugnazione, ecc.); perché altrimenti, non potendosi parlare " di esecuzione coatta di un dovere " sostanziale che sarebbe inesistente, " ma di modificazione del dovere sostanziale e quindi di attività esorbitante dal processo "(82), si dovrebbe affermare ciò che la nostra costituzione non consente e cioè che, per esempio in materia penale, oltre al dovere di scontare la pena per i delitti commessi, vi sarebbe quello di assoggettarsi a perfettamente equivalenti restrizioni di libertà personale in caso di " gravi indizi di colpevolezza " (art. 273, comma 1°, c.p.p.) in ordine ad un delitto non commesso(83). Se è vero infatti che l'art. 13, comma 5°, Cost. ammette la " carcerazione preventiva " è altrettanto vero, come si è appena detto, che l'art. 24, comma 4°, impone la " riparazione dell'errore giudiziario " e risulta quindi più garantista delle (ed allora prevalente sulle)(84) convenzioni internazionali che prevedono bensì diritti a riparazioni e risarcimenti, ma solo per esecuzioni illegali (nella terminologia qui impiegata " irrituali ") e non " meramente " ingiuste(85).

Resta dunque solo da procedere all'allocazione dell'onere della riparazione per l'indebita aggressione esecutiva, per la quale occorre tener conto del contenuto dell'obbligo proprio del giudicante (figura che, quanto meno nella ricostruzione dei fatti e delle norme che condizionano il rito esecutivo, si rinviene non solo nella fase di cognizione, ma anche in quella di esecuzione) chiamato pure a valutare con un certo (e talora notevole) margine di opinabilità l'accadimento di fatti ed il significato di disposizioni. Ed allora la responsabilità dovrebbe immancabilmente ricadere su colui che procede in autotutela esecutiva, propria od impropria che sia(86), o chiede al giudicante di disporre l'indebito atto esecutivo (e quindi pure sullo Stato in materia penale, amministrativa, tributaria ecc.), anche se è obbligato ad agire per ottenere l'adempimento coattivo degli obblighi che assume esistenti (come accade per lo Stato in materia penale ex art. 112 Cost. e, nelle residue materie pubblicistiche, in forza delle pertinenti disposizioni costituzionali di natura sostanziale), accollandosi in questo caso il rischio oggettivo dell'ingiustizia degli atti che compie(87).

Ad escludere tale responsabilità potrebbe valere soltanto l'eventuale interruzione del nesso causale dovuta ad un comportamento del giudicante o del diverso soggetto incaricato dell'esecuzione delle decisioni del primo (ancora una volta lo Stato o privati in sua vece)(88) difforme rispettivamente dalla richiesta o dalla decisione, che addosserebbe l'onere a questi diversi soggetti. Questi ultimi dovrebbero altresì rispondere per l'eventuale inadempimento dell'obbligazione ex lege (oppure ex contractu ove si tratti di privati) su di loro gravante di prestare la rispettiva attività con il grado di diligenza richiesto dagli art. 1176.2 e 2236 c.c.

Infine dovrebbe aggiungersi l'ordinaria responsabilità aquiliana di chi si trovi ad interferire, dolosamente o colposamente, con il diritto di libertà ad esempio sollecitando l'altrui doverosa iniziativa con prospettazioni consapevolmente o negligentemente inesatte, sino al limite dell'interruzione del nesso causale(89).

Ed invece, nella tendenzialmente indiscussa tassatività delle disposizioni in tema di responsabilità processuale, ossia nell'affermato vigore di una regola generale per cui tanto le parti di un processo, quanto il giudicante ed i suoi ausiliari, rispondono per i danni causati ad alcuna delle parti solo se ve ne sia espressa previsione(90):

- in generale la l. n. 117/1988 sancisce praticamente l'irresponsabilità dello Stato giudicante ed inquirente(91) oltre che dei magistrati(92);

- per le esecuzioni civili o meglio non penali l'art. 96.2 c.p.c. prevede la condanna al risarcimento dei danni di chi ha sollecitato l'esecuzione ad opera del " giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare... oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata... senza la normale prudenza " (mentre l'art. 496 c.p.c. sancisce il potere del giudice, che si assume discrezionale, di ridurre il pignoramento), ancorando la responsabilità alla colpa (sia pur non grave) del richiedente e comunque lasciando fuori i casi di esecuzione condotta senza titolo oppure con titolo poi caducato o comunque condotta irritualmente(93) ogni qualvolta non si possa affermare che il diritto non esistesse e costringendo anche in quest'ultimo caso l'esecutato a proporre domanda risarcitoria contestualmente all'opposizione di merito, quando normalmente il danno subito non s'è ancora palesato interamente. E ciò si afferma nonostante gli indici normativi in contrario desumibili dagli artt. 2920 e 2929 c.c.(94);

- per l'esecuzione penale, poi, la legge prevede che determinati abusi processuali costituiscano di per sé delitti (artt. 606-609 c.p.), che danno come tali titolo al risarcimento dei danni (art. 185 c.p.): ma ovviamente si tratta di condotte tipiche che investono solo una parte relativamente modesta dell'area interessata e presuppongono il dolo dell'agente. Ulteriori previsioni concernono praticamente solo la libertà

personale in senso stretto, con esclusione perciò dell'ingiusta od irrituale irrogazione di pene pecuniarie(95), misure di sicurezza e misure cautelari: è prevista in particolare a carico dello Stato la riparazione dell'errore giudiziario (che, ex art. 24.4 Cost., ha ben altra portata)(96) in termini sostanziali di un pieno ristoro economico per il caso di proscioglimento in sede di revisione(97), salvo che la condanna sia stata determinata in via esclusiva dal fatto doloso o gravemente colposo del condannato(98) (artt. 643 ss. c.p.p.). E questa previsione speciale e più favorevole di ogni immaginabile rimedio risarcitorio, cui si assegna un fondamento costituzionale solidaristico nell'art. 2 Cost.(99), assorbe evidentemente ogni pretesa risarcitoria del condannato in astratto configurabile(100) con un risultato per lui equivalente a quello sopra prospettato come costituzionalmente dovuto, ma esposto a riduzione ove, a discrezione del legislatore ordinario, " solidarietà politica, economica e sociale " lo imponessero.

Non c'era invece, fino alla sentenza della Corte costituzionale 25 luglio 1996, n. 310(101), alcuna previsione risarcitoria per altre ipotizzabili situazioni d'indebita esecuzione, quali ad esempio di quella promossa prima del passaggio in giudicato della sentenza a seguito di qualche nullità di notificazione ovvero di sussistenza di una causa di restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p.(102) ovvero ancora di pronuncia della Corte europea che accerti la violazione delle regole sull'equo processo(103), di arresto per errore di persona ex art. 667 c.p.p., ecc.: ma, con l'ormai consueto atteggiamento da legislatore, la Corte costituzionale con la predetta sentenza ha inaugurato le estensioni della riparazione (che non lo si chiami risarcimento!) per ingiusta custodia cautelare ex art. 314 c.p.p. (ossia per custodia cautelare seguita da proscioglimento per qualsiasi causa)(104) prima a queste ipotesi, poi a quelle di arresto o di fermo seguito da proscioglimento o da accertamento dell'inesistenza delle condizioni per la convalida(105) e da ultimo al caso di condanna a pena inferiore al periodo di custodia cautelare sofferto(106), senza darsi peraltro carico di giustificare la limitazione del ristoro patrimoniale sia in caso anche solo di concorso alla causazione dell'evento (art. 314.1), sia comunque entro un tetto monetario (art. 315.2)(107);

- per altre attività esecutive non disciplinate dal codice di rito, si passa infine dalla generale previsione risarcitoria dell'art. 59 del d.p.r. n. 602/1973 sulla riscossione delle imposte, che non limita la relativa iniziativa ad alcun motivo e la dichiara proponibile autonomamente contro il concessionario " dopo il compimento dell'esecuzione ", al silenzio - interpretato come sottoposizione alle regole generali sulla responsabilità (naturalmente aquiliana, pur trattandosi di violazione di doveri ex lege) - in tema di esecuzione d'ufficio degli atti amministrativi(108).

Anche il tema della prescrizione (al pari di quello sopra esaminato della tutela risarcitoria) è profondamente inciso, per le aggressioni esecutive, dalle particolari limitazioni cui è assoggettata la possibilità di far valere le violazioni in ambito processuale del diritto di libertà da indebita coazione, se non per le conseguenze restitutorie, almeno per quelle risarcitorie che pure, come s'è detto sopra(109), non sono distinguibili dalle prime.

Come dicevo nel precedente § 3, infatti, varie disposizioni, in materia sia civile che penale, prevedono la restituzione e la riduzione in pristino a seguito dell'accertamento dell'inesistenza o della caducazione degli effetti degli atti processuali in forza dei quali si è proceduto alla modifica dello stato di fatto preesistente (ad esempio gli artt. 389 c.p.c. e 323 c.p.p.), anche se con qualche estemporanea aggiunta di decadenze ed avocazioni ad uno Stato sempre più in difficoltà nel proprio perpetuarsi nelle abnormi, raggiunte dimensioni (art. 262.3 bis c.p.p.); e comunque queste restituzioni e riduzioni in pristino devono assumersi sempre in quanto estrinsecazioni dirette del diritto di libertà da indebita coazione, a pena d'incostituzionalità di ogni difforme disciplina. E dunque, in mancanza di disposizioni specifiche(110), le relative pretese vengono ritenute assoggettate alla prescrizione ordinaria a decorrere dal loro insorgere quale di volta in volta delineato dalla legge(111), con un risultato perciò praticamente coincidente con la loro inclusione nel diritto di libertà di cui si discute, che ovviamente non può (neppure in parte) prescriversi prima di poter esser fatto valere (art. 2935 c.c.). Al contrario, per quanto concerne i danni, s'è già visto che l'art. 96, comma 2°, c.p.c. ne impone la richiesta al giudice cui (per primo) si richieda di accertare " l'inesistenza del diritto " e quindi se n'è dedotto che la relativa pretesa va avanzata a pena d'inammissibilità nell'ambito della stessa fase processuale in cui è stata posta in essere la condotta sanzionata (l'esecuzione di un provvedimento del giudice, l'iscrizione d'ipoteca giudiziale ecc.)(112), salvo il caso eccezionale che quest'attività sia rimasta preclusa in quel processo per " ragioni attinenti alla sua struttura e non dipendenti dall'inerzia della parte "(113); mentre un giudizio separato (con un termine di decadenza di due anni) è espressamente previsto dagli artt. 314 e 645 c.p.p. rispettivamente per la riparazione per ingiusta detenzione e per la riparazione dell'errore giudiziario ed è sancito dalla giurisprudenza (con l'ordinaria prescrizione quinquennale in materia aquiliana) per il risarcimento da esecuzione di atti amministrativi illegittimi, che le sezioni unite della Cassazione hanno ribadito essere indipendente dal giudizio d'impugnazione degli atti medesimi(114).

7. - A prescindere dalla sua strutturazione in uno o più procedimenti, ogni processo, inteso nella sua unicità funzionale di complesso di atti che sfocia nell'esecuzione forzata di una o più situazioni sostanziali (cioè diritti, potestà ecc., o meglio, correlativi obblighi), si articola in una strumentale attività (che può anche essere particolarmente ridotta) di cognizione ossia di verifica anche creativa dell'esistenza di quelle situazioni

sostanziali e del diritto di procedere a loro esecuzione forzata ed in una finale attività di loro esecuzione forzata(115).

Orbene, la dimostrata specularità del diritto di libertà da indebita coazione rispetto al diritto di procedere ad esecuzione forzata di una qualsiasi situazione sostanziale fa sì che, negli stessi termini in cui è sottoposta a verifica o coattivamente eseguita una qualsiasi affermata situazione sostanziale o, a seconda dei casi, più comprensivamente il diritto di procedere ad esecuzione forzata della medesima, lo è automaticamente e necessariamente anche lo speculare diritto di libertà che competerebbe al soggetto passivo della prima situazione se questa non esistesse. E perciò l'accertamento negativo di una qualsiasi affermata situazione sostanziale ovvero dell'irritualità del suo farla valere in giudizio, sia ai fini della sua verifica che della sua attuazione coatta, vale anche al tempo stesso quale accertamento positivo (più o meno esteso a seconda della portata di quell'accertamento negativo) del contrapposto diritto di libertà da indebita coazione; ed il fondato diniego di ogni atto di esecuzione di una qualsiasi affermata situazione sostanziale vale anche, al tempo stesso, quale esecuzione coatta del contrapposto diritto di libertà da indebita coazione.

Per la descrizione della mutua relazione delle due situazioni sostanziali in questione (già definita di complementarietà, specularità ossia di disgiunzione esclusiva)(116), quindi, può tornare utile anche il termine di " opposto contraddittorio " (kontradiktorisches Gegenteil) coniato dalla dottrina ed impiegato dalla giurisprudenza tedesche con inappropriato e fuorviante riferimento alla relazione d'incompatibilità(117).

Dunque, per esempio, se a conclusione di un qualsiasi procedimento il giudice enuncia l'inesistenza del diritto fatto valere da una parte oppure anche solo l'inammissibilità della domanda proposta o riforma o comunque pone nel nulla precedenti atti o provvedimenti propri od altrui che quel diritto avevano dichiarato, posto in esecuzione o cautelato, per ciò solo è anche automaticamente enunciato che il convenuto aveva ed ha diritto a non essere aggredito esecutivamente quanto meno nel modo in cui lo è stato; sicché, se nel frattempo esso convenuto avesse dovuto pagare o prestare qualche cosa, in forza di un atto extragiudiziario (amministrativo, d'imposizione tributaria, negoziale), di un provvedimento anticipatorio più o meno cautelare (un provvedimento d'urgenza, un'ordinanza-ingiunzione, ecc.) o di una sentenza resa in una fase antecedente, ovvero se fosse stato assoggettato ad una qualsiasi attività esecutiva, quell'enunciazione a lui favorevole va ora eseguita con la stessa immediatezza con cui era stato eseguito il suo " opposto contraddittorio ".

Pertanto, contrariamente a diffusi orientamenti solo sporadicamente contraddetti ed a dispetto di qualche dato normativo da ritenersi incostituzionale(118), le decisioni che pongono nel nulla provvedimenti anticipatori od altre decisioni esecutive ovvero che annullano un atto extragiudiziario parimenti esecutivo devono a loro volta qualificarsi titoli esecutivi per la restituzione e la riduzione in pristino(119), nonché presupposto sufficiente per avviare la quantificazione giudiziale del risarcimento dell'eventuale danno che ecceda gli interessi legali, anch'essi esigibili esecutivamente quali accessori del credito oggetto di esecuzione coatta(120). Ed ove fosse ancora in corso l'esecuzione forzata della situazione sostanziale enunciata nel provvedimento od atto esecutivo posto nel nulla, la produzione di quelle decisioni e l'istanza dell'interessato imporranno all'organo esecutivo l'adozione - in una con la dichiarazione di improcedibilità dell'esecuzione(121) - di tutti i provvedimenti consequenziali, al pari di quanto si verifica nel caso di estinzione del processo esecutivo(122). Imporranno cioè al giudice dell'esecuzione l'adozione di ogni provvedimento idoneo alla restituzione o riduzione in pristino; idoneo cioè ad attuare coattivamente - per quanto possibile nell'ambito dello stesso procedimento - il contrapposto diritto di libertà da indebita coazione, per esempio annullando, in caso di accoglimento di un'opposizione " di merito " all'espropriazione (che si dice travolgere anche l'acquisto dell'aggiudicatario)(123) intervenuto prima della distribuzione del ricavato, il decreto di trasferimento e disponendo la restituzione al debitore pignorato del bene staggito ed al terzo acquirente della somma versata oppure disponendo, sempre in caso di accoglimento di un'opposizione " di merito " ad un'esecuzione forzata ancora in corso di un obbligo di non fare, che lo stesso incaricato ex art. 612.2 c.p.c. ripristini a spese dell'istante quanto fino al momento distrutto.

Non si può infatti opporre all'esecutività delle decisioni sopra menzionate la mancanza di specificazione nelle stesse degli obblighi (di restituzione o riduzione in pristino) da eseguire coattivamente(124), in quanto tale specificazione è insita nella specularità del comportamento dovuto (restituire ciò che è stato dato od eliminare quanto è stato fatto) rispetto a quello (non più dovuto) enunciato nella decisione o nell'atto posto nel nulla (dare o fare qualche cosa). Il problema sta semmai nella possibile mancata verifica (che peraltro spesso pure ricorre), da parte del giudice che pronuncia, del presupposto del comportamento dovuto e cioè dell'essere stato dato o dell'essere stato fatto ciò che ora dev'essere restituito o disfatto; ma si tratta allora soltanto di una eterointegrazione del titolo esecutivo con la verifica di semplici fatti che dallo stesso non risultano(125), analogamente a quanto accade (con l'esercizio unilaterale della pretesa da parte del creditore, sindacabile solo con l'opposizione dell'obbligato(126) oppure - più ragionevolmente - anche con l'esercizio ufficioso dei poteri di cognizione dell'organo esecutivo, sempre salve le opposizioni delle parti) nei casi di esecuzione di

una condanna condizionata, di un obbligo di pagamento di interessi variabili, di una cessione del credito da soddisfare coattivamente ed ora anche di un provvedimento giudiziario accessorio (espressamente qualificato " titolo esecutivo ") di fissazione di una penale per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione di una condanna all'esecuzione di obblighi infungibili di fare o di non fare(127) (art. 614 bis c.p.c. introdotto con la l. n. 69/2009).

Per quanto concerne invece quei provvedimenti che, senza porre nel nulla un precedente atto o provvedimento esecutivo, ne neghino l'esecutività, cioè per tutti i provvedimenti comunque denominati che di quel precedente atto o provvedimento esecutivo revochino o sospendano l'esecutività o l'esecuzione(128), sottraendo alla parte che si avvale dell'atto od ha ottenuto il provvedimento il diritto di procedere ad esecuzione forzata, occorre distinguere secondo che l'inibitoria adottata per una valutazione di probabile inesistenza di questo diritto di procedere ad esecuzione forzata(129) incida su atti extragiudiziali e provvedimenti anticipatori oppure su provvedimenti esecutivi ad accertamento pieno: nel primo caso l'inibitoria dev'essere anch'essa pienamente reintegratoria, perché l'alterazione della situazione di fatto in ipotesi medio tempore intervenuta viene contraddetta nella sua ritualità/giustizia dalla valutazione giudiziaria sottostante all'inibitoria, senz'altro idonea a superare le risultanze dell'atto extragiudiziario o della precedente valutazione dello stesso tipo, che non possono pertanto più giustificare la compressione del diritto di libertà per le ragioni che ho esposto nel precedente § 2. Pertanto anche i predetti provvedimenti di inibitoria devono qualificarsi titoli esecutivi per la restituzione e la riduzione in pristino, nonché presupposto sufficiente per avviare la quantificazione giudiziale del risarcimento dell'eventuale danno eccedente gli interessi legali.

Nel secondo caso, invece, potrebbe porsi in dubbio che la valutazione giudiziaria, sottostante all'inibitoria, di probabile inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata prevalga, sotto ogni profilo attinente all'esecuzione, sul precedente accertamento pieno cui pure la legge consente di sottrarre portata esecutiva; e dunque ci si sente più portati a giustificare dottrina e giurisprudenza dominanti che non solo escludono ogni immediata reintegrazione, ma non ammettono neppure la caducazione dell'esecuzione in corso, sibbene soltanto il suo arresto, ove la sospensione dell'efficacia esecutiva intervenga appunto ad esecuzione già iniziata(130). Tuttavia, anche in questi casi opera l'imperativo costituzionale e di legge ordinaria di cui si diceva nei precedenti §§ 1 e 2, che vieta ogni alterazione dello stato di fatto non sorretta, originariamente e continuativamente, dall'altrui diritto di procedere ad esecuzione forzata la cui esistenza viene negata proprio con l'inibitoria(131).

In altri termini, s'è vietato aggredire esecutivamente chiunque ove non sussista (non necessariamente la situazione sostanziale da attuare coattivamente, ma) anche solo il

diritto di procedere a sua esecuzione forzata, non si vede come l'estinzione di quest'ultimo diritto con uno strumento previsto dalla legge (l'inibitoria) possa giustificare il perpetuarsi di una situazione antigiuridica (la ritenzione di quanto ottenuto medio tempore ovvero il perdurante assoggettamento ai vincoli esecutivi di quanto nella disponibilità di colui che ha subito l'esecuzione) per il solo fatto che non è escluso che detto diritto di procedere ad esecuzione forzata possa in futuro rinascere(132). Né varrebbe obiettare che la legge civile non include gli anzidetti provvedimenti d'inibitoria fra i titoli esecutivi, sia perché l'esclusione che se ne intendesse ricavare si paleserebbe incostituzionale per le ragioni enunciate nel precedente § 2(133), sia perché l'inibitoria altro non costituisce che un'anticipazione (naturalmente soggetta a smentita come qualsiasi altra anticipazione), quanto all'esecutività, di un successivo provvedimento certamente costituente titolo esecutivo, al quale dunque può essere analogicamente assimilata sotto il profilo che interessa(134).

Solo nel caso dell'art. 624.1 c.p.c. è chiaro che la sospensione è limitata al processo di esecuzione in corso nel senso che dello stesso non possono essere compiuti atti ulteriori (art. 626) salvi restando quelli già compiuti. Ma questa disposizione può andare esente da censure d'incostituzionalità solo se, superando la lettera dell'art. 615.2 c.p.c., la si tratta quale rimedio ulteriore e provvisorio rispetto a quello dell'inibitoria su impugnazione del titolo esecutivo (art. 623 c.p.c.) e su opposizione a precetto (art. 615.1), la quale ultima deve restare proponibile, ai fini della sospensione della " efficacia esecutiva del titolo ", anche dopo l'inizio dell'esecuzione(135) almeno nei casi in cui non sia data impugnazione del titolo esecutivo con possibilità di sospensione, per evitare che un'eventuale esecuzione immediata ex art. 482 c.p.c. e comunque la particolare brevità del termine dilatorio di 10 giorni dalla notificazione del precetto (neppure soggetto a sospensione feriale) per avviare l'esecuzione (con il pignoramento o direttamente con l'istanza di assegnazione o di vendita ex art. 502.1 c.p.c.) vanifichino le garanzie costituzionali di cui si tratta(136).

(*) Questo studio è destinato agli scritti in onore di Mario Romano.

(1) Il processo come esecuzione forzata, Napoli 2003, pp. 88, 125 ss.

(2) Il processo, cit., p. 132 s.

(3) Cfr. il mio Diritto e processo (uno schema di teoria generale), in questa Rivista, 2009, I, p. 119 ss., 14.4 e 17.1/17.2.

(4) Se il risultato consistesse esclusivamente in una modificazione giuridica (come nel caso dell'art. 2932 c.c. o del giudizio di ottemperanza amministrativo e tributario) ci troveremmo fuori del campo proprio dell'esecuzione forzata: cfr. Il processo, cit., pp.

40, 43 s., 71; nonché Note sull'esecuzione delle sentenze tributarie, in www.judicium.it (21.6.2009).

(5) Mi riferisco all'area coperta dall'autotutela esecutiva: Diritto e processo, cit., 11.2.

(6) Continuo ad insistere su tale limitazione per le ragioni da ultimo indicate ne Il processo, cit., p. 91, nt. 17 e Diritto e processo, 8.4.1.2.

(7) Sulla limitazione a questo significato della disposizione, perciò inutile quale fondamento della c.d. presunzione d'innocenza, che d'altronde non abbisogna di essere posta, cfr. Il processo, cit., p. 127, nt. 3 e Diritto e processo, cit., 16.1 e 16.2.1.

(8) Perché, come ricordano C. cost. 26 novembre 2009, n. 311 (al punto 6 della motivazione) e C. cost. 4 dicembre 2009, n. 317 (al punto 7 della motivazione), l'art. 53 della CEDU (così come del resto l'art. 5.2 del Patto ONU) stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni della stessa CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali [nello stesso senso, senza richiamare il citato art. 53, già C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in G. it., 2008, p. 831 (al punto 4.7 della motivazione) e C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in Corr. giur., 2008, p. 193 (al punto 6.2 della motivazione)].

(9) Così le decisioni citate alla precedente nt. 8 (cui adde C. cost. 27 febbraio 2008, n. 39, in Fallimento, 2008, p. 401, con nota di Conti), le quali ribadiscono quanto a suo tempo ritenuto da C. cost. 22 dicembre 1980, n. 188 (in G. it., 1981, I, p. 639), secondo cui lo stesso risultato non poteva prima ottenersi tramite l'art. 11 Cost., perché nelle disposizioni della CEDU non sarebbe stata individuabile " alcuna limitazione della sovranità nazionale " (nel riferire il contenuto della decisione della Corte, si ferma inspiegabilmente a questo enunciato Furfaro, Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo, in G. it., 2008, p. 1762, in nota a Cass. pen., sez. I, 28 febbraio 2008, n. 8990, la quale a sua volta nega nel caso deciso la rilevanza della CEDU perché la materia in contestazione - rito camerale relativo a misure di prevenzione - non rientra nel diritto... comunitario!).

Quest'affermazione non può condividersi, perché garantire con una convenzione interstatale un diritto significa senz'altro escluderne la compressione e quindi anche limitare la potestà legislativa (ch'è certamente un aspetto della sovranità) degli Stati contraenti. L'art. 11 era quindi certamente applicabile anche alla CEDU, ma senz'alcuna pratica efficacia, perché era - ed è - la CEDU stessa a prevedere con il suo art. 41 (per usare una terminologia civilistica) un'efficacia meramente " obbligatoria ", anziché " reale " delle sue disposizioni, nel senso che gli Stati aderenti hanno bensì l'obbligo di conformare alla CEDU il proprio ordinamento interno, con conseguenze tuttavia meramente risarcitorie se non lo fanno (cfr. Il processo, cit., p. 114, nt. 88). Mentre ora l'art. 117.1, imponendo l'esercizio della potestà legislativa " nel rispetto...

dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ", consentirebbe di affermare che - a prescindere dalle conseguenze (meramente risarcitorie) previste dalla fonte internazionale pattizia - la contrarietà di una disposizione di legge ad un obbligo internazionale contratto dallo Stato ne comporterebbe l'incostituzionalità (così tutte le citate decisioni della Corte, tutte " anticipate " da Onida, Adottare il " punto di vista " dei diritti fondamentali, in All'incrocio tra Costituzione e CEDU, Atti del Seminario di Ferrara 9 marzo 2007, Torino 2007, p. 178) ed ha condotto la Corte, nella citata sentenza n. 2007/349, a dichiarare incostituzionale per violazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU (che tutela la proprietà) un indennizzo inferiore al valore venale in caso di " accessione invertita " od " occupazione appropriativa " da parte della P.A.

Coerentemente occorrerebbe dedurne l'incostituzionalità di una legge contrastante con una direttiva comunitaria non ancora attuata dopo che sia scaduto il relativo termine; con ciò trovando più sicuro fondamento quella via italiana indiretta all'efficacia... diretta delle direttive CE di cui parlavo in Il processo, p. 114, nt. 88.

(10) Per esempio, il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), che ha condotto C. cost. 2008/39, cit., a dichiarare incostituzionali gli artt. 50 e 142 della legge fallimentare, nel testo vigente prima della riforma, sulle incapacità personali del fallito in quanto perduranti dopo la chiusura della procedura fallimentare.

(11) Così sembrerebbe ad esempio Tranchina, in Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, Diritto processuale penale, Milano 2006, II, p. 621, a proposito della mancata notificazione dell'ordine di esecuzione al difensore ex art. 655.5 c.p.p. (notificazione preordinata ad una richiesta di applicazione di misure alternative ex art. 656 c.p.p.), con giusto sbalordimento di fronte all'affermazione che tale mancata notificazione sarebbe sfornita di sanzione, da ultimo compiuta da Cass. pen., sez. II, 28 aprile 2003, n. 26678. Subito dopo però aggiunge " che l'adempimento... conseguente alla nullità... vale a dire la reiterazione dell'ordine, non sospende né ritarda l'esecuzione ": il che, in base alla formulazione della norma, ha senso solo se la reiterazione intervenga nei 30 giorni dall'emissione dell'ordine di carcerazione, perché altrimenti l'omissione dovrebbe rendere nulli gli atti di esecuzione successivi ai sensi dell'art. 185, comma 1°, c.p.p.

(12) Per l'interpretazione di questo inciso e la conseguente, ipotizzabile liceità di una autotutela esecutiva in ipotesi di impossibilità nel caso concreto di rivolgersi al giudice con pari efficacia cfr. Il processo, p. 66 s. ed ora Cass. civ., sez. III, 9 gennaio 2007, n. 196, in Nuova g. civ. comm., 2007, p. 140, con nota di Racheli e con ampio commento di a. Ricci, Sul " principio di ragione naturale ": a proposito dell'autotutela possessoria, in Contratto e impr., 2009, p. 1195 ss., la quale evoca anche giustamente la legittima difesa [" il c.d. principio dell'autotutela possessoria, o della legittima difesa privata del

possesso, per il quale chi è spogliato del possesso o in esso è molestato può, se lo faccia immediatamente (in continenti), cioè mentre dura l'offesa, ritogliere legittimamente egli stesso allo spoliator la cosa o rimuovere la molestia di cui è vittima, senza incorrere nel reato di ragion fattasi (esercizio arbitrario delle proprie ragioni), consacrato nel diritto romano e nel diritto canonico, espressamente codificato nel codice civile germanico e in quello svizzero, contenuto in una norma del progetto preliminare del nostro codice civile, non riprodotta nel testo definitivo del codice perché ritenuta superflua, trova ingresso nel nostro diritto come principio di ragione naturale, prima ancora che giuridica "], mentre il commento da ultimo citato preferisce porre l'accento su " ragione naturale ", ragionevolezza e diritto vivente.

(13) Per l'efficacia vincolante dell'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte europea, desunta dal fatto che tale compito le è assegnato dalla stessa CEDU (art. 32), si pronunciano tutte le decisioni citate nelle precedenti nt. 8 e 9.

(14) Per l'imponente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'equo processo previsto dalla CEDU, che il legislatore italiano ha inteso recepire con le modifiche apportate all'art. 111 Cost. tramite la l. costituzionale n. 2/1999, cfr. il commento di Chiavario all'art. 6 della convenzione in Comm. Bartole-Conforti-Raimondi, Cedam, 2001, p. 153 ss.

(15) Diritto e processo, cit., 17.2.

(16) Spesso invece desunto o dalla sanzione penale dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, che però come si è appena detto (supra, nt. 12) non si dovrebbe applicare in ogni caso; oppure dal supposto monopolio statale della giurisdizione, che è invece in realtà solo riserva di organizzazione di un " servizio giurisdizione " oggetto di una garanzia per il cittadino e quindi da questo liberamente rinunciabile: cfr. il mio Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali, in Corr. giur., 2006, p. 1619.

(17) Cfr. Diritto e processo, cit., 9.2.

(18) Diritto e processo, cit., 14.4.1.

(19) Cfr. Diritto e processo, cit., 11.2.

(20) Il processo, cit., p. 71 ss.

(21) Diritto e processo, cit., 17.2.

(22) Del tutto condivisibilmente C. cost. 2009/317, cit. (punto 8 della motivazione) esclude che " il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo " possano " entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento... Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111

Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata ".

(23) Il processo, cit., pp. 85 ss., 116 s.

(24) È questo a mio parere l'ambito appropriato di applicazione dei commi da 2° a 5° dell'art. 111, che dunque non investono né il tema sostanziale e non processuale della necessità della prova (c.d. onere della prova), né quello dell'accesso al processo o del controllo del suo risultato, rientranti rispettivamente nella configurazione della situazione sostanziale fatta valere e nell'art. 24, commi 1°, 2° e 4° Cost.

La Corte costituzionale, invece, ha dichiarato l'incostituzionalità della c.d. legge Pecorella n. 46/2006 (C. cost. 6 febbraio 2007, n. 26, in G. it., 2007, p. 2151, con nota di Trucco) che escludeva l'appello del P.M. contro le sentenze di assoluzione in primo grado, ritenendo violata proprio la parità delle armi ex art. 111.2 Cost. (mentre s'è già detto che - sotto il profilo dell'impugnazione - la CEDU e il Patto ONU tutelano solo il privato giudicato colpevole: rispettivamente, art. 2 del protocollo n. 7 e art. 14.5; di tal che bisogna supporre che la Corte abbia ravvisato nella legge Pecorella - con plausibilità almeno dubbia - un deficit di garanzia per il P.M., che imporrebbe la disapplicazione in parte qua delle convenzioni internazionali secondo quanto in linea generale s'è riservata di fare: cfr. supra, nt. 8), oltretutto senza considerare che, in ragione del suo ufficio, tutto quanto essa poteva fare per rimuovere la pretesa disparità di trattamento era semmai dichiarare incostituzionale l'appello anche dell'imputato (cfr. il mio Diritto e processo, cit., 8.4.1.1.1; il che avrebbe tra l'altro rappresentato un reale passo avanti per l'accelerazione dei processi, lasciando ad una revisione opportunamente allargata il compito di riparare gli errori giudiziari ex art. 24.4 Cost.).

(25) Per l'affermazione che tutte le attività cautelari sono anticipatorie di altre cognitive od esecutive cfr. il mio Diritto e processo, cit., 12.4.

Non m'induce a cambiare avviso neppure un nuovo tentativo di fondare meglio la pretesa autonomia del processo cautelare civile assegnandogli un oggetto diverso da quello del processo di cognizione (rispettivamente, l'interesse materiale dell'istante tutelato dalla situazione sostanziale che si fa valere in sede di cognizione - diritto soggettivo od interesse legittimo - e la situazione sostanziale che lo tutela), compiuto con ampio ed acuto studio da Recchioni, L'oggetto del processo cautelare civile nell'epoca dell'omologazione europea, in www.judicium.it (4.11.2008), spec. § 9, in quanto tale tentativo continua ad obliterare sia l'unicità funzionale del processo in termini di attuazione della pretesa esecutiva (Diritto e processo, 19.1), sia l'identità

degli effetti e dei risultati dell'attività cautelare rispetto a quella cognitivo-esecutiva nella quale il processo stesso si esaurisce (Diritto e processo, 13.1).

(26) Per la mancanza di " copertura costituzionale " della materia ereditaria cfr. Il processo, cit., p. 92, nt. 18. Tra l'altro, se si ritiene che la trasferibilità anche a titolo gratuito caratterizzi pure la nozione costituzionale (oltre che quella civilistica: artt. 832, 1470, 1552 ecc. c.c.) di proprietà (il che non è affatto scontato: Diritto e processo, cit., 9.4.2), ciò dovrebbe condurre a ritenere incostituzionali, in quanto lesive della garanzia costituzionale della proprietà, le disposizioni sulla riduzione delle donazioni per reintegrare le quote dei legittimari e dunque pure sulle conseguenti pretese esecutive.

(27) Altro discorso è poi che si debba garantire la più rapida formazione possibile di questo titolo per ottemperare ai precetti costituzionali che istituiscono diritti od impongono doveri e che di questi diritti e doveri assicurano ed esigono l'esecuzione forzata (Il processo, cit., p. 89 ss.): e quindi, se non è costituzionalmente legittimo riconoscere un diritto ad " essere in torto fino a quando non si sia celebrato un rito " (come scrivevo in La giustizia civile come organizzazione: l'esperienza del processualista, in Corr. giur., 1993, p. 498), è invece costituzionalmente doveroso garantire di potere restare in torto fino a quando l'altra parte appaia al giudice avere ragione.

(28) Cfr. infra § 4, testo e nt. 40-41.

(29) Certo, ha ragione Taruffo,Le riforme della giustizia civile, Torino 1993, p. 454 s., a ritenere che non basta la caducazione di questi atti e provvedimenti (certamente retroattiva, nonostante la sua contraria opinione, dato che l'unica condizione che la norma richiede per l'operare dell'" effetto " caducatorio è la " dipendenza " dei medesimi atti e provvedimenti e non già la loro posteriorità alla riforma o cassazione) a dedurne esegeticamente il diritto all'immediata restituzione di quanto prestato in esecuzione della sentenza riformata. Ed è magari per questo, anziché per sciatteria, che qualche obiter dictum giurisprudenziale continua a recitare che " la condanna restitutoria deve essere subordinata al passaggio in giudicato e, in ogni caso, non può essere eseguita prima di quel momento ": Cass. civ., sez. III, 11 giugno 2008, n. 15461; Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19299 e App. Potenza, sez. lavoro, 15 febbraio 2007.

Ma le illustrate basi del diritto di libertà da indebita coazione rendono ineludibile l'opposta conclusione e destituiscono di fondamento il discorso da lui condotto in termini di equilibrata soluzione per il rovesciamento di una situazione che deve essere invece compiuto con tanta maggiore determinazione in quanto si tratta di situazione

assolutamente vietata fino a che non risulti necessitata nei modi e nei termini previsti dalla legge.

(30) Beninteso, in senso improprio, perché l'unica situazione soggettiva in senso proprio è il dovere di cui le altre rappresentano mero riflesso eventualmente anticipato (il potere di far nascere un dovere), benché di straordinaria utilità linguistica (e non solo): cfr. Diritto e processo, 1.2, 9.2 e 9.3.

(31) Nel senso che la detenzione non è un possesso privo di animus (elemento superfluo), ma un'attività titolata dal possessore Patti, Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti C.C., in questa Rivista 2003, I, p. 156 ss.

(32) Masi, Il possesso e la denunzia di nuova opera e di danno temuto, in Tratt. Rescigno2, 8, Torino 2002, p. 593.

(33) Ritenuti applicabili in vece degli artt. 605 ss.: Pret. Modica 13 giugno 1990, G. mer., 1992, p. 876, con nota di Manera; Cass. civ. 15 dicembre 1982, n. 6912, Giust. civ., 1983, I, p. 792.

(34) Il processo, cit., p. 134 ss.

(35) Cfr. infra § 4, testo e nt. 40-41.

(36) Rothbard, The Ethics of Liberty, New York 1998 (ristampa dell'originaria edizione del 1982, con nuova prefazione di Hoppe), pp. 21 ss., 77 ss., 232. Per una critica della rigidità di un siffatto ordinamento rispetto agli sviluppi consensuali dello jus commune alla luce dell'insegnamento di Leoni, Freedom and the law2, Nash Publishing, 1972, p. 141 ss., cfr. Lottieri, Classical Natural Law and Libertarian Theory, in Essays in Honor of Hans-Hermann Hoppe, Ludwig von Mises Institute, 2009, p. 197 ss.

(37) Mentre società è l'insieme delle relazioni interpersonali: Rothbard, op. cit., pp. 183 ss. e 187.

(38) Cfr. Rothbard, op. cit., ad esempio pp. 77, 82-83, 249 s. È vero che in un ordinamento del genere si svilupperebbero naturalmente sistemi di composizione volontaria delle controversie (pp. 233 ss.) che potrebbero in astratto includere clausole di non aggressione fino ad accertamento della legalità dello status quo, ma si tratterebbe di sistemi operanti sempre fino a revoca dell'adesione dei singoli (magari in pro' di altri sistemi concorrenti, che non prevedano clausole del genere).

(39) Che poi finora il monopolio sia solo tendenziale, perché la nostra carta costituzionale va interpretata nel senso di consentire alle parti di forgiarsi un sistema di giustizia privata (cfr. supra, nt. 16), non toglie che detto monopolio non possa essere escluso dal singolo.

(40) Se si afferma che il diritto (nella specie all'omissione) comprende anche questi elementi si semplifica il discorso (e dal punto di vista processuale potrebbe essere uno strumento esegetico per dimensionare in termini più ampi l'oggetto della domanda, del processo ecc.). Ed in un'ottica, appunto, di semplificazione poteva essere intesa l'affermazione di Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts6, Literarische Anstalt Ruetten & Loening, 1887, § 264, nt. 7, secondo cui, divenuta impossibile la prestazione per causa imputabile al debitore, l'originario diritto di credito continua ad esistere, soltanto con oggetto di prestazione mutato (non più quella originaria, ma quella risarcitoria): la critica ripresa da Mengoni, voce Responsabilità contrattuale (dir. vig.), in Enc. dir., XXXIX, Milano 1988, pp. 1072-1073, per cui non è il credito che continua a sussistere (essendosi il dovere di effettuare la prestazione ormai impossibile evidentemente estinto), ma " il rapporto obbligatorio inteso come rapporto fondamentale ", non tiene conto che " credito " e, più in generale, " diritto soggettivo " è situazione impropria (supra, nt. 30) cui si può assegnare un senso più vasto del riflesso di un solo dovere od obbligo; e poi unifica comunque gli elementi di cui si diceva nell'ambito di una situazione più comprensiva (il rapporto obbligatorio), che - se di origine contrattuale - a sua volta viene poi unificata con altre di pari estensione in altra situazione ancora più comprensiva (il rapporto fondamentale negoziale che, dando luogo alla c.d. pregiudizialità meramente logica, non escluderebbe l'estensione automatica a tutte le sue componenti dell'accertamento relativo ad una sola di esse: cfr. per tutti Luiso,Diritto processuale civile5, Milano 2009, I, p. 160 ss.).

Più radicalmente si sostiene che ogni inadempimento è definitivo e che ogni ulteriore vicenda (compreso l'adempimento tardivo) è in realtà una vicenda di risarcimento, ove possibile in forma specifica: Castronovo, Risarcimento in forma specifica e risarcimento del danno, in La nuova responsabilità civile3, Milano 2006, p. 809 ss. (adempimento coattivo sarebbe dunque un ossimoro). Nulla di male, purché non si metta in discussione (come infatti Castronovo non fa) che la pretesa dell'avente diritto al risultato dovutogli sia sottratta al limite dell'eccessiva onerosità per il debitore, sancito invece per il risarcimento in forma specifica da illecito aquiliano dall'art. 2058, comma 2°, c.c.; si tratta allora soltanto di una classificazione diversa da quella suggerita dalle parole della legge (art. 1181, 1223, 1453, commi 1° e 3°, ecc.) in base alla quale diversa classificazione l'adempimento è solo quello esatto e tempestivo, mentre ogni altra attività del debitore oppure sostitutiva (esecuzione coatta) è risarcitoria in forma specifica o per equivalente.

(41) Nel Patto ONU è previsto invece diritto ad indennizzo solo per i casi di " arresto o detenzione illegali " (art. 9.5), come del resto nella nostra Costituzione si parla di indennizzo solo per l'espropriazione della proprietà privata (art. 42-43): il che non ha impedito peraltro prima alla Corte costituzionale di affermare la necessità del risarcimento in caso di violazione di alcuno dei diritti di cui all'art. 2 Cost. (C. cost. 6

maggio 1985, n. 132, in F. it., 1985, I, c. 1585) e poi, per conseguenza, alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di affermare in via generale che i " diritti costituzionali inviolabili " devono essere " presidiati dalla tutela minima risarcitoria " (così da ultimo Cass. civ., sez. un., 19 agosto 2009, n. 18356).

(42) Così per esempio Cass. civ., sez. II, 18 febbraio 2008, n. 3955.

(43) Lo osservavo, con riferimento all'attività vincolata della pubblica amministrazione, ne Il processo, cit., p. 58 s. (discutibile invece l'estensione del discorso alle regole procedimentali della stessa P.A. compiuta da Cass. civ., sez. lavoro, 24 maggio 2005, n. 10904, in F. amm. CDS, 2005, p. 1679; mentre correttamente ora Cass. civ., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, Corr. giur., 2009, p. 1345, con nota di Di Majo, afferma che " la responsabilità dello Stato per tardiva trasposizione della direttiva concernente l'adeguata rimunerazione dei medici specializzandi è di carattere contrattuale perché ha riguardo all'adempimento di una obbligazione ex lege di natura indennitaria " per il cui sorgere è " irrilevante la sussistenza del dolo o della colpa ").

Certo, come avvertivo colà, se il discorso si estende a tutti i doveri previsti dalla legge (contrapposta al contratto), si riduce fortemente l'area della tutela aquiliana: ma non credo che ciò debba scandalizzare, in quanto non esistono da noi vincoli normativi di retaggio romanistico, come quelli che emergono ad esempio dal § 823 del BGB tedesco che ascrive agli atti illeciti i comportamenti dolosi o colposi che ledano la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto. Neppure la collocazione degli artt. 1173 e 1218 nel libro delle obbligazioni può reputarsi significativa, dato che anche l'art. 2043 sta lì e che il n. 24 della relazione al Re sul libro stesso si dava cura di precisare che " l'obbligazione deve essere considerata come figura giuridica distinta da quegli altri obblighi i quali... non hanno contenuto patrimoniale diretto o di riflesso, come è ad esempio di alcuni obblighi posti dalla legge in relazione a taluni rapporti di diritto familiare " (sottintendendo per ciò stesso che le disposizioni del libro IV del codice civile - compreso l'art. 1218 c.c. - ben possono applicarsi ad altri obblighi posti dalla legge al di fuori dello stesso libro IV).

(44) Per l'ammissibilità di un concorso di diritti (e quindi anche di azioni) ex artt. 1218 e 2043 c.c. cfr. Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo, in R. d. proc., 2005, p. 56 s.

(45) Cass. civ. 2008/3955, cit., ha rigettato una domanda di spoglio per mancanza di colpa.

(46) Se non si può certo dire (come talora dice a sproposito la giurisprudenza: Cass. civ. 10 maggio 1951, n. 1094, in F. it., 1951, I, p. 2032, con nota critica di L. Coviello, e Cass. civ., sez. III, 7 marzo 2003, n. 3412; ma cfr. Cass. civ., sez. I, 9 aprile 1991, n.

3724) che un comportamento omissivo è sempre possibile (cfr. Visintini-Cabella Pisu, L'inadempimento delle obbligazioni, in Tratt. Rescigno2, cit., 9, 1, 1999, p. 251), è anche vero che non è frequente il caso che sia impossibile. Si vedrà (infra, § 6, testo e nt. 80-89) come l'obbligo di astensione da indebita coazione vada integralmente attuato anche a fronte di un indebita attività processuale quale maggior livello di tutela garantito dall'art. 24, comma 4°, della nostra costituzione rispetto alle convenzioni internazionali (cfr. supra, nt. 8).

(47) Mentre per affermare la responsabilità da inadempimento di obbligazioni positive basta che non emerga prova dell'adempimento: Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in Contratti, 2002, p. 113, con nota di Carnevali.

(48) Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2006, n. 4003.

(49) Sempre in base alla corretta definizione di questo come il riflesso di obblighi (nella specie, di astensione) gravanti su altri e di cui si possa chiedere l'adempimento coatto: supra, nt. 30 e 40.

(50) La potenza delle tralatiziamente inutili definizioni legislative si fa apprezzare nella specie per esempio col fatto che, quale " attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale " (art. 1140.1 c.c.), si tratta di " diritto " che non può essere ceduto: G. Grasso, La vendita del possesso, una vendita impossibile?, in D. e giur., 1998, p. 291 ss., nonché Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2005, n. 8502 e Cass. civ., sez. II, 16 marzo 2010, n. 6353.

(51) Cfr. Cass. civ., sez. II, 24 gennaio 1957, n. 225, in Giust. civ., 1957, I, p. 1060.

(52) Cass. civ., sez. II, 12 maggio 1987, n. 4367.

(53) Cass. civ. 1957/225, cit., p. 1062.

(54) Si pensi ad un bene mobile infruttifero (ad esempio un gioiello) lo spoglio del cui possesso da parte del proprietario faccia sfumare per lo spogliato la possibilità di un suo sfoggio in società e con essa una grande occasione di guadagno.

Esempi ancor più convincenti possono formularsi al di fuori della materia possessoria in senso stretto, talora inquinata dall'identità contenutistica dei contrapposti doveri di astensione gravanti sul proprietario non possessore e sul possessore non proprietario, che (come s'è visto) fa (erroneamente) ritenere di non poter dare ragione a tutt'e due. Immaginiamo perciò che il titolare di un brevetto che non abbia la capacità di sfruttarlo appieno distrugga (senza che ciò avvenga in debita esecuzione di un provvedimento giudiziario) gli oggetti prodotti dal contraffattore-imprenditore che potevano essere da questo venduti: l'indebita perdita da quest'ultimo subita e che il primo dovrà risarcire può eccedere di gran lunga le royalties spettanti al primo.

(55) Senza peraltro escludere (quanto meno per le azioni reali) la rimessione in pristino eccessivamente onerosa, come pure previsto dal comma 2° dell'art. 2058: tra le tante, Cass. civ., sez. II, 16 gennaio 2007, n. 866 (erroneamente massimata nel senso che anche in caso di lesione di diritti reali il risarcimento in forma specifica rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito), Cass. civ., sez. II, 26 maggio 1999, n. 5113 e Cass. civ. 1994/10971, cit. Contra, in obiter dictis, Cass. civ., sez. I, 12 dicembre 2001, n. 15710 e App. Napoli 14 gennaio 2005, le quali però possono essere state influenzate dal fatto che si trattava di occupazione usurpativa posta in essere dalla P.A.

(56) Cass. civ., sez. II, 5 dicembre 2006, n. 25899, secondo la quale ciò avviene perché il " comportamento lesivo che tragga origine dallo spoglio... è in tal caso soltanto un profilo della tutela accordata dall'ordinamento al diritto soggettivo del leso al fine di assicurarne la piena reintegrazione ": argomento che tuttavia dovrebbe portare, nel caso di lesione di un diritto ritenuto imprescrittibile (ad esempio la proprietà), ad una corrispondente imprescrittibilità del diritto al risarcimento.

(57) " Non si applicano le disposizioni degli articoli 336, 337, 338, 339, 341 bis, 342, 343 quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni ".

(58) Senza che tale convivenza rappresenti a sua volta la permanenza di una precedente sottrazione ex art. 574 c.p., giacché allora la riapprensione dovrebbe valutarsi come continuazione del reato.

(59) Supra, § 2 e § 4, testo e nt. 40-41; ed infra, § 6, testo e nt. 80-89.

(60) Ammessa invece dalla risalente dottrina e giurisprudenza: cfr. ad esempio Zanzucchi, L'azione in opposizione del terzo nel processo esecutivo (ordinario, fallimentare, procedimenti speciali), SEL, 1910, p. 327, testo e nt. 1.

(61) Mi riferisco alle limitazioni imposte dal processo esecutivo che non incidano sul possesso.

(62) In realtà c'è da dubitare che l'argomento della tipicità dei rimedi difensivi previsti nel processo di esecuzione sia così tranchant, dato che più mezzi possono benissimo concorrere (accertamento della proprietà anche in presenza di possesso altrui e rivendica, per esempio). Ma si può pensare per certe violazioni al termine perentorio ex art. 617 e soprattutto al fatto che le azioni possessorie sono previste tipicamente a fronte di attività extraprocessuali.

(63) Cfr. Il processo, cit., p. 101 ss.

(64) In questo senso parlavo di difesa anticipata rispetto all'esecuzione in Il processo, cit., p. 140 ss.

(65) Diritto e processo, cit., 20.1.

(66) Sulle più risalenti, contrapposte posizioni cfr. Garbagnati, Preclusione " pro iudicato " e titolo ingiuntivo, in R. d. proc., 1949, I, p. 303 ss. Più di recente per la preclusione Verde, Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata, Milano 1968, p. 7 ss., il quale ora dichiara di aver cambiato idea per effetto della riforma del 2006 (Profili del processo civile, Napoli 2008, 3, pp. 84 s. e 116); Capponi, La verificazione dei crediti nell'espropriazione forzata, Napoli 1990, p. 212 ss.; Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile5, Napoli 2006, p. 736; contro: Bove, L'esecuzione forzata ingiusta, Torino 1996, p. 157 ss.; Luiso, Diritto processuale5, cit., III, p. 182 ss.; Mandrioli, Diritto processuale civile20, Torino 2009, IV, p. 40, nt. 54; Punzi, Il processo civile2, Torino 2009, IV, p. 190.

(67) È il tema dell'inconcepibilità di un'esecuzione senza cognizione (Diritto e processo, cit., 12.3) che, unitamente all'inutilità di una cognizione senza esecuzione (Diritto e processo, cit., 11.1 e 13.1), dà ragione dell'unicità funzionale del processo dalla cognizione all'esecuzione (Diritto e processo, cit., 19.1).

(68) Mai ammessi in un ordinamento di tipo rothbardiano, che si spinge fino a sancire l'obbligo di restituzione delle terre occupate con la forza anche da molti secoli: Rothbard, op. cit., p. 63 ss.

(69) Così come la Corte costituzionale non dubita in linea di principio della conformità a costituzione di disposizioni che sanciscono termini di prescrizione ecc. di diritti pur garantiti dalla costituzione medesima (cfr. ad esempio C. cost. 30 giugno 1988, n. 732, in G. it., 1989, I, 1, p. 16), non ne dubita neppure la Corte europea dei diritti dell'uomo riguardo a quelli garantiti dalla CEDU (cfr. ad esempio Corte europea 22 ottobre 1996, nn. 1993/22083 e 1993/22095 in relazione a due casi di gravissimi illeciti sessuali a danno di minori e Corte europea, grande camera, 30 agosto 2007, n. 44302/2002 in relazione ad un caso di usucapione già deciso nello stesso senso da House of the Lords 4 luglio 2002, n. 30, sul quale vedi anche Scanlan, Limitation and Adverse Possession - Dead but Not Forgotten, in Statute Law Review, 2007, p. 119 ss.), riservandosi tuttavia entrambe di valutare caso per caso se le relative disposizioni non appaiano troppo penalizzanti [così, per esempio, Corte europea, sez. IV, 10 ottobre 2006, n. 10699/2005, ha ritenuto violasse l'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, un termine di decadenza di sei mesi a carico del presunto padre per contestare giudizialmente la paternità, nonostante nella specie fosse anche intervenuto un giudicato 34 anni prima della scoperta dell'inesistenza di un rapporto di filiazione: è apprezzabile che, a fronte di una nuova prova (esame del

DNA), si sia fatto saltare il giudicato, ma è deplorevole che il caso non sia stato esaminato sotto il profilo dell'art. 6, ritenendosi sufficiente quello dell'art. 8 la cui violazione pure sembra assai meno grave di quelle delle citate sentenze del 1996; comunque c'è da supporre che - dopo questa sentenza della Corte europea - anche la nostra Corte costituzionale, alla luce della sua più recente giurisprudenza (supra, nt. 8 e 9), faccia saltare ogni termine e preclusione per il disconoscimento di paternità ex art. 244 c.c. già intaccati con molta circospezione con le sentenze 6 maggio 1985, n. 134, in F. it., 1985, I, c. 1905; 14 maggio 1999, n. 170, ivi, 2001, I, c. 1116; 6 luglio 2006, n. 266, ivi 2006, I, c. 3290].

(70) Come fa Cass. civ., sez. lavoro, 8 maggio 2003, n. 7036, in Riv. Esec. Forzata, 2005, p. 151, con nota di Rosa. Cass. civ., sez. III, 30 novembre 2005, n. 26078, in Giust. civ., 2006, p. 1778, esclude la ripetizione, a carico del creditore esecutante, del prezzo versato dall'aggiudicatario che abbia poi subito l'esercizio della prelazione ad opera dello Stato sul bene staggito, in caso di mancata impugnazione da parte dello stesso aggiudicatario dell'ordinanza di esecutività del progetto di distribuzione del ricavato.

(71) Che sono sempre e solo accertamento di tale diritto di libertà: In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva, in questa Rivista, 1989, II, p. 21 ss., spec. p. 40 ss.

(72) Sbagliavo perciò in Diritto e processo, cit., 17.1.1 a scrivere che in questa ipotesi la difesa sarebbe " non correlata ad alcun diritto di libertà ".

(73) Imperativo, ricordo, esplicitato nell'art. 24.1 Cost. e - via art. 117.1 Cost. - negli artt. 13 CEDU e 2 Patto ONU.

(74) Galgano, voce Possesso (diritto civile), in Enc. giur. Treccani, 1989, p. 10.

(75) Vedi supra, testo e nt. 71.

(76) Non c'era differenza nella protezione delle due categorie di beni già negli interdetti possessori romani (Burdese, voce Possesso - dir. rom., in Enc. dir., XXXIV, Milano 1985, p. 462), né era stata introdotta nel codice Napoleone, benché la giurisprudenza francese poi neghi l'estensione di tutte le azioni possessorie ai mobili (Cass. civ., sez. I, 6 febbraio 1996, in Bull., 1996, I, n. 57, p. 39) ritenendola probabilmente superflua a fronte dell'energica protezione del possessore scaturente dall'art. 2279, comma 1°, c.c. (" en fait de meubles, la possession vaut titre ").

(77) Diritto e processo, cit., 8.4.1.1.1.

(78) Che non sarebbero di per sé ragione sufficiente per privilegiare l'altra soluzione, come imporrebbe invece la dottrina della c.d. interpretazione costituzionalmente

orientata (cfr. per citazioni Bartole-Bin, Commentario breve alla costituzione2, Padova 2008, sub art. 134, IV e XI, n. 4) ch'è esegeticamente insostenibile (cfr. Il processo, p. 63, nt. 72), ma che pure è diventata diritto pretorio anche della Corte costituzionale.

Certo, la scelta del costituente del 1947 di accentrare il controllo di legittimità costituzionale ha comportato enormi carichi di lavoro per il giudice delle leggi, ma costui non può liberarsene emendando la costituzione.

(79) Oppure, ove non abbia proposto opposizione all'esecuzione, con una successiva azione di accertamento negativo dell'altrui diritto di procedere ad esecuzione forzata anche oltre il termine annuale di decadenza dell'azione di manutenzione, dato che non si tratta di reagire contro un'attività di fatto, ma di far valere - previo accertamento dell'inesistenza dell'altrui diritto di procedere ad esecuzione forzata - l'irritualità della subita esecuzione.

(80) Secondo, appunto, che l'ordinamento la consenta (generalmente nei rapporti interprivati) ovvero la imponga (generalmente nei rapporti poteri pubblici/privati).

(81) Supra, § 4, testo e nt. 40-41. Alla dicotomia corrisponde l'ampia formula dell'art. 389 c.p.c. nel delineare le domande conseguenti a cassazione come quelle " di restituzione o di riduzione in pristino e ogni altra conseguente alla sentenza di cassazione ".

(82) Diritto e processo, cit., 12.3.

(83) Così come, in un processo civile, ove si negasse una piena reintegrazione anche risarcitoria a seguito della riforma di una sentenza provvisoriamente eseguita, si dovrebbe affermare che l'obbligazione negata in appello sia tuttavia esistita limitatamente al periodo intercorso tra la sentenza di primo grado (che allora l'avrebbe creata) e la sua riforma [come si sosteneva dai difensori dei (soli) lavoratori in torto, all'epoca delle polemiche sul vecchio testo dall'art. 336, comma 2°, c.p.c.: cfr. Cass. civ., sez. un., 13 aprile 1988, n. 2925, in G. it., 1989, I, 1, p. 892, con nota di Garbagnati; cfr. anche, in relazione ad un caso di altro genere, Cass. civ., sez. I, 1 dicembre 1992, n. 12839, e tuttora, in relazione a giudizi di alimenti o mantenimento, Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2009, n. 6864].

Invece, è ad esempio positivamente stabilito che anche il possessore di buona fede che ignora di ledere l'altrui diritto perde tale situazione di vantaggio per il solo fatto di essere coinvolto nella lite con l'avente diritto (art. 1148 c.c.).

I §§ 2 e 7, commi 1° e 2°, della legge tedesca 8 marzo 1971 sul risarcimento per provvedimenti adottati nel processo penale (StrEG) impongono appunto il pieno

risarcimento del danno patrimoniale praticamente per ogni tipo di provvedimento qualora non sia seguita una condanna.

(84) Supra, nt. 8.

(85) Cfr. ad esempio art. 5.5 CEDU e 9.5 Patto ONU su cui Pisani, in Commentario alla convenzione, cit., p. 146.

(86) Diritto e processo, cit., 11.2.

(87) Con un risultato equivalente a quello che si determina in un ordinamento di tipo rothbardiano: cfr. supra, § 4, testo e nt. 38. In favore di una responsabilità oggettiva per i danni arrecati tramite attività processuali, anche in forza dell'art. 24 Cost., si pronuncia Luiso, Diritto processuale5, cit., I, p. 430 ss.

(88) Alludo agli arbitri, il cui intervento secondo me è concepibile anche nella fase esecutiva del processo: cfr. il mio Sul contratto di accertamento, cit., p. 1622 s.

(89) Nonostante l'unanime giurisprudenza affermi che " ai fini del risarcimento del danno, derivante dalla presentazione di una denuncia infondata è necessario che l'attore dimostri il dolo del denunziante " ad integrare il reato di calunnia, che " non può essere desunto dall'assoluzione con formula piena, dell'attore, in sede penale " (Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10033, in Resp. civ., 2004, 1, p. 77; e ancora Cass. civ., sez. II, 19 ottobre 2007, n. 22020).

(90) Per il processo civile cfr. E. Grasso, Della responsabilità delle parti, in Comm. Allorio, I, 2, 1973, p. 1032, nonché Cass. civ., sez. III, 1 aprile 2005, n. 6895, in Riv. Esec. Forzata, 2006, p. 590, con nota di D'Amico, la quale - emessa in un caso di pignoramento di beni di valore largamente eccedente il credito - nega in generale che indebiti comportamenti esecutivi possano qualificarsi illeciti ex art. 2043 c.c. (mentre Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2007, n. 18533, in un caso analogo applica l'art. 96.1 c.p.c.). Per il processo penale, C. cost. 25 luglio 1996, n. 310, in F. it., 1997, I, c. 1714, la quale, dichiarando incostituzionale l'art. 314 c.p.p. " nella parte in cui non prevede il diritto all'equa riparazione anche per la detenzione ingiustamente patita a causa di erroneo ordine di esecuzione " (che poi - come si precisa in motivazione - si avrebbe nel caso in cui detto ordine fosse stato emesso " sulla errata premessa che la sentenza di condanna fosse divenuta definitiva "), parte appunto dalla premessa che solo una disposizione specifica avrebbe potuto fondare un diritto al ristoro economico per la vittima dell'erroneo ordine di esecuzione.

(91) Ad esempio, una società che si era vista sequestrare ex art. 321 c.p.p. una tenuta agricola di 400 ettari siccome " pertinente al reato " di realizzazione abusiva di due stradine (e di ampliamento di un sentiero), aveva invocato, dopo le pronunce di annullamento del tribunale del riesame e della Cassazione, la responsabilità dello

Stato per colpa grave ex art. 2.3, l. n. 117/1988, per sentirsi però rispondere che non c'era colpa grave perché quel provvedimento rientrava " nell'ampia gamma di possibili opinioni interpretative della norma in oggetto ": Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2008, n. 7272, in Danno e resp., 2008, p. 1119.

(92) E quest'ultima esclusione potrebbe anche giudicarsi corretta nell'ottica di una responsabilità per violazione di doveri che ex lege gravano sull'ente e non su coloro che lo impersonano nelle sue molteplici attività (arg. ex art. 1228 c.c.), mentre per l'esclusione di una concorrente responsabilità per fatto illecito s'invocano correntemente le disposizioni costituzionali sull'indipendenza della magistratura discutibilmente interpretate appunto in chiave d'irresponsabilità.

(93) Salva per queste ipotesi (od almeno per alcune di esse) disposizioni specifiche sugli ausiliari del giudice (cfr. artt. 60, 64.2, 67.2 ecc. c.p.c.).

(94) Cfr. in argomento Barletta, La stabilità della vendita forzata, Napoli 2002, p. 124 ss.

(95) Per la riparazione pecuniaria conseguente a revisione lo si deduce dal rinvio operato dall'art. 643.1 c.p.p. alla " durata dell'eventuale espiazione della pena ", che include le pene accessorie ma esclude appunto quelle pecuniarie e le misure di sicurezza: Montaldi, Art. 643, in Commento al nuovo codice di procedura penale coordinato da Chiavario, VI, Torino 1991, p. 391.

(96) Cfr. Bartole-Bin, Commentario, cit., sub art. 24, X.1. Lo conferma da ultimo anche C. cost. 20 giugno 2008, n. 219, in G. it., 2009, p. 1101, con nota di Chinni, quando afferma (al n. 6 della motivazione) che alla " riparazione di carattere patrimoniale " del " sacrificio di una libertà inviolabile... debbono sempre venir preferiti strumenti capaci di evitare o limitare il danno, ovvero di reintegrarlo in forma specifica ".

(97) Senza neppure il limite previsto ad esempio dal § 7 della StrEG tedesca, che limita il danno non patrimoniale ai soli casi di detenzione fissandolo in 11 euro al giorno.

(98) Cass. pen., sez. IV, 1 febbraio 1999, n. 2569, esclude, anche a contrariis dall'art. 314.1 c.p.p., la rilevanza del concorso del fatto doloso o gravemente colposo del condannato con previsione nettamente migliorativa rispetto alle previsioni risarcitorie dell'art. 1227.1 c.c. (identica la soluzione normativa del § 5.2 della StrEG), mentre per altro verso l'ampiezza dell'obbligo nei confronti del condannato defunto è limitata rispetto alle previsioni civilistiche dall'art. 644.2 c.p.p.

(99) C. cost. 2008/219, cit., loc. cit., la quale si richiama in proposito a C. cost. 24 gennaio 1969, n. 1, in F. it., 1969, I, c. 249.

(100) Nulla impedisce naturalmente al danneggiato di agire ex art. 2043 c.c. anche contro terzi che abbiano causato l'ingiustizia della decisione (per esempio di chi abbia commesso le falsità o i reati cui si riferisce l'art. 630 d c.p.p., nei cui confronti l'art. 647 c.p.p. prevede rivalsa dello Stato che abbia corrisposto la riparazione). Ma è evidente che, in linea di fatto, l'interessato si limiterà ad invocare le più favorevoli disposizioni degli artt. 643 ss. c.p.p. (per un caso di azione risarcitoria per negligenza contro un perito, volta a superare i limiti della responsabilità dello Stato per danno non patrimoniale ex § 7.3 StrEG, cfr. OLG Francoforte sul Meno 2 ottobre 2007, 19 U 8/07, www.projektwerkstatt.de/antirepression/prozesse/).

(101) Cit., a nt. 90.

(102) Per la cui estensione cfr. ora C. cost. 2009/317, cit.

(103) Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800, in Corr. giur., 2007, p. 684, sulla quale cfr. Salerno, Vincolo costituzionale all'attuazione dell'obbligo di riparazione stabilito dalla Corte EDU, in All'incrocio tra Costituzione e CEDU, cit., p. 232 s.

(104) Anche per ne bis in idem, precisa interpretativamente C. cost. 16 luglio 2004, n. 230, in F. it., 2006, 1, c. 958.

(105) C. cost. 2 aprile 1999, n. 109, in F. it., 1999, I, c. 1733.

(106) C. cost. 2008/219, cit.

(107) Come già detto, il § 7, commi 1° e 2°, StrEG non pone alcun tetto monetario per il danno patrimoniale.

(108) Cass. civ., sez. un., 17 ottobre 2002, n. 14750 afferma che " esorbita dalle attribuzioni giurisdizionali del Commissario regionale per gli usi civici e rientra nella giurisdizione del giudice ordinario " la " domanda di risarcimento del danno, proposta nei confronti di una università agraria, per l'occupazione di un fondo avvenuta in esecuzione di un provvedimento amministrativo - un'ordinanza di reintegra emanata dall'assessore presso il commissariato per la liquidazione degli usi civici - poi riconosciuto illegittimo in sede di impugnazione giurisdizionale dinanzi al Commissario ".

(109) Cfr. supra in questo paragrafo, testo e nt. 80-89.

(110) Vedi gli artt. 150-154 del T.U. sulle spese di giustizia (d.p.r. n. 115/2002) in materia di beni sequestrati nel processo penale. Per le pene pecuniarie, spese ecc. l'art. 639 c.p.p. dispone che la Corte d'appello provveda d'ufficio in sede di revisione, ma in caso di eventuale omissione (sia questa o meno da far valere con la correzione di errori materiali ex art. 130 c.p.p.) non vedo altri termini.

(111) Per quanto non mi constino decisioni che affrontino ex professo la questione, infatti, è questa la deduzione che può trarsi da quelle pronunce che ammettono ad esempio un'autonoma domanda volta alla restituzione di quanto si sia prestato in ottemperanza ad una sentenza civile poi riformata in appello o cassata: cfr. Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2007, n. 3758 e la già citata Cass. 2008/15461.

(112) Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2007, n. 10993, in D. ind., 2007, p. 327, con nota di Floridia: e quindi in quel caso si è ritenuto che la parte che aveva subito l'esecuzione di un provvedimento cautelare in primo grado avrebbe dovuto chiedere ristoro dei danni conseguenti sempre in primo grado (e non in appello). Secondo Cass. civ., sez. III, 24 maggio 2003, n. 8239, i danni da indebita esecuzione forzata vanno necessariamente richiesti con l'opposizione all'esecuzione (proponibile solo finché il processo di esecuzione sia in corso: cfr. ad esempio Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2007, n. 8061, sebbene con applicazione erronea della regola), mentre App. Roma, sez. II, 14 settembre 2006, giudicando in sede di opposizione a precetto, demanda incomprensibilmente la decisione al giudice dell'esecuzione; secondo Cass. civ., sez. I, 26 agosto 2002, n. 12541, la responsabilità del curatore ex art. 96 per avere prospettato circostanze inveritiere per ottenere l'estensione ad una pretesa società di fatto (il che peraltro secondo la Corte sarebbe perseguibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. e non dell'art. 96 c.p.c.) va fatta valere necessariamente con l'opposizione alla dichiarazione di fallimento; secondo Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2001, n. 8738, la responsabilità in oggetto per l'esecuzione di un provvedimento cautelare ante causam può esser fatta valere in autonomo giudizio se il provvedimento stesso è divenuto inefficace per mancata instaurazione del giudizio di merito (art. 669 novies c.p.c.); Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 19 ottobre 2006, n. 587, in Urbanistica e appalti, 2007, p. 617, con nota di Garofalo, invece, ipotizza l'ammissibilità dell'instaurazione di un autonomo giudizio da parte del controinteressato all'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione di appalti pubblici per ottenere dal ricorrente definitivamente soccombente, quale " restituzione dell'indebito o arricchimento senza causa ", l'utile d'impresa che il secondo abbia di fatto conseguito nelle more del giudizio.

(113) Così già Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1861, in Corr. giur., 2000, p. 451, fino a Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2007, n. 9297.

(114) Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in R. d. proc., 2009, p. 449, con nota di Verde, che - per imporre questo suo punto di vista anche al Consiglio di Stato - arriva discutibilmente a configurare le pronunce di rigetto del giudice amministrativo per mancata impugnazione dell'atto come decisioni di diniego di giurisdizione, perciò impugnabili davanti alla stessa Corte di cassazione.

(115) Diritto e processo, cit., 12.3 e 13.1.

(116) Supra, § 1.

(117) Due situazioni incompatibili (per esempio due diritti di proprietà esclusiva di due soggetti diversi sullo stesso bene) non possono infatti coesistere, ma potrebbero benissimo non sussistere entrambe (perché l'effettivo proprietario è un terzo): vedi in argomento A.A. Romano, L'azione di accertamento negativo, Napoli 2006, p. 96, nt. 51.

(118) Come ad esempio gli art. 69 e 70, d.lgs. n. 546/1992 sul contenzioso tributario, i quali esigono, per fondare rispettivamente un'esecuzione forzata ed un giudizio di ottemperanza a favore del contribuente avente diritto a restituzioni, il passaggio in giudicato della sentenza che tale diritto accerta ed anzi, nel primo caso, anche un'esplicita statuizione di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme: cfr. da ultimo il mio Note sull'esecuzione, cit.

(119) Cfr. ad esempio Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2005, n. 15220, secondo cui " nel giudizio di appello, non solo non configura una domanda nuova la richiesta di restituzione di un immobile rilasciato (ovvero, come nella specie, di accertamento che il rilascio è avvenuto sulla base di un titolo annullato), ma il ripristino può essere disposto anche di ufficio dal giudice [rectius: costituisce effetto automatico della sua pronuncia], il quale ha il potere di adottare direttamente i provvedimenti a tal fine necessari, non diversamente da quanto accade nella situazione disciplinata dall'art. 669 novies c.p.c., in cui il giudice, nel dichiarare l'inefficacia del provvedimento cautelare, deve dare direttamente le disposizioni necessarie a ripristinare la situazione precedente "; Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2006, n. 15295, ove si legge che " l'obbligo della restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, successivamente riformata in appello, sorge per il solo fatto della riforma della sentenza, ancorché questa non contenga la condanna alle restituzioni (Cass. 11729/2004) " [il riferimento però è erroneo: n.d.r.], " e... pertanto, la condanna del R. alla restituzione degli importi versati dalla ricorrente in esecuzione della sentenza di primo grado, è implicita in quella di accoglimento dell'appello, di cui era un effetto consequenziale ".

(120) Si tratta di soluzione che in Francia è stata perfino oggetto di istruzioni da parte della Corte di cassazione alle corti di appello, cui è stato inibito di accogliere domande di restituzione conseguenti a riforma. Cfr. le schede metodologiche pubblicate sul n. 613 del BICC 2005 al n. 2.8: " Fréquemment l'appelant demande à la cour d'appel d'ordonner, par voie de conséquence de l'infirmation du jugement déféré à la cour, la restitution des sommes qu'il a versées en exécution de ce jugement qui était assorti de l'exécution provisoire. Il arrive également que l'appelant demande à la cour d'appel de préciser que les sommes ainsi restituées porteront intérêt à compter de leur versement. Or l'état du droit est clair sur ces deux points. L'arrêt infirmatif emporte

de plein droit obligation de restitution et constitue le titre exécutoire ouvrant droit à cette restitution. En outre, les sommes restituées ne portent intérêt au taux légal qu'à compter de la notification, valant mise en demeure, de l'arrêt infirmatif (Soc., 27 février 1991, Bull., V, no 104, pourvoi no 87-44.965; 3e Civ., 19 février 2002, pourvoi no 00-20.665; Ass. Plén., 3 mars 1995, Bull., AP no 1, pourvoi no 91-19.497; 2e Civ., 9 décembre 1999, Bull., II, no 188, pourvoi no 98-10.416). Par suite, il n'y a pas lieu d'accueillir de telles demandes. En revanche, il est utile d'en donner les raisons dans les motifs de l'arrêt. On écrira par exemple: "Attendu que X... demande que soit ordonnée la restitution des sommes qu'il a versées en vertu du jugement assorti de l'exécution provisoire, avec les intérêts au taux légal (à compter de leur versement - à compter de la demande de remboursement); Attendu cependant que le présent arrêt, infirmatif sur ce point, constitue le titre ouvrant droit à la restitution des sommes versées en exécution du jugement, et que les sommes devant être restituées portent intérêt au taux légal à compter de la notification (la signification), valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à restitution; Qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la demande de X...", en mentionnant dans le dispositif: "Dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande de restitution des sommes versées en vertu de l'exécution provisoire attachée au jugement déféré à la cour" ".

(121) Cass. civ., sez. III, 6 agosto 2002, n. 11769, in Gius, 2003, 1, p. 31.

(122) Cass. civ., sez. III, 11 giugno 2003, n. 9377. Per un caso di improcedibilità conseguente a dichiarazione di fallimento del debitore esecutato cfr. Cass. civ., sez. I, 29 maggio 1997, n. 4742, in Fallimento, 1998, p. 162.

(123) Cfr. Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2004, n. 21439, il cui dictum Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2008, n. 12429 dichiara di condividere, nonché Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3531, in Riv. Esecuz. Forzata, 2009, p. 311, con note di Metafora e Pilloni, la quale, di fronte al nuovo art. 187 bis disp. att. (cui attribuisce valore d'interpretazione autentica in aderenza a Cass. civ., sez. un., 30 novembre 2006, n. 25507, in Riv. Esec. Forzata, 2006, p. 4, con nota di Tota), sembra limitare la portata del principio all'ipotesi in cui l'opposizione di merito sia stata proposta prima dell'aggiudicazione.

Non entro naturalmente nel merito della soluzione, rinviando fra i contributi più recenti al dissenso di Barletta, La stabilità, cit., p. 297 ss. che tutela l'aggiudicatario con un'applicazione analogica dell'art. 2920 c.c.

(124) Ciò che, in vece della contrapposizione sostanzialmente terminologica tra accertamento e condanna, vale a distinguere gli atti e provvedimenti esecutivi da quelli che non lo sono: cfr. In tema di condanna, cit., p. 38 ss.

(125) Per l'affermazione che rientra " nei poteri integrativi del giudice dell'esecuzione " " una operazione meramente ricognitiva dei dati storici rilevanti " per la determinazione della decorrenza di interessi non specificata nel titolo esecutivo cfr. Cass. civ., sez. I, 30 marzo 1994, n. 3150, richiamata da Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2006, n. 5683, al punto 4.2 della motivazione.

(126) Opinione maggioritaria che restringe eccessivamente le verifiche dell'operato del creditore da parte dell'organo esecutivo (cfr. A.A. Romano, Espropriazione forzata e contestazione del credito, Napoli 2008, p. 28 ss. e nt. 58, 65 e 75), rinviando (contro gli imperativi costituzionali di inviolabilità della difesa e di ragionevole durata del processo) la tutela del debitore all'opposizione all'esecuzione (anche se " l'art. 615 non sembra univocamente capace d'escludere qualsiasi altra sede ": A.A. Romano, Espropriazione forzata, cit., p. 37).

Nello stesso senso, per quanto concerne la penale ex art. 614 bis di cui appresso nel testo, Balena, La nuova pseudo-riforma del processo civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69), www.judicium.it, (29.7.2009), n. 20; Consolo-Godio, in La riforma del 2009-Codice di procedura civile commentato, diretto da Consolo, Milano 2009, sub art. 614 bis, n. 52.

(127) Per questa condivisibile limitazione cfr. per tutti Chizzini, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, La riforma della giustizia civile Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009, Torino 2009, p. 164 s.; Consolo-Godio, op. loc. ultt. citt., IV.

Per l'estensione analogica della nuova disposizione a tutte le altre ipotesi di condanna a fare ed a non fare (od anche soltanto della forza esecutiva del provvedimento ai casi di fissazione di penali previste da leggi speciali anche per comportamenti fungibili, come ad esempio l'art. 124, comma 2°, c.p.i.) mi pare manchi l'identità di ratio, dato che l'esigenza di coartare l'obbligato a comportamenti non surrogabili in via coattiva è più forte.

(128) Per l'equivalenza nei codici di procedura di questi due ultimi termini cfr. Il processo, cit., p. 146.

(129) Il che è l'unico fondamento costituzionalmente legittimo di un'inibitoria: cfr. Il processo, cit., p. 139 ss.

(130) Cfr. ampie citazioni in Longo, La sospensione nel processo esecutivo, in L'esecuzione forzata riformata, a cura di Miccolis e Perago, Torino 2009, p. 663 ss.

(131) Come dice Cass. civ., sez. III, 14 settembre 2007, n. 19228, in R. esec. forz., 2007, p. 596, il " provvedimento adottato in base all'art. 351 c.p.c., comma 3°, dal giudice dell'appello ", così come qualsiasi altro " provvedimento di sospensione adottato a

seguito di impugnazione del titolo esecutivo e dal giudice di tale impugnazione (art. 623 c.p.c.), ...spiega... i suoi effetti sul diritto a procedere ad esecuzione forzata, non sul solo processo esecutivo dal cui giudice è stato preso ".

(132) Non si palesa infatti come un modello di ragionamento quello condotto da Cass. civ., sez. III, 21 novembre 2000, n. 15021, secondo cui il pignoramento pone i beni " in una condizione di indisponibilità... fino a quando esiste un titolo esecutivo azionabile ", mentre il provvedimento di sospensione dell'esecuzione " condiziona l'efficacia del titolo fatto valere al successo dell'impugnazione proposta... e non pone nel nulla direttamente il pignoramento ": l'efficacia del titolo è comunque di per sé condizionata (risolutivamente) al successo dell'impugnazione proposta, a prescindere dalla sospensione, il cui effetto perciò non può che essere l'eliminazione (sia pure non definitiva) del titolo esecutivo.

Osserva invece giustamente A.A. Romano, Espropriazione forzata, cit., p. 32, nt. 65, che " è notevole l'omogeneità che caratterizza titolo esecutivo e provvedimento giurisdizionale di riforma, annullamento od inibizione ".

(133) E quindi conseguenza da rifiutare ovvero da denunciare (per quello che serve) alla Corte costituzionale a seconda che si preferisca accodarsi al risparmio per superare l'infelice scelta del costituente del 1947 ovvero correttamente applicarla (supra, nt. 78).

(134) " Non diversamente da quanto accade nella situazione disciplinata dall'art. 669 novies c.p.c. ", dice la già citata Cass. 2005/15220 in un caso d'intervenuta cassazione della sentenza costituente titolo esecutivo. Ed in effetti tale disposizione può considerarsi espressiva di un principio generale di competenza del giudice investito del controllo degli effetti esecutivi di un qualsiasi provvedimento, a disporre le misure necessarie per adeguarne l'esecuzione alle vicende del provvedimento medesimo secondo un modello più compiutamente sviluppato nel processo penale (art. 665 ss. c.p.p.).

(135) Com'è del resto coerente con la specificità del suo oggetto che include, oltre alla contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata, anche la richiesta della dichiarazione di inefficacia del precetto dal quale ovviamente dipendono pure gli atti successivi. Di guisa che deve ad esempio negarsi la sussistenza di litispendenza (ed affermarsi piuttosto un'ipotesi di continenza) tra l'impugnazione negoziale di un atto notarile e l'opposizione a precetto fondata sugli stessi motivi.

(136) Naturalmente non è a fortiori concepibile che la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ex art. 615.1 c.p.c. sia impedita dall'inizio dell'esecuzione pur in caso di tempestiva proposizione dell'opposizione a precetto, anche se l'istanza di sospensione fosse proposta successivamente: cfr. in argomento sempre Longo, op. cit.,

p. 660 ss. e Mandrioli, op. cit., p. 193, nt. 24a, il quale esige invece l'antecedente proposizione dell'istanza, ma ammette almeno che in caso di suo accoglimento " gli atti esecutivi nel frattempo compiuti resterebbero inefficaci per il sopravvenuto difetto di esecutività del titolo ".

REATI DI ABUSO SESSUALE

art. 609 - art. 609 bis - art. 609 quater - art. 609 quinquies - art. 609 octies - art. 609 undecies

Cass. pen. Sez. III, 24/09/2018, n. 47488
S.A.

REATO IN GENEREVIOLENZA SESSUALE Violenza sessualein genere
Ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale rientra nell'accezione di atto sessuale qualsiasi atto che, finalizzato a soddisfare la concupiscenza dell'agente, si risolva nell'intrusione nella sfera sessuale del soggetto passivo mediante contatto corporea compromettendone la libertà di autodeterminazione sessuale, occorrendo la contestuale presenza di un requisito soggettivo, consistente nel fine di concupiscenza, ravvisabile anche nel caso in cui l'agente non ottenga il soddisfacimento sessuale, e di un requisito oggettivo consistente nella concreta idoneità della condotta a compromettere la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale e a suscitare o soddisfare la brama sessuale dell'agente.
FONTI
Massima redazionale, 2018

ass. pen. Sez. III, 17/09/2018, n. 55348
C.G.L.

VIOLENZA SESSUALE Violenza sessualein genere
In caso di violenze sessuali commesse ai danni di un'impiegata da incaricato di pubblico servizio, la procedibilità d'ufficio prevista dall'art. 609-septies, comma 4, n. 3, c.p. non richiede l'abuso delle funzioni pubblicistiche svolte, essendo sufficiente il semplice collegamento tra le condotte illecite e le predette funzioni (Fattispecie in tema di violenze sessualicommesse dal direttore di una direzione provinciale del tesoro ai danni di un'impiegata).
FONTI
Dir. e Pratica Lav., 2019, 5, 307

Cass. pen. Sez. III Sent., 11/04/2018, n. 23203 (rv. 273346)
MINORI AGLI EFFETTI PENALI VIOLENZA SESSUALE Violenza sessualein genere

REATI CONTRO LA PERSONA - In genere - Delitti contro la libertà

individuale - Violenza sessuale su minori - Dichiarazioni testimoniali dei prossimi congiunti - Valutazione - Criteri

In tema di violenza sessuale sui minori avvenuta in ambito familiare, le dichiarazioni dei congiunti che hanno raccolto le confidenze del minore costituiscono veri e propri riscontri allorché integrano qualificate deposizioni "de relato" e riferiscono informazioni rese in un contesto di normalità allo scopo di soddisfare un naturale bisogno di difesa e protezione del minore stesso. (Dichiara inammissibile, App. Roma, 13/06/2016)

FONTI

CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. III Sent., 11/04/2018, n. 23205 (rv. 272790)
VIOLENZA SESSUALE Violenza sessuale in genere

REATI CONTRO LA PERSONA - Delitti contro la libertà individuale - Violenza sessuale - Atti sessuali con minorenne - Bene giuridico protetto - Individuazione

Il bene giuridico del reato di atti sessuali con minorenne non è la libertà di autodeterminazione dello stesso, non potendo egli esprimere alcun consenso, ma l'integrità fisio-psichica del medesimo nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità. (Dichiara inammissibile, App. Catanzaro, 07/06/2017)

FONTI

CED Cassazione, 2018

Cass. pen. Sez. III, 11/04/2018, n. 23205
G.D.

VIOLENZA SESSUALE Violenza sessualein genere

Il reato di atti sessuali con minorenne, punito dall'art. 609-quater c.p., si configura anche in assenza di pressioni coercitive, atteso che in tali ipotesi si può realizzare una agevolazione del consenso o un impedimento al rifiuto dello stesso, atteso che il bene giuridico del reato non è la libertà di autodeterminazione del minore, non potendo questi esprimere alcun consenso, ma l'integrità fisio-psichica del medesimo nella prospettiva di un corretto sviluppo della propria sessualità; ne consegue che è irrilevante la circostanza, ai fini della compiuta integrazione del reato, che la minore sia consenziente all'atto sessuale, in quanto, considerato il principio di intangibilità sessuale del minore infra-quattordicenne, il reo deve adoperarsi al fine di evitare contatti sessuali del tutto impropri, ancorché in tesi sollecitati dallo stesso minore.

FONTI

Quotidiano Giuridico, 2018
Famiglia e Diritto, 2018, 10, 921

Cass. pen. Sez. III Sent., 12/04/2018, n. 38926 (rv. 273916)
VIOLENZA SESSUALE Violenza sessualein genere

REATI CONTRO LA PERSONA - In genere - Violenza sessuale - Elemento oggettivo - Atto sessuale - Nozione - Distretto corporeo della vittima sessualmente indifferente - Valenza sessuale - Sussistenza - Fattispecie

In tema di atti sessuali, l'elemento oggettivo del reato previsto dall'art. 609-bis cod. pen. sussiste anche nel caso in cui il distretto corporeo della vittima attinto dall'agente sia sessualmente indifferente, ma a condizione che la porzione del corpo che l'agente pone a contatto con quello della vittima sia connotata da valenza sessuale. (In motivazione, la Corte ha ritenuto che integra la condotta - e non il tentativo - di violenza sessuale il comportamento da parte dell'imputato che, dopo aver alzato ripetutamente il vestito indossato dalla vittima, le aveva toccato le cosce con l'intenzione di raggiungere parti più intime). (Rigetta, App. Catanzaro, 21/06/2017)

FONTI

CED Cassazione, 2018

ass. pen. Sez. III, 12-04-2018, n. 38925
O.F.

VIOLENZA SESSUALE Violenza sessuale in genere

tema di violenza sessuale, la differenza di età tra l'agente e la persona offesa, quale dato singolarmente considerato, non può rappresentare indice chiaramente sintomatico dell'impossibilità di ravvisare nel fatto caratteristiche lievi integranti la circostanza attenuante prevista dall'art. 609 bis, comma 3, c.p.

FONTI

Dir. Pen. e Processo, 2018, 10, 1268 nota di CORBETTA

Cass. pen. Sez. IV, 04-05-2018, n. 36742
D.A.E.

ATTI OSCENI E CONTRARI ALLA PUBBLICA DECENZA
VIOLENZA SESSUALE Violenza sessuale in genere

Il compimento di atti di masturbazione in presenza di terzi costretti ad assistervi, senza che vi sia alcun contatto con i genitali o le zone erogene della persona presente, non configura il delitto di violenza sessuale quanto il delitto di atti osceni o quello di violenza privata, sempre che ne sussistano le condizioni.

FONTI

Dir. Pen. e Processo, 2018, 10, 1267 nota di CORBETTA

Cass. pen. Sez. III, 29/05/2018, n. 43553
K.H.

VIOLENZA SESSUALE Violenza sessuale in genere

Tentare di baciare una persona sulla bocca senza il consenso di questa configura tentativo di violenza sessuale di cui all'articolo 609 bis c.p. Oltre a condotte che possiedono un'evidente carica sessuale, infatti, vi sono atti la cui valutazione

"sessuale" deve essere valutata casa per caso, in relazione al particolare contesto in cui si inserisce la condotta e/o alla natura dei rapporti che intercorrono con il suo autore o alla natura della prestazione. In casi del genere, la natura "sessuale" dell'atto deve essere valutata secondo il significato "sociale" della condotta, avuto riguardo all'oggetto dei toccamenti, ma anche - quando ciò non sia sufficiente - al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale.

FONTI

Massima redazionale, 2018

Cass. pen. Sez. III, 27/09/2018, n. 57515

G.C.

CIRCOSTANZE DEL REATO Circostanze speciali **VIOLENZA SESSUALE**

Violenza sessuale in genere

In tema di violenza sessuale, ai fini della configurabilità della circostanza per i casi di minore gravità, occorre una valutazione globale del fatto, in cui assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le sue caratteristiche psicologiche in relazione all'età, così da potere ritenere che la libertà sessuale della vittima sia stata compressa in maniera non grave, e che il danno arrecato alla stessa anche in termini psichici sia stato significativamente contenuto.

FONTI

Massima redazionale, 2018

ATTI OSCENI IN LUOGO PUBBLICO E TUTELA DEL MINORE

di Sofia Braschi(*)

Cass. pen. Sez. III Sent., 22 giugno 2017, n. 49550

Le più recenti modifiche subite dall'art. 527 c.p. inducono la Corte di cassazione a individuare il bene giuridico tutelato dal reato di atti osceni nella "privacy sessuale" dei minori. Dopo aver dato conto dell'evoluzione del quadro normativo, il presente contributo esamina la ricostruzione offerta dalla pronuncia in commento e analizza il problema della rilevanza penale delle condotte di ostensione di materiale pornografico a minori.

The most recent reforms experienced by art. 527 pen. cod. lead the Supreme Court to identify the legal interest protected by the felony of obscene acts in public on children's "sexual privacy". After describing the evolution of the criminal law provisions, the paper examines the decision and analyses the issue whether the exhibition of pornographic material should be punished or not.

Sommario: Introduzione - L'originario assetto codicistico - (Segue) Le modifiche più recenti - La "privacy sessuale" come possibile bene giuridico della fattispecie di atti osceni - I limiti della ricostruzione in chiave personalistica della fattispecie di atti osceni - La soluzione del caso di specie - Osservazioni conclusive

Introduzione

Nei pressi di una scuola media un anziano mostra ad alcuni bambini un'immagine a contenuto sessuale, rivolgendo loro la seguente domanda: "Sapete cos'è il porno?". Condannato in primo grado per corruzione di minorenne, in appello l'imputato viene ritenuto responsabile del più tenue reato di atti osceni in luogo pubblico. La pronuncia qui riportata, con la quale la Corte di Cassazione conferma la sentenza di condanna, si segnala all'attenzione per due ragioni. Anzitutto essa tratta il problema del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di atti osceni, affermando che, a seguito del recente intervento di depenalizzazione, il reato sanzionato dall'art. 527 c.p. deve ritenersi posto a tutela di un interesse di natura personale, il "pudore dei minori" inteso come "privacy sessuale" degli stessi. In secondo luogo la sentenza affronta la questione della rilevanza penale delle condotte di ostensione di materiale pornografico a soggetti minori. È noto come prima della riforma operata dalla L. 1° ottobre 2012, n. 172, la giurisprudenza avesse escluso la riconducibilità delle condotte di esibizione di materiale pornografico alla nozione di "atto sessuale" e ne avesse pertanto negato la punibilità alla luce del reato di corruzione di minorenne(1). A poco più di cinque anni dall'introduzione del comma 2 dell'art. 609 quinquies c.p., che sanziona "chiunque fa assistere una persona minore degli anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o subire atti sessuali", i giudici di legittimità ritengono invece che tali condotte, in assenza del dolo specifico richiesto dalla fattispecie di corruzione di minorenne, siano riconducibili al concetto di "atto osceno" e dunque siano punibili a norma dell'art. 527 c.p.

Prima di soffermarci su tali problemi e valutare la correttezza delle risposte date dalla S.C., conviene gettare uno sguardo sul quadro normativo, dando conto in particolare dei cambiamenti che hanno interessato i reati di atti osceni in luogo pubblico e corruzione di minorenne.

L'originario assetto codicistico

Il codice penale del 1930 non riservava una particolare attenzione alle esigenze di tutela del minore, perlopiù rimesse alle medesime fattispecie applicabili nei confronti degli adulti; soltanto il Titolo IX del Libro II del codice penale, intitolato "Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", prendeva in considerazione la peculiare

posizione di vulnerabilità del minore, sanzionando tramite apposite incriminazioni le offese alla sua libertà sessuale(2).

Proprio all'interno del Titolo IX si trovavano le fattispecie di atti osceni (art. 527 c.p.) e di corruzione di minorenni (art. 530 c.p.) che, accomunate dal bene giuridico di categoria, differivano però per l'oggettività specifica tutelata, essendo l'una incriminazione strumentale alla repressione di condotte offensive di un bene di natura marcatamente pubblicistica, il pudore inteso come sentimento collettivo(3), e l'altra orientata alla protezione di un bene pertinente alla persona, cioè l'"onore sessuale" del minore(4). Vero è che nel codice del 1930 interessi individuali e super-individuali tendevano a sovrapporsi, essendo la libertà sessuale considerata non come valore in sé, ma come bene funzionale a una superiore istanza di moralità collettiva(5); in questa prospettiva, si comprende l'inserzione della fattispecie di corruzione di minorenni all'interno del Capo I del Titolo IX, la quale infatti era intesa a rimarcare la rilevanza pubblicistica dell'interesse a preservare la "purezza" dei minori(6). Peraltro, anche le norme in materia di osceno tenevano conto della peculiare situazione dei soggetti in giovane età, inclini a risentire conseguenze negative dalla precoce stimolazione a esperienze sessuali; sulla scorta di tale considerazione, infatti, l'art. 529, comma 2, c.p. sanzionava (e sanziona tutt'ora) la vendita ai minori di opere d'arte o di scienza oscene non sorretta da ragioni di studio(7). Ciò nondimeno, fra le due incriminazioni sussisteva una fondamentale diversità di prospettiva, che rendeva giustificata l'applicazione della disciplina del concorso di reati nel caso in cui con una stessa azione fossero integrate entrambe le disposizioni incriminatrici(8). Mentre infatti l'art. 527 c.p. s'incentrava sull'attitudine della condotta a raggiungere una pluralità di soggetti, e quindi sulla diffusività dell'offesa, il reato di corruzione di minorenni, sanzionando la strumentalizzazione del minore a scopi di soddisfacimento sessuale, accoglieva una dimensione individualistica, come del resto dimostrava il rimando operato dalla clausola di riserva agli artt. 519, 520 e 521 c.p., rispetto ai quali l'incriminazione assumeva una posizione sussidiaria(9). Questa distinzione fra dimensione pubblicistica e privatistica della tutela penale della sessualità non fu messa in discussione dalla L. 26 febbraio 1996, n. 66, la quale anzi, abbandonando la prospettiva eticizzante accolta dal legislatore del 1930, accentuò le differenze fra le due fattispecie in esame. Da un lato, infatti, fu abrogata la maggior parte delle disposizioni incriminatrici di cui si componeva il Titolo IX, del quale rimasero in piedi soltanto i reati di atti e pubblicazioni oscene (artt. 527 e 528 c.p.); dall'altro, la fattispecie di corruzione di minorenne - più correttamente definita al singolare - fu trasferita all'interno dei delitti contro la persona(10). All'allontanamento topografico dei due reati seguì però un avvicinamento sul piano criminologico: attraverso l'espunzione delle condotte comportanti un coinvolgimento attivo del minore e l'introduzione del dolo specifico, il nuovo art. 609 quinquies c.p. venne a sanzionare esclusivamente gli atti

esibizionistici commessi ai danni del minore, così sanzionando un fenomeno - l'esibizionismo - in parte sovrapponibile a quello punito dall'art. 527 c.p.(11).

(Segue) Le modifiche più recenti

È a partire dalla L. 3 agosto 1998, n. 269, che il quadro normativo va incontro a più significative modificazioni. Sollecitato dall'accresciuta sensibilizzazione dell'opinione pubblica intorno alle esigenze di protezione dei fanciulli e dall'assunzione di obblighi a livello sovranazionale, il legislatore interviene infatti inasprendo le pene previste per i reati comuni, se commessi ai danni di minori, e introducendo nuove incriminazioni specificamente intese a tutelare tali soggetti. Il minimo comune denominatore dei molteplici provvedimenti succedutesi negli anni è lo scopo di proteggere il sereno sviluppo del minore, sanzionando tutte le condotte dotate di un'incidenza negativa, secondo quando suggerito dalle scienze psicologiche. In tale contesto un'attenzione particolare è però riservata alle offese concernenti la sfera della sessualità, le quali vengono prese in considerazione in una nuova prospettiva soggettiva: la tutela penale si polarizza infatti attorno a un determinato tipo d'autore, il pedofilo, inteso come colui che è portatore di tendenze sessuali riprovevoli e pericolose, perché capaci di evolvere nella commissione di abusi ai danni di fanciulli(12). Alla normativa previgente, costruita in funzione della particolare condizione di vulnerabilità della vittima, se ne aggiunge così un'altra incentrata sulle caratteristiche dell'autore, di talché componenti oggettive e soggettive si aggrovigliano, non di rado rendendo equivoco il messaggio normativo.

Ciò premesso in generale, risale alla L. 15 luglio 2009, n. 94, la prima modifica all'art. 527 c.p., mediante l'introduzione, al comma 2, di una circostanza aggravante nel caso in cui i fatti siano commessi "all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano". La novella è inserita all'interno di un provvedimento ispirato a una logica securitaria e non specificamente volto alla tutela dei minori, i quali sono presi in considerazione insieme ad anziani, disabili e donne, soltanto in quanto soggetti particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione(13). Tale dato spiega perché l'aggravante, di per sé in armonia con le disposizioni codicistiche in materia di osceno, che già davano rilievo alle peculiari esigenze di tutela dei fanciulli, presenti vari profili di irragionevolezza. Non solo infatti la disposizione non fa alcun riferimento all'età infraquattordicenne del minore, considerata dal legislatore quale soglia della maturità sessuale(14), ma soprattutto da essa deriva una pena più severa rispetto a quella allora stabilita per la fattispecie di corruzione di minorenne, a dispetto della più grave offesa sanzionata da quest'ultimo reato(15). Grazie poi alla L. n. 172 del 2012, che aumenta la pena prevista dall'art. 609 quinquies c.p., tale evidente difetto di coordinamento viene eliminato; mentre a seguito dell'intervento di depenalizzazione attuato dal

D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 - e questo rappresenta l'epilogo della storia dell'art. 527 c.p. -, il reato di atti osceni contempla soltanto l'ipotesi introdotta dalla novella del 2009.

Quanto invece alla corruzione di minorenne, sempre alla L. n. 172 del 2012, di attuazione della Convenzione di Lanzarote, si devono le modifiche più significative; oltre all'incremento della pena prevista per l'ipotesi di compimento di atti sessuali in presenza di minore, il provvedimento in parola introduce un'ulteriore fattispecie, che sanziona colui che "fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali". La novella è sollecitata dalla dottrina sul presupposto della lacunosità della disciplina previgente, che non menzionava l'ostensione di materiale pornografico, ritenuta parimenti nociva per lo sviluppo del minore(16); tuttavia, l'esito dell'intervento normativo è deludente, a causa dell'ambiguità dell'incriminazione e della sua limitata capacità operativa.

Il dolo specifico della nuova fattispecie, infatti, conferisce al tipo una connotazione fortemente soggettiva, di talché le condotte vengono prese in considerazione essenzialmente per il loro carattere sintomatico della pericolosità dell'autore. Soltanto in questa prospettiva di svuotamento della dimensione oggettiva del fatto si può comprendere la parificazione sanzionatoria dell'ipotesi in esame a quella incriminata al comma 1, posto che, nell'ottica del pregiudizio allo sviluppo del minore, la fattispecie dovrebbe risultare più gravemente sanzionata, richiedendo una visione effettiva e non solo potenziale degli atti sessuali(17). Inoltre, ancora il dolo specifico conferisce all'incriminazione una funzione di anticipazione della tutela rispetto al reato di cui all'art. 609 quater c.p., con la conseguenza che "la tipicità ha da essere comunque esclusa quando spettatore sia un minore che, per la sua piccola età, non possa ricevere dal turpe spettacolo alcun particolare impulso ad assoggettarsi o compiere atti sessuali, ma soltanto un'indistinta inquietudine"(18). Da ultimo, occorre ricordare che il quadro normativo è stato ulteriormente complicato dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 139; in attuazione della Dir. 2011/92/UE, "relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile", sono state infatti introdotte tre nuove circostanze aggravanti speciali. Ancora una volta l'intervento normativo dà prova dell'insipienza del legislatore, che riproduce pedissequamente le disposizioni dell'atto eurounitario, senza preoccuparsi di coordinarle con la normativa previgente, e per tale motivo approda a esiti paradossali. Esemplare in questo senso è la circostanza contenuta nell'art. 609 quinquies, comma 3, lett. c), c.p., il quale prevede che la pena è aumentata "se il reato è commesso con violenze gravi": a seguito della modifica infatti risulta che, mentre nell'ipotesi in cui il minore è costretto con violenza ad assistere al turpe spettacolo il reo risponde dei reati di corruzione di minorenne e violenza privata in concorso formale fra loro(19), nel

caso di violenze gravi dovrebbe trovare applicazione il più favorevole regime previsto dalla fattispecie di nuovo conio(20).

La "privacy sessuale" come possibile bene giuridico della fattispecie di atti osceni

Nella cornice di cui si è appena dato conto s'inscrive la pronuncia in commento, la quale mette in discussione la tradizionale concezione del "pudore" come bene giuridico collettivo, consistente nel comune sentimento di verecondia che accompagna le manifestazioni attinenti la sfera sessuale. Invero, l'odierna presa di posizione dei giudici di legittimità affonda le sue radici nel lungo percorso evolutivo vissuto dalle fattispecie in materia di osceno. La prima crepatura dell'impostazione accolta dal codice del 1930 risale infatti alla giurisprudenza che, a partire soprattutto dai primi anni novanta, nell'intento di adeguare l'assetto normativo al mutato costume sociale, aveva progressivamente eroso la tutela predisposta dal legislatore fascista, spostando il baricentro dell'incriminazione sull'assenza di consenso alla sollecitazione sessuale da parte dei soggetti raggiunti dall'atto o oggetto osceno e così implicitamente abbandonando la prospettiva pubblicistica originaria(21).

Nella medesima direzione si era peraltro mossa la dottrina, evidenziando le criticità connesse all'assunzione del sentimento collettivo del pudore a bene giuridico, individuate da un lato nell'eccessivo deficit di determinatezza che affligge questa nozione(22), dall'altro nella sua contrarietà al principio di laicità, il quale si oppone a che lo Stato intervenga a presidio di una delle molteplici morali presenti nell'odierna società pluralista(23). Mentre però alcuni autori avevano mantenuto intatta la tradizionale definizione del bene giuridico, valorizzando invece l'attitudine del concetto di osceno a operare come "limite mobile" in grado di adattare il dettato normativo all'evoluzione sociale(24), altri, in maniera più radicale, proponevano di reinterpretare il concetto di "pudore", trasformandolo da interesse collettivo in bene giuridico individuale(25).

In tale contesto, il passo in avanti compiuto con la pronuncia che si annota trova fondamento, per espressa ammissione dei giudici di legittimità, nelle modifiche normative occorse negli anni più recenti. In passato, invero, la revisione in chiave personalistica del bene "pudore" trovava un ostacolo sia nel disposto dell'art. 528 c.p., che sanzionava condotte troppo lontane dall'offesa al riserbo individuale per poter trovare giustificazione in questa nuova prospettiva(26), sia nelle caratteristiche strutturali del reato di atti osceni - la conformazione in termini di pericolo astratto e la procedibilità d'ufficio(27) -, più rispondenti a una dimensione collettivistica. L'individualizzazione della tutela suggerita già dalla L. n. 94 del 2009 e le modifiche poi apportate dal D.Lgs. n. 8 del 2016 ora spingono invece, secondo la S.C., per l'accoglimento di una definizione personalistica del pudore e, più segnatamente, per

l'individuazione del bene giuridico del reato di atti osceni nella "privacy sessuale" del minore. Indubbiamente dall'attuale assetto normativo, come ridisegnato dai provvedimenti legislativi menzionati, emerge l'idea che la tutela penale del pudore sia condizionata dal carattere generalmente disponibile - e dunque individuale - di tale bene giuridico. All'esito della depenalizzazione, infatti, mantengono rilevanza penale soltanto le condotte che toccano soggetti tendenzialmente incapaci di consentire all'esposizione alla vista di contenuti erotici (i minori e le persone portatrici di handicap a norma della L. 11 febbraio 1992, n. 104(28)) o che, per le modalità pubbliche con le quali sono tenute, appaiono suscettive di raggiungere anche coloro che non acconsentono alla vista di atti sessuali (in questi termini sembra potersi spiegare la parziale depenalizzazione dell'art. 528 c.p.(29)). Inoltre, la ricostruzione personalistica del bene "pudore" sembra altresì suggerita dalla struttura del reato contemplato dall'art. 527 c.p. che, a seguito della trasformazione in illecito amministrativo della fattispecie un tempo prevista dal primo comma, configura un illecito di pericolo concreto, per la cui esistenza si richiede l'effettiva possibilità che le condotte offendano singoli - ancorché indeterminati - soggetti minori.

L'accoglimento della prospettiva suggerita dalla pronuncia in commento impone tuttavia di meglio definire la consistenza del bene "pudore". Anzitutto, non sarebbe convincente individuare questo nel sentimento di riserbo del singolo individuo potenzialmente raggiunto dalle condotte oscene; oltre ai problemi di determinatezza già menzionati occorre infatti considerare che non è compito del diritto penale sanzionare fatti che provocano sensazioni di fastidio(30) e che una siffatta oggettività non sarebbe comunque in grado di legittimare la pena prevista dall'art. 527 c.p. Inoltre, l'incriminazione stenterebbe a trovare la propria giustificazione con riferimento ai minori, atteso che questi, quantomeno nella prima infanzia, sono privi di pudore e dunque non provano disagio alla vista dell'altrui nudità, che anzi sono inclini a ricercare per dar sfogo alla propria curiosità(31). Obiezioni non meno persuasive potrebbero essere rivolte a chi volesse sostenere che nella fattispecie contemplata dall'art. 527 c.p. il bene tutelato è la libertà sessuale del soggetto sottoposto alla vista degli atti osceni. Se, infatti, può ammettersi che le condotte di esibizionismo - cioè le condotte consistenti nel trarre soddisfacimento sessuale dall'altrui presenza - ledono la libertà di autodeterminazione sessuale, qui intesa come diritto a non essere coinvolti senza il proprio consenso in un'attività sessuale, sia pur soltanto come spettatori, non può però dimenticarsi che la fattispecie di atti osceni ha un ambito applicativo più ampio: come visto, essa non prende in considerazione soltanto l'esibizionismo, ma sanziona anche le condotte di semplice incontinenza o scostumatezza, per le quali sarebbe improprio riferirsi al bene della libertà sessuale, non essendo il soggetto coinvolto in alcun rapporto, sia pure del tipo attore-spettatore, con l'autore delle condotte tipiche(32).

Pare pertanto maggiormente corretto affermare, in linea con l'impostazione adombrata dalla dottrina sopra citata e suggerita anche dalla sentenza in commento, che il bene giuridico tutelato dal reato di atti osceni risiede nella "riservatezza sessuale" del soggetto passivo e segnatamente nell'interesse a non essere portato contro la propria volontà a conoscenza di atti che, appartenendo alla dimensione sessuale, rientrano nella sfera privata della persona umana(33); si tratta, in altri termini, di una libertà dal contenuto meno intenso rispetto alla libertà sessuale propriamente detta.

Questa ricostruzione, che meglio si attaglia alla conformazione del tipo criminoso, si dimostra però debole allorché si passa a esaminare il trattamento sanzionatorio previsto per il reato di atti osceni.

I limiti della ricostruzione in chiave personalistica della fattispecie di atti osceni

L'idea che la fattispecie di atti osceni tuteli l'interesse individuale alla "riservatezza sessuale" del minore entra in crisi dinnanzi alla severità del trattamento sanzionatorio per essa attualmente previsto. La pena minacciata dall'art. 527 c.p. (la reclusione da sei mesi e quattro anni e sei mesi) è infatti significativamente superiore a quella stabilita per la fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 660 c.p. (arresto fino a sei mesi o ammenda), che tutela il medesimo bene della riservatezza prendendo anche in considerazione, in assenza di un'apposita incriminazione, le molestie di natura sessuale(34). La pena prevista per il reato di atti osceni risulta, inoltre, di poco inferiore (soli sei mesi, nel minimo e nel massimo) a quella stabilita per la fattispecie di corruzione di minorenne, nonostante in quest'ultima ipotesi si verifichi una ben più intensa offesa alla libertà sessuale del minore, il quale è strumentalizzato a scopi di soddisfacimento sessuale (nell'ipotesi di cui al comma 1) ovvero è destinatario di condotte intrusive della sua riservatezza che preludono a più gravi fatti di abuso fisico (nei casi di cui al comma 2). Proprio questa considerazione spinge a ricercare nel reato di atti osceni una nota di maggior offensività; del resto, gli stessi giudici di legittimità suggeriscono nella pronuncia in commento che la predisposizione di una tutela rafforzata del pudore dei fanciulli risponde alla "necessità [...] di proteggere i minori da qualunque atto di invasione alla loro libertà sessuale, per assicurare loro la possibilità di acquisire consapevolezza della sessualità in un processo di sviluppo armonioso e rispettoso della relativa fase evolutiva". In altri termini, nella prospettiva delineata dalla S.C., la tutela della riservatezza sessuale costituisce uno strumento volto ad assicurare il sano e armonioso sviluppo del minore.

L'assunto merita tuttavia alcuni approfondimenti. Anzitutto, stigmatizzando il compimento di atti osceni che possano essere visti da minori, la norma non sfugge al sospetto di esprimere istanze tabuistiche anziché reali esigenze di tutela(35): se infatti

gli studi empirici riconoscono nel precoce coinvolgimento visivo del minore in esperienze sessuali un episodio traumatizzante, è a dubitarsi del fatto che questo stesso effetto possa essere prodotto dalla semplice casuale osservazione di effusioni fra amanti disattenti, consumate nei pressi di uno dei luoghi individuati dalla norma. Nella prospettiva di tutela del sano sviluppo del minore sarebbe cioè eccessiva la sanzione con la reclusione da sei mesi a quattro anni e sei mesi dei due insegnanti che, approfittando della pausa ricreativa, si lasciassero andare a troppo spinte carezze, correndo il rischio di essere visti da un alunno; ciò nondimeno, tale fatto rientra nel paradigma dell'art. 527 c.p. Inoltre, nell'ottica della tutela del minore appare scarsamente comprensibile la scelta di ancorare l'esistenza del reato al luogo nel quale sono poste in essere le condotte, atteso che ben può accadere che l'offesa sia consumata al di fuori degli ambienti caratterizzati, per destinazione o elezione, dalla frequentazione abituale dei soggetti infradiciottenni(36).

Infine, se realmente il legislatore avesse inteso salvaguardare il sano e armonioso sviluppo dei minori egli sarebbe intervenuto sulla descrizione del tipo criminoso, accordando rilievo, come ha fatto altrove(37), alla "particolare sensibilità" di questi, dal momento che a risultare decisiva nella prospettiva di tutela anzidetta è l'attitudine della condotta a dispiegare conseguenze negative sullo sviluppo del minore, la quale prescinde dal grado di liberalizzazione dei costumi in un determinato momento storico(38). Di converso, a causa della mancata modifica dell'art. 529 c.p., devono ritenersi tipici soltanto gli atti che sono osceni secondo il "comune sentimento del pudore", cioè secondo un parametro socialmente diffuso e che risulta dalla sensibilità sia degli adulti che dei fanciulli(39). Né si potrebbe ovviare all'inerzia del legislatore facendo ricorso, come suggerito dalla sentenza in esame, al parametro del "comune sentimento dei minori" per individuare le condotte tipiche, atteso che ciò contrasta con la lettera della legge. Peraltro, secondo le scienze psicoanalitiche, il pudore è un prodotto dell'educazione e non un sentimento innato che si mantiene costante nel corso della crescita(40); per tale motivo, se s'intendesse rimettere al sentimento dei minori la determinazione delle condotte criminose, si dovrebbe concludere che il giudice sia tenuto di volta in volta a ricostruire il pudore corrispondente al grado di maturazione raggiunto dai fanciulli coinvolti nella vicenda criminale, escludendo l'integrazione del reato laddove questo sia commesso nei pressi di luoghi abitualmente frequentati da soggetti che, per la tenera età, devono ritenersi ancora privi di senso del pudore.

In definitiva, l'attuale conformazione del reato di atti osceni è incongruente rispetto allo scopo della tutela del sano sviluppo del minore. Ciò risulta ancora più evidente se si considera che la fattispecie ha un ambito di operatività maggiore rispetto a quella di corruzione di minorenne, dal punto di vista sia soggettivo che oggettivo: da un lato, come visto, essa non riproduce la limitazione ai soggetti di età inferiore ai quattordici

anni, dall'altro, la nozione di atto osceno è più ampia di quella di atto sessuale, sicché il reato di cui all'art. 527 c.p. potenzialmente ricomprende al suo interno condotte atipiche ai sensi dell'art. 609 quinquies c.p. Tutto ciò considerato, si deve concludere che all'interprete non rimangono che due possibilità: o cercare di giustificare la fattispecie di atti osceni alla luce anche di una superiore istanza di moralità pubblica, soluzione che però non sembra in grado di spiegare il divario che separa l'attuale incriminazione da quelle oggetto di depenalizzazione; oppure optare per un'interpretazione teleologica fortemente restrittiva, che, coerentemente con lo scopo di proteggere il sano sviluppo del minore, conferisca alla fattispecie una funzione di anticipazione della tutela rispetto alla corruzione di minorenne e in conseguenza dia rilievo soltanto alle condotte dotate di un inequivocabile significato erotico e che abbiano un'elevata probabilità di essere viste.

La soluzione del caso di specie

Per un'eterogenesi dei fini, nella pronuncia in esame l'adesione a una concezione personalistica del pudore conduce i giudici di legittimità al risultato di ampliare il perimetro dell'incriminazione. Individuato il bene giuridico nella privacy sessuale del minore, la S.C. afferma infatti la necessità di accertare alla stregua del comune sentimento dei minori l'oscenità delle condotta; rilevato che nel caso di specie "non è tanto la valutazione [...] in ordine all''oscenità' della foto pornografica descritta (una donna nuda con le gambe aperte), ma è piuttosto la condotta che si era estrinsecata con l'esibizione di tale immagine, certamente pornografica, ad un gruppo di bambini delle scuole medie, unitamente all'insinuante domanda: 'sapete cosa è il porno?', a qualificare come osceno [...] l'intero comportamento del ricorrente", i giudici di legittimità confermano la condanna dell'imputato per il reato di atti osceni.

Che il ragionamento della S.C. si risolva in un aggiramento della tipicità del fatto è di palmare evidenza. La prima condotta - l'ostensione della foto pornografica - risulta non conforme alla descrizione normativa del reato di atti osceni, dal momento che consiste non in un'azione oscena, come richiesto dalla legge, ma semmai in un'azione avente un oggetto osceno; nemmeno essa può dirsi tipica ai sensi dell'art. 528 c.p., atteso che esso non contempla - né contemplava - la semplice esibizione fra privati di materiale pornografico. Lo stesso è a dirsi per il secondo brano di fatto preso in considerazione dai giudici di legittimità: anche ammettendo che le esternazioni verbali siano sussumibili all'interno dell'art. 527 c.p.(41), è evidente che la domanda "sapete cos'è il porno?" non configura, secondo il comune sentimento del pudore, un atto osceno, cioè un atto di contenuto erotico, suscettibile di provocare ribrezzo in chi vi assiste(42). Del resto, gli stessi giudici di legittimità, affermando che la "combinazione di immagine-domanda rappresentava l'ammiccante tentativo di intrattenere i minori stessi in una conversazione morbosa, invasiva del riserbo che deve essere garantito ai

minori rispetto ai temi afferenti la sfera sessuale", implicitamente ammettono che nel fatto potrebbe essere ravvisata non un'offesa attuale al pudore del minore ma semmai un tentativo, penalmente irrilevante per via del fatto che l'art. 56 c.p. non è applicabile al reato di atti osceni(43).

In conclusione, nel caso di specie non risultano integrati gli estremi della fattispecie di cui all'art. 527 c.p.(44) e la condanna dell'imputato è il frutto dell'estensione analogica dell'incriminazione; al massimo, nel fatto avrebbe potuto riconoscersi una violazione dell'art. 660 c.p., presidiato dalla ben più tenue sanzione dell'arresto fino a sei mesi o dell'ammenda.

Osservazioni conclusive

Considerato che l'interpretazione dell'art. 527 c.p. offerta dalla S.C. nel caso di specie discende dalla volontà di punire l'esibizione di materiale pornografico a minori pur a fronte della mancanza di un'apposita fattispecie incriminatrice, appaiono opportune alcune riflessioni conclusive circa il trattamento giuridico di tali condotte.

Come visto, intervenendo sull'art. 609 quinquies c.p., il legislatore del 2012 ha attribuito rilievo all'ostensione di materiale pornografico a minore in una prospettiva soggettiva, ponendo l'accento non tanto sulla obiettiva offensività di tale condotta, quanto sul suo carattere sintomatico di pericolosità sociale; per tale motivo, in mancanza della finalità di indurre il minore a compiere o a subire atti sessuali, essa non configura alcun illecito penale. Alla base di questa impostazione vi è forse la considerazione che gli studi empirici, mentre non sono univoci nell'affermare la dannosità per il minore dell'esposizione alla vista di contenuti pornografici(45), indicano che l'offerta di tale materiale costituisce spesso un mezzo utilizzato per convincere la vittima a cedere al compimento di atti sessuali(46), sicché la condotta ha un indubbio valore indiziante la pericolosità sociale del suo autore. Tuttavia è evidente che, rispetto all'obiettivo perseguito dagli interventi legislativi più recenti di proteggere il sano sviluppo dei fanciulli, evitandone qualsivoglia contatto di natura sessuale con gli adulti, l'attuale assetto normativo suscita perplessità. Dagli studi prima menzionati emerge infatti che la precoce visione di contenuti pornografici può avere un impatto negativo sulla crescita del minore, mentre la difficoltà di accertare la finalità perseguita dal reo può rendere di fatto inoperativa l'attuale fattispecie di cui all'art. 609 quinquies c.p. anche nei casi in cui le condotte siano effettivamente prodromiche, secondo l'intenzione del loro autore, alla commissione del più grave reato di cui all'art. 609 quater c.p. Inoltre, il codice penale e la legislazione complementare contengono già norme volte a evitare che i minori abbiano accesso a contenuti pornografici, sicché può apparire poco giustificata l'esclusione della

punibilità nei casi anzidetti. L'art. 528 c.p., in combinato disposto con l'art. 1, comma 3, L. 17 luglio 1975, n. 355(47), sanziona infatti chi vende materiale pornografico a un soggetto infrasedicenne; nella stessa prospettiva l'art. 14, L. 8 febbraio 1948, n. 47, e l'art. 1, L. 12 dicembre 1960, n. 1591, estendono le pene previste dall'art. 528 c.p. alle condotte relative a scritti o pubblicazioni comunque in grado di turbare la sensibilità dei minori(48), e da ultimo gli artt. 7 e 8, D.Lgs. 7 dicembre 2017, n. 203, predispongono un meccanismo di classificazione delle opere cinematografiche e audiovisive in base alla loro idoneità a essere viste da un pubblico minore, sanzionando in via amministrativa sia chi non rispetta tali procedure sia il titolare della sala cinematografica che consenta l'accesso dell'infraquattordicenne o dell'infradiciottenne alle proiezioni a lui rispettivamente vietate.

Alla luce di queste considerazioni, viene da chiedersi se non sia opportuno sanzionare (ovviamente con una pena inferiore a quella prevista per l'attuale reato di corruzione di minorenne) l'intenzionale esibizione di materiale pornografico al minore di anni quattordici o eventualmente di anni sedici(49), anche in assenza del dolo specifico di indurlo a compiere o a subire atti sessuali(50). Fermo restando il problema, che non è possibile affrontare in questa sede, della riformulazione della fattispecie di cui all'art. 609 quinquies, comma 2, c.p., parrebbe invero auspicabile un'incriminazione incentrata sulla obiettiva offensività delle condotte di ostensione di materiale pornografico a minore ché, grazie anche alle sanzioni accessorie e alla misura di sicurezza previste dall'art. 609 novies c.p., andrebbe a soddisfare le esigenze di tutela emerse nella prassi, arginando al contempo il ricorso a forzature del dato normativo come quella proposta dalla sentenza esaminata(51).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (double blind).

(1) Cass., Sez. III, 2 aprile 1999, n. 4264, in Foro it., 1999, II, 517 ss., con nota di Fiandaca; in questa Rivista, 2000, 838 ss., con nota di Schincaglia; in Guida dir., 1999, n. 19, 59 ss., con nota di Chiaravolo. In dottrina, per la non riconducibilità delle condotte di ostensione di materiale pornografico alla fattispecie di corruzione di minorenne, prima della riforma del 2012 B. Romano, I delitti contro la sfera sessuale della persona, 2009, 286; Veneziani, Corruzione di minorenne (art. 609-quinquies), in Cadoppi - Canestrari - Manna (a cura di), Trattato di diritto penale. Parte speciale, IX, 2011, 184 ss.

(2) S'intende far qui riferimento alle fattispecie di ratto a fine di matrimonio (art. 522 c.p.) e di libidine (art. 523 c.p.), che prevedevano un aumento di pena nel caso in cui il fatto fosse commesso ai danni di un minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni, e di ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma, a fine di libidine o

di matrimonio (art. 524 c.p.); peraltro, le particolari esigenze di tutela del minore erano prese in considerazione anche dagli artt. 529 e 530 c.p., dei quali si dirà infra.

(3) Così Manzini, Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930, VII, 1936, 370; Pannain, L'oggettività giuridica dei delitti contro la "moralità pubblica", in Studi in memoria di A. Rocco, II, 1952, 285; Maggiore, Diritto penale. Parte speciale, v. II, t. I, 1958, 579; Latagliata, Atti osceni e atti contrari alla pubblica decenza, in Enc. dir., IV, 1959, 53; M. Mazzanti, Osceno, in Noviss. Dig. it., XII, 1968, 242; cfr. Grispigni, Atti osceni, in Noviss. Dig. it., I, 1937, 1137, secondo il quale il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di atti osceni è il pudore "del numero indeterminato di persone che potrebbero vedere"; Antolisei, Manuale di diritto penale. Parte speciale, I, 19573, 376, per il quale il riferimento al pudore pubblico "può ammettersi, purché resti ben chiaro che non si tratta di un sentimento della collettività, diverso da quello degli individui che la compongono, bensì del sentimento dei singoli, considerato in quanto ad essi è comune".

(4) Così Manzini, op. cit., 420; cfr. Antolisei, op. cit., 386, secondo il quale "scopo dell'incriminazione è senza dubbio di impedire la corruzione sessuale degli adolescenti [...], però, la norma incriminatrice mira anche a proteggere il minore, il quale, per l'inesperienza derivante dalla sua immaturità, può essere facilmente trascinato, con false promesse e lusinghe, sulla via del disonore"; Maggiore, op. cit., 591: "Oggetto dell'incriminazione è l'interesse pubblico che non sia depravato l'animo del minore, col fomentare ed aizzare in lui precocemente tendenze libidinose". Nella dottrina più recente, per una lettura che privilegia l'interesse alla "fisiologica evoluzione della personalità psico-sessuale" del minore, Petrone, Moralità, in Enc. dir., XXVII, 1977, 68; Fiandaca, Corruzione di minorenni, in Enc. giur., IX, 1988, 1.

(5) In questi termini Padovani, Art. 1, in Cadoppi (a cura di), Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia, Padova, 19992, 6.

(6) Così chiaramente Saltelli - Romano di Falco, Commento teorico-pratico del nuovo codice penale, II, t. II, Roma, 1930, 772.

(7) Sul punto Bricola, Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni, in Riv. it. dir. proc. pen., 1960, 752 s., secondo il quale la disposizione tutela non "il pudore in sé per sé, ma come vestibolo, posto finalisticamente ad evitare la corruzione sessuale" (pudore in senso dinamico), tenendo in considerazione la "immaturità dei soggetti che vengono in possesso dell'opera, la quale irradia su tutta la condotta un carattere di pericolosità per il bene tutelato" (758). In termini critici sulla distinzione fra "pudore in senso statico" e "pudore in senso dinamico", come beni rispettivamente tutelati dall'art. 527 e dagli

artt. 528 e 529, comma 2, c.p., Fiandaca, Problematica dell'osceno e tutela del buon costume, 1984, 18 ss.

(8) In giurisprudenza il concorso apparente di norme fra gli artt. 527 e 530 c.p. è escluso da Cass., Sez. III, 6 dicembre 1984, n. 10898; conf., con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 609 quinquies c.p., Cass., Sez. III, 23 gennaio 2009, n. 3196; Id., Sez. III, 23 settembre 2009, n. 37068. In dottrina Manzini, op. cit., 382; Antolisei, op. cit., 382; Maggiore, op. cit., 582.

(9) Cfr. Picotti, Art. 6, in Commentari delle norme, cit., 241, secondo il quale l'orientamento della fattispecie di corruzione di minorenne alla protezione dell'onore sessuale o purezza del minore spiegava "solo ideologicamente" la collocazione dell'incriminazione; v. anche 252, ove si sottolinea la "necessaria dimensione intersoggettiva del fatto tipico".

(10) Per una panoramica sul provvedimento, per tutti, Bertolino, La riforma dei reati di violenza sessuale, in St. iur., 1996, 401 ss.

(11) La sovrapposizione è soltanto parziale, in quanto l'art. 527 c.p. sanzionava (e sanziona oggi) anche le semplici forme di scostumatezza, realizzate senza alcun intento esibizionistico; sulla caratterizzazione criminologica del reato di atti osceni Fiandaca, Problematica dell'osceno, cit., 119 ss.

(12) È importante sottolineare che nei provvedimenti normativi intervenuti in questa materia a partire dalla già citata L. n. 269 del 1998 si assiste a una tendenziale identificazione del pedofilo con colui che abusa del minore; in questa prospettiva si comprende, ad esempio, l'art. 600 quater.1 c.p., che sancisce la punibilità delle condotte di cui agli artt. 600 ter e 600 quater c.p. commesse su materiale pedopornografico "virtuale". Come rileva Gulotta, Aspetti psico-giuridici del comportamento pedofilo, in de Cataldo Neuburger (a cura di), La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici, 1999, 243 s., tale operazione è errata, perché "se la pedofilia è un'attrazione sessuale per i bambini e la persona con tale tendenza la definiamo pedofilo, l'abuso sessuale su minore si riferisce invece all'azione di recare danno ad un minore attraverso comportamenti sessualmente connotati". Sul tema, ampiamente, B. Romano, Pedofilia, in Dig. disc. pen., App. agg., II, 2004, 603 ss.

(13) Scopo del provvedimento, fra gli altri, è infatti quello di "colpire in maniera più efficace reati di gravità anche molto diversa fra loro, ma tutti tali da contribuire al disfacimento del tessuto sociale e alla diffusione di un sentimento di insicurezza collettiva, specialmente tra gli strati più poveri e deboli della collettività nazionale" (Relazione delle commissioni permanenti 1a e 2a riunite, A.S. n. 733-A). Per una disamina critica del provvedimento, con particolare riferimento al "protagonismo" della vittima debole, ritenuta "la più 'opportuna' da difendere, perché capace di

suscitare sentimenti incontrastati di pietà collettiva e quindi di consenso", Pavarini, Introduzione: la metafora della guerra e la democrazia di sicurezza, in Jus 17, 2010, 251 ss.

(14) In termini critici su questo difetto di coordinamento fra l'art. 527 e l'art. 609 quinquies c.p. Donini, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in Cadoppi (a cura di), Laicità, valori e diritto penale, 2010, 85, nt. 90.

(15) Denuncia l'irrazionalità del quadro normativo risultante dalla novella del 2009 Scalia, Le modifiche in materia di tutela dei minori, in questa Rivista, 2009, 1222 s.; sul punto anche E. Mazzanti, La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma, in Cass. pen., 2012, 2774.

(16) Per tutti B. Romano, I delitti contro la sfera sessuale, cit., 286.

(17) Rileva tale contraddizione Vallini, Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia", in questa Rivista, 2013, 158, secondo il quale la minor offensività dal punto di vista obiettivo delle condotte incriminate dall'art. 609 quinquies, comma 2, c.p. è "tutta da verificare"; toni critici si rinvengono anche in Veneziani - De Bonis, I delitti sessuali contro i minorenni, in Cadoppi - Veneziani (a cura di), Elementi di diritto penale. Parte speciale, v. II, t. I, 2014, 85. Cfr., in termini meno problematici, Consulich, Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore, in St. iur., 2013, 803. In una diversa prospettiva Fiandaca - Musco, Diritto penale. Parte speciale, II, t. I, 20134, 264, i quali ritengono irragionevole la parificazione delle due condotte sanzionate dal comma 2 dell'art. 609 quinquies c.p.

(18) Vallini, op. cit., 159. Il presupposto di questa ricostruzione è la necessità, oggi ampiamente condivisa, di non considerare il dolo specifico alla stregua semplicemente di una particolare tipologia di elemento soggettivo, ma come "un essenziale momento teleologico di integrazione e completamento della tipicità oggettiva del fatto di reato" (Picotti, Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali, 1993, 558).

(19) In questa ipotesi, infatti, dovrebbe applicarsi la pena della corruzione di minorenne, aumentata fino al triplo per la violenza privata; sulla configurabilità del concorso formale fra i reati di cui agli artt. 609 quinquies e 610 c.p., nel caso in cui il minore sia costretto con violenza o minaccia ad assistere ad atti sessuali, Bertolino, sub art. 609 quinquies, in Forti - Seminara - Zuccalà, Commentario breve al codice penale, 20176, 2042.

(20) Nella stessa prospettiva si legga anche l'art. 609 quinquies, comma 3, lett. c), c.p., il quale prevede che la pena è aumentata "se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave": in base a tale previsione, mentre nel caso di più violazioni in continuazione fra loro trova applicazione la pena della reclusione da uno a cinque anni, aumentata fino al triplo, nel caso in cui alla reiterazione delle condotte faccia seguito la verificazione di un pregiudizio per il minore l'aumento della pena dovrebbe avvenire entro il limite di un terzo; all'evidenza si tratta di un esito del tutto irragionevole, la cui verificazione sarà scongiurata soltanto dalla pratica impossibilità di accertare l'eziologia del "pregiudizio grave" richiesto dalla circostanza.

(21) Le tappe fondamentali di questo percorso sono costituite da Cass., SS.UU., 13 gennaio 1992, n. 18; Id., SS.UU., 17 maggio 1995, n. 5606; Corte cost. 27 luglio 1992, n. 368; per una disamina più approfondita Farina, Il reato di atti osceni in luogo pubblico: tensioni interpretative e prospettive personalistiche nella tutela del pudore, in questa Rivista, 2005, 870 s., il quale evidenzia l'intima contraddittorietà dell'impostazione accolta dalla giurisprudenza che individua il bene giuridico dei reati di cui agli artt. 527 e 528 c.p. nel comune sentimento del pudore e al contempo ritiene inoffensivi gli atti o le pubblicazioni osceni nel caso in cui il soggetto si esponga volontariamente alla loro visione.

(22) Sottolinea l'indeterminatezza del concetto di "sentimento" Donini, op. cit., 81; con riferimento specifico al buon costume Fiandaca - Musco, op. cit., 124.

(23) Così Fiandaca, Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale, in Stile (a cura di), Bene giuridico e riforma della parte speciale, 1985, 11 ss.; in maniera problematica sulle reali capacità di contenimento della tutela penale del principio di laicità de Maglie, Punire le condotte immorali?, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 952 ss.

(24) Così Campagnoli, op. cit., 1061 ss. Sul punto cfr. già Musco, Comune sentimento del pudore e art. 25 comma 2 Cost., in Riv. it. dir. proc. pen., 1970, 1245 ss.

(25) In questa direzione muoveva già la riflessione di Fiandaca, Problematica dell'osceno, cit., 105 ss.; nella letteratura successiva Zaza, Atti osceni e contrari alla pubblica decenza, in Enc. giur., III, 1988 2; Farina, op. cit., 874 ss.; Donini, op. cit., 85; E. Mazzanti, op. cit., 2766 ss.

(26) Sulla difficoltà di conciliare la ridefinizione in chiave personalistica del pudore con il disposto dell'art. 528 c.p. Fiandaca, Problematica dell'osceno, cit., 111 s.

(27) Invero, il primo elemento è ambiguo, per via del fatto che, "quando vengono in rilievo beni spiritualizzati e a forte connotazione etico-sociale, come nel caso del

'pudore pubblico', la distinzione fra danno e pericolo (sia esso concreto, astratto o presunto), perde significato" (Farina, op. cit., 874); di converso, il secondo ha un più univoco significato nel senso del carattere pubblicistico della tutela. A seguito della depenalizzazione, la persistente procedibilità d'ufficio appare invece giustificabile alla luce di un'esigenza di coordinamento col reato di corruzione di minorenne (anch'esso procedibile d'ufficio) e, più in generale, col fatto che il reato si rivolge alla tutela dei minori.

(28) Come rileva E. Mazzanti, op. cit., 2768 s., questo processo di "individualizzazione" della tutela si apprezza anzitutto sul piano della tecnica legislativa, atteso che l'art. 36 della L. n. 104 del 1992 prevede che "per i reati di cui agli articoli 527 e 628 del codice penale [...] qualora l'offeso sia una persona handicappata la pena è aumentata da un terzo alla metà". A seguito della recente depenalizzazione, che ha lasciato invariato questo articolo, pare preferibile ritenere che, coerentemente con il nuovo ambito applicativo dell'art. 527 c.p. e nonostante la formulazione dell'art. 36 della L. n. 104 del 1992, l'aggravante ivi prevista possa trovare applicazione soltanto nel caso in cui l'offeso sia un minore disabile.

(29) L'art. 2, D.Lgs. n. 8 del 2016 ha infatti depenalizzato le fattispecie contemplate ai commi 1 e 2 dell'art. 528 c.p. e ha lasciato invece intatto il reato di cui al comma 3 del predetto articolo, che punisce chi "1) adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo; 2) dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità".

(30) Sulla necessità di reinterpretare le norme a tutela dei sentimenti come norme che presidiano "la loro obiettivizzazione in situazioni sociali" e conseguentemente intendere la riservatezza e pudore sessuali come "diritto a non essere molestati da manifestazioni invasive di sessualità esplicita di terzi" Donini, op. cit., 80 e 85. In questa direzione da ult., con riferimento al terreno contiguo dei reati a tutela del "sentimento per gli animali", Fasani, L'animale come bene giuridico, in Riv. it. dir. proc. pen., 2017, 742 ss. Nella letteratura tedesca, sull'incapacità di legittimare la tutela penale alla luce della sensazione negativa prodotta dalla visione non voluta di atti sessuali Hörnle, vor par. 183, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, III, 20173, 1673, Rn. 1.

(31) Secondo Freud, Tre saggi sulla teoria della sessualità infantile, 1905, ora in Musatti (diretto da), Opere di Sigmund Freud, IV, 1970, 500 s., "il bambino piccolo è [...] privo di pudore e mostra in certi anni della seconda infanzia un evidente diletto a denudare il proprio corpo, con particolare rilievo per le parti sessuali", mentre di poco successivo è il manifestarsi della curiosità di vedere le altrui nudità.

(32) Si veda retro, nt. 11.

(33) Per questa soluzione sostanzialmente Farina, op. cit., 876; Donini, op. cit., 84 s.; B. Romano, Delitti contro la sfera sessuale, cit., 300 s.; Bacco, Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 1179 s. Il richiamo al concetto di riservatezza deve essere precisato, atteso che nel lessico penalistico per "riservatezza" comunemente s'intende l'"interesse della persona a mantenere nell'ambito della propria sfera privata quegli atti o quelle vicende che la persona stessa desidera restino tali" (Bricola, Prospettiva e limiti della tutela penale della riservatezza, in Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 1088): nella fattispecie in esame, la riservatezza viene in rilievo in una prospettiva, per così dire, inversa, tutelandosi l'interesse del soggetto a che atti appartenenti all'altrui sfera privata rimangano tali. Sul concetto di Privatsphäre nella dottrina tedesca Hörnle, vor par. 183 a, in Münchener Kommentar, cit., 1683, Rn. 1.

(34) Superando l'opinione tradizionale, secondo la quale il reato di molestie tutela l'ordine pubblico, la dottrina individua oggi il bene giuridico presidiato dall'art. 660 c.p. nella "tranquillità personale", intesa come "interesse alla 'privatezza', alla intangibilità e al rispetto della sfera della vita privata" (Basile, sub art. 660, in Dolcini - Gatta (diretto da), Codice penale commentato, III, 20154, 1457). Per l'applicazione del reato di molestie in presenza di condotte a sfondo sessuale che non comportino il contatto fisico con la vittima Cass., Sez. III, 15 giugno 2015, n. 24895; Id., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 40973; Id., Sez. III, 8 luglio 2008, n. 27762. Mette conto sottolineare che, nell'ipotesi di molestie ai danni di un soggetto minore, può trovare applicazione la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 5, c.p., mentre è esclusa l'integrazione delle più specifiche fattispecie di cui ai nn. 11 ter e 11 quinquies, riferite rispettivamente ai delitti contro la persona ovvero ai delitti non colposi contro la vita e l'incolumità personale, contro la libertà personale nonché al delitto di cui all'art. 572 c.p.

(35) Sul tema Adorno, Tabù sessuali e diritto oggi, 1963, trad. it. a cura di D'Agostini - Cerchia, in Quest. crim., 1977, 490, secondo cui "il tabù più forte di tutti [...] è oggi quello che va sotto la voce di 'minorenne' e che già si sfogava quando Freud ha scoperto la sessualità infantile. Il sentimento di colpa, universale e motivato, del mondo degli adulti non può fare a meno di ciò che essi definiscono l'innocenza dei bambini, come della sua immagine speculare e del suo rifugio, ed ogni mezzo per difenderla per loro va bene".

(36) Affermano la necessità che il fatto sia commesso in un luogo abitualmente frequentato da minori, non essendo sufficiente la presenza occasionale del soggetto infradiciottenne, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 2269; Id., Sez. III, 21 giugno 2017, n. 30798; Id., Sez. III, 18 maggio 2017, n. 24598.

(37) In particolare si veda l'art. 14, L. 8 febbraio 1948, n. 47, a norma del quale "le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche alle pubblicazioni destinate ai fanciulli e agli adolescenti, quando, per la sensibilità e impressionabilità ad essi proprie, siano comunque idonee a offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio. Le pene in tali casi sono aumentate"; l'art. 1, L. 12 dicembre 1960, n. 1561, che sanziona "chiunque fabbrica, introduce, affigge od espone in luogo pubblico o aperto al pubblico disegni, immagini, fotografie od oggetti figurati comunque destinati alla pubblicità, i quali offendono il pudore o la pubblica decenza, considerati secondo la particolare sensibilità dei minori degli anni diciotto e le esigenze della loro tutela morale". Peraltro, la giurisprudenza ritiene che gli articoli citati configurino delle fattispecie autonome di reato, dotate di un'oggettività giuridica distinta dal reato di cui all'art. 528 c.p.: con riferimento alla L. n. 47 del 1948 Cass. 8 giugno 1978, n. 7136; con riferimento invece alla L. n. 1561 del 1960 Cass., Sez. III, 27 aprile 1982, n. 4441; Id., Sez. III, 28 maggio 1980, n. 6856; Sez. III, 13 giugno 1978, n. 7492. Per una panoramica sulla giurisprudenza relativa alla tutela del pudore dei minori Venditti, La nozione di oscenità (anche in rapporto alla tutela dei minori) negli sviluppi della giurisprudenza degli ultimi vent'anni, in Giust. pen., 1970, II, 117 ss.; sul significato del riferimento alla sensibilità dei minori, in termini problematici, Righi, Riflessioni sul concetto di osceno, in Giust. pen., 1961, II, 764 ss.

(38) Mette conto sottolineare che le concezioni relative, facenti leva sul "pudore medio" o su quello "dominante" (si veda nota seguente), permettevano di riconoscere alle disposizioni codicistiche una funzione meramente conservativa della morale pubblica: rifiutando il ricorso a parametri etici assoluti, il diritto penale si sarebbe limitato ad assicurare la società contro i rischi di degenerazione morale. Di converso, una volta che si attribuisca all'art. 527 c.p. la funzione di tutelare il sano sviluppo del minore, tali esigenze vengono meno.

(39) È noto che in passato nella definizione del concetto di osceno si sono contese il campo teorie relative e assolute; in dottrina, ove predomina il primo approccio, si vedano, per una definizione del concetto di pudore basata sull'osservazione dei costumi in un dato momento storico, Grispigni, op. cit., 1136; Latagliata, op. cit., 52 s.; M. Mazzanti, op. cit., 242; nel senso del necessario ricorso a parametri deontologici, mediante il riferimento all'"uomo normale", Antolisei, Manuale di diritto penale. Parte speciale, 201616, 755. Più oscillante la posizione della giurisprudenza, per l'analisi della quale si rimanda a Pulitanò, Il buon costume, in Aa.Vv., Valori socio-culturali della giurisprudenza, 1970, 169 ss. e, più di recente, a Farina, op. cit., 868 s. Per una panoramica sulle diverse soluzioni prospettate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, Bassi, sub art. 529, in Codice penale commentato, cit., 2607 ss.; Bertolino, sub art. 529, in Commentario breve, cit., 1740 s.

(40) Si veda retro, nt, 31.

(41) Benché la dottrina perlopiù ammetta la configurabilità del reato di atti osceni (si vedano, per esempio, Grispigni, op. cit., 1136; Latagliata, op. cit., 55; M. Mazzanti, op. cit., 245), non constano applicazioni dell'art. 527 c.p. in ipotesi di sole esternazioni verbali; peraltro, prima della sua abrogazione, a opera della L. 25 giugno 1999, n. 205, la norma doveva fare i conti con la fattispecie contravvenzionale di turpiloquio, sanzionata dall'art. 726, comma 2, c.p.

(42) Si deve sottolineare, con Feinberg, Offence to others, 1985, 127, che "non c'è errore peggiore nel dibattito intorno all''osceno' che identificare questo concetto [...] con quello di pornografia". Mentre infatti può dirsi osceno cioè che generalmente provoca una reazione di disgusto, la pornografia consiste nella rappresentazione di contenuti erotici, volta a suscitare eccitamento in chi vi assiste. Per tale motivo, mentre la pornografia può non essere oscena, in quanto socialmente accettata, possono astrattamente dirsi osceni anche comportamenti o oggetti privi di contenuto erotico.

(43) Sulla non configurabilità del tentativo di atti osceni, per tutti, Bertolino, sub art. 527, in Commentario breve, cit., 1734.

(44) Critica la soluzione proposta dalla S.C. Chibelli, La Cassazione e i "confini" di tipicità del nuovo reato di atti osceni, in Dir. pen. cont., 22 novembre 2017.

(45) Secondo alcuni studi (in particolare si veda Jaffé, Child and adolescent sexual abusers - For a rehabilitative approach driven by scientific evidence, in Aa.Vv. Protecting children from sexual violence - A comprehensive approach, 2010, disponibile sul sito internet www.coe.int, 234 e la letteratura ivi citata) il consumo intensivo di pornografia in età giovanile incentiverebbe la commissione di reati sessuali da parte dei più giovani, in quanto da un lato veicolerebbe un'immagine errata della sessualità e abbasserebbe i freni inibitori e, dall'altro, contribuirebbe all'isolamento e quindi al disadattamento sociale del minore. Secondo altri (si veda Vittoria, Pedofilia, violenza sessuale e pornografia, in La pedofilia, cit., 43 e la letteratura ivi citata) il consumo di materiale pornografico in età adolescenziale non avrebbe alcuna incidenza sulla successiva commissione di abusi sessuali, tantoché gli autori di tali reati consumerebbero materiale pornografico in misura addirittura inferiore a quella del gruppo di controllo. Sul tema cfr. Goldstein - Kant, Pornografia e comportamento sessuale deviante, 1978, 73 ss.

(46) Sull'utilizzo del materiale pornografico come strumento di adescamento del minore si esprime l'Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, reperibile sul sito internet www.coe.int, 23; per maggiori approfondimenti sul fenomeno del child-

grooming, specificamente sanzionato dall'art. 600 undecies c.p., si veda da ult. Salvadori, L'adescamento di minori, 2018, 1 ss.

(47) Ai sensi dell'art. 1, comma 3, L. n. 355 del 1975 la speciale causa di non punibilità prevista per i titolari e gli addetti a rivendita di giornali e di riviste, di libri e pubblicazioni non periodiche non si applica "quando siano esposte, in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico, parti palesemente oscene delle pubblicazioni o quando dette pubblicazioni siano vendute ai minori di anni sedici. In tale caso la pena è della reclusione sino ad un anno".

(48) Si veda retro, nt. 37.

(49) Come visto, infatti, l'art. 1, comma 3, L. n. 355 del 1975 fissa a 16 anni l'età oltre la quale è possibile la vendita a minori di materiale pornografico. Il riferimento a tale soglia potrebbe giustificarsi sul presupposto che sia determinante il momento in cui il consumo di materiale pornografico cessa di essere dannoso per il minore, essendosi completata la sua formazione sessuale (così, con riferimento alla normativa tedesca, Hörnle, vor par. 183 a, cit., 1691, Rn. 6); la previsione di una soglia di età superiore a quella della maturità sessuale, tuttavia, accentuerebbe il carattere "paternalistico" dell'intervento in parola (sul punto infra, nt. 51).

(50) L'impostazione suggerita del testo trova parziale riscontro nell'ordinamento tedesco, che al par. 184 StGB punisce con la stessa pena prevista per gli atti esibizionistici (par. 183 StGB) chiunque, in vario modo, procura al minore materiali pornografici o li rende allo stesso disponibili; per una disamina delle fattispecie si rimanda a Eisele, vor par. 183 e vor par. 184 StGB, in Schönke - Schröder (a cura di), Strafgesetzbuch Kommentar, 201429, 1812 ss.

(51) L'incriminazione apparirebbe giustificata anche nella prospettiva del liberalismo penale anglosassone, nella sua recente rielaborazione ad opera di Joel Feinberg. Secondo il filosofo nordamericano, infatti, l'intervento punitivo statale potrebbe legittimarsi su tre differenti basi: il principio del danno (harm principle), il principio della molestia (offence principle) e il principio del danno a sé stessi (paternalism), quest'ultimo però con esclusivo riferimento ai casi in cui l'azione del soggetto "non è volontaria oppure occorre del tempo per appurare se lo è o non lo è" (si tratta del "paternalismo debole", per il quale Feinberg, Harm to self, 1986, 12). Trovando il suo fondamento nella necessità di salvaguardare il sano e armonioso sviluppo del minore, possibilmente pregiudicato dalla precoce visione di atti sessuali, la fattispecie delineata nel testo si spiegherebbe proprio alla luce di quest'ultimo principio, sicché la limitazione della libertà del minore di accedere a materiali pornografici, frutto dell'incriminazione, dovrebbe ritenersi legittima, considerati altresì l'importanza degli interessi coinvolti e il carattere irrevocabile del danno potenzialmente collegato

alla precoce visione di contenuti sessuali. Per questa lettura, con riferimento al reato di corruzione di minorenne, Cadoppi, Liberalismo, paternalismo e diritto penale, in Fiandaca - Francolini (a cura di), Sulla legittimazione del diritto penale, 2008, 102; per maggiori approfondimenti sul concetto di "paternalismo debole", si vedano anche M. Romano, Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale, in Laicità, valori e diritto penale, cit., 146 ss.; de Maglie, op. cit., 942 ss.

LA VIOLENZA SESSUALE ALLA RICERCA DELLA TASSATIVITÀ PERDUTA

di Alberto Cadoppi

Cass. pen. Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679

c.p. art. 609-bis

La sentenza commentata si segnala per assolvere dal reato di violenza sessuale in un caso di bacio sulla guancia. In questo senso essa apparentemente devia da precedenti pronunce condannatorie in simili ipotesi, ma in realtà ne ripete gli schemi nella motivazione, accogliendo in sostanza la concezione "contestuale-relazionale" degli "atti sessuali". Questa tesi - pur lodevole negli intenti - porta ad una interpretazione della norma ben poco "tassativizzante", e dunque esaspera il difetto di determinatezza della norma stessa, data la mancata definizione degli "atti sessuali" da parte del legislatore. La opposta tesi "anatomico-culturale" pare maggiormente in grado di assicurare tassatività all'art. 609 *bis* nel diritto vivente. Sarebbe però necessaria una riforma dei reati sessuali, volta a differenziare varie fattispecie sia in rapporto al grado di coartazione della vittima sia in rapporto alla tipologia degli atti sessuali commessi.

Sommario: Premessa - La sentenza - Analisi della sentenza - La nozione di "atti sessuali" - La nozione nella giurisprudenza - Per un'interpretazione "tassativizzante" - *De lege ferenda* - Conclusione

Premessa

La sentenza qui commentata torna su un argomento che è diventato quasi un "classico" nell'ambito dell'interpretazione della fattispecie di violenza sessuale di cui all'art 609 *bis* c.p.: ovvero sulla questione della rilevanza penale del bacio come atto sessuale ai sensi dell'articolo predetto[1].

La sentenza, nel caso di specie, giunge ad escludere che uno o più baci sulla guancia costituiscano atti sessuali, e di conseguenza riqualifica il fatto come violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p., rinviando alla Corte d'Appello di Lecce per la commisurazione della pena.

La pronuncia in esame si segnala per essere giunta ad un risultato difforme rispetto a molte altre sentenze precedenti, anche di legittimità. Invero, come è noto, la Cassazione tende ormai ad inquadrare ogni tipo di bacio, persino quelli sulla guancia, nella nozione di atti sessuali di cui all'art. 609 *bis* citato.

Sul tema degli atti sessuali e più in particolare del bacio tornerò tra breve. Preliminarmente all'analisi di questa tematica, è bene ripercorrere in sintesi la

motivazione della sentenza qui annotata nei suoi vari passaggi rilevanti per giungere alla soluzione menzionata.

La sentenza

Il caso di specie su cui la Corte si trovava a giudicare era il seguente: il *reo*, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, mediante violenza - consistita nel porre in essere una condotta insidiosamente rapida e tale da superare l'altrui contraria volontà - aveva costretto una quindicenne a subire ripetuti tentativi, a volte riusciti, di baciarla sulla guancia dopo averla reiteratamente seguita all'uscita dal liceo dalla stessa frequentato. L'imputato aveva ammesso di provare attrazione per la ragazza, che peraltro non conosceva, e al momento del fermo aveva la cerniera dei pantaloni aperta. All'imputato stesso era stata riconosciuta la parziale incapacità di intendere e di volere.

In primo luogo la pronuncia ricorda che il bene giuridico in materia è la libertà sessuale, quale espressione della personalità dell'individuo; essa trova la sua più alta forma di tutela nella proclamazione dell'inviolabilità assoluta dei diritti dell'uomo, riconosciuti e garantiti dalla Repubblica in ogni formazione sociale (art. 2 Cost.), e nella promozione del pieno sviluppo della persona che la Repubblica assume come compito primario (art 3 Cost., comma 2). La libertà sessuale deve considerarsi assoluta e incondizionata, e non può avere rilievo la peculiare intenzione di chi comunque lede tale libertà. Non occorre dunque né alcun dolo specifico, né alcun movente esclusivo in capo all'autore del reato; il disvalore della condotta non deve essere infatti spostato dalla persona che subisce la limitazione della libertà sessuale a chi la viola. E in effetti la nozione di atto sessuale è nozione oggettiva, e non soggettivamente legata alle intenzioni dell'agente. Basta che il reo sia consapevole della natura "sessuale" dell'atto posto in essere. La natura sessuale "appartiene all'elaborazione scientifica ma è anche espressione della cultura di una determinata comunità in un determinato momento storico" e può variare da Paese a Paese secondo costumi e usanze diverse.

La natura sessuale dell'atto deriva "dalla sua attitudine ad essere oggettivamente valutato, secondo canoni scientifici e culturali, come erotico, idoneo cioè ad incarnare il piacere sessuale o a suscitarne lo stimolo". "Secondo la scienza non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica e in base al comune sentire, i genitali, i glutei ed il seno oggettivamente esprimono, più di ogni altra parte del corpo (...) la sessualità".

Varie altre condotte debbono evidentemente essere ritenute di natura sessuale: tra queste la masturbazione, il *petting*, i rapporti orali, vaginali, anali. In certi casi, peraltro, la consuetudine o il particolare contesto può escludere la natura sessuale dell'atto: la sentenza menziona "casi di assistenza alle persone non autosufficienti, atti medici, gesti d'affetto genitoriale, baci sulle guance dati in segno di affetto o di saluto". In questi casi il giudice deve valutare attentamente il fatto al fine di "escludere ogni ragionevole dubbio sul punto".

La sentenza prosegue criticando quell'interpretazione secondo la quale "la nozione di atto sessuale deve essere circoscritta ai soli toccamenti delle zone (immediatamente)

erogene del corpo, con esclusione di tutte le altre". Sottolinea peraltro che vanno escluse "improprie dilatazioni dell'ambito di operatività della fattispecie penale contrarie alle condizioni di sviluppo sociale e culturale nel quale l'atto si colloca".

Determinante, secondo la pronuncia, deve essere il significato "sociale" della condotta, avuto riguardo all'oggetto dei toccamenti, ma anche - quando ciò non sia sufficiente - al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo che sia oggettivamente e socialmente percepibile come tale.

Richiama poi la sent. n. 325 del 2005 della Corte costituzionale, secondo la quale la previsione della attenuante dei casi di minore gravità rende possibile proporzionare la sanzione "nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità".

La sentenza passa ad analizzare il caso di specie relativamente alla qualificazione di atto sessuale dei baci dati alla ragazzina. La Corte critica la sentenza di merito che aveva dato rilievo per tale qualificazione alle modalità repentine ed insidiose della condotta, sottolineando che questo fatto non contribuisce a qualificare l'atto come sessuale, ma esprime solo la "violenza del gesto". Ancora, sottolinea l'irrilevanza dell'attrazione nutrita nei confronti della ragazzina, anch'essa evidenziata dalla Corte d'Appello: ciò sposterebbe indebitamente l'indagine dal momento oggettivo a quello delle intenzioni dell'agente. Quanto alla cerniera aperta dei pantaloni, la Corte non vi attribuisce grande rilievo in quanto elemento non contestuale all'azione ma rilevato solo successivamente.

Tolti di mezzo questi elementi di "contesto", valorizzati invece dalla sentenza di secondo grado, la Suprema corte passa ad analizzare l'unico dato rimanente, ovvero il bacio sulla guancia. E in relazione a questo rileva che la sua "natura di atto sessuale al di là di classificazioni definitorie inammissibilmente autosufficienti non è affatto scontata (ché anzi il bacio sulla guancia è, secondo consuetudine, percepito come manifestazione d'affetto, o dato in segno di saluto); si deve perciò far riferimento, come detto, alle circostanze concrete del caso. Ognuno vede, infatti, che una cosa è baciare repentinamente (ma puramente e semplicemente) una persona sulla guancia, altra è - per esempio - baciare un'alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di essere baciati e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico (questo il caso oggetto della sentenza Sez. III, n. 10248 del 12 febbraio 2014, rv. 258588), o il bacio sulla guancia dato nel tentativo di raggiungere la bocca". A giudizio della Corte di legittimità, nel caso di specie "non v'è dubbio che il semplice e fugace bacio sulla guancia, dato senza alcuna interferenza nella sfera sessuale della vittima non possa essere oggettivamente considerato come "atto sessuale" alla stregua del significato "sociale" che al gesto dell'imputato può essere oggettivamente attribuito".

Per tutti questi motivi, la Corte riqualifica il fatto come una violenza privata di cui all'art. 610 c.p.

Analisi della sentenza

È sembrato opportuno ripercorrere quasi tutte le tappe argomentative della sentenza in esame, perché come emerge chiaramente alla lettura, non si tratta affatto di una sentenza deludente quanto a motivazione. In casi precedenti, giustamente stigmatizzati in dottrina[2], si è risolta sbrigativamente la questione della rilevanza penale di certi "baci" senza provvedere a fornire adeguato supporto giuridico alla soluzione del caso di specie.

La sentenza annotata invero inquadra adeguatamente il delitto di violenza sessuale nel bene giuridico tutelato, e ne trae tutte le opportune conseguenze. Ad esempio va sottolineato il fatto che la pronuncia stessa non cade nell'errore commesso da altre di spostare l'accento sull'impulso erotico del soggetto agente o sui suoi intenti libidinosi[3]. La sentenza accentua invece il rilievo, opportunamente, dell'oggettivo disvalore del fatto in rapporto alla tutela del bene giuridico libertà sessuale. Dà adeguato risalto anche alle scienze medico-psicologiche e antropologico-sociologiche come punti di partenza per definire la nozione di atti sessuali[4]. Non dimentica peraltro, ad anzi sottolinea, il ruolo del contesto concreto dell'episodio[5] che deve essere valutato dal giudice, al fine di risolvere i casi più ambigui e più dubbi in cui non è così palese la natura sessuale dell'atto.

La sentenza - da questo punto di vista - sembra enfatizzare forse anche eccessivamente questo aspetto del contesto e dei rapporti fra i due soggetti unitamente alla valutazione della vicenda complessiva nell'ambito della quale si realizza l'episodio criminoso[6]. In tale prospettiva, la sentenza supera anche quelle tesi, che pure per lungo tempo sono state sostenute dalla Corte di legittimità, che limitano l'estensione degli atti sessuali, a parte le ipotesi più chiare in cui sono attinti organi sessuali o simili, alle cosiddette "zone erogene"[7]. Nella pronuncia qui commentata, invero, si sottolinea che un atto sessuale ben può realizzarsi anche *al di fuori o oltre le zone erogene*, sempreché il contesto e il significato sociale dell'atto ne riveli nel caso concreto la natura sessuale.

Applica comunque coerentemente le argomentazioni sviluppate, andando a verificare se nel caso concreto si potesse ravvisare un atto sessuale. La risposta è in questo caso negativa. Per la Cassazione, questo episodio concreto non evidenziava, soprattutto alla luce del contesto in cui si era sviluppato, alcuna natura sessuale. Qui il protagonista della vicenda si era limitato ad avvicinare una ragazza all'uscita dalla scuola riuscendo in qualche occasione a darle qualche bacetto sulla guancia, peraltro senza cercare di andare oltre i predetti baci.

Il riferimento al peculiare contesto e alla vicenda come concretamente sviluppatesi nel caso di specie ha permesso alla corte di operare quello che nel linguaggio tecnico della dottrina del precedente viene chiamato "*distinguishing*"[8]. E in effetti la Corte non smentisce precedenti sentenze della Cassazione che hanno condannato per baci sulla guancia, ma sottolinea la differenza dei baci di cui al caso considerato rispetto a quelli emersi in altre passate circostanze, che hanno meritato la condanna proprio per il fatto che si inserivano in contesti tali da evidenziare palesemente la natura sessuale degli atti commessi.

La nozione di "atti sessuali"

Al fine di considerare criticamente la sentenza qui commentata, occorre premettere alcune nozioni di base in tema di ricostruzione degli elementi costitutivi della violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis*.

Naturalmente non è questa la sede per addentrarci in una diffusa analisi interpretativa del delitto o dei delitti di violenza sessuale. Mi limiterò a ricordare in sintesi il dibattito che si è sviluppato in materia soprattutto relativamente all'elemento forse più problematico della fattispecie introdotta nel 1996, ovvero gli "atti sessuali".

Va premesso che il legislatore nel 1996 aveva riunito le due vecchie fattispecie di cui agli artt. 519 e 521 nell'unica fattispecie di cui all'art. 609 *bis*. Le precedenti fattispecie prevedevano, la prima, la rilevanza delle vere proprie "congiunzioni carnali"; e la seconda la rilevanza degli "atti di libidine" diversi dalla congiunzione carnale.

Il legislatore ritenne opportuno unificarle a seguito dello spostamento dell'asse del bene giuridico tutelato. I reati sessuali erano nella versione originale del codice Rocco collocati nell'ambito dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Nel 1996, furono risistemati nell'ambito dei *delitti contro la persona*, e in particolare dei delitti contro la libertà personale. Sotto l'angolazione del nuovo bene giuridico, si riteneva non più accettabile la vecchia distinzione che faceva perno sulla differenza fra quegli atti che comportavano una vera congiunzione carnale e tutti gli altri espressione della libidine del reo. Entrambe le categorie di atti offendevano in fondo il nuovo bene giuridico in modo qualitativamente simile, anche se magari non quantitativamente. Anche un atto diverso dalla congiunzione carnale poteva comunque essere in grado di offendere grandemente la libertà sessuale altrui.

A seguito di questa unificazione, il legislatore doveva trovare una nuova espressione capace di comprendere tutti gli atti che intendeva fossero adeguatamente collocabili all'interno della nuova fattispecie di violenza sessuale. Scelse l'espressione "atti sessuali". Va sottolineato che il legislatore si astenne in quell'occasione dal definire gli atti sessuali, demandando quest'opera *in toto* agli interpreti, e in particolare, alla giurisprudenza, che è l'unica che incide davvero sul diritto vivente[9].

Questa mancata definizione ha ovviamente suscitato numerosi problemi. A ciò si deve aggiungere che una fattispecie di *molestie sessuali* che durante i lavori preparatori era stata proposta alla fine poi non fu adottata dal legislatore. Una tale fattispecie - pur sotto certi aspetti criticabile - sarebbe stata quantomeno utile per escludere dalla nozione di atti sessuali tutta una serie di comportamenti minori, e allo stesso tempo per aiutare l'interprete nel reperire una definizione di atti sessuali, almeno relativamente ai margini inferiori della stessa nozione.

Privi di un tale appoggio, e privi di ulteriori possibili riferimenti normativi anche altrove reperibili, gli interpreti hanno dovuto cercare fin dai primi commenti di proporre definizioni di atti sessuali che fossero da un lato adeguate alle prospettive di tutela, ma che dall'altro fossero anche rispettose di esigenze di tassatività.

Sul punto naturalmente molte sono state le definizioni proposte, ma si può dire che due alla fine siano i filoni interpretativi più rilevanti e maggiormente seguiti in dottrina, e contrapposti fra loro.

Il primo orientamento dottrinale è quello attribuibile a chi scrive. Già nel primo commento scritto a poche settimane dall'entrata in vigore della legge del 1996 avevo sostenuto quella che poi è stata ribattezzata come concezione "anatomico-culturale" degli atti sessuali[10]. In base a questa concezione, perché vi fosse natura sessuale dell'atto occorreva comunque che si realizzasse il toccamento di particolari zone del corpo umano. Queste zone possono compendiarsi nei genitali, nelle zone anali, nel seno per la donna, e limitatamente a certe ipotesi nella bocca. Proprio con riferimento alla bocca, sulla cui rilevanza sessuale si poteva in qualche modo dubitare, si proponeva di dare rilievo penale come atti sessuali ai cosiddetti baci profondi, lasciando fuori dalla fattispecie tipica gli altri baci, compresi quelli sulla guancia, sulle labbra a bocca chiusa, oppure su altre parti del corpo diverse da quelle più sopra menzionate.

La concezione poteva a ragione definirsi "anatomico-culturale" perché, pur restringendo a certe parti anatomiche la natura degli atti, derivava queste indicazioni anatomiche dal *contesto culturale* generale di riferimento attualmente riscontrabile nel nostro Paese. Ovvero derivava questa nozione non solo dalle scienze medico-psicologiche ma soprattutto dalle scienze antropologico-sociologiche, queste ultime sole capaci di misurare le "*Kulturnormen*" di un certo popolo in un dato momento storico.

Naturalmente questa prospettiva cercava di individuare la soglia minima di rilevanza degli atti sessuali, pur lasciando aperta la possibilità di negare la natura sessuale di atti riguardanti le zone predette in certi casi concreti, in relazione al contesto particolare in cui tali atti venivano a verificarsi. Facciamo un esempio: il toccamento dei genitali nei confronti di un compagno di scuola a scopo evidentemente ludico potrebbe non rientrare nel concetto di atti sessuali visto il particolare contesto; ancor meno problematiche sono altre ipotesi: si pensi alla mamma che tocca le parti intime del bambino piccolo mentre gli fa il bagnetto. Il contesto, insomma, in questa prospettiva potrebbe e dovrebbe avere un rilievo, ma solo *in bonam partem*, al fine di escludere la natura sessuale di atti che dal punto di vista anatomico potrebbero esserlo[11].

Venendo alla concezione contrapposta, essa è stata soprattutto sostenuta da Fiandaca[12]. Lo studioso ha elaborato questa nozione inizialmente commentando una interessante sentenza della Cassazione (caso *Di Francia*) che, nel 1998, aveva condannato per violenza sessuale consumata in un caso di tentativo di bacio sulla bocca risoltosi in un bacio sulla guancia per la pronta reazione della vittima. Il Fiandaca, nel commentare la predetta sorprendente sentenza, ne giustificava gli esiti, rilevando che l'apparente contraddizione della pronuncia, derivante dal fatto che si puniva per violenza sessualeconsumata un fatto che seguendo le consuete regole penalistiche avrebbe dovuto essere classificato come delitto tentato, era sanabile se l'interprete avesse considerato attentamente le peculiarità del caso concreto e avesse tenuto conto del contesto in cui la vicenda si era realizzata (si trattava di un datore di lavoro che aveva cercato di baciare la dipendente): in altre parole, se avesse dato peso alla "vicenda complessiva" anche in considerazione dei rapporti tra autore e vittima.

La tesi di Fiandaca viene di solito denominata tesi "contestuale-relazionale", proprio perché non dà tanto rilievo alle parti anatomiche che vengono in considerazione nel singolo caso, ma al significato sociale degli atti compiuti fra due soggetti, anche tenendo conto delle esigenze di tutela del bene giuridico libertà sessuale.

Il Fiandaca anzi criticava apertamente la tesi anatomica, rilevandone l'incapacità di cogliere il vero significato sessuale degli svariati episodi che possono verificarsi nelle relazioni umane.

La nozione nella giurisprudenza

In dottrina si è seguita sia la prima che la seconda tesi, anche se ad oggi probabilmente si deve ritenere ancora maggioritaria la teoria anatomico-culturale[13].

La giurisprudenza, dal canto suo, ha mostrato anch'essa di seguire ora l'una ora l'altra tesi.

Va detto che quella giurisprudenza che ha adottato la tesi anatomica, ha peraltro esteso le zone del corpo rilevanti a quelle cosiddette "erogene", al fine di poter punire certi episodi in cui non erano state attinte le aree evidenziate più sopra. In numerosi casi, peraltro, la giurisprudenza si è mostrata propensa a seguire la tesi contestuale-relazionale, che ovviamente è quella che dà spazio molto più ampio ai giudici per poter andare a colpire penalmente episodi che comunque si collocano ai margini inferiori del delitto di violenza sessuale.

Non è questa la sede per ripercorrere i tanti casi, incredibilmente numerosi, giudicati dalla giurisprudenza, nei quali si sono puniti fugaci toccamenti di varie parti del corpo, baci "rubati", baci "deviati", baci sulla guancia, baci sul collo, ecc.[14].

Si può peraltro dire che, nella gran parte di questi casi, la giurisprudenza o ha sfruttato la naturale ampiezza ed indeterminatezza di zone erogene, o è *tout court* andata oltre questa delimitazione, apertamente sostenendo la possibilità del realizzarsi di un atto sessuale anche al di fuori di queste pur difficilmente delimitabili zone.

La sentenza qui esaminata, come si accennava, va in quest'ultima direzione. Essa, pur partendo da premesse analoghe a quelle che avevano rappresentato il punto di partenza della concezione anatomico-culturale (il riferimento alle scienze dalle quali poter trarre spunto per individuare la natura sessuale degli atti) giunge ad accogliere in modo abbastanza esplicito la teoria contestuale-relazionale.

A parere dei giudici di legittimità, dunque, anche un bacio sulla guancia, in determinati contesti, potrebbe ben essere considerato atto sessuale. Tutto dipende però dal contesto, appunto. In certi casi, come ad esempio nel caso del preside di una scuola che bacia e abbraccia un'allieva in locali appartati in un istituto scolastico, trattenendola per i fianchi e rivolgendole appezzamenti per il suo aspetto fisico, il bacio sulla guancia dovrebbe essere considerato atto sessuale[15]: esso comporterebbe infatti una lesione al bene giuridico della autodeterminazione sessuale della vittima. In altri casi, come quello di specie, più "innocui", il contesto porta a negare la rilevanza del bacio sulla guancia come atto sessuale.

Per un'interpretazione "tassativizzante"

Non si discute che, al fine di dare la massima tutela possibile alla autodeterminazione sessuale delle persone, la tesi contestuale-relazionale ha certamente dei vantaggi su quella anatomico-culturale.

Infatti, la prima tesi dà la possibilità ai giudici di condannare anche di fronte ad episodi di minima lesività nei confronti del bene giuridico, dal momento che non è condizionata da alcuna delimitazione anatomica degli atti. La tesi anatomico-culturale, viceversa, si presenta meno elastica, e meno adeguata a tutelare il bene giuridico a 360 gradi.

In ossequio alla volontà "punitiva" del legislatore del 1996, dunque, si potrebbe anche privilegiare la tesi contestuale-relazionale; tuttavia, è evidente che questa tesi presenta gravi problemi sotto il profilo del rispetto del principio di *determinatezza e tassatività*.

Abbiamo detto che il legislatore non ha definito gli atti sessuali. Ed è questo un dato che già deve far riflettere su una possibile indeterminatezza della norma. Non mancano autori che hanno ritenuto *tout court* contrario al principio di legalità l'art. 609 *bis*proprio per il fatto che il legislatore non ha fornito alcuna definizione[16].

Ora, va detto che nel nostro diritto penale non mancano esempi di omesse definizioni da parte del legislatore. Ed anzi, forse in certi casi, il legislatore ha anche agito bene nel non definire. Diceva il brocardo: *omnis definitio in iure periculosa*. Peraltro, è anche vero che, come ho sostenuto altra volta, il legislatore dovrebbe definire tutto ciò che è possibile definire, astenendosi dal farlo solo quando una definizione risulterebbe impossibile o inopportuna[17].

In questo caso vi potevano anche essere buoni motivi per non definire; io stesso in altra sede avevo sostenuto che il legislatore aveva tutto sommato agito in modo comprensibile nel non fornire una definizione[18]. La stessa analisi del diritto comparato non sembrava mostrare esempi fulgidi di limpide definizioni offerte da altri legislatori in materia. Ma va anche detto, peraltro (e sul punto si tornerà tra breve), che in molti altri ordinamenti sono previste varie tipologie di reati sessuali, ricollegabili a diverse categorie di atti sessuali posti in essere. E dunque in tutti questi ordinamenti, per i motivi che saranno meglio esposti, viene maggiormente tutelato il principio di legalità/tassatività.

In ogni caso, anche a voler ritenere che il legislatore abbia fatto bene a non definire gli atti sessuali, questa tendenziale indeterminatezza dovrebbe essere comunque recuperata quanto meno a livello del "diritto vivente".

La stessa Corte costituzionale tende a salvare norme apparentemente indeterminate quando il diritto vivente offre interpretazioni univoche e a loro volta determinate e tassative. Il diritto vivente, in sostanza, può restituire un'indispensabile livello minimo di determinatezza.

Quanto ho detto in tema di diritto vivente e di suo espresso riconoscimento da parte della Corte costituzionale trova ulteriore e ben più significativa conferma nella giurisprudenza a molti nota della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non si può affrontare in questa sede *funditus*, evidentemente, questa tematica. Basti qui peraltro rilevare che la Corte di Strasburgo interpreta l'art. 7 della Cedu

includendo nel "*law*" sia il diritto scritto che il diritto giurisprudenziale. Non pone ostacoli allo sviluppo del diritto anche tramite la giurisprudenza. Tuttavia, la Corte sottolinea un'esigenza fondamentale perché non sia tradito il principio di legalità: il diritto di una Nazione, comprensivo del diritto vivente o giurisprudenziale, deve comunque essere in grado di dar modo ai cittadini di poter chiaramente prevedere le conseguenze giuridico-penali delle loro azioni. Se non si garantisce questa fondamentale esigenza di prevedibilità, si viola automaticamente l'art. 7. Tutto ciò implica che le Corti supreme di ogni Nazione debbano essere in grado di confezionare un diritto vivente che sia per così dire facilmente "leggibile" e comunque facilmente *prevedibile* dai cittadini[19]. Ciò comporta fra l'altro l'esigenza del tendenziale azzeramento dei contrasti giurisprudenziali[20].

Tornando alla nostra questione, si può ribadire certamente che la tesi contestuale-relazionale è maggiormente in grado di apprestare ampie tutele al bene giuridico. Tuttavia, tale tesi porta la giurisprudenza ad adottare soluzioni diverse per casi che presentano vari aspetti di similarità fra di loro, e a pronunciare sentenze difficilmente in grado di assicurare tassatività per il futuro.

Tutti sono in grado di capire la differenza fra un bacio profondo sulla bocca e un bacio sulla guancia o anche sul collo. Nessuno è in grado di capire con altrettanta precisione la differenza fra due baci sulla guancia dati in due contesti diversi. Naturalmente vi possono essere differenze fra i contesti e naturalmente queste differenze possono anche portare a ritenere sussistente una sorta di "ambientazione sessuale" in un caso e magari non nell'altro. Ma, come è evidente, le differenze fra i vari possibili casi sono molto sfumate e soprattutto, alla fine, è il singolo interprete che di volta in volta è costretto a riscontrarle, senza chiare linee-guida per potere optare per l'una o per l'altra scelta interpretativa.

In sostanza, se vogliamo che il principio di legalità così come inteso dalla Corte di Strasburgo venga rispettato, allora le nostre corti debbono dare anche relativamente a concetti non definiti da legislatore interpretazioni il più possibile precise e capaci di orientare i giudici successivi. In altre parole, devono dare interpretazioni il più possibile "tassativizzanti" delle norme[21]. Nella materia che ci occupa, se la giurisprudenza seguisse la tesi anatomico-culturale, sarebbe sicuramente in grado di assicurare questa tassatività alle proprie decisioni, e di confezionare precedenti capaci di essere seguiti dai giudici successivi. Soprattutto, la giurisprudenza sarebbe in grado di orientare le scelte dei cittadini, che sarebbero in tal modo messi in condizione di poter prevedere in anticipo le conseguenze giuridico-penali delle loro azioni.

Per questi motivi, pur ammettendo la maggiore idoneità della tesi contestuale-relazionale ad apprestare una tutela a tappeto del bene giuridico, riteniamo che la tesi anatomico-culturale debba essere preferita, in ossequio ai principi di legalità, determinatezza, tassatività, ed anche al principio di frammentarietà, che implica che non sempre tutte le offese ad un bene giuridico debbano essere assoggettate alla sanzione penale nell'ambito di ogni singola fattispecie, che deve conservare una sua

"tipicità". Tipicità che se non le è stata consegnata dal legislatore, le deve essere quantomeno assicurata dalla giurisprudenza[22].

De lege ferenda

Il discorso, a questo punto, passa dal *ius conditum* al *ius condendum.*

Il fatto è che la giurisprudenza, con il progressivo allargamento dell'ambito del concetto di atti sessuali, ha svolto in fondo una funzione di vera e propria "supplenza giudiziaria" per rimediare a vere o supposte mancanze del legislatore.

La legge del 1996, come detto, ha dato vita sostanzialmente ad un'unica fattispecie di violenza sessuale. È stata prevista - è vero - anche l'ipotesi della violenza di gruppo (art. 609 *octies*). Tuttavia, questa fattispecie non presenza differenze rispetto a quella di cui all'art. 609 *bis* relativamente alle tipologie di atti rilevanti, che sono sempre i soliti "atti sessuali" che connotano tutti i delitti di violenza sessuale (o anche di atti sessuali con minori, art. 609 quater).

Questo appiattimento delle varie categorie di atti alla sola nozione di "atti sessuali", collocata in vari reati fra di loro molto vicini, ha creato enormi problemi. Indubbiamente, ha avuto una portata simbolica di non poco momento. Il legislatore del '96 voleva dimostrare che ogni "atto sessuale" può essere rilevante come violenza sessuale, e ai fini di una tutela moderna del bene giuridico "libertà di autodeterminazione sessuale" un atto "valeva l'altro".

Ora, questa presa di posizione "ideologica" poteva avere un senso sotto il profilo politico-sociale - anche considerando la battaglia "di genere" sottostante alla repressione penale dello stupro nelle sue varie forme - ma tutto sommato si è mostrata poco proficua nei fatti, e soprattutto nella realtà del diritto vivente nelle aule di giustizia. Il non aver distinto diverse fattispecie a seconda di diverse tipologie di atti sessuali ha portato in fondo a raggruppare tutto nella comune etichetta di "violenza sessuale": dai semplici abbracci, alle fugaci pacche sul sedere, ai bacetti sulle guance, ai baci sul collo, ai baci "deviati", ai baci "rubati", fino ad atti sessuali ben più rilevanti come masturbazioni violente, inserimenti di oggetti nelle parti intime, congiunzioni carnali, coiti anali ed orali.

Questo innaturale "raggruppamento" in una sola ed unica categoria ha provocato una divaricazione fra quello che è il sentire sociale in materia e la conformazione delle fattispecie penali. Le stesse rubriche dei delitti, come ho già scritto altra volta[23], dovrebbero rappresentare realtà socio-criminologiche preesistenti al reato come definito dal legislatore. I principi di tipicità, determinatezza e frammentarietà dovrebbero spingere il legislatore a formulare fattispecie adeguate alla reale sostanza e natura degli illeciti, e soprattutto a come questi fatti vengono percepiti dalle norme di cultura. L'etichettare normativamente un fatto in modo profondamente diverso da come esso viene inquadrato nella percezione sociale crea smarrimento negli utenti della giustizia. Non solo. Crea problemi sotto il profilo della prevenzione generale e speciale *positiva*, nel senso che i cittadini non avvertono come giuste certe "etichette normative" e per questo il precetto rischia di smarrire la sua capacità di fungere da argine al reato sia rispetto ai delinquenti primari che a quelli secondari. Ancora,

accomunare sotto lo stesso nome fatti di natura molto diversa fra loro può comportare violazioni del fondamentale principio di proporzionalità delle pene.
Nel caso di specie, il compito di evitare queste conseguenze è stato *in toto* affidato alla "superattenuante" della "minore gravità" (art. 609 *bis*, ultimo comma). Ora, la Corte costituzionale, pur in un *obiter dictum*, ha "salvato" la normativa in questione, sotto il profilo della proporzionalità della pena, con la Sent. n. 325 del 2005. Tuttavia, va considerato che a volte un'attenuante non basta per risolvere i problemi causati dall'innaturale affastellamento di ipotesi di diversa natura e gravità in un'unica fattispecie. Infatti, la fattispecie tipica, e la rubrica corrispondente, servono appunto per etichettare anche dal punto di vista della "comunicazione normativa" un certo comportamento umano. E chiamare con nomi uguali due comportamenti diversi per gravità e qualità è sbagliato sotto il profilo della tecnica legislativa. All'esito di una condanna, non resta solo la pena irrogata, o magari sospesa. Resta anche il *nome* del delitto per cui l'imputato è stato condannato. Se Tizio stupra Caia violentemente e viene condannato per "violenza sessuale" (a prescindere dalla pena inflitta) nessuno può avere nulla da obiettare, neppure lo stesso Tizio. Se Caio invece dà una rapida pacca sul sedere a Sempronia, o le dà un bacio sulla guancia, e si vede condannato per "violenza sessuale" (anche in questo caso a prescindere dalla pena inflitta), tutti avvertono che vi è qualcosa di ingiusto in tale "etichettatura" della condotta di Caio.
Anni fa, io stesso avevo tutto sommato accolto con favore la riunione di tutti gli atti sessuali all'interno di un'unica fattispecie, per ragioni varie che non è il caso qui di riprendere[24]. Ma è anche vero che avevo sostenuto una nozione "ristretta" di atti sessuali, tale da ridurre l'ambito di operatività dell'art. 609 *bis* ad una sfera di comportamenti che meritavano l'etichetta di "violenza sessuale". La tesi "anatomico-culturale" aveva soprattutto due finalità. Da un lato, restituire interpretativamente determinatezza-tassatività ad una norma che ne poteva difettare stante la mancata definizione di atti sessuali. Dall'altro, evitare di accomunare sotto la denominazione (gravissima) di "violenza sessuale" fatti gravissimi e gravi con fatti quasi innocui, o solo blandamente lesivi del bene giuridico.
Le due cose del resto sono strettamente collegate, e la finalità forse più rilevante è quella di dare al cittadino la possibilità di prevedere in anticipo le conseguenze giuridico-penali delle sue azioni. Il cittadino non ha solo il diritto di sapere in anticipo se sarà punito o no, ma anche per quale reato: diverso è essere puniti per "stupro" (che è l'equivalente gergale della violenza sessuale) o per un reato minore e diverso (violenza privata, "molestie sessuali" o altro). E in questi casi, molti di questi soggetti che si lasciano andare a "smancerie"[25] e per qualche motivo finiscono sotto processo, non potevano prevedere quando compivano quelle azioni - certamente non terribili, benché sconvenienti e moleste - di finire condannati per "violenza sessuale" come uno stupratore da strada.
Questo iato fra realtà socio-culturale e realtà normativa è anche frutto della indebita estensione del concetto di atti sessuali ad opera della giurisprudenza. L'utilizzo della tesi contestuale-relazionale ha permesso di estendere a dismisura l'ampiezza della

nozione di atti sessuali, fino a ricomprendervi atti che forse comportano una qualche minima lesione del bene giuridico libertà sessuale, ma che nella percezione sociale - e forse anche delle stesse vittime - rappresentano più delle "molestie sessuali" che vere e proprie "violenze sessuali". Se si fosse utilizzata la tesi "anatomico-culturale", queste ipotesi sarebbero state etichettate diversamente: magari come molestie *tout court* (art. 660); o come violenza privata (art. 610), o infine nei casi più reiterati magari come stalking (art. 612 *bis*). Oppure in certi casi, tutt'al più, come violenza sessuale tentata (si pensi a certi baci "deviati").

Certo, si comprendono forse i motivi di queste supplenze giudiziarie. Il legislatore non ha previsto fattispecie minori di molestie sessuali. Certi soggetti - spesso donne, a volte minori - subiscono atti che "lambiscono" la rilevanza sessuale, e li percepiscono come tali, o magari li percepiscono come tali i loro genitori. Ne derivano querele o denunce che portano (le seconde nei casi procedibili d'ufficio) - in un regime di obbligatorietà dell'azione penale - allo svolgimento di processi, con l'unica imputazione possibile: *violenza sessuale* (art. 609 *bis*; o tutt'al più atti sessuali con minore, art. 609 *quater*). Nei processi, i giudici fanno fatica a "negare tutela" a persone che si sentono violate nella loro libertà di autodeterminazione sessuale, anche di fronte a episodi di dubbia rilevanza in tale ambito. I giudici sono dunque "spinti" da un sistema incapace di fornire loro vere alternative appaganti (i reati sopra descritti sono spesso lontani dalla realtà criminologica dei fatti commessi) a condannare per violenza sessuale anche di fronte ad atti che con molta fatica possono essere definiti "sessuali".

Ma tutto ciò non può accettarsi perché appare ingiusto e porta anche all'applicazione di misure che sono state pensate per un delitto gravissimo come lo stupro e non per molestie sessuali. Si pensi alla previsione di certe severissime pene accessorie (es.: l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori, di cui all'art. 609 *nonies*, ultimo comma) o alla negazione di certi benefici penitenziari (si veda l'art. 4 *bis* dell'ordinamento penitenziario come modificato dall'art. 15 della L. n. 38 del 2006 in materia di reati sessuali): queste misure possono avere senso per lo "stupro", ma non certamente per le ipotesi più "bagatellari" di violenza sessuale pur oggi inquadrabili (dalla giurisprudenza) nell'art. 609 *bis*, relativamente alle quali simili misure sono sicuramente sproporzionate e probabilmente incostituzionali[26]. E anche laddove si escludono le ipotesi della "minore gravità" dall'applicabilità di certe misure processuali particolarmente dure (cfr. artt. 275, comma 3, e 380, comma 2, lett. d *bis*, c.p.p. come modificati dall'art. 2 D.L. n. 11 del 2009, conv. in L. n. 38 del 2009), il problema rimane, visto che al giudice mancheranno criteri oggettivi per distinguere tali ipotesi da quelle più gravi.

Quanto detto vale per le leggi già in vigore, ma vale anche per eventuali riforme. Ad esempio, si propone *de iure condendo* di prevedere trattamenti medici o psicologici per gli stupratori, al fine di evitare la recidiva. A volte si parla, forse a sproposito, di

"castrazione chimica", laddove si tratta per lo più di trattamenti volti al recupero di tali delinquenti per aiutarli ad uscire da dipendenze o problemi di tipo psichiatrico o psicologico.

Ancora: negli Usa, ad es., si prevedono una serie di pene accessorie relative ai delinquenti sessuali volte a proteggere la società. Alcune di queste pene, come quella di esporre davanti alla casa del *sexual offender* un cartello che rende nota a chiunque transita davanti a casa sua la "qualifica" di stupratore, appaiono decisamente assurde e da noi sarebbero da ritenersi incostituzionali. Tuttavia, altre misure adottate oltreoceano di simile natura ma meno lesive dei diritti di queste persone potrebbero forse avere applicazione. Ebbene: soluzioni di tal genere avrebbero forse senso relativamente alle ipotesi più "conclamate" di violenza sessuale, ma non certo per quelle minori, oggi impropriamente ad esse appaiate(27).

In definitiva, occorre risolvere il problema *de iure condendo*. Si dovrebbero creare più fattispecie a seconda del diverso grado o intensità della coartazione, e a seconda della diversa qualità degli atti commessi(28). Non si dovrebbe tornare alla distinzione vetusta, e legata a vecchi schemi morali, fra congiunzione carnale e atti di libidine violenti, ma si dovrebbero comunque elaborare diverse ipotesi normative, in una adeguata scala di gravità: dalle molestie sessuali allo stupro più feroce. D'altra parte, un recente interessante studio mostra che la nostra giurisprudenza, pur nell'applicazione - talora forzata - dell'unica fattispecie oggi a disposizione (la violenza sessuale), nella commisurazione della pena e nell'applicazione dell'attenuante della "minore gravità", alla fine distingue, nella gran parte dei casi, proprio fra diverse ipotesi corrispondenti alla diversa qualità e gravità degli "atti" commessi(29). Lo stesso diritto vivente, dunque, si comporta quasi come se già *de iure condito* esistessero varie fattispecie criminose diverse. Ma con i limiti e con le ingiustizie di cui si è detto poc'anzi.

Gli esempi comparatistici per la riforma del nostro diritto penale sessuale non mancano: la legislazione spagnola, e quella francese, potrebbero essere utilizzate come modelli per fabbricare fattispecie adeguate alle nostre esigenze nazionali(30).

Conclusione

Nell'attesa di una riforma, non posso che auspicare un maggiore *self restraint* nella giurisprudenza. La sentenza in esame, pur ribadendo schemi potenzialmente capaci di includere nella nozione di atti sessuali quasi tutto, giunge comunque - attraverso una sorta di *distinguishing* rispetto a precedenti la cui *ratio decidendi* peraltro non smentisce - ad un risultato pratico, nel caso giudicato, tutto sommato abbastanza accettabile, riqualificando il fatto in violenza privata anziché in violenza sessuale. E mostra come sia possibile offrire alternative di tutela - pur non del tutto appropriate - a casi lievi che etichettare come "violenze sessuali" appare decisamente eccessivo.

---

(1) Della questione mi sono occupato in varie occasioni. Si veda di recente *"Un bacio è solo un bacio". Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Indice*

pen., 2012, 31-51. In precedenza, più in generale sull'art. 609 *bis*, v. A. Cadoppi, *Commento all'art. 609 bis*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 439-558. Sulla rilevanza penale del bacio rinvio anche, già da ora, al contributo di S. Tabarelli de Fatis, *sulla rilevanza penale del "bacio" come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 977 ss. (aggiornato ovviamente a quell'anno).

(2) Alludo in particolare a Cass., Sez. III, 26 settembre 2012, criticata per questi motivi da V. Mereu, *La rilevanza penale del bacio "rubato" sulla guancia*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1551 ss.; nonché da A. Guidi, *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*, in *Dir. pen. contemp.*, *rivista online*, 21 gennaio 2013.

(3) Questo errore si trova nella sentenza citata alla nota precedente, giustamente criticata sul punto dai due autori ivi citati.

(4) Per questi riferimenti v. A. Cadoppi, *Commento all'art. 609 bis*, cit., 465-469.

(5) V. per questo rilievo del "contesto" la nota di G. Fiandaca, *La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura*, nota alla sentenza Cass., Sez. III Pen., 27 aprile 1998, Di Francia, in *Foro it.*, 1998, II, 505 ss.

(6) Aderendo dunque alla tesi di Fiandaca, di cui a nota precedente.

(7) Una delle prime sentenze che faceva riferimento alle "zone erogene" era la sentenza *Di Francia*, citata nelle note precedenti. Sulla giurisprudenza in tema di "zone erogene" si veda A. Cadoppi, *Commento*, cit., 480 ss.

(8) Sul *distinguishing* nella teoria del precedente in common law mi permetto rinviare ad A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, II ed., Torino, 2014, 176.

(9) Per una critica sul punto cfr. F. Coppi, *I reati sessuali e i reati di sfruttamento dei minori nella legislazione penale italiana*, in Id. (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, II ed., Torino, 2007, 1-31, ed ivi spec. 23-24; M. Bertolino, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, 159-197, ed ivi spec. 178-180.
Su questi temi v. anche B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, IV ed., Padova, 2009, 87 ss.

(10) In *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1996, 32 ss.

(11) A. Cadoppi, *Commento*, cit., 485 ss.

(12) G. Fiandaca, *La rilevanza penale del "bacio" tra anatomia e cultura*, cit.; Id., voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 1153 ss.

(13) Per una approfondita rassegna, v. S.R. Palumbieri, Commento all'art. 609 *bis*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - M. Papa - A. Manna (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, Torino, 2011, 21 ss.

(14) Rinvio fra i tanti per una carrellata in proposito a V. Mereu, *La rilevanza penale*, cit.

(15) Il caso fu giudicato da Cass., Sez. III, 12 febbraio 2014, n. 10248 altra interessante sentenza anche per la motivazione.

(16) In vario modo M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Stud. Iuris*, 1996, 401 ss.; così lo stesso G. Fiandaca, *La rilevanza penale*, cit., 505 ss., ed altri.

(17) A. Cadoppi, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in Omnis *definitio in* iure periculosa. *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1995, 19 ss.

(18) A. Cadoppi, *La violenza sessuale tra esigenze politico-criminali e limiti della scienza della legislazione penale*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale*, cit., 199-206, ed ivi spec. 203.

(19) In tema di legalità, *Contrada c. Italia* n. 66655/13 par. 60: "*I principi generali in materia del principio* nulla poena sine lege, *derivanti dall'articolo 7 della Convenzione, sono sintetizzati nella sentenza* Del Rio Prada c. Spagna [GC] *(n. 42750/09, parr. 77-80, CEDU 2013) L'articolo 7 della Convenzione non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato (si vedano, per quanto riguarda l'applicazione retroattiva di una pena,* Welch c. Regno Unito, *9 febbraio 1995, par. 36, serie A n. 307 A,* Jamil c. Francia, *8 giugno 1995, par. 35, serie A n. 317 B,* Ecer e Zeyrek c. Turchia, *nn. 29295/95 e 29363/95, par. 36, CEDU 2001 II, e* Mihai Toma c. Romania, *n. 1051/06, parr. 26-31, 24 gennaio 2012). Esso sancisce anche, in maniera più generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene* - "nullum crimen, nulla poena sine lege" - *(*Kokkinakis c. Grecia, *25 maggio 1993, par. 52, serie A n. 260 A). Se vieta in particolare di estendere il campo di applicazione dei reatiesistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, esso impone anche di non applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell'imputato, ad esempio per analogia (*Coème e altri c. Belgio, *nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, par. 145, CEDU 2000-VII; per un esempio di applicazione di una pena per analogia, si veda la sentenza* Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia [GC], *nn. 23536/94 e 24408/94, parr. 42-43, CEDU 1999 IV). Di conseguenza la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti (*Cantoni c. Francia, *15 novembre 1996, par. 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 V, e Kafkaris, par. 140)*". Cfr. anche, tra le altre, *S.W. c. Regno Unito*, 2-11-1995 e *Pessino c. Francia*, 10-10-2006.

(20) Sul tema L. Cerqua, *Il valore del precedente nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il giudice di pace*, 2011, 189-192 (con menzione di sentenze); mi permetto rinviare in proposito al mio *Giudice penale e civile di fronte al precedente. "Nelle materie criminali (...) vi è d'uopo di leggi precise, e non mica di giurisprudenza"*, in *Indice pen.*, 2014, 14 ss.

(21) In questo senso si vedano F. Palazzo, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in *Dir. Pen. Contemp.*, rivista online, 13 gennaio 2016 (e in corso di pubblicazione negli Atti del convegno "Cassazione e legalità penale", 9-10 ottobre 2015, Parma); F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in corso di pubblicazione negli Atti del convegno "La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali", svoltosi il 7 e l'8 novembre 2014 a Napoli, 270. In questo senso anche - fra gli altri - E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in corso di pubblicazione in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2016, p. 19 (bozze).
V. anche A. Cadoppi, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in corso di pubblicazione, in *Dig. disc. pen.*, aggiorn.

(22) Per una critica simile alla tesi "contestuale-relazionale", v. già il mio *Commento*, cit., 490-493.

(23) Si veda il mio *"Un bacio è solo un bacio"*, cit., *passim.*

(24) A. Cadoppi, *La violenza sessuale tra esigenze politico-criminali*, cit.

(25) Il termine non è casuale: in un caso, deciso da Cass., Sez. III, n. 964 del 2015 con una condanna, un medico era entrato in una casa di riposo dove sedeva al tavolo una operatrice sanitaria, e dopo essersi avvicinato a lei, la baciava sulla bocca appoggiando le proprie labbra con una forte pressione. La donna reagì allontanando l'agente, respingendolo con le mani e dicendogli: "ma come si permette di fare certe *smancerie*, vada a vedere dei pazienti"!

(26) S. Delsignore, Commento all'art. 4 bis l. n. 354 del 1975, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario*, cit., 995-996.

(27) Su questi temi A. Cadoppi - M. Vitiello, *A Kiss is Just a Kiss, or Is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, in *Seton Hall Law Rev.*, 40 (2010), n. 1, 191-223.

(28) Da tempo M. Bertolino, *La tutela penale della persona*, cit., 174 ss.; F. Coppi, *I reati sessuali*, cit., 9 ss.

(29) F. Macrì, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015. Analisi di 110 sentenze di inammissibilità e rigetto tra orientamenti esegetici di legittimità e opzioni sanzionatorie di merito*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 maggio 2016.

(30) Si veda ancora A. Cadoppi, *"Un bacio è solo un bacio"*, cit.; si veda anche per un'indagine comparatistica F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, Firenze, 2010, 47-157, ed anche per proposte *de lege ferenda.*

Fonte: Cassazione Penale, fasc.07-08, 1 AGOSTO 2017, pag. 2979B

Autori: Tommaso Cavaletto

IL CASO DI MINORE GRAVITÀ NEL DELITTO DI ATTI SESSUALI CON MINORENNE: LINEE EVOLUTIVE E PROFILI CRITICI DI VENT'ANNI DI

GIURISPRUDENZA The "Case of Minor Gravity" in the Crime of Sexual Acts with Minors: Case Studies and Critique of Twenty Years of Jurisprudence

Sommario 1. Introduzione: genesi e collocazione sistematica dell'art. 609-quater, comma 4, c.p. — 2. Il consenso del minore. — 3. Stato soggettivo della vittima nel riconoscimento di un danno/pericolo nella condotta delittuosa: considerazioni sull'applicabilità dell'art. 133, comma 1, n. 2 c.p. — 4. Ruolo degli stati soggettivi del reo (colpevolezza): analisi della loro (ir)rilevanza ai fini del riconoscimento dell'attenuante. — 5. Esclusione della rilevanza degli elementi previsti al comma 2 dell'art. 133 c.p. — 6. Rapporto fra l'attenuante del "caso di minore gravità" e l'aggravante dell'atto compiuto su un minore di anni dieci; studio dei casi di contestuale sussistenza di un rapporto familiare o fiduciario. — 7. Prove scientifiche e massime di esperienza nel processo di valutazione della gravità del danno. — 8. Osservazioni finali.

1. INTRODUZIONE: GENESI E COLLOCAZIONE SISTEMATICA DELL'ART. 609- QUATER , COMMA 4, C.P.

Con l'art. 5 della legge n. 66 del 1996 si introduceva nel codice penale l'art. 609-quater, regolante il nuovo delitto di "atti sessuali con minorenne". La novella unificava le precedenti fattispecie di "congiunzione carnale" ed "atti di libidine" compiuti con minori, innalzando la pena minima a cinque anni ed eliminando il trattamento "privilegiato" che, nella disciplina previgente, era riservato al compimento di atti di libidine (la cornice edittale era automaticamente ridotta di un terzo). Sul piano sistematico, si assisteva più in generale allo spostamento dei reati concernenti la lesione della sfera sessuale dal titolo relativo ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, a quello concernente i delitti contro la persona: acquisiva così rilevanza, quale bene giuridico tutelato dalla norma, la sfera della libertà e dell'integrità sessuale della persona.

Peraltro, per evitare che condotte oggettivamente di minima lesività fossero sottoposte a sanzioni manifestamente sproporzionate, con il comma 4 del nuovo art. 609-quater si previde che «nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino ai due terzi». Ci apprestiamo ora ad analizzare questa disposizione e l'applicazione che essa ha ricevuto nel corso degli ultimi vent'anni: l'indagine appare tanto più necessaria laddove si consideri che la vaghezza della terminologia legislativa ha reso finora difficile pervenire ad una ricostruzione univoca e puntuale della sua estensione semantica, dando luogo a contrasti interpretativi in parte ancora irrisolti anche a livello di giurisprudenza di legittimità.

È preliminarmente necessario comprendere a quali "casi" faccia riferimento la disposizione dell'art. 609-quater comma 4: i commi 1 e 2 del medesimo articolo

limitano la sua applicabilità alle fattispecie che già non ricadano nelle ipotesi previste ex art. 609-bis. Per potersi applicare l'art. 609-quater è pertanto necessario che l'atto non sia compiuto, per costrizione, «con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità» (art. 609-bis, comma 1), né, per induzione, «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto» (comma 2, n. 1), o «traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona» (comma 2, n. 2). Ché, anzi, quando tali condotte sono compiute nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici, ricorre addirittura la circostanza aggravante ex art. 609-ter, comma 1, n. 1. L'applicabilità dell'art. 609-quater è quindi limitata ai casi in cui il minore, non sussistendo una qualunque forma di costrizione fisica o psicologica nei suoi confronti, presti la propria accondiscendenza agli atti sessuali (1). Quanto poi al problema di stabilire il significato della locuzione "atti sessuali", in questa sede ci limitiamo a segnalare come, dopo una fase iniziale di incertezza, la «differente collocazione e [il] diverso bene giuridico protetto [...] rispetto a quelli in precedenza contemplati dal codice del 1930» (2)abbiano assestato la giurisprudenza su una posizione interpretativa di tipo "obiettivizzante", ossia maggiormente orientata a ricostruire la nozione ancorandola alla natura oggettivamente sessuale dell'atto (pur tenendo eventualmente conto del contesto socio-culturale di riferimento (3)), e prescindendo invece dalle intenzioni del soggetto agente (4). Tornando invece sul significato dell'espressione "minore gravità", va rilevato come il ricorso all'analisi della ratio legis non sia di per sé sufficiente a risolverne la vaghezza: la logica della disposizione sembra essere quella di evitare condanne manifestamente sproporzionate anche a fronte di condotte di minima lesività (5), ma non è chiaro se la minore gravità del caso vada intesa in senso oggettivo o soggettivo, o ancora facendo riferimento a una valutazione globale del fatto che tenga conto di entrambi gli elementi (6). In tal senso, nemmeno il criterio dell'intenzione del legislatore può soccorrere: esso, tutt'al più, comporterebbe la presa d'atto della schizofrenia insita nel voler eliminare la distinzione tra congiunzione carnale e atti di libidine, al tempo stesso proponendo un'attenuante che sembrerebbe rivolgersi, nelle intenzioni degli estensori, proprio e solo a quegli atti di libidine la cui nozione è stata per l'appunto estromessa dalla terminologia del codice.

Apporti più interessanti potrebbero invece cogliersi nell'estensione analogica di talune normative di settore, come ad esempio di quella in tema di stupefacenti. Nel t.u. sulla droga (d.P.R. n. 309 del 1990), all'art. 73, comma 5, si prevede infatti una riduzione della cornice edittale in presenza di «uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità». Poiché la lievità del fatto è qui identificata in profili rigorosamente oggettivi, se potessimo estendere alla disposizione dell'art. 609-quater, comma 4 la medesima portata semantica potremmo inferire, ai fini della

concessione dell'attenuante, la totale irrilevanza degli aspetti riguardanti la soggettività del reo (7). Si dovrà tuttavia previamente verificare se l'impiego di un'espressione differente ("lieve entità" vs. "minore gravità") vada interpretato come un'irrilevante "variazione sul tema", o, all'opposto, come conseguenza di una precisa volontà differenziatrice. Allo stesso modo andrà appurato se il significato del termine "casi" possa qui ritenersi equivalente a quello del termine "fatti".

2. IL CONSENSO DEL MINORE

L'art. 50 c.p. stabilisce che «non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne». In linea generale, pertanto, in presenza di un consenso validamente prestato non si è di fronte a un "caso di minore gravità", ma più radicalmente a una condotta non punibile. A tal proposito la Cassazione afferma giustamente: «l'art. 609-quater c.p. punisce gli atti sessuali con persona che non abbia compiuto gli anni quattordici al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 609-bis c.p.; quindi anche senza violenza, minaccia o abuso d'autorità: ed il consenso della persona offesa è del tutto irrilevante, in quanto non preso in considerazione dalla norma, che ha inteso tutelare di per sé l'integrità psico-fisica dell'infraquattordicenne» (8). L'ordinamento ha pertanto escluso che al minore di anni quattordici sia riconosciuto, in positivo, un diritto alla libera esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali (9), il che significa che il bene giuridico tutelato dall'art. 609-quater non è una pretesa libertà di autodeterminazione del minore nella sua sfera sessuale (se non nei casi in cui, ai sensi del comma 1, n. 2 e del comma 2, il delitto è compiuto nei confronti di un minore ultraquattordicenne), ma attiene piuttosto alla sua "intangibilità" in tale àmbito (10).

L'integrità fisio-psico-sessuale dell'infraquattordicenne viene pertanto tutelata negando recisamente un qualunque rilievo al consenso prestato. L'accondiscendenza del minore non può allora concorrere a determinare la circostanza della "minore gravità del caso": sarebbe infatti manifestamente illogico che la norma attribuisse rilevanza attenuante ad un elemento che deve già necessariamente sussistere per integrare la fattispecie-base (11). In linea con tali considerazioni si pone quell'orientamento giurisprudenziale che nega la concessione dell'attenuante anche in presenza di atteggiamenti non meramente consensuali, ma addirittura propositivi da parte del minore, evidenziando ad esempio l'irrilevanza della «particolare intraprendenza della ragazza [...], che [...] aveva tenuto un comportamento che era eufemistico definire come disinibito e disinvolto, che aveva una "apparente maturità psico-fisica" ed una "particolare disponibilità e spigliatezza"» (12).

Deve tuttavia segnalarsi che, in seno alla medesima sezione terza, è andato parallelamente affiancandosi un ulteriore e contrastante orientamento, tendente ad attribuire un certo rilievo al consenso del minore. E così, ad esempio, la Cassazione

ha di recente annullato con rinvio una sentenza della Corte d'appello di Catanzaro, con la quale, in un caso di reiterato abuso da parte di un sessantenne ai danni di una bambina di undici anni, veniva negata l'attenuante ex art. 609-quater, comma 4: «in particolare, la sentenza impugnata ha focalizzato la propria attenzione sulla esistenza degli elementi che caratterizzano la fattispecie criminosa (età e atto sessuale), ritenendoli incompatibili con la specificata circostanza, senza considerare e valutare gli ulteriori e attenuativi aspetti della vicenda prospettati dalla difesa, quali il "consenso", l'esistenza di un rapporto amoroso, l'assenza di costrizione fisica, l'innamoramento della ragazza» (13). In primo luogo è interessante osservare come la suprema Corte, ponendo tra virgolette il termine consenso, si illuda di poter liquidare il problema della (ir)rilevanza dello stesso semplicemente utilizzando un accorgimento stilistico. In secondo luogo, richiamare l'assenza di costrizione fisica appare inconferente, in quanto proprio l'assenza di violenza, minaccia, abuso di autorità o abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica rende applicabile la disposizione in esame (e non l'ipotesi aggravata di cui all'articolo 609-ter) (14). In terzo luogo, attribuire valore giuridico all'innamoramento di una infraquattordicenne significa accordare necessariamente un rilievo anche all'espressione della sua affettività. In questo modo si finisce per garantire non l'intangibilità sessuale del minore, ma una sua asserita "libertà sessuale", il che – lo abbiamo visto – non può essere condiviso. La suprema Corte – è vero – non ha qui affermato l'immediata rilevanza di tali elementi: censurando la pronuncia della Corte d'appello solo per l'insufficienza della motivazione, non ha escluso che il giudice di merito potesse ugualmente esprimersi per l'irrilevanza degli stessi, come poi si è effettivamente verificato in sede di rinvio (15). Tuttavia anche solo prospettare la possibilità che, almeno in certi casi, tali circostanze assumano un qualche rilievo ai fini della concessione dell'attenuante, già di per sé si pone in insanabile contrasto con l'impianto logico-giuridico della disposizione. D'altra parte, questa pronuncia non rappresenta affatto un caso isolato: ebbe ad esempio una fortissima eco mediatica la pronuncia con cui, nel gennaio 2006, fu censurata dalla Cassazione la decisione della Corte d'appello di Cagliari con cui si negava l'attenuante in parola, per non avere i giudici del merito considerato che «si era trattato di un rapporto pienamente assentito dalla stessa [ragazza], che ne aveva scelto le modalità» (16). Nel caso di specie, inoltre, si contestava alla Corte territoriale di non aver adeguatamente soppesato il fatto «che la ragazza già a partire dall'età di 13 anni aveva avuto numerosi rapporti sessuali con uomini di ogni età di guisa che è lecito ritenere che già al momento dell'incontro con l'imputato la sua personalità dal punto di vista sessuale fosse molto più sviluppata di quanto ci si può normalmente aspettare da una ragazza, della sua età». Invero, l'argomento prova troppo, poiché omette di considerare che proprio dalla (innaturale) precocità sessuale del minore è possibile ricavare una particolare esigenza di tutela (17). L'enfatizzazione del consenso del minore è stata riaffermata a più riprese dalla

Corte di cassazione, anche di recente (18); ma ciò che emerge da una lettura complessiva della giurisprudenza di legittimità è la sua incapacità, su tale questione, di esercitare puntualmente la funzione nomofilattica. Non mancano tentativi di ricomporre il contrasto, ad esempio soste nendo la sostanziale svalutazione pratica del consenso del minore, pur a fronte di una sua possibile rilevanza in astratto (19). Simili prese di posizione, per altro, da una parte appaiono intrinsecamente aporetiche, perché l'inconciliabilità tra i due orientamenti è prima di tutto logica, non superabile proponendo un'artificiosa scissione del piano pratico rispetto a quello concettuale; dall'altra non costituiscono un'autorevole base d'appoggio nemmeno su un piano più marcatamente operativo, poiché travolte, come abbiamo appena visto, da pronunce immediatamente successive di segno opposto.

3. STATO SOGGETTIVO DELLA VITTIMA NEL RICONOSCIMENTO DI UN DANNO/PERICOLO NELLA CONDOTTA DELITTUOSA: CONSIDERAZIONI SULL'APPLICABILITÀ DELL'ART. 133 COMMA 1, N. 2 C.P.

Nel tentativo di fornire dei parametri cui ancorare la concessione e la commisurazione dell'attenuante, una giurisprudenza ormai consolidata rinviene nell'art. 133, comma 1, c.p. i naturali criteri di valutazione. In effetti parrebbe ragionevole ricorrere, per valutare la minore "gravità del caso", agli stessi indici utilizzati per accertare la "gravità del reato". In primo luogo, possiamo senza dubbio ritenere utilizzabili i parametri previsti dal n. 1 dell'art. 133, comma 1, c.p., i quali stabiliscono che la gravità sia desunta «dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione». È infatti evidente che, per effettuare il giudizio sulla "gravità del caso", non si potrà che partire dal valutare l'azione criminosa per come oggettivamente svoltasi, e rispetto a tale valutazione i criteri appena indicati si situano in un rapporto di specie a genere.

Quanto al n. 2 dell'art. 133, comma 1, c.p., una certa giurisprudenza ne ha privilegiato un'applicazione in chiave soggettivistica, orientata, cioè, ad individuare il livello di gravità del danno o del pericolo sulla base delle percezioni soggettive che di essi abbia avuto il minore (20). Ma una simile lettura può giustificarsi solo partendo da un'errata identificazione del bene giuridico protetto dall'art. 609-quater con quello tutelato dall'art. 609-bis, ossia attribuendo rilievo ad una pretesa libertà sessuale del minore. Solo in questo modo appare logicamente sostenibile dar peso alle percezioni soggettive della vittima, al punto che, portando l'argomentazione alle estreme conseguenze, nei casi in cui dall'analisi dello stato psicologico del minore si riscontrasse la totale assenza di danno o pericolo, non sarebbe sufficiente l'attenuante: si dovrebbe escludere tout court la punibilità, in conformità a quanto disposto dall'art. 49, comma 2, c.p. Se però si stabilisce che le due disposizioni tutelano beni giuridici

differenti, l'impianto normativo assume una struttura più coerente: il bene tutelato dall'art. 609-quater non è – lo abbiamo visto – la libertà sessuale, ma l'integrità psico-sessuale del minore. E quest'ultima implica il riconoscimento della sua intangibilità: la fattispecie astratta è stata qui costruita sul modello del reato a danno (o quantomeno a pericolo) presunto. Il problema, quindi, non si pone, poiché la condotta del reo, purché configurante un atto sessuale, intacca necessariamente l'intangibilità del minore, il quale è invero considerato incapace di comprendere la reale portata lesiva dell'atto subito, la quale potenzialmente potrebbe emergere fenomenologicamente anche a distanza di molti anni. Pretendere di trovare nella psiche della vittima i segni puntuali del danno provocato significa, di fatto, svalutare la reale portata dell'art. 609-quater, che ha invece inteso introdurre una presunzione assoluta di lesività di determinate condotte (21).

Emerge allora come il n. 2 dell'art. 133, comma 1, c.p. dovrebbe ricevere applicazione solo in termini oggettivi, ossia analizzando la natura e la specie degli atti sessuali posti in essere dal reo, che possono estendersi dai gesti di minore invasività (come il semplice "bacio sul collo in tram" (22)), fino alle forme più pervasive di rapporto sessuale completo e reiterato. Le percezioni soggettive del danno/pericolo potrebbero tutt'al più rilevare solo in malam partem, ossia nel senso di concorrere ad escludere l'attenuante pur in presenza di un atto sessuale oggettivamente di lieve invasività, qualora in conseguenza di esso il minore sviluppi ugualmente un trauma rilevante. Se, prima del 1996, in presenza di un mero atto di libidine scattava automaticamente la riduzione di pena, oggi l'esclusione della congiunzione carnale dovrebbe ritenersi condizione necessaria ma non sufficiente per concedere l'attenuante (23). Il giudice, infatti, dovrà anche accertarsi che gli atti di libidine compiuti siano comunque considerabili come oggettivamente non gravi, e solo entro tale perimetro potrà assumere rilievo, nei termini anzidetti, il livello di serietà del trauma per come percepito dall'infraquattordicenne. Ne consegue che le categorie distintive proprie della precedente formulazione legislativa, pur eliminate dall'unificazione terminologica operata dalla novella, debbano mantenere un'importanza primaria in sede di applicazione dell'art. 609-quater, comma 4. La discrezionalità del giudice nel concedere o meno l'attenuante dovrebbe, infatti, operare solo all'interno della categoria degli "atti di libidine non gravi in termini oggettivi": la congiunzione carnale e gli atti di libidine più gravi (qualificazione necessariamente rimessa al prudente apprezzamento del giudice) non dovrebbero mai configurare quel "caso di minore gravità" di cui all'art. 609-quater, comma 4. Non appare pertanto corretto considerare tautologica la motivazione con cui, sulla sola base della gravità oggettiva dell'atto sessuale perpetrato (in uno con l'età della persona offesa), venga negata la concessione dell'attenuante (24). Non vi è infatti coincidenza concettuale tra la nozione di "atti

sessuali" globalmente intesi, e quella più specifica di "congiunzione carnale/atti di libidine oggettivamente gravi".

Va per altro segnalato come, nel declinare praticamente il suddetto principio di diritto, la Cassazione abbia talvolta finito per riformularlo comunque in termini sostanzialmente oppo sti, ancorando cioè la valutazione circa l'applicazione dell'art. 609-quater, comma 4, c.p. proprio e solo alla gravità "ontologica" degli atti commessi. Genera ad esempio una presunzione (assoluta) di "gravità del caso" il fatto che «gli atti sessuali compiuti con una minore ne abbiano determinato lo stato di gravidanza, atteso l'innegabile danno al normale sviluppo psico-fisico che ciò provoca alla vittima» (25); o ancora il fatto che il reato sia commesso da un docente all'interno di un istituto scolastico (26). All'atto pratico, la suprema Corte si limita spesso a stabilire un aggravio meramente formale dell'onere di motivazione: è sufficiente che il giudice dichiari di aver preso in considerazione (pur se all'unico fine di escluderne il rilievo e senza dover fornire ulteriori argomentazioni) anche gli aspetti soggettivi della vicenda, affinché non gli venga contestata alcuna censura di legittimità (27).

4. RUOLO DEGLI STATI SOGGETTIVI DEL REO (COLPEVOLEZZA): ANALISI DELLA LORO (IR)RILEVANZA AI FINI DEL RICONOSCIMENTO DELL'ATTENUANTE

In questo paragrafo prenderemo in esame il n. 3 dell'art. 133, comma 1, c.p., al fine di valutarne la rilevanza nel giudizio riguardante la concessione o il diniego dell'attenuante. La disposizione ci interessa nella sua interezza, compreso il punto relativo al "grado della colpa". In deroga agli ordinari criteri in tema di imputazione dolosa, almeno in un caso il delitto di atti sessuali con minorenne è infatti punibile anche se commesso, con riguardo a un suo specifico elemento costitutivo, con mera colpa. Si tratta delle fattispecie prese in esame dall'art. 609-sexies, il quale, escludendo la possibilità di invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, comporta che non sarebbe di per sé sufficiente, per la concessione dell'attenuante, il fatto che il reo si trovasse in uno stato di ignoranza meramente colpevole (e non dolosa). Come già si è visto, buona parte della giurisprudenza individua in tutti gli elementi elencati all'art. 133, comma 1, c.p. (compresi, quindi, anche quelli previsti dal n. 3), i naturali criteri di valutazione circa il riconoscimento dell'attenuante. Sennonché la stessa Cassazione afferma che: «l'attenuante non può non essere valutata che con riferimento al "danno" derivatone alla persona offesa e, quindi, con precipua attenzione alle modalità oggettive del fatto incriminato. Mentre la personalità del reo e, più in generale, i profili soggettivi della vicenda possono essere semmai valutati ai fini della concessione delle attenuanti generiche e della dosimetria della pena» (28).

È del tutto evidente che l'intensità del dolo o il grado della colpa non concorrono minimamente a definire la gravità del danno subito dalla persona offesa, tanto più che

«la finalità dell'attenuante in parola mira non tanto all'adeguamento del fatto alla colpevolezza dell'imputato, quanto piuttosto a valorizzare la oggettiva minore lesività – in concreto – del fatto medesimo, in rapporto al bene giuridico tutelato» (29). Pertanto, nonostante la giurisprudenza di legittimità si sia spesso espressa in senso opposto, nessun rilievo dovrebbe qui assumere il n. 3 dell'art. 133, comma 1, c.p. (30).

Ciò significa che, sebbene la dicitura legislativa rechi l'espressione "casi" di minore gravità, in via ermeneutica dobbiamo invece leggere: "fatti" di minore gravità, dove il termine "fatti" vuole proprio evidenziare l'irrilevanza dei profili soggettivi della vicenda ex parte rei. A maggior ragione non appare pertanto condivisibile quell'orientamento per cui «la prospettazione di una attenuazione in termini sanzionatori presuppone che, pur rimanendo fermo [il] disvalore oggettivo, si possano ipotizzare ragioni mitigatorie attenuative, che certamente devono trarsi al di fuori di questo» (31). Come si è visto, le ragioni mitigatorie attenuative rientranti in questa valutazione non possono in alcun modo bilanciare il disvalore oggettivo della fattispecie, che si pone quale limite invalicabile nel giudizio sull'applicazione dell'art. 609-quater, comma 4, c.p.

5. ESCLUSIONE DELLA RILEVANZA DEGLI ELEMENTI PREVISTI AL COMMA 2 DELL'ART. 133 C.P.

Le riflessioni svolte nel precedente paragrafo ci consentono di comprendere facilmente un'altra acquisizione consolidata della giurisprudenza della Cassazione, ossia l'irrilevanza degli elementi contemplati al comma 2 dell'art. 133 c.p. ("capacità a delinquere del colpevole") (32). Ciò in quanto «l'attenuante in parola non risponde ad esigenze di adeguamento del fatto alla colpevolezza del reo, ma concerne la minore lesività del fatto in concreto rapportata al bene giuridico tutelato», mentre i parametri contemplati al comma 2 nulla hanno a che vedere con la minore lesività del fatto.

L'irrilevanza dei criteri di cui all'art. 133, comma 1, n. 3, e comma 2 c.p., ci permette di individuare un curioso parallelismo fra quanto fin qui osservato e la previsione dell'art. 62-bis, comma 2, c.p. Questa statuisce che, nel caso di soggetti già recidivi che abbiano commesso taluno dei reati gravi di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p., e purché siano delitti punibili con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, le attenuanti generiche non potranno essere concesse sulla base dei criteri di cui all'art. 133, comma 1, n. 3, e 133, comma 2, c.p. (33). L'ordinamento penale tratta pertanto il colpevole del delitto di atti sessuali con minorenne, quanto alla concessione dell'attenuante del "caso di minore gravità", allo stesso modo di come tratta, quanto alla concessione delle attenuanti generiche, il c.d. recidivo reiterato speciale. In una logica sistematica, un simile accostamento (che all'interno della logica giuridica, non strettamente formale, non può essere derubricato a una mera affermazione del conseguente) non appare manifestamente irragionevole, essendo scelta di politica

criminale giustificabile proprio in virtù del particolare disvalore sociale attribuito a tale delitto. A fronte di tale identità di trattamento, deve peraltro evidenziarsi la diversità teleologica della normativa regolante le due fattispecie: laddove la disciplina della recidiva è infatti dettata da ragioni di pericolosità soggettiva del reo, nel caso dell'art. 609-quater, comma 4, c.p. quel che rileva è essenzialmente la gravità del reato in senso oggettivo.

6. RAPPORTO FRA L'ATTENUANTE DEL "CASO DI MINORE GRAVITÀ" E L'AGGRAVANTE DELL'ATTO COMPIUTO SU UN MINORE DI ANNI DIECI; STUDIO DEI CASI DI CONTESTUALE SUSSISTENZA DI UN RAPPORTO FAMILIARE O FIDUCIARIO

L'ultimo comma dell'art. 609-quater introduce la circostanza aggravante speciale del fatto commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci, per cui il minimo e il massimo edittale salgono, rispettivamente, a sette e quattordici anni. Si pone pertanto la questione del possibile concorso tra essa e l'attenuante, secondo quanto disposto ex art. 69 c.p. Peraltro nel caso di specie la comparazione «richiede una particolare attenzione in ragione dell'intrinseca maggiore gravità, di cui è connotata la condotta commessa in danno di minori di anni dieci» (34). In tale contesto, l'àmbito di applicabilità dell'attenuante sarà allora necessariamente più ristretto rispetto alla categoria degli "atti di libidine non oggettivamente gravi": nonostante la scarsa significatività contenuta in simili formule, potremmo parlare di astratta configurabilità di un giudizio di equivalenza o di prevalenza, rispettivamente, nei soli casi di atti di libidine di lieve e di lievissima entità. Ciò che comunque emerge chiaramente è che, quand'anche la vittima abbia un'età inferiore ai dieci anni, ciò non determina di per sé l'assoluta impossibilità di concedere l'attenuante (35).

Detto questo in via generale, va però rilevato che la giurisprudenza ha individuato nell'età di gran lunga inferiore ai dieci anni un elemento sufficiente a escludere in radice la concedibilità dell'attenuante (36). La tenera età della vittima rende inoltre difficilmente configurabile la minore gravità del caso quando il delitto sia commesso nell'àmbito di un rapporto fiduciario di affidamento (37): la maggior lesività di questa fattispecie emerge sin dalla norma base, che all'art. 609-quater, comma 1, n. 2, già abbassa, in tali casi, la soglia del penalmente rilevante, fino a comprendere gli atti sessuali compiuti nei confronti dell'infrasedicienne. Non si può a priori escludere che anche casi di questo genere si sostanzino in condotte di gravità così modesta da risultare oggettivamente di minima invasività (38); tuttavia gli effettivi spazi di ammissibilità dell'attenuante sarebbero così angusti da divenire quasi coincidenti con la soglia del penalmente irrilevante. Invece una recente giurisprudenza, pur partendo dall'assetto dogmatico appena delineato, ha surrettiziamente dilatato oltremisura l'àmbito di concedibilità dell'attenuante: per escluderne l'applicazione, ha talvolta

aggravato irragionevolmente l'onere probatorio dell'accusa, richiedendo una dimostrazione del danno subito dal minore talmente puntuale da configurarsi nei termini di una probatio diabolica. Questo specifico punto sarà oggetto di analisi approfondita nel prossimo paragrafo, al quale pertanto si rimanda.

In altre occasioni l'estrema fragilità dell'infradecenne è stata paradossalmente enucleata fra gli elementi che possono concorrere a ridurre la gravità del delitto. Vediamo due casi esemplari:

1. «pur dandosi atto che la minore ha forse avuto una precoce erotizzazione [n.d.s.: indotta dal compagno (convivente) della madre della bambina], questa si era verificata senza gravissimi traumi, considerato che i toccamenti hanno conservato una dimensione ludica» (39).

Il fatto che la bambina abbia percepito gli atteggiamenti del reo come afferenti alla sfera del gioco non può certo deporre a favore della concessione dell'attenuante. L'interpretazione della realtà in dimensione ludica rappresenta, nel minore, la forma più immediata e comune di interrelazione con l'altro: risulterebbe pertanto irragionevole trarre da un normale atteggiamento euristico, legato ad una determinata fase dello sviluppo della persona, argomenti di prova a sostegno della presunta minore gravità di una certa condotta. In realtà, l'aver ricondotto un simile comportamento a una dimensione ludica potrebbe semmai suggerire una soluzione esattamente opposta, in quanto l'imputato, facendo subdolamente passare queste condotte come parte di un gioco, avrebbe abbassato le già minime possibilità difensive della bambina. Questa tesi è stata più di recente riconosciuta dalla stessa suprema Corte, la quale ha ritenuto appropriato il diniego dell'attenuante a fronte «della natura subdola, insidiosa, vischiosa e fraudolenta delle modalità "ludiche" utilizzate per carpire il consenso dei minori» (40).

2. «Il caso che ci occupa è del tutto peculiare perché era la minore il soggetto propositivo degli atti sessuali, che considerava un passatempo giocoso ed innocuo fino a quando, maturando con l'età, non ha preso consapevolezza della illiceità del comportamento paterno» (41).

Censurando su tali basi la decisione dei giudici di merito, che nella fattispecie avevano sentenziato il diniego dell'attenuante, la Cassazione ha formulato il principio di diritto per cui lo stesso soggetto che la legge intende maggiormente tutelare (l'infradecenne), quando pone in essere un atteggiamento conferente alla sua natura (il «passatempo giocoso»), merita una minor tutela. La sentenza, affermando che la bambina ha con il tempo preso consapevolezza dell'illiceità della condotta paterna, ammette implicitamente che il disvalore di tali atti non era stato inizialmente compreso dalla

minore solo e proprio a causa della sua tenerissima età. Insomma, quella stessa ratio che importa un'intensificazione sanzionatoria, viene qui distorta al punto da considerarne i presupposti logici come elemento concorrente a ridurre la gravità del delitto.

7. PROVE SCIENTIFICHE E MASSIME DI ESPERIENZA NEL PROCESSO DI VALUTAZIONE DELLA GRAVITÀ DEL DANNO

Il delitto di atti sessuali con minorenne si basa su una presunzione di esistenza del danno (o del pericolo), per cui «è preclusa in radice ogni indagine diretta a stabilire se l'atto sessuale "prematuro" sia stato o meno tale, in concreto, anche solo da esporre a pericolo l'interesse tutelato» (42). Abbiamo visto che l'àmbito di applicazione dell'attenuante non è influenzato dalle percezioni del soggetto offeso (rectius, queste ultime non possono ampliare, ma semmai solo restringere l'insieme delle ipotesi in cui è possibile concedere l'attenuante), sicché il problema di provarne l'alterazione dell'assetto psicologico non dovrebbe nemmeno porsi. Le differenti posizioni riscontrate a livello giurisprudenziale rendono tuttavia opportuno approfondire ugualmente il punto. In tal senso, assumono primaria rilevanza le modalità con le quali è ammesso l'accertamento del danno, e, in particolare, la questione se esso possa inferirsi anche tramite massime di esperienza, ovvero se si debba basarsi esclusivamente su "prove scientifiche" strettamente intese. Su tale questione la giurisprudenza si è mostrata piuttosto altalenante: vi sono sentenze che, nei casi di imputazione ex art. 609-quater, sembrano riscontrare quasi in re ipsa un turbamento del minore tale da escludere l'attenuante (43), mentre in altri casi si censura l'apoditticità di simili automatismi (44). Introducendo un elemento di interpretazione sistematica, la praticabilità di argomentazioni fondate su presunzioni e massime di esperienza sembrerebbe trovare avallo nella ratio dell'art. 609-octies c.p., regolante la violenza sessuale di gruppo. La disposizione non prevede espressamente la possibilità di concedere l'attenuante ex art. 609-bis, comma ult., ma, al di là del dato testuale, se ne è comunque esclusa l'applicazione estensiva in quanto ipotesi «incompatibile logicamente con la maggiore gravità di una violenza sessuale di gruppo» (45). Una simile lettura della norma era stata in precedenza sostenuta anche dalla Consulta (46), quando ha escluso l'illegittimità costituzionale della mancata previsione dell'attenuante nell'art. 609-octies: essa ha ulteriormente confermato, anche sul piano del rispetto del canone della ragionevolezza legislativa, la praticabilità di generalizzazioni oggettive statuenti la gravità di determinate condotte. Non è richiesta alcuna indagine scientifica sulla psiche della vittima per stabilire che simili condotte sono connotate da un altissimo grado di lesività.

Stanti così le cose, risulta sensato domandarsi se tale logica possa applicarsi anche alle fattispecie sub art. 609-quater c.p. In effetti, una volta riconosciuto il principio per cui

l'attenuante de qua risulterebbe logicamente incompatibile con l'ontologica gravità di determinate condotte, ben può sostenersi che la perpetrazione di atti sessuali particolarmente invasivi comporti la pressoché automatica inconcedibilità dell'attenuante anche nei casi qui analizzati. Se, a fronte di rapporti sessuali completi e reiterati compiuti su infraquattordicenni, si dovesse necessariamente appurare – come ha talvolta preteso la suprema Corte (47)– l'insorgenza di una malattia scientificamente accertata, essa risulterebbe molto spesso assente, sia perché il minore si presta consensualmente all'atto sessuale, sia a causa di periodi di latenza potenzialmente molto lunghi. Così facendo, inoltre, si escluderebbe dal concetto di "danno" tutta una serie di turbamenti che, pur non riconducibili a una vera e propria malattia, implicano ugualmente un'incidenza negativa sul corretto sviluppo del minore.

8. OSSERVAZIONI FINALI

La disposizione dell'art. 609-quater, comma 4, c.p., appare come la resa del legislatore di fronte all'incredibile fantasia del reale: l'impossibilità di regolare puntualmente l'infinita varietà dei "casi di minore gravità" ha partorito una formula talmente generica da configurare quasi una delega in bianco al giudice. Ed è evidente che su quest'ultimo è stato in tal modo trasferito un enorme carico di responsabilità, da esercitarsi risolvendo l'ambiguità semantica ponendo al centro la protezione dell'intangibilità sessuale dell'infraquattordicenne. Nel metodo, è auspicabile che in tale materia la Cassazione eserciti maggiormente la funzione nomofilattica, sia attraverso l'elaborazione di principî chiari ed univoci, idonei a risolvere sul piano del ragionamento giuridico i molti contrasti interni stratificatisi negli ultimi vent'anni; sia affrontando le concrete difficoltà interpretative delle corti territoriali anche attraverso un incremento dell'attività di tipizzazione casistica (48). L'indicazione tipologica di fattispecie ontologicamente "gravi" (e, seppur con maggiore prudenza, di altre ontologicamente "di minore gravità"), potrebbe infatti favorire l'uniformità delle decisioni di merito, rispondendo così, più in generale, ad una superiore istanza di certezza del diritto. Non si tratta qui di voler negare le peculiarità del caso concreto, opponendo loro delle generalizzazioni aprioristicamente onnicomprensive, quanto piuttosto di interpretare i fatti attraverso la lente del bene giuridico tutelato dalla norma (49). Spesso il grado di compromissione dell'intangibilità sessuale risulterà infatti predeterminabile, perché, come abbiamo visto, esso deve essere accertato primariamente sulla base di una parametrizzazione oggettiva dell'atto sessuale consumato.

L'aggravante della minorata difesa. I reati di tortura

FURTO NOTTURNO - TEMPO DI NOTTE E MINORATA DIFESA AL BANCO DI PROVA DELL'OFFENSIVITÀ

Marco Venturoli(*)

Cass. pen. Sez. IV, 06 marzo 2018, n. 15214

L'ingresso del tempo di notte nel perimetro applicativo dell'aggravante della minorata difesa è stato costantemente vagliato dalla giurisprudenza, specie in rapporto alla fattispecie di furto. Tra pronunce fondate sull'automatismo applicativo della circostanza de qua in ragione del mero momento temporale di consumazione del reato e pronunce richiedenti invece l'accertamento della reale capacità offensiva della notte, la Corte di cassazione ha di recente sposato il secondo orientamento con una sentenza che meritoriamente dà atto dell'incidenza del problema in oggetto, in apparenza marginale, sulla stessa dimensione sistemica degli elementi circostanziali.

Sommario: Si nox furtum faxit ... - La natura "ambigua" della circostanza aggravante della minorata difesa della vittima - Il furto notturno tra presunzioni di pericolosità e forzature generalpreventive - Un'esegesi costituzionalmente orientata dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p. - Un verdetto a presidio dell'offensività

Si nox furtum faxit ...

Sin dall'antichità la notte "venne assunta a simbolo d'ogni peggior cosa"(1): in altri termini, essa incarna un momento propizio per delinquere a causa della consueta attenuazione delle difese da parte degli individui, "impegnati" nel riposo, sì da giustificare tanto forme di autotutela più intense dei singoli quanto reazioni punitive più severe nei confronti di coloro che approfittano di tale lasso temporale per commettere fatti penalmente illeciti. Del resto, nella letteratura poliziesca le tenebre hanno sempre rappresentato un contesto privilegiato per l'ambientazione dei crimini più svariati. L'influenza del tempo notturno nelle dinamiche delittuose ha costituito poi oggetto di uno studio più dettagliato in relazione al furto per ragioni essenzialmente statistico-criminologiche, giacché la maggior difficoltà da parte del proprietario di conservare la custodia sulle proprie cose dopo il calar del sole faciliterebbe oltremisura la consumazione di questa tipologia di illecito(2). In ogni modo, mentre dal diritto romano sino al codice Zanardelli numerosi testi normativi stabiliscono specificamente conseguenze punitive più severe a carico dell'autore del furto notturno(3), nel codice del 1930 scompare ogni richiamo espresso alla notte nella disciplina del delitto patrimoniale de quo(4). Il codice Rocco abbandona siffatto approccio "particolarista" a favore della previsione, all'art. 61 n. 5, di un'aggravante comune, più ampia, incentrata sull'approfittamento da parte del reo di una situazione fattuale o personale atta a diminuire le potenzialità difensive del soggetto passivo del reato, nella quale può senza dubbio rientrare il tempo di notte(5).

La portata "generica" dell'aggravante della c.d. minorata difesa della vittima ha costantemente costretto i giudici penali ad un'opera di perimetrazione applicativa

della stessa, variabile, anzitutto e come si vedrà meglio in seguito, anche alla luce della ratio riconosciuta a tale circumstantia delicti. Con specifico riferimento al tempo di notte, ai magistrati è spettato, segnatamente, il compito di stabilire se la realizzazione di un fatto di reato nell'oscurità comporti sic et simpliciter la contestazione della circostanza in oggetto, ovvero se la sua applicazione sia subordinata all'accertamento di una effettiva riduzione della difesa conseguente al contesto temporale in cui l'iter criminis si è dipanato. Un dilemma, quest'ultimo, che continua a incontrare soluzioni contrapposte, specie tra giudici di merito, maggiormente inclini ad automatismi applicativi dell'aggravante de qua dettati in via principale da ragioni social-difensive, e giudici di legittimità per contro più propensi a condizionare l'imputazione della circostanza a verifiche in concreto della capacità offensiva dell'azione. E proprio nella sentenza in commento il rapporto tra tempo di notte e aggravante della minorata difesa torna a essere vagliato dal Supremo Collegio, chiamato a esprimersi in ordine alla legittimità di una pronuncia di condanna, emessa dalla Corte d'Appello di Trento, per tentato furto aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 5, c.p. a causa dello svolgimento dell'azione delittuosa nelle ore notturne, senza che i magistrati trentini abbiano previamente accertato l'incidenza del contesto temporale sulla facilitazione della condotta delittuosa, peraltro non giunta a consumazione.

La natura "ambigua" della circostanza aggravante della minorata difesa della vittima

Prima di affrontare il nocciolo della pronuncia in parola, si dovrebbe tentare di chiarire la controversa natura della circostanza della minorata difesa, intorno alla quale il giudice di legittimità si è astenuto dal prendere una posizione precisa nella sentenza in commento. Un tentativo di chiarificazione più che mai doveroso, stante la capacità della ratio dell'istituto di condizionare l'actio finium regundorum del perimetro applicativo dello stesso.

Come sovente si verifica, soggettivismo e oggettivismo si contendono al riguardo il campo.

Per un verso, secondo un orientamento minoritario(6), sarebbe la scelta lessicale del legislatore ad appalesare la natura personalistica dell'aggravante: l'utilizzo del verbo "profittare" sembra infatti richiedere in capo all'autore la volontà di trarre intenzionalmente vantaggio dalla situazione fattuale o personale esistente, che dovrà essere quindi debitamente conosciuta dal reo(7). Ciò comporta la compatibilità dell'aggravante con il solo elemento psicologico doloso, il quale assumerebbe le forme di "una sorta di 'premeditazione', consistente (...) in un meditato calcolo delle possibilità offerte del contesto in cui l'azione criminosa verrà a svolgersi, tale da incidere sull'intensità del dolo"(8).

Per altro verso, in base all'orientamento maggioritario, la circostanza aggravante presenterebbe una natura essenzialmente oggettiva, sì da trovare applicazione in ragione delle modalità di realizzazione dell'illecito, di cui l'autore potrebbe avvantaggiarsi financo inconsapevolmente(9): in tal guisa la ratio dell'aggravante verrebbe a individuarsi in un maggior disvalore del fatto commesso grazie a una condotta particolarmente insidiosa(10).

A parere di chi scrive, l'istituto sembra invece caratterizzato da una colorazione "mista"(11), dove tinte personalistiche si mescolano con sfumature oggettivistiche. In primo luogo, un'esegesi della disposizione rispettosa delle opzioni semantiche del legislatore ostacola una lettura dell'elemento circostanziale soggettivisticamente "neutra", vale a dire avulsa da una qualsivoglia considerazione dell'animus proficiendi dell'autore: se si fosse voluta escludere tale intenzione, in luogo del verbo "profittare" si sarebbero impiegate espressioni verbali dissimili, prive di una caratterizzazione psicologica tanto pregnante (come, per esempio, il verbo "commettere").

Sennonché, lo stesso verbo "profittare" non richiede che la situazione agevolatrice sia a bella posta provocata dall'agente, ma sia da quest'ultimo solamente conosciuta, dando così vita a un contemperamento del carattere soggettivistico dell'aggravante attraverso elementi di impronta "obiettiva"(12).

In secondo luogo, in via sistemica può ravvisarsi una simmetria tra la circostanza in oggetto e l'aggravante di cui al n. 11 dell'art. 61 c.p., che contempla, come si sa, la commissione del reato mediante "l'abuso di posizione", concetto che implica un approfittamento dello status (di autorità, di relazioni domestiche, di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione e di ospitalità) rivestito dall'autore nei confronti della persona offesa(13).

In terzo luogo, a favore di una imprescindibile componente personalistica dell'elemento accidentale de quo gioca l'art. 59 c.p., come riformulato dalla L. 7 febbraio 1990, n. 19, che riconosce un criterio soggettivistico di imputazione delle aggravanti, mentre prima della novella in questione la lettura qui prospettata dell'aggravante si traduceva in una deroga a quel regime obiettivo di contestazione di ogni tipo di circostanza fatto proprio dal codice Rocco(14).

In quarto luogo, l'art 70 c.p. qualifica come oggettiva la circumstantia delicti in esame, anche se codesta qualificazione non deve considerarsi ostativa al riconoscimento di una compresente base soggettivistica della stessa, giacché "il riferimento alle modalità dell'azione è suscettibile di includere anche le modalità che, proprio in conseguenza della loro accessione ad un elemento del fatto necessariamente investito dal dolo, non possono prescindere da un coefficiente psichico di imputazione"(15); senza contare,

poi, come tale supposto "conflitto" verrebbe in essere per ogni circostanza aggravante oggettiva ai sensi della classificazione accolta all'art. 70 c.p. all'indomani della novella del 1990, che ha reso conforme il regime di imputazione degli elementi accidentali di natura aggravatrice al principio di colpevolezza. In una evidente proiezione generalpreventiva, l'elemento circostanziale della minorata difesa mira in via principale a frenare "l'attrattiva" criminale esercitata da situazioni di tempo, luogo o persona atte a facilitare la realizzazione del proposito delittuoso (per esempio, la condizione di senilità della persona offesa prescelta oppure il luogo isolato ove sorge un'antica villa padronale abitata saltuariamente)(16).

Ad ogni buon conto, in conseguenza della natura "bifronte" esibita dalla circostanza, il carico di disvalore di quest'ultima viene a ripartirsi equamente tra la dimensione meramente interiore del fatto e le modalità estrinseche di realizzazione del reato.

Ovvio che alla luce della compresente base personalistica della circostanza de qua il giudice dovrebbe accertare la conoscenza in capo al soggetto agente della situazione di minorata difesa, nonché l'intenzione di approfittare di quest'ultima nell'esecuzione del proprio piano criminale. Tuttavia, nelle pronunce orientate in tal senso la prova dell'intenzione profittatrice dell'autore viene in via presuntiva ricavata degli elementi fattuali caratterizzanti l'illecito (per esempio, l'infermità manifesta della vittima o l'assenza dei proprietari durante i mesi invernali nell'appartamento destinato alle vacanze estive)(17). Quanto al tempo di notte, la realizzazione stessa del crimine dopo il calar del sole sembra lasciar supporre una consapevolezza "implicita" nel delinquente circa la condizione di minorata difesa per tradizione correlata a questo momento temporale; consapevolezza che dovrebbe comunque difettare dinanzi a quei casi (come si vedrà, oggi non più marginali) in cui le ore notturne non facilitano l'espletazione del proposito criminoso, ma anzi finiscono per ostacolarlo. Difficilmente, infatti, potrà ritenersi integrata l'intenzione "di approfittamento" del contesto notturno in presenza di un furto consumato all'interno di una frequentata sala da ballo o tra le vie affollate di un paese in festa.

Del pari, vero che un soggetto potrà beneficiare nel delinquere di situazioni a lui sconosciute (per esempio, una disabilità della vittima non evidente o l'improvviso e impercettibile guasto al sistema di videosorveglianza), ma una loro considerazione entro il perimetro dell'aggravante in parola deve ritenersi verosimilmente contra legem, ossia avversa al senso dell'elemento accidentale medesimo(18).

Il furto notturno tra presunzioni di pericolosità e forzature generalpreventive

Chiusa la parentesi iniziale concernente la natura dell'aggravante della minorata difesa, può essere affrontato il thema decidendum della sentenza qui annotata: ovverosia se la realizzazione di un reato - e, in particolare, di un furto - nottetempo,

comporti la contestazione tout court della circostanza in oggetto, oppure se la sua imputazione debba avvenire solo a seguito dell'accertamento della reale compromissione della pubblica o privata difesa in conseguenza del momento prescelto per l'attuazione del programma criminoso. Contrariamente a quanto si potrebbe in via aprioristica credere, e come si vedrà più dettagliatamente poi, si tratta di un quesito la cui soluzione risulta ricca di implicazioni a carattere generale-sistemico.

Ebbene, in forza di una prima ipotesi, secondo cui la circostanza viene contestata sic et simpliciter in ragione del tempo di notte in cui la condotta delittuosa si articola, discende la massima estensione applicativa della stessa(19): in sostanza, perché l'aggravante venga imputata, è sufficiente la realizzazione del reato in via del tutto occasionale dopo il tramonto del sole, ancorché le tenebre non abbiano per nulla agevolato la consumazione del crimine. Sulla scorta di un'esegesi siffatta l'aggravante sarebbe contraddistinta da una pericolosità presunta, per nulla scalfibile dagli elementi fattuali del caso concreto, che potrebbero al contrario attestare un accrescimento nelle ore notturne della difesa da parte del titolare del bene minacciato (per esempio, l'esistenza di un sistema d'allarme che rende più difficoltosa l'intrusione nell'abitazione). Si può al riguardo rammentare una pronuncia della Suprema Corte, la quale applica la circostanza in questione ad un furto commesso nottetempo all'interno di un esercizio commerciale pur se alla presenza dei proprietari, giacché quest'ultima, secondo le valutazioni del giudice, risulterebbe del tutto eccezionale nelle dinamiche delittuose, e dunque irrilevante sulla sorte applicativa della circostanza(20). In alcune sentenze, poi, siffatto regime di presunzione viene mitigato in senso relativo, ovverosia esso è destinato a operare "a meno che particolari circostanze non contribuiscano ad accentuare comunque le difese del soggetto passivo (come l'accidentale circostanza che questi sia sveglio o che l'abitazione si trovi in zona particolarmente frequentata durante le ore notturne o che siano stati predisposti sistemi d'allarme che rendano più difficile, anche di notte, per gli estranei l'accesso nell'appartamento contro la volontà del proprietario)"(21). La tendenza interpretativa or ora richiamata testimonia il radicamento di quella risalente massima di esperienza, secondo cui al calar della sera consegue un naturale allentamento delle difese, capace di resistere finanche alle profonde trasformazioni che hanno investito la realtà nei decenni più recenti: infatti nel contesto dell'odierna società "del rischio" e della "prevenzione" il progressivo potenziamento degli strumenti difensivi, attivati specialmente nelle ore notturne, ha reso sempre meno vantaggioso il crimine dopo il tramonto (basti al riguardo ricordare il numero vieppiù crescente delle abitazioni e degli esercizi commerciali muniti di sistemi elettronici antintrusione e di videosorveglianza innescati perlopiù di notte, come pure l'intensificazione dell'illuminazione pubblica nelle aree cittadine considerate più pericolose). Nonostante ciò, una corrispondenza semantico-percettiva tra la notte e la maggior

facilità a delinquere continua a essere tanto diffusa da influenzare non solo le succitate scelte interpretative dei giudici, ma altresì le traiettorie politico criminali in the books, come dimostrato dalle recenti proposte legislative dirette ad allargare le maglie della legittima difesa domiciliare se esercitata durante la notte(22).

Un'esegesi costituzionalmente orientata dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, c.p.

In ogni modo, al di là delle summenzionate ragioni di ordine fenomenico, anche ben precisi argomenti di natura letterale-interpretativa e dommatico-sistemica paiono subordinare l'imputazione dell'aggravante in parola ad accertamenti in concreto della effettiva "capacità offensiva" della notte rispetto alla possibilità di difesa della vittima.

Quanto al primo argomento, l'uso del verbo al tempo passato "aver profittato" e della locuzione "tali da ostacolare" induce a sconfessare presunzioni di pericolosità rispetto al tempo notturno: difatti, tali indicatori linguistici sembrano richiedere - ai fini dell'applicazione dell'aggravante - la produzione di situazioni concretamente atte a provocare una riduzione della difesa del soggetto passivo, ovvero ad agevolare la consumazione del reato stesso(23). Del resto occorre ricordare come la Corte costituzionale, attraverso pronunce interpretative di rigetto e manipolative, abbia a più riprese inserito l'espressione "tale da" quale elemento di pericolo concreto in fattispecie che, nell'impianto originario del codice Rocco, si reggevano su astrazioni-presunzioni del pericolo(24).

Per quanto riguarda il secondo argomento, possono richiamarsi i complementari principi di offensività del fatto e di proporzionalità sanzionatoria. Invero, da un'applicazione dell'aggravante in ragione del solo contesto temporale notturno di riferimento può conseguire una maggiorazione di pena anche in assenza di un effettivo surplus di offensività; maggiorazione di pena che verrebbe così a giustificarsi unicamente sulla base di una più intensa capacità a delinquere manifestata dal reo. Nondimeno, se la natura della circostanza fosse integralmente soggettivistica - e non invece "mista", come si è in precedenza visto - dovrebbero considerarsi legittime anche letture della stessa svincolate da reali riduzioni della difesa, essendo il disvalore dell'aggravante accentrato in tal caso sul versante psicologico dell'illecito. Peraltro esistono elementi accidentali del reato a carattere puramente "interiore", disancorati dal nocumento a beni giuridici(25); ma la convivenza nell'aggravante in oggetto di una duplice natura non può che sollecitare una interpretazione della stessa orientata al nullum crimen sine iniuria.

Tra l'altro, la Corte costituzionale ha riconosciuto nel principio di offensività un canone ermeneutico generale(26), applicabile anche agli elementi circostanziali del reato, i quali - secondo la Consulta stessa - mai dovrebbero limitarsi ad esprimere una "generale e presunta qualità negativa dell'autore"(27). La necessaria lesività delle

ipotesi aggravatrici è stata altresì puntualizzata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, a parere delle quali attraverso le circostanze aggravanti "il legislatore attribuisce rilievo ad elementi che accrescono il disvalore della fattispecie e giustificano un trattamento sanzionatorio più severo (...). Tali elementi, dunque, pur non concorrendo all'individuazione dell'offesa tipica, rilevano ai fini della definizione del grado di disvalore del fatto". D'altra parte, siffatta argomentazione è stata dipanata dalle Sezioni Unite in riferimento all'aggravante del "mezzo fraudolento" nel furto, la quale presenta tratti comuni con la circostanza della minorata difesa in rapporto al "furto notturno": entrambe le aggravanti afferiscono invero "alla condotta inerente al momento della sottrazione che (...) costituisce il cuore della fattispecie (di furto) e ne contrassegna significativamente il disvalore tipico"(28). Di talché, "solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentano, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo, ossia con il maggior disvalore della condotta derivante dall'approfittamento delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione verrà a svolgersi"(29).

Senza contare poi come soltanto una esegesi così concepita avvalora la connaturale dimensione di "dipendenza" della fattispecie circostanziata, la quale deve presentare una sua tipicità e lesività "accresciuta", dalla fattispecie base(30); in caso contrario, il fatto concreto non manifesterebbe una gravità tale da giustificare un aumento di pena correlato all'aggravante in ossequio alla natura limitativo-garantistica sottesa al principio di offensività(31). Del pari, il canone di proporzionalità-ragionevolezza sanzionatoria subisce un vulnus ad opera di applicazioni generalizzate dell'elemento accidentale in questione, indipendenti dall'effettiva minorazione difensiva della vittima conseguente al momento temporale in cui l'azione si è svolta: sicché, il trattamento punitivo riservato alle ipotesi prive di un quid pluris di offensività risulterebbe sproporzionato per eccesso rispetto a quelle situazioni al contrario dotate di una plusvalenza di dannosità. Una pena che frustrerebbe in tal guisa le funzioni sia retributive sia general e specialpreventive assegnate alla sanzione criminale(32): per di più, la necessaria proporzionalità della sanzione rispetto alla concreta gravità del fatto costituisce presupposto indefettibile della risocializzazione cui la pena deve tendere per espressa previsione costituzionale (art. 27, 3° comma, Cost.)(33). In questa luce, l'accertamento del solo animus proficendi del tempo di notte da parte dell'autore, non accompagnato da una reale facilitazione nell'esecuzione del reato, dovrà costituire oggetto di valutazione unicamente in sede di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. sul piano sia della gravità dell'illecito sia della capacità a delinquere dimostrata dal reo.

Un verdetto a presidio dell'offensività

Nella pronuncia in esame il Supremo Collegio riscontra l'omissione di un accertamento concreto della lesività del contesto notturno del reato da parte della Corte d'Appello di Trento. Più precisamente, alla luce delle argomentazioni sviluppate dal giudice di merito, pare che la contestazione dell'aggravante della minorata difesa sia avvenuta sulla semplice base del tempus commissi delicti, senza una puntuale ponderazione di tutti gli elementi fattuali esistenti. A parere della Cassazione, due circostanze in particolare sembrano tradire questo "vizio" di valutazione in cui sarebbe incorso il giudice trentino, a causa della loro idoneità a manifestare l'assenza di una situazione di minorata difesa a discapito del soggetto passivo del delitto. In primis, risulta dagli atti che la condotta criminosa sia stata per larga parte osservata dal cugino della persona offesa, residente al secondo piano dell'edificio dove sorge l'esercizio commerciale luogo del reato. Al contrario, i magistrati di merito disconoscono un qualsivoglia rilievo a quest'ultimo elemento alla luce del carattere occasionale - e non invece programmato - della vigilanza esercitata dal congiunto della vittima; come se incomprensibilmente una sorveglianza esercitata in via del tutto contingente non incidesse sull'entità della protezione di un bene.

In secundis, il tentativo di accesso all'immobile ove si sarebbe dovuto consumare il furto ha avuto luogo con modalità atte a incoraggiare la predisposizione di "strumenti difensivi", che - per contro - il tempo di notte avrebbe dovuto neutralizzare: sembra invero che gli autori abbiano ripetutamente colpito con un piccone la porta di ingresso del negozio, provocando così un forte rumore capace di insospettire il cugino dell'offeso. Senza contare poi come l'arresto dell'iter criminis alla fase del tentativo potrebbe già di per sé far sorgere ragionevoli dubbi in ordine all'esistenza di una situazione di minorata difesa, la quale avrebbe dovuto viceversa agevolare la consumazione del reato; onde, proprio la mancata attuazione del programma criminoso dovrebbe sollecitare una valutazione ancor più attenta dell'idoneità offensiva del tempo di notte. In ogni modo, dall'indifferenza mostrata verso le succitate circostanze fattuali sembra evincersi in maniera chiara l'adesione della Corte territoriale a quell'indirizzo che interpreta l'aggravante della minorata difesa in maniera "estensiva", del tutto disancorata da coperture offensivistiche della medesima.

Si tratta di una lettura politico criminale della circostanza in oggetto, seppure minoritaria ma ciclicamente ricorrente nel panorama giurisprudenziale, connotata da una marcata accentazione della dimensione generalpreventiva dell'aggravante da parte di un giudice che sembra assecondare, attraverso manipolazioni dell'ars interpretandi, quelle istanze di sicurezza provenienti "dal basso", a prescindere dalla compatibilità delle soluzioni prospettate con i canoni costituzionali: del resto, è sotto

gli occhi di tutti la preoccupazione collettiva, sovente veicolata dai mezzi di informazione, per la sicurezza notturna soprattutto in certi contesti urbani.

All'opposto si colloca l'interpretazione dell'aggravante tratteggiata dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, rispetto alla quale non ci si può che porre in posizione adesiva.

In merito alla relazione tra il tempo di notte e lo spettro applicativo della circostanza de qua gli ermellini approdano ad un risultato che incarna il frutto di un'attività ermeneutica impermeabile a condizionamenti di matrice socio-emozionale; ma viceversa attenta sia a un corretto inquadramento empirico-fenomenico dell'elemento accidentale sia alla sua piena conformità a un modello costituzionalmente orientato di diritto penale. Viene, in particolare, avvalorato il ruolo del principio di offensività in sede interpretativo-giudiziale, come peraltro ripetutamente auspicato dalla Consulta stessa. D'altronde, un'esegesi siffatta appare in un certo senso "fisiologica" rispetto a una circostanza che esibisce - come si è in precedenza visto - già nel suo tipo legale elementi di palese lesività, che devono quindi essere concretamente integrati al fine della sua sussistenza: in breve, un'ambientazione notturna del reato incapace di ostacolare o diminuire la difesa deve considerarsi già in re ipsa inconciliabile con la stessa lettera dell'aggravante.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) V. Manzini, Trattato del furto e delle varie sue specie, II, Torino, 1926, 753.

(2) Cfr. V. Manzini, Trattato del furto e delle varie sue specie, IV, Torino, 1926, 597 e seg.

(3) Per esempio, nel codice Zanardelli, all'art. 404, n. 3, è stabilito un aumento di pena se il colpevole, "non convivendo col derubato, commetta il fatto in tempo di notte, in un edificio o altro luogo destinato all'abitazione". In esso il tempo di notte rileva altresì quale aggravante dei delitti di violazione di domicilio e di incendio, nonché di inondazione e sommersione; sul ruolo del tempo di notte nello ius criminale a partire dal codice penale del 1859 cfr., in particolare, E. Basso, Notte (tempo di), in Dig. Disc. Pen., VIII, Torino, 1994, 264 e segg.

Il tempo notturno è stato altresì richiamato in varie esperienze legislative in prospettiva scriminante. Si allude, nel quadro della difesa legittima, al diritto riconosciuto al padrone di casa di uccidere il ladro notturno; in argomento v., amplius, A. Cadoppi, Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, Milano, 2006, 1377 e segg.

(4) Nel codice Rocco il lemma "notte" compare solamente nell'aggravante speciale di cui all'art. 699, comma 3, per il porto abusivo di armi.

(5) D'altra parte già il Carrara reputava irragionevole la considerazione del tempo di notte in direzione aggravatrice solo rispetto al furto; sul punto cfr. V. Manzini, Trattato del furto e delle varie sue specie, IV, cit., 598.

(6) Cfr., per esempio, A. Manzini, Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930, II, Torino, 1933, 156; F. Antolisei, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2003, 450; T. Padovani, Circostanze del reato, in Dig. Disc. Pen., II, Torino, 1988, 218; A. Vallini, Circostanze del reato, in Dig. Disc. Pen., Aggiornamento, Torino, 2000, 43. In giurisprudenza cfr., ex multis, Cass., Sez. II, 8 luglio 2004, n. 44626, in Cass. Pen., 2006, 1460; Cass., Sez. I, 10 febbraio 1997, n. 2072721, in Cass. Pen., 1998, 804; Cass., Sez. I, 29 ottobre 1979, n. 9012, in Riv. Pen., 1980.

(7) Questo in ogni caso non esclude che un soggetto possa trarre vantaggio nel delinquere da circostanze a lui ignote (per esempio, una vittima affetta da una forma di disabilità non visibile), ma tale situazione esula dal contorno semantico dei vocaboli utilizzati nell'aggravante in questione; cfr. M.C. Bisacci, L'elemento soggettivo nella aggravate della minorata difesa, in Cass. Pen., 1999, 504. Del resto, nella relazione al Re sul Progetto definitivo al codice penale si legge che "ognuno può giovarsi ma non approfittarsi di ciò che non conosce"; v. Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, V, parte II, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Ministro Guardasigilli On.le Alfredo Rocco, Roma, 1929, n. 77.

(8) A. Vallini, Circostanze del reato, cit., 43.

(9) Cfr., tra gli altri, A. Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte generale, Milano, 2003, 472; M. Romano, Commentario sistematico del codice penale, Milano, 2004, I, 666; G. Fiandaca-E. Musco, Diritto penale, Parte generale, Bologna, 2014, 453; F. Mantovani, Diritto Penale, Parte Generale, Milano, 2017, 404; A. Manna, Circostanze del reato, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988, 12. In giurisprudenza: v., per esempio, Cass., Sez. I, 2 dicembre 2010, n. 712, in Cass. Pen., 2012, 1007; Cass., Sez. I, 13 novembre 2008, n. 48108, in CED Cass., rv. 242623; Cass., Sez. V, 23 febbraio 2005, n. 14995, in CED Cass,. rv. 206336; Cass., Sez. II, 8 luglio 2004, n. 44624, in CED Cass., rv. 230244.

(10) Cfr. A. Spena, Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2009, 639.

(11) Sembrano propendere per una qualificazione "mista" dell'aggravante G. Marinucci-E. Dolcini, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, 2015, 552, giacché la stessa "si riferisce ad una serie di situazioni legate a fattori ambientali o

personali". Per una più ampia trattazione delle circostanze "miste" si rinvia a G. Marini, La circostanza del reato, Parte generale, Milano, 1965, 170 e segg.

(12) D'altra parte alcune pronunce ricavano la portata "oggettiva" dell'aggravante in questione proprio dal fatto che le condizioni di minorata difesa della vittima non debbano essere necessariamente determinate dall'autore, ma semplicemente sfruttate in maniera consapevole; così, ad esempio e per tutte, Cass., Sez. I, 9 ottobre 1996, n. 10268, in Cass. Pen., 1999, 499 e segg., con nota di M.C. Bisacci, L'elemento soggettivo nella aggravate della minorata difesa, cit.

(13) Cfr. A. Vallini, Circostanze del reato, in G. De Francesco (a cura di), Le forme di manifestazione del reato, Torino, 2011, 35. L'analogia strutturale tra le due aggravanti è efficacemente rimarcata da G. De Francesco, Note in tema di concorso tra delitto di sottrazione di incapaci e il sequestro di persona, e tra le aggravanti della minorata difesa e dell'abuso di relazioni, in Cass. Pen., 1979, 355, secondo cui "sembra abbastanza evidente come le due fattispecie circostanziali si trovino in un rapporto di specialità, in quanto la condotta di abuso di autorità, di relazioni domestiche, di coabitazione, e così via dicendo, può essere senz'altro una 'forma' della condotta profittatoria genericamente descritta all'art. 61, n. 5 c.p.".

(14) Cfr. A. Vallini, Circostanze del reato, in Dig. Disc. Pen., cit., 43.

(15) T. Padovani, Circostanze del reato, cit., 218.

(16) Cfr. A. Vallini, Circostanze del reato, in Dig. Disc. Pen., cit., 43. La ratio preventiva dell'aggravante in esame è altresì evidenziata da P. Nuvolone, L'art. 61, n. 5 c.p. e il momento consumativo del reato, in Riv. It., 1948, 91. Particolarmente spiccata risulta poi la dimensione generalpreventiva in quelle ipotesi di "minorata difesa" incentrate sulle caratteristiche di debolezza della vittima, introdotte dalla L. 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. pacchetto sicurezza); sul punto v. A. Vallini, Circostanze del reato, in Le forme di manifestazione del reato, cit., 35 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(17) Cfr. M.C. Bisacci, L'elemento soggettivo nella aggravate della minorata difesa, cit., 504.

(18) Ivi.

(19) In questa prospettiva, per esempio, Cass., Sez. V, 26 gennaio 2015, n. 32244, in CED Cass., rv. 265300, secondo cui "La commissione del furto in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante di minorata difesa"; Cass., Sez. V, 27 maggio 2010, n. 35616, in Cass. Pen., 2011, 4347 per la quale "Integra la circostanza aggravante della minorata difesa pubblica o privata (art. 61, 1° comma n. 5, c.p.), il tentativo di furto commesso in tempo di notte, in quanto, in tal caso, nelle vie pubbliche viene

esercitata una minore vigilanza e manca, altresì, l'ordinaria vigilanza del proprietario"; conformemente altresì, Cass., Sez. IV, 8 luglio 2009, n. 34354, in CED Cass., rv. 24498801; Cass., Sez. I, 3 febbraio 1976, n. 136921.

(20) Cass., Sez. V, 27 maggio 2010, n. 35616, cit.

(21) Cass., Sez. II, 3 maggio 1991, n. 9088, in CED Cass., rv. 188134. Pare orientata verso una presunzione relativa di pericolosità pure, recentemente, Cass., Sez. V, 26 febbraio 2018, n. 20480, in CED Cass., rv. 272602, in base alla quale, "la commissione di un furto in ora notturna integra gli estremi dell'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5, a causa della ridotta vigilanza pubblica che in tali ore viene esercitata, in considerazione anche delle minori possibilità per i privati di sorveglianza, a meno che particolari circostanze non contribuiscano ad accentuare comunque le difese del soggetto passivo, nel caso in esame, peraltro, del tutto insussistenti".

(22) V. T. Trinchera, Approvata dalla Camera una proposta di riforma in materia di legittima difesa. Proposta di legge A.C. n. 3785, in Dir. Pen. Cont., 5 maggio 2017.

(23) In tal senso si esprimeva già V. Manzini, Trattato del furto e delle varie sue specie, IV, cit., 573, per il quale profittare significa "servirsi della facilità"; di conseguenza, l'autore del reato deve giovarsi "dell'effetto facilitante derivante dall'evento".

(24) Cfr. F. Palazzo, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008, 359, anche per una puntuale rassegna di questi interventi correttivi del giudice delle leggi.

(25) Cfr. A. Malinverni, Circostanze del reato, in Enc. Dir., VII, Milano, 1960, 71.

(26) V. sul punto, diffusamente, V. Manes, Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005, 235 e segg.

(27) Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2010, 1349 e segg., con nota di L. Masera.

(28) Cass., Sez. un., 18 luglio 2013, n. 40354, in Dir. Pen. Cont., 3 ottobre 2013, con nota di G. Romeo.

(29) Ivi. Così, in rapporto al furto notturno v., tra le tante, Cass., Sez. V, 18 ottobre 2017, n. 1917; Cass., Sez. IV, 30 novembre 2016, n. 53343, in CED Cass., rv. 26869701; Cass., sez. II, 18 gennaio 2011, n. 3598, in CED Cass., rv. 24927001; Cass., Sez. II, 13 dicembre 2005, n. 5266, in CED Cass., rv. 233573; Cass., sez. I, 9 ottobre 1996, n. 10268, in CED Cass., rv. 206117, arresti nei quali il tempo di notte acquisisce

rilievo solo in presenza di ulteriori condizioni che abbiano effettivamente annullato o ridotto i poteri difensivi pubblici o privati.

(30) Cfr. A. Spena, Accidentalia deliciti? Le circostanze nella struttura del reato, cit., 639 e segg.

(31) Su tale dimensione del principio di offensività v., diffusamente, M. Donini, Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei, in A.M. Stile-S. Manacorda-V. Mongillo (a cura di), I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali, Napoli, 2015, 205 e segg.

(32) Cfr. A. Malinverni, Circostanze del reato, cit., 68, il quale evidenzia come la ratio delle circostanze di proporzionare la gravità delle sanzioni alla gravità del reato sia "fondamentalmente collegata alle finalità retributive e di prevenzione generale che rimangono alla base morale comune, e del vigente sistema penale".

(33) In argomento cfr., con particolare riguardo alla giurisprudenza costituzionale, F. Palazzo, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, cit., 363; nonché M. Donini, Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei, cit., 215 e seg.

Dir. Pen. e Processo, 2016, 12, 1657 (commento alla normativa)

"VIOLAZIONI STRUTTURALI" E RITARDO NELL'ESECUZIONE DELLE SENTENZE CEDU: IL CASO CESTARO C. ITALIA E L'INCERTA INTRODUZIONE DEL REATO DI TORTURA NEL CODICE PENALE ITALIANO

di Stefania Negri(*)

L. 04-08-1955, n. 848, 3.

La sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Cestaro c. Italia costituisce la prima condanna pronunciata nei confronti del Governo italiano per atti commessi dalle forze dell'ordine qualificabili propriamente come tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU. Rilevando l'esistenza di un problema strutturale ascrivibile all'assenza di una norma incriminatrice ad hoc, la sentenza Cestaro ha rimarcato l'urgenza di una modifica della legislazione penale e l'esigenza di imprimere un'accelerazione ai lavori parlamentari relativi all'approvazione del DDL sull'introduzione del reato di tortura nel codice penale, che sembrano invece giunti a un punto morto. Questa ennesima situazione di impasse legislativa, che alimenta il ritardo cronico dell'Italia nell'adempimento degli obblighi internazionali in materia di tortura, impedisce l'esecuzione rapida ed efficace della sentenza Cestaro, esponendo il nostro Governo al rischio di una nuova condanna in sede europea.

Sommario: Introduzione - Il divieto di tortura: dallo jus cogens internazionale al vuoto normativo italiano - La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine: i principi generali applicabili alle violazioni sostanziali e procedurali dell'art. 3 CEDU - Il caso Cestaro c. Italia: maltrattamenti qualificabili come tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU e violazione strutturale della Convenzione - Le iniziative legislative volte ad introdurre il reato di tortura nel codice penale italiano: un iter travagliato rinviato sine die - L'importanza dell'esecuzione "piena, efficace e rapida" delle sentenze CEDU, soprattutto in caso di violazione strutturale della Convenzione - Considerazioni conclusive

Introduzione

Le violenze ed i maltrattamenti inflitti dalle forze dell'ordine italiane alle persone sottoposte a controllo di pubblica sicurezza o in stato di privazione della libertà personale hanno costituito oggetto di molteplici ricorsi presentati alla Corte di Strasburgo per violazione degli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)(1). In particolare, i fatti verificatisi nel 2001 durante il summit del G8 di Genova hanno dato origine ad una pluralità di cause, solo due delle quali, Giuliani e Gaggio c. Italia(2) e Cestaro c. Italia(3), si sono recentemente chiuse con sentenza di merito definitiva, mentre per molte altre si attende ancora che la Corte adotti una decisione sulla ricevibilità del ricorso(4). Altrettanto dicasi per alcuni ricorsi analoghi, che riguardano gli abusi commessi dalle forze di polizia durante le manifestazioni no-global svoltesi a Napoli nel mese di marzo 2001(5) e le torture subite da due detenuti nel carcere di Asti(6).

Nel panorama delle decisioni pronunciate nei confronti del Governo italiano per violazione dell'art. 3 CEDU, la sentenza Cestaro si distingue dalla precedente giurisprudenza della Corte di Strasburgo poiché costituisce la prima condanna per atti commessi dalle forze dell'ordine qualificabili propriamente come "tortura", ed al contempo il primo accertamento dell'esistenza di carenze sistemiche tali da rendere inefficace la risposta repressiva italiana. Come evidenziato dalla Corte, tale défaillance strutturale, ascrivibile all'inadeguatezza della legislazione penale rispetto alla duplice esigenza di sanzionare gli atti di tortura e di creare il necessario effetto dissuasivo, impone all'Italia di adottare tutte le misure idonee a porvi rimedio, dotandosi innanzitutto di un quadro giuridico adatto e di disposizioni penali efficaci.

L'inadeguatezza dell'ordinamento italiano censurata dalla Corte - causa di una "violazione strutturale" della Convenzione europea(7) - ha invero radici molto profonde, che risalgono alla fine degli anni Ottanta, quando, a seguito della ratifica

della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura, il legislatore avrebbe dovuto prontamente adempiere l'obbligo di introdurre nella legislazione penale il reato specifico di tortura, in linea con la definizione adottata dalla medesima Convenzione(8). Disatteso per circa un trentennio, tale obbligo resta tuttora ineseguito e l'approvazione di un provvedimento legislativo ad hoc stenta a decollare. Difatti, nonostante il Senato abbia recentemente ripreso in Assemblea l'esame del disegno di legge sull'introduzione del reato di tortura nell'ordinamento italiano(9), la discussione - estremamente conflittuale e fortemente politicizzata - è presto giunta ad un punto morto ed il suo rinvio sine die rende l'esito dell'iter legislativo quanto mai incerto nei tempi e nei risultati. Questa situazione di impasse, che si trascina oramai da decenni, protrae ulteriormente il ritardo dell'Italia nell'adempimento degli obblighi internazionali in materia di tortura ed impedisce la "piena, efficace e rapida esecuzione" della sentenza Cestaro, esponendo il nostro Governo al rischio di una nuova condanna in sede europea.

Il divieto di tortura: dallo jus cogens internazionale al vuoto normativo italiano

Fin dall'adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo la comunità internazionale ha espresso una ferma condanna della tortura e dei trattamenti crudeli, inumani e degradanti(10). Previsto in una pluralità di strumenti convenzionali di portata regionale ed universale(11), il divieto di tortura si è tradotto nel diritto internazionale pattizio in un obbligo di natura assoluta ed inderogabile, come si evince dalle disposizioni dell'art. 15, par. 2, CEDU, dall'art. 4, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 27, par. 2, della Convenzione americana sui diritti umani e dall'art. 2, par. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura. Nel diritto internazionale generale esso ha assunto carattere di norma cogente(12) ed il crimine di tortura rientra tra i crimina juris gentium di competenza della Corte penale internazionale(13). Per quanto concerne il nostro ordinamento, malgrado la ratifica delle convenzioni internazionali rilevanti e la previsione dell'art. 13, co. 4, della Costituzione(14), il legislatore italiano non ha ancora provveduto ad inserire nella legislazione penale una norma incriminatrice del reato specifico di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, in palese violazione degli obblighi internazionali sottoscritti(15), e soprattutto di quelli discendenti dall'art. 4 della Convenzione Onu contro la tortura (che prevede che ogni Stato si adoperi per perseguire penalmente gli atti descritti all'art. 1 della Convenzione(16)). Tale inadempienza è stata censurata tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale. In particolare, la Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani(17), la Corte Suprema di Cassazione(18), il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti dell'uomo(19), il Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura(20) ed il Comitato europeo per la prevenzione della tortura(21) hanno tutti ripetutamente sollecitato l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano.

In risposta alle preoccupazioni espresse dai suddetti organi(22), il Governo italiano si è spesso giustificato argomentando che le condotte descritte dall'art. 1 della Convenzione Onu possono essere punite in base a norme incriminatrici già presenti nel codice penale, segnatamente quelle che riguardano i delitti di abuso d'ufficio (art. 232 c.p.), percosse (art. 581 c.p.), lesioni personali (artt. 582 ss. c.p.), ingiurie (art. 594 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione della libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie (art. 609 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minacce (art. 612 c.p.), stato d'incapacità procurato mediante violenza (art. 613 c.p.) e simili. È apparso invece evidente, soprattutto alla luce della prassi registrata negli ultimi anni, come il ricorso alle fattispecie di reato menzionate, molte delle quali soggette ad un regime di prescrizione breve e ad altri meccanismi che non producono alcun effetto deterrente (sospensione condizionale della pena, affidamento in prova ai servizi sociali, indulto o amnistia), non possa risolvere in maniera compiuta ed efficace il problema della repressione del reato specifico di tortura(23). Di fatto, esso continua ad essere perpetrato impunemente, come più volte stigmatizzato anche dalle organizzazioni non governative che operano per la tutela dei diritti dell'uomo, in primis Amnesty International, Human Rights Watch e l'italiana Antigone. In particolar modo Amnesty, che negli ultimi anni ha denunciato casi di tortura e maltrattamenti verificatisi in almeno tre quarti dei Paesi del mondo(24), ha portato all'attenzione dell'opinione pubblica internazionale anche diversi casi italiani, tra cui spiccano, oltre ai noti casi Aldrovandi e Cucchi, proprio i fatti accaduti durante il vertice del G8 di Genova(25). La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine: i principi generali applicabili alle violazioni sostanziali e procedurali dell'art. 3 CEDU

Nella copiosa giurisprudenza prodotta in tema di violazioni dell'art. 3 CEDU, la Corte di Strasburgo ha elaborato una serie di principi generali che si applicano in caso di denunciate violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine e qualificabili come tortura o come trattamenti inumani o degradanti(26).

Occorre in primo luogo evidenziare che la Corte ha considerato il divieto posto dall'art. 3 quale valore fondamentale proprio di qualsiasi società democratica. Posto a presidio della dignità umana, esso ha carattere assoluto e non è passibile di bilanciamento neanche con altri valori generali di indubbia rilevanza, quali il controllo dei flussi migratori e la lotta all'immigrazione clandestina(27), la lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata(28), la prevenzione dei reati(29). Dal punto di vista della violazione materiale dell'art. 3, l'orientamento consolidato della Corte è nel senso di richiedere che un maltrattamento raggiunga un minimo di gravità per ricadere sotto l'applicazione della norma. La valutazione di tale minimo dipende

dall'insieme delle circostanze del caso e, in particolare, dalla durata del trattamento, dai suoi effetti fisici e mentali così come, a volte, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima. Tra gli altri fattori da considerare vi è anche lo scopo per il quale è stato inflitto il maltrattamento, nonché l'intenzione o la motivazione che l'hanno ispirato, o ancora il contesto nel quale si è verificato, quale può essere un'"atmosfera di viva tensione e dalla forte carica emotiva"(30).

Secondo giurisprudenza costante della Corte, una volta soddisfatto il requisito della "soglia minima di gravità"(31), si ha violazione dell'art. 3 anche quando i maltrattamenti e le violenze deliberatamente inflitte dalle forze dell'ordine non raggiungano la soglia della tortura, ma ricadano invece sotto la qualifica di "trattamenti inumani e degradanti". Ad esempio, la Corte ha considerato un trattamento "inumano" quando esso è applicato con premeditazione per ore e causa lesioni corporali o forti sofferenze fisiche e psichiche(32), mentre ha definito un trattamento come "degradante" quando esso è tale da creare sentimenti di paura, angoscia e inferiorità, idonei a umiliare e avvilire e a stroncare eventualmente la resistenza fisica o psichica della persona che lo subisce, o a portare quest'ultima ad agire contro la propria volontà o la propria coscienza(33). Per stabilire, invece, se una determinata forma di maltrattamento debba essere qualificata come "tortura", la Corte ha affermato che, nell'ottica della distinzione tra tortura e trattamento inumano o degradante operata dall'art. 3, si debbano ricondurre alla prima solo quei trattamenti inumani deliberati che provocano sofferenze molto gravi e crudeli(34). Secondo la Corte, infatti, oltre all'elemento della particolare gravità, la tortura implica anche un elemento di intenzionalità, una volontà deliberata, in linea con la definizione di tortura contenuta nell'art. 1 della Convenzione Onu(35). Ma è opportuno anche notare che in alcuni casi la Corte ha fondato l'accertamento della tortura non tanto sul carattere intenzionale dei maltrattamenti, quanto piuttosto sul fatto che essi abbiano "provocato dolori e sofferenze acuti" e che abbiano presentato "un carattere particolarmente grave e crudele"(36). In altri casi essa ha anche attribuito un peso particolare al carattere gratuito delle violenze commesse nei confronti delle vittime, qualificabili come vere e proprie "rappresaglie" commesse dalle forze dell'ordine(37). Inoltre, rispetto alle condotte riconducibili all'art. 3, la Corte ha affermato che uno Stato è responsabile di ogni persona arrestata, o comunque privata della sua libertà, che si trovi completamente nelle mani delle forze di polizia. A tal riguardo ha precisato che quando i fatti oggetto della causa siano noti, nella loro totalità o in larga parte, solo alle vittime ed alle autorità statali che hanno esercitato un controllo su di esse, spetta al Governo fornire spiegazioni credibili sull'origine delle eventuali lesioni personali denunciate e produrre prove che stabiliscano i fatti riferiti dalla vittima su cui nascono eventuali dubbi(38). In difetto di ciò, l'art. 3 risulta sicuramente violato(39).

La Corte ha anche chiarito che per quel che riguarda la questione particolare delle violenze commesse durante le identificazioni o l'arresto da parte degli agenti di polizia, l'eventuale ricorso alla forza deve essere proporzionato e necessario, tenendo presente le circostanze del caso di specie(40). Essa ha stabilito che l'utilizzo della forza fisica nei confronti di un individuo privato della propria libertà, laddove non strettamente necessario in rapporto al suo comportamento, lede la dignità umana e costituisce, in linea di principio, una violazione del diritto garantito dall'art. 3(41). La Corte ha di converso ammesso che in presenza di una resistenza fisica, o di rischio di comportamenti violenti da parte delle persone sottoposte a controllo, è giustificato che gli agenti di polizia esercitino una qualche forma di costrizione(42), giungendo alle medesime conclusioni anche in casi di "resistenza passiva" opposta nel corso di un arresto, di tentativo di fuga davanti alla forza pubblica o di un rifiuto di sottoporsi a perquisizione(43). In situazioni di questo tipo, la Corte ha affermato che è suo compito verificare se la forza utilizzata sia stata proporzionata rispetto allo scopo da raggiungere, attribuendo particolare importanza alle ferite occorse alle persone ed alle precise circostanze in cui esse si sono verificate(44). In tal caso, la competenza della Corte si limita all'accertamento della responsabilità internazionale dello Stato per gli atti dei suoi organi, agenti e dipendenti, e l'accertamento di tale responsabilità non va confuso con l'accertamento della responsabilità penale personale dei singoli agenti dello Stato, che spetta invece ai tribunali nazionali(45).

Le attività d'indagine e giurisdizionali svolte dalle autorità nazionali rilevano, invece, ai fini dell'accertamento delle violazioni dell'art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale(46). A tal proposito, la Corte ha affermato che gli obblighi procedurali discendenti dalla norma convenzionale impongono prima di tutto allo Stato di svolgere un'indagine ufficiale effettiva, che deve essere in grado di condurre all'identificazione e alla punizione dei responsabili. Se così non fosse, il generale divieto di tortura e di pene e trattamenti inumani o degradanti sarebbe in pratica vanificato, consentendo agli agenti dello Stato di violare impunemente i diritti delle persone soggette al loro controllo(47). La Corte ha difatti precisato che l'inchiesta condotta dalle autorità statali deve essere al contempo rapida e approfondita, non dovendosi chiudere le indagini sulla base di conclusioni frettolose o infondate(48). Ogni carenza d'indagine che indebolisce la capacità di stabilire le cause del danno o l'identità dei responsabili rischia di condurre ad una conclusione che non risponde ai requisiti d'effettività richiesti(49). Ulteriore elemento fondamentale, a giudizio della Corte, è che l'indagine debba essere condotta nella piena indipendenza rispetto al potere esecutivo(50), richiedendosi non soltanto l'assenza di legame gerarchico, ma anche un'indipendenza valutabile in termini concreti(51). Inoltre, l'esito dell'inchiesta e del procedimento penale, così come la sanzione pronunciata e le misure disciplinari adottate, risultano essere determinanti se si vuole preservare l'effetto dissuasivo del

sistema giudiziario ed il ruolo che esso è tenuto ad esercitare nella prevenzione delle violazioni del divieto di maltrattamenti(52). Quanto all'adeguatezza delle sanzioni penali in caso di tortura e maltrattamenti, la Corte ha precisato che la fondatezza delle accuse e la commisurazione della pena sono materie di esclusiva competenza delle giurisdizioni nazionali, ma ha anche chiarito che ad essa spetta il compito di controllare che non vi sia stata "manifesta sproporzione" tra la gravità dei fatti accertati e l'entità della sanzione inflitta, nel senso che le pene e le sanzioni disciplinari irrogate non devono essere sproporzionatamente lievi rispetto alla gravità delle violazioni denunciate. Inoltre, la Corte ha più volte ribadito che i sospetti autori di maltrattamenti ed atti di tortura devono essere sospesi dalle loro funzioni per la durata del processo, nonché definitivamente rimossi in caso di condanna(53). Infine, la Corte ha dichiarato che in questa materia l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione e che non si dovrebbe tollerare l'applicazione di istituti quali l'amnistia, la grazia e la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena(54).

Il caso Cestaro c. Italia: maltrattamenti qualificabili come tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU e violazione strutturale della Convenzione

Nel caso Cestaro c. Italia il ricorrente ha denunciato la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 3 CEDU a causa delle violenze subite nel corso dell'irruzione delle forze dell'ordine nella scuola Diaz-Pertini di Genova, nella notte tra il 21 e il 22 luglio 2001, in occasione dello svolgimento del vertice del G8. Nell'esaminare il caso, la Corte ha anzitutto condotto una lunga e dettagliata analisi degli eventi occorsi in occasione del summit e del contesto generale nel quale esso si è svolto, soffermandosi in particolare sulla costituzione di unità speciali di forze dell'ordine allo scopo di arrestare i cosiddetti "black bloc", sulle irruzioni della polizia nelle scuole Diaz-Pertini e Pascoli e sulla lunga e complessa vicenda giudiziaria che ne è seguita. Applicando i principi generali elaborati nella sua precedente giurisprudenza, la Corte ha concluso che gli occupanti della scuola Diaz-Pertini furono oggetto di un'aggressione fisica e verbale dal carattere sistematico e generalizzato, intenzionale e premeditato, qualificabile come tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU. Esaminati i fatti denunciati nel ricorso, la Corte ha accertato l'assenza di un qualsiasi nesso di causalità tra la condotta del ricorrente, che si trovava seduto contro il muro a braccia alzate, e l'uso sproporzionato della forza da parte degli agenti di polizia. Essa ha pertanto qualificato come tortura le violenze ingiustificate subite dal Cestaro (causa di gravi ferite alla testa, alle gambe e alle braccia) in quanto "di natura particolarmente grave e crudele" e causa di "dolori e sofferenze acuti"(55).

Per quanto riguarda la violazione degli obblighi di natura procedurale discendenti dall'art. 3, la Corte ha rilevato che gli autori materiali degli atti di tortura inflitti al ricorrente non furono mai identificati, rimanendo di fatto impuniti. Essa ha attribuito

l'assenza d'identificazione dei responsabili non solo alla difficoltà oggettiva della Procura di procedere ad identificazioni certe, ma anche alla ingiustificabile mancata collaborazione della polizia nel corso delle indagini preliminari. Quanto poi alle condanne pronunciate dai giudici italiani nei confronti di altri membri delle forze dell'ordine che avevano partecipato al blitz, la Corte ha osservato che i delitti ascritti agli imputati (calunnia, abuso di ufficio e lesioni semplici) si sono prescritti ancor prima della decisione d'appello, e che anche il delitto di lesioni gravi, per il quale diciannove imputati erano stati condannati in primo e secondo grado, è stato dichiarato prescritto dalla Corte di Cassazione. In conclusione, la Corte ha dovuto constatare che al termine del procedimento penale nessuno degli imputati è stato condannato per effetto della prescrizione, e che l'applicazione dell'indulto ha anche determinato a beneficio di alcuni una riduzione della pena inflitta per i reati di falso ideologico e porto abusivo di armi da guerra.

Alla luce di tali risultanze, la Corte ha dichiarato violato l'art. 3 anche sotto il profilo procedurale. Tuttavia, essa non ha ritenuto che la responsabilità della violazione sia attribuibile alle autorità giurisdizionali italiane, che a suo giudizio hanno adeguatamente valutato la gravità dei fatti attribuiti agli imputati, dimostrando "fermezza esemplare" soprattutto nei giudizi di appello e di cassazione. Secondo la Corte, è dipeso dall'inefficacia della risposta fornita dall'ordinamento italiano se gli autori delle condotte contrarie all'art. 3 - qualificate semplicemente come reati comuni di lesioni, percosse, violenza privata, abuso d'ufficio e simili - hanno potuto sottrarsi ad ogni sanzione per effetto dei benefici garantiti dai brevi termini di prescrizione previsti per tali reati e dall'indulto previsto dalla L. n. 241/2006(56).

Di conseguenza, la Corte ha censurato l'assenza di un quadro normativo idoneo a prevenire e punire gli atti contrari all'art. 3 CEDU, dichiarando che la legislazione penale italiana è "inadeguata rispetto all'esigenza di sanzionare gli atti di tortura in questione e al tempo stesso privata dell'effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni simili dell'articolo 3 in futuro"(57). Tale condizione impedisce alle autorità statali di perseguire efficacemente i responsabili di atti di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, di pronunciare pene adeguate e proporzionate alla gravità dei fatti denunciati, di escludere l'applicazione di qualsiasi misura che possa alleggerire la sanzione a scapito del suo effetto preventivo e dissuasivo(58). Pertanto, la mancanza di una norma incriminatrice ad hoc costituisce un "innegabile" problema di carattere strutturale(59), che va risolto attraverso l'adozione di misure generali utili a prevenire ulteriori violazioni della Convenzione. La Corte ha quindi stabilito che è necessario che "l'ordinamento giuridico italiano si doti degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri

maltrattamenti rispetto all'art. 3 e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte"(60), e ciò nel rispetto sia degli obblighi positivi derivanti dall'art. 3, sia degli obblighi discendenti da altre disposizioni internazionali quali, in particolare, l'art. 4 della Convenzione Onu contro la tortura(61).

In conclusione, dichiarata all'unanimità la violazione dell'art. 3 CEDU sotto il duplice profilo materiale e procedurale, tenuto conto del risarcimento già ottenuto a livello nazionale e non ritenendo che il danno fisico possa considerarsi danno materiale, la Corte ha condannato l'Italia al pagamento di un risarcimento per i danni morali subiti dal ricorrente, quantificato in via equitativa in 45.000 euro.

Le iniziative legislative volte ad introdurre il reato di tortura nel codice penale italiano: un iter travagliato rinviato sine die

La sentenza Cestaro ha evidentemente rimarcato l'urgenza di una modifica della legislazione penale vigente - di cui si parla infruttuosamente da decenni - e l'esigenza di imprimere un'accelerazione ai lavori parlamentari iniziati nel 2013 con la presentazione di diversi disegni di legge in materia di tortura.

In realtà, le proposte di legge finalizzate all'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano si sono susseguite numerose in seguito alla ratifica della Convenzione Onu, ma molto spesso non sono neanche arrivate alla fase della discussione in aula. Ciò si è verificato sia per i primi due disegni di legge risalenti alla X legislatura(62), sia per le varie iniziative parlamentari presentate durante la XIII legislatura(63).

Nel corso della XIV legislatura, i sette progetti di legge presentati in Parlamento(64) furono riuniti dalla Commissione Giustizia in un disegno di legge unificato, approvato e calendarizzato per la discussione in aula. In questo caso, l'approvazione di un emendamento che introduceva il requisito della reiterazione delle violenze e delle minacce sollevò le critiche di numerose ONG, tra cui Amnesty International, giacché l'introduzione di una figura di "tortura reiterata", oltre a rappresentare un unicum in materia di proibizione della tortura, avrebbe anche comportato l'inammissibile "tolleranza" di episodi di tortura isolati. Il progetto rimase di fatto bloccato per quasi un anno ed ancora una volta la discussione parlamentare non giunse mai a un risultato definitivo. Anche durante la XV legislatura furono presentati altri otto disegni di legge(65). Le quattro proposte presentate alla Camera furono unificate in un solo testo, che fu approvato dall'Assemblea il 13 dicembre 2006 e trasmesso al Senato. Il progetto aveva lo scopo di introdurre nel codice penale il reato di tortura configurato come delitto comune, con la previsione di un'aggravante se commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio. Approvato anche in Commissione Giustizia del Senato, il disegno di legge decadde in conseguenza dello scioglimento

anticipato delle Camere. Infine, durante la XVI legislatura, furono presentate ben undici proposte(66), nessuna delle quali giunse al dibattito in nessuno dei due rami del Parlamento.

Nel corso dell'attuale legislatura (XVII), i lavori parlamentari iniziavano il 22 luglio 2013 in Commissione Giustizia del Senato con l'esame del DDL 10 (Manconi et al.), discusso congiuntamente con altri disegni di legge aventi anch'essi ad oggetto l'introduzione della fattispecie specifica di tortura(67). Approvato in Commissione come testo unificato, il disegno di legge veniva definitivamente adottato dall'Assemblea il 5 marzo 2014.

Nel testo dell'art. 613-bis c.p. licenziato dal Senato il reato di tortura era qualificato come delitto comune, prevedendosi l'aggravante della commissione da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio (reclusione da cinque a dodici anni). Eliminato il requisito della reiterazione di atti di violenza o minaccia, presente nel progetto originario, se ne richiedeva invece la "gravità" (Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero mediante trattamenti inumani o degradanti la dignità umana, cagiona acute sofferenze fisiche o psichiche ad una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia o autorità o potestà o cura o assistenza ovvero che si trovi in una condizione di minorata difesa, è punito con la reclusione da tre a dieci anni). Per quanto riguarda le pene, esse erano aumentate di un terzo o della metà in caso, rispettivamente, di lesioni personali gravi o gravissime, potendo arrivare fino ai trenta anni di reclusione o all'ergastolo in caso di omicidio colposo o volontario(68).

Trasmesso alla Camera, il disegno di legge è stato rielaborato ed approvato il 9 aprile 2015 con significative modifiche(69), attinenti principalmente alla definizione delle condotte che integrano gli estremi del reato di tortura (Chiunque, con violenza o minaccia ovvero con violazione dei propri obblighi di protezione, di cura o di assistenza, intenzionalmente cagiona ad una persona a lui affidata, o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia, acute sofferenze fisiche o psichiche al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni politiche o religiose, è punito con la reclusione da quattro a dieci anni)(70), all'aumento della pena minima per il reato comune (da tre a quattro anni di reclusione), alla pena applicabile in caso di omicidio colposo (da trenta anni di reclusione all'aumento di due terzi della pena) ed all'aumento del massimo edittale per il reato commesso dal pubblico ufficiale (da dodici a quindici anni), per il quale si richiede tra l'altro che vi sia stato "abuso dei poteri o ... violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio". È interessante anche notare la riformulazione, più corretta dal punto di vista del diritto internazionale, della

norma che esclude l'immunità dalla giurisdizione dello straniero accusato di tortura (e non l'immunità diplomatica prevista nel testo del Senato, che si applica ai soli agenti diplomatici dello Stato straniero), che è in linea con le pertinenti regole di diritto internazionale che riguardano l'esercizio della giurisdizione per i reati che integrano la fattispecie di un crimine internazionale.

Come osservato in dottrina, per quanto migliorata rispetto al testo approvato dal Senato, la riformulazione della norma incriminatrice non è apparsa scevra da criticità, poiché limitando l'ambito delle possibili vittime alle persone "affidate all'agente, o comunque sottoposte alla sua autorità, vigilanza o custodia", si è esclusa "la possibilità di riconoscere la sussistenza del delitto nell'ipotesi di gravi violenze, gratuitamente finalizzate a provocare sofferenza nelle vittime, compiute dalle forze di polizia nell'ambito di operazioni di ordine pubblico prima che le vittime medesime siano tratte in arresto", rendendo la norma inapplicabile proprio a situazioni simili a quelle verificatesi nella scuola Diaz-Pertini di Genova(71).

Ritrasmesso al Senato il 13 aprile 2015, il testo è stato nuovamente emendato in Commissione Giustizia ed approvato nella seduta del 7 luglio 2015(72). Con gli emendamenti adottati in Commissione si è ritornati in buona parte all'impostazione originaria del testo approvata dal Senato nel 2014(73), peggiorato però dall'introduzione del requisito della reiterazione e dalla mancata reintroduzione del riferimento ai trattamenti inumani e degradanti eliminato dalla Camera (Chiunque con reiterate violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da tre a dieci anni). La tortura resta qualificata come delitto comune, punibile solo se le violenze sono plurime e reiterate, e la condotta posta in essere da un pubblico ufficiale costituisce mera circostanza aggravante che può determinare l'applicazione di una pena edittale maggiore (che però viene nuovamente ridotta nel suo massimo a dodici anni di reclusione). È stato altresì ripristinato l'errore già commesso nel testo licenziato dal Senato in prima approvazione, prevedendosi un riferimento all'immunità diplomatica dello straniero piuttosto che a quella giurisdizionale.

Dopo un anno d'inerzia, la discussione in Assemblea è iniziata il 6 luglio 2016 e si è presentata già dalle prime battute particolarmente animata, caratterizzata da interventi chiaramente schierati in difesa della libertà di azione delle forze dell'ordine e persino dalla richiesta di un rinvio del provvedimento in Commissione Giustizia(74). A complicare ulteriormente una discussione dai toni spesso alterati, la presenza di un numero considerevole di emendamenti che hanno messo in discussione l'intero

impianto della norma incriminatrice - in particolare la configurazione della tortura come delitto comune e non come reato proprio, il requisito della reiterazione delle condotte punibili, il controverso riferimento ad un "verificabile trauma psichico", ma anche l'inesattezza del riferimento all'immunità diplomatica - e ne hanno evidenziato la persistente inadeguatezza rispetto alla nozione internazionalmente accolta di tortura ed alle esigenze di deterrenza e di repressione effettiva.

Dei numerosi emendamenti discussi in aula, l'unico approvato nella seduta del 14 luglio ha riguardato la soppressione della parola "reiterate", che riporta la punibilità del reato al verificarsi anche di una sola condotta qualificabile come tortura. Dopo di ciò, respinta la richiesta di rinvio in Commissione messa ai voti nella seduta del 19 luglio, la Conferenza dei Capigruppo ha comunque deciso di sospendere sine die l'esame del disegno di legge e sono state bocciate in aula le mozioni intese a modificare il calendario dei lavori del Senato in modo da anticipare la trattazione del provvedimento alla ripresa dei lavori in settembre(75).

L'importanza dell'esecuzione "piena, efficace e rapida" delle sentenze CEDU, soprattutto in caso di violazione strutturale della Convenzione

La nuova battuta d'arresto subita dai lavori parlamentari non può che generare un prevedibile ritardo nell'esecuzione della sentenza Cestaro, rischiando di innescare un effetto domino che può travolgere anche il rispetto di altre disposizioni della CEDU, in particolare l'art. 46, che impone alle Parti Contraenti l'obbligo di rispettare le sentenze definitive della Corte di Strasburgo.

Tale norma conferisce al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il potere di controllarne l'esecuzione e, laddove ritenga che l'esercizio della sua funzione sia ostacolato da difficoltà di tipo interpretativo, di rivolgersi alla Corte per ottenere una sua pronuncia sulla corretta interpretazione della sentenza. Gli ultimi due commi introdotti dal Protocollo n. 14(76) prevedono che, qualora uno Stato rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva pronunciata nei suoi confronti, il Comitato possa deferire la questione alla Corte previa messa in mora dello Stato interessato. Se la Corte accerta una violazione dell'obbligo di esecuzione ex art. 46, par. 1, la questione è rinviata al Comitato affinché decida il tipo di misure sanzionatorie da adottare(77).

Ai sensi dell'art. 41 CEDU(78), ed in conformità degli orientamenti espressi dalla Corte(79), le misure di esecuzione richieste allo Stato "condannato" sono sostanzialmente di tre tipi: l'adozione di misure individuali (di carattere amministrativo o giudiziario) che siano in grado di garantire la piena restitutio in integrum; in via sussidiaria, la corresponsione di un risarcimento economico a titolo di riparazione per i danni subiti dalla vittima (equa soddisfazione)(80); ed infine

l'adozione di misure generali (perlopiù di carattere legislativo), che lo Stato deve porre in essere per rimediare ai "problemi di natura sistemica" in caso di accertata "violazione strutturale" della Convenzione.

Efficacia e tempestività nell'esecuzione delle sentenze CEDU sono elementi di cruciale importanza ai fini dell'effettività dell'intero sistema di tutela affidato alla Corte di Strasburgo. In particolare, la piena e rapida attuazione delle sentenze di condanna emesse dalla Corte è considerata "vitale" proprio nei casi che rivelano problemi di natura strutturale, giacché contribuisce a ridurre sensibilmente l'incidenza dei ricorsi ripetitivi(81).

La "piena, efficace e rapida esecuzione delle sentenze" costituisce infatti uno snodo centrale nel dibattito che si è progressivamente sviluppato in seno agli organi del Consiglio d'Europa sulla riforma del sistema CEDU. Già nel 2000 la Conferenza ministeriale sui diritti dell'uomo, riunitasi a Roma in occasione del 50° anniversario della Convenzione, nell'esaminare i problemi derivanti dalla lentezza e dalla negligenza nell'esecuzione delle sentenze della Corte europea, esprimeva preoccupazione in ordine all'esigenza di garantire nel tempo l'efficacia del sistema CEDU; al contempo raccomandava al Comitato dei Ministri di porre in essere tutte le misure a sua disposizione per reagire alla non-esecuzione o all'esecuzione troppo lenta da parte degli Stati interessati. Con la Dichiarazione dell'8 novembre 2001, intitolata "La protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in Europa - Garantire l'efficacia a lungo termine della Corte europea dei diritti dell'uomo", il Comitato dei Ministri invitava gli Stati membri a garantire l'esistenza di rimedi effettivi a livello nazionale ed incaricava i Delegati dei Ministri di esaminare con urgenza le raccomandazioni del Gruppo di valutazione, con particolare riferimento, inter alia, al ricorso ad ogni mezzo utile per assicurare l'esecuzione rapida ed efficace delle sentenze della Corte.

La questione della tempestività nell'esecuzione delle sentenze CEDU rimaneva oggetto di attenzione anche in seguito all'approvazione del Protocollo 14, inducendo il Comitato dei Ministri ad adottare la Raccomandazione (2008)2 sugli strumenti efficaci da adottare a livello interno per l'esecuzione rapida delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale raccomandazione il Comitato si dichiarava convinto che un'esecuzione rapida ed effettiva delle sentenze della Corte contribuisse a rafforzare la protezione dei diritti umani negli Stati membri e ad assicurare l'efficacia a lungo termine del sistema europeo di protezione. A tal fine raccomandava agli Stati l'adozione di una serie di misure e strumenti volti a garantire una celere esecuzione delle sentenze, quali l'identificazione precoce delle misure che concretamente potessero rivelarsi idonee allo scopo; l'adozione di ogni misura utile per sviluppare sinergie efficaci tra i vari attori coinvolti nel processo di esecuzione, identificandone e

precisandone le competenze; la rapida predisposizione di piani d'azione sulle misure da intraprendere, possibilmente articolati in un cronoprogramma di massima(82).

Il dibattito sulla riforma del sistema CEDU proseguiva nel corso delle Conferenze ministeriali sul futuro della Corte, svoltesi ad Interlaken (18-19 febbraio 2010), Smirne (26-27 aprile 2011), Brighton (18-20 aprile 2012) e Bruxelles (26-27 marzo 2015)(83).

Già nella Dichiarazione di Interlaken si sottolineava come la "piena, effettiva e rapida esecuzione" delle decisioni definitive della Corte fosse "indispensabile" per garantire l'effettività a lungo termine della Convenzione e si auspicava l'adozione urgente di misure atte a migliorare l'esecuzione delle sentenze e l'effettività del controllo esercitato dal Comitato(84). La Dichiarazione di Brighton - adottata in versione "edulcorata" rispetto al draft, essendo stato eliminato ogni riferimento alla possibilità di adottare sanzioni finalizzate ad esercitare una pressione politica sugli Stati e l'ipotesi di introdurre sanzioni pecuniarie(85) - si limitava ad incoraggiare gli Stati a sviluppare meccanismi interni idonei a garantire l'esecuzione rapida delle sentenze della Corte anche attraverso l'implementazione della summenzionata Raccomandazione (2008)2(86). Infine, nella Dichiarazione di Bruxelles, nell'ottica dell'implementazione dell'action plan ivi deliberato, si invitava il Comitato dei Ministri a valutare il grado d'implementazione della Raccomandazione (2008)2 anche attraverso una ricognizione delle buone prassi adottate dagli Stati, ed a considerare l'opportunità di aggiornare tale Raccomandazione proprio alla luce di tali prassi(87).

Più risoluto è apparso l'approccio dell'Assemblea parlamentare, che ha fatto riferimento alla "necessità imperativa" di accelerare la piena esecuzione delle sentenze(88), invitando il Comitato dei Ministri ad esercitare maggiore pressione sugli Stati inadempienti ed a considerare la possibilità di adottare misure più severe nei casi di condotte dilatorie, ritardi nell'adempimento ed inadempimenti persistenti, eventualmente ricorrendo all'applicazione dell'art. 8 dello Statuto dell'Organizzazione(89). L'Assemblea ha infatti apertamente condannato i ritardi e la mancanza di volontà politica mostrata da alcuni Stati, richiamandoli al rispetto degli obblighi discendenti dall'art. 46 CEDU e sollecitandoli a dare piena attuazione alle raccomandazioni contenute nella Dichiarazione di Bruxelles. In particolare, l'Assemblea ha invitato gli Stati a presentare tempestivamente al Comitato dei Ministri i richiesti action plans ed action reports, ed a garantire una pronta risposta alle sentenze che rilevano violazioni strutturali della Convenzione(90). A tal proposito, nel documento di lavoro redatto dal Gruppo di lavoro sulla riforma del sistema CEDU, si è precisato che gli Stati condannati devono presentare, in tempi rapidi e comunque non oltre i 6 mesi dalla data in cui la sentenza è definitiva ai sensi dell'art. 44 della Convenzione, piani d'azione adeguati e completi di una "tabella di

marcia" relativa all'adozione delle misure necessarie(91). Nel caso Cestaro, sottoposto a supervisione rafforzata (enhanced supervision)(92), l'action plan italiano è stato presentato al Comitato dei Ministri il 19 aprile 2016, dunque a distanza di 9 mesi dalla data in cui la sentenza è divenuta definitiva (7 luglio 2015). A tal proposito, al di là della mancanza di tempestività nella presentazione, sorprende il contenuto del documento. Difatti, mentre il piano riferisce che il risarcimento di 45.000 euro disposto dalla Corte è stato pagato il 18 novembre 2015 (con lieve ritardo che si asserisce non dipendere dal Governo), per le misure generali di esecuzione, necessarie a rimediare alla violazione strutturale rilevata dalla Corte, si informa il Comitato che il 5 marzo 2015 (sic! in realtà si tratta del 2014) il Senato ha approvato il disegno di legge intitolato "Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano", che la Camera ha a sua volta approvato con emendamenti il 9 aprile 2015, rinviando il testo al Senato per l'approvazione in via definitiva. Si aggiunge infine che il Governo italiano s'impegna a fornire informazioni più dettagliate sullo stato di approvazione del disegno di legge(93).

Al riguardo non può non rilevarsi, oltre la scarsa attenzione nella redazione dello stesso, come il piano d'azione presentato dall'Italia si sia limitato a dare atto in maniera molto sintetica di misure già avviate nel corso del tempo, all'epoca in completo stato di impasse, risultando evidentemente non rispondente ai requisiti di contenuto ed agli scopi (di monitoraggio e controllo da parte del Comitato) sottesi agli action plans.

La scelta del Comitato dei Ministri di sottoporre il caso Cestaro a supervisione rafforzata lascia intendere che il monitoraggio dell'esecuzione della sentenza sarà particolarmente approfondito e rigoroso e che il Governo italiano sarà prima o poi costretto a dare conto dell'inerzia del Parlamento ed a doverne sopportare le eventuali conseguenze sanzionatorie.

Considerazioni conclusive

La Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata nei confronti dell'Italia per le violazioni degli artt. 2 e 3 CEDU connesse alle violenze, ai maltrattamenti ed agli abusi perpetrati dalle forze dell'ordine su individui sottoposti a controlli di pubblica sicurezza o in stato di privazione della libertà personale(94). Le sentenze di condanna rese soprattutto negli ultimi anni - benché in generale applicative dei principi generali elaborati dalla Corte nella sua giurisprudenza precedente, e quindi sostanzialmente prive di elementi di innovatività - hanno avuto il pregio di richiamare con forza l'attenzione del nostro Governo sulle questioni giuridiche ancora irrisolte in tema di prevenzione e repressione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, che continuano a costituire pratiche illegali diffuse.

A differenza delle altre, la sentenza Cestaro ha avuto senza dubbio un'eco particolarmente ampia per due ragioni fondamentali. In primo luogo, perché l'"inadeguatezza" ordinamentale denunciata dalla Corte, che è costata all'Italia la prima vera condanna per atti di tortura perpetrati dalle proprie forze di polizia, ha riacceso i riflettori su una situazione di vuoto normativo insostenibile, facendo emergere l'urgente necessità di provvedere in modo efficace ed in tempi ragionevoli all'integrazione della legislazione penale con l'introduzione di una norma incriminatrice ad hoc, corredata da sanzioni adeguate ed effettive, ed in linea con la definizione internazionalmente accolta di tortura e con la natura imprescrittibile di tale crimine. In secondo luogo, perché si è evidenziata e stigmatizzata un'altra grave criticità del sistema, ossia l'effetto d'impunità prodotto dalla prescrizione, che la Corte ha chiaramente censurato in quanto ulteriore elemento di ingiustizia nei confronti delle vittime(95).

Per rimediare alla violazione strutturale della Convenzione rilevata nel caso Cestaro, l'Italia deve necessariamente adottare quelle misure generali di carattere legislativo che finalmente consentano di superare, rispetto all'"unico reato imposto costituzionalmente", "un'omissione normativa coriacea"(96). Ma anche la tempestività di tali misure - se di tempestività si può parlare dopo quasi un trentennio di persistente inadempimento degli obblighi internazionali discendenti dalla Convenzione Onu contro la tortura - assume un aspetto importante nell'ottica della necessaria "piena, efficace e rapida esecuzione" delle sentenze della Corte di Strasburgo, intesa quale garanzia di effettività dell'intero sistema CEDU.

È purtroppo noto che l'Italia è in testa ai nove Paesi del Consiglio d'Europa che presentano il maggior numero di sentenze ineseguite, molte delle quali riguardano problemi di natura sistemica che restano irrisolti da un numero consistente di anni(97). Anche dall'ultimo rapporto redatto dal Consiglio d'Europa sull'esecuzione delle sentenze della Corte risulta che l'Italia guida la classifica dei Paesi più in ritardo nell'esecuzione delle decisioni adottate a Strasburgo, con 2.622 sentenze non eseguite a fronte delle 1.500 della Turchia(98). Questa situazione, particolarmente allarmante, ha indotto la Corte, in casi di particolare urgenza e gravità, ad indicare al nostro Governo un termine preciso entro il quale adempiere, come si è verificato nel caso Torreggiani(99). Nel caso Cestaro, invece, il protrarsi a tempo indeterminato dell'iter parlamentare pregiudica seriamente l'efficace e rapida esecuzione della sentenza, esponendo il Governo italiano al rischio di un'ulteriore denuncia alla Corte, questa volta da parte del Comitato dei Ministri, per violazione degli obblighi discendenti dall'art. 46 CEDU(100).

La Corte di Strasburgo ha ricordato al legislatore italiano - unico organo legittimato a realizzare il necessario intervento di sistema(101) - che esiste un imperativo morale e giuridico che gli impone di portare a termine un compito rimasto incompiuto per decenni, ed oramai divenuto improcrastinabile. Nella realtà dei fatti, e soprattutto alla luce degli ultimi sviluppi, è sconfortante constatare come la palese assenza di volontà politica di procedere nella direzione richiesta dalla Corte, le pressioni esercitate dai sindacati della polizia, il rischio che si perpetui un interminabile e sterile rinvio del progetto tra le due Camere, e la perdurante discrasia tra la formulazione della fattispecie di tortura e la definizione del crimine accolta sul piano internazionale, non facciano presagire nulla di buono per il futuro.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e le libertà fondamentali, STE no. 5, Roma, 4 novembre 1950.

(2) Cedu (GC), 24 marzo 2011, n. 23458/02, Giuliani e Gaggio c. Italia. In commento, v. T.F. Giupponi, Diritto alla vita, uso legale della forza e gestione nazionale della sicurezza pubblica: i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Forum di Quad. cost., reperibile in www.forumcostituzionale.it; A. Colella, L'"assoluzione piena dell'Italia nel caso Giuliani": alcune considerazioni critiche a margine della sentenza della grande camera, in Rivista AIC, 2011/3, 5 luglio 2011.

(3) Cedu 7 aprile 2015, n. 6884/11, Cestaro c. Italia. In commento, v. F. Viganò, La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano, in Dir. pen. contemp., 9 aprile 2015; F. Cassiba, Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini", ivi, 27 aprile 2015; C. Pezzimenti, Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro, in Giur. it., 2015/7, 1709; F. Zacché, Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il delitto di tortura, in Quad. cost., 2015/2, 462.

(4) Ci si riferisce ai ricorsi relativi agli abusi commessi nella scuola Diaz-Pertini di Genova e nella caserma Nino Bixio di Bolzaneto: Giuseppe Azzolina e altri c. Italia, n. 28923/09 presentato il 27 maggio 2009; Anna Julia Kutschkau e altri c. Italia, n. 67599/10, presentato il 9 marzo 2010; Sara Bertesaghi Gallo e altri c. Italia, n. 12131/13, presentato il 3 gennaio 2013; Daniel Thomas Albrecht e altri c. Italia, n. 43390/13, presentato il 30 marzo 2013; Mauro Alfarano c. Italia, n. 75895/13, presentato il 26 novembre 2013; Jonathan Norman Blair e altri c. Italia, n. 1442/14, presentato il 10 dicembre 2013; Massimiliano Amodio e altri c. Italia, n. 21319/14, presentato il 6 marzo 2014; Rosana Allueva Fortea e altri c. Italia, n. 21911/14,

presentato il 10 marzo 2014; Alessandra Battista e altri c. Italia, n. 22045/14, presentato il 12 marzo 2014.

(5) Andrea Cioffi c. Italia, n. 17710/15, presentato il 16 giugno 2015.

(6) Andrea Cirino c. Italia, n. 2539/13, presentato il 14 dicembre 2012, e Claudio Renne c. Italia, n. 4705/13, presentato il 21 dicembre 2012.

(7) Si intende per "violazione strutturale" la violazione della Convenzione che dipende da un problema strutturale/sistemico dell'ordinamento - l'esistenza di una legge, o di una prassi amministrativa o giurisdizionale diffusa, incompatibile con la Convenzione, o viceversa l'assenza di una legge - e non solo dalle anomalie del singolo caso. In argomento, v. per tutti B. Nascimbene, Violazione "strutturale", violazione "grave" ed esigenze interpretative della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. dir. int. priv. proc., 2006, 645; V. Zagrebelsky, Violazioni strutturali e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski, in Dir. um. dir. int., 2008/2, 5. Cfr. anche la Risoluzione (2004)3 del Comitato dei Ministri sulle sentenze che rivelano un problema strutturale sottostante, del 12 maggio 2004.

(8) Convenzione Onu contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984, ratificata e resa esecutiva con legge 3 novembre 1988, n. 498, in GU n. 271, suppl. ord. del 18 novembre 1988. Ai sensi dell'art. 1 deve intendersi per tortura "qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimorirla o di far pressione su di lei o di intimorire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito".

(9) Atto Senato n. 10-362-388-395-849-874-B (Manconi et al.), Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano, reperibile in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/45512.htm. V. infra il par. 5.

(10) Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, New York, 10 dicembre 1948, art. 5.

(11) CEDU, cit., art. 3; Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, art. 7; Convenzione americana dei diritti dell'uomo, San José di Costarica, 22 novembre 1969, art. 5; Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, Nairobi, 28 giugno 1981, art. 5; Convenzione Onu contro la tortura, cit., art. 2;

Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989, art. 37; Convenzione Onu sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, New York, 18 dicembre 1990, art. 10; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Nizza, 7 dicembre 2000 - Strasburgo, 12 dicembre 2007, art. 4; Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità, New York, 13 dicembre 2006, art. 15. Per quanto concerne il diritto internazionale umanitario, cfr. art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949; artt. 17, 87 e 130 della III Convenzione di Ginevra; artt. 31, 32 e 147 della IV Convenzione di Ginevra; art. 75 del I Protocollo addizionale ed art. 4 del II Protocollo addizionale dell'8 giugno 1977.

(12) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T10, Trial Chamber, Judgment of 10 December 1998, par. 155; International Court of Justice, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Judgment of 20 July 2012, ICJ Reports 2012, 422, par. 99. V. anche Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), par. 11: "The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant (e.g., articles 6 and 7)". V. per tutti E. de Wet, The Prohibition of Torture as a Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law, in Eur. J. Int. Law, 2004, 97.

(13) Statuto della Corte penale internazionale, Roma, 17 luglio 1998, art. 7, par. 1.f) ed art. 8, par. 2.a.ii). Cfr. anche gli Statuti del Tribunale internazionale penale per la ex Yugoslavia (artt. 2 e 5) e del Tribunale internazionale per il Rwanda (artt. 3 e 4).

(14) Costituzione italiana, art. 13, comma 4: "É punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà". V. A. Pugiotto, Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è, in Dir. pen. contemp., 2014, 129.

(15) A. Marchesi, L'attuazione in Italia degli obblighi internazionali di repressione della tortura, in Riv. dir. internaz., 1999/2, 463; Id., Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy), in Jour. Int. Crim. Just., 2008/6, 202; C. Fioravanti, Divieto di tortura e ordinamento italiano: sempre in contrasto con gli obblighi internazionali?, in Quad. cost., 2004/3, 555; G. Lanza, Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura ed ordinamento interno, in Ind. pen., 2011, 738.

(16) Convenzione contro la tortura, cit., art. 4, par. 1: "Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale.

Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura". Cfr. anche l'art. 2, par. 1: "Ogni Stato Parte prende provvedimenti legislativi, amministrativi, giudiziari ed altri provvedimenti efficaci per impedire che atti di tortura siano compiuti in un territorio sotto la sua giurisdizione".

(17) Senato della Repubblica, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia, 6 marzo 2012, reperibile in http://www.senato.it/leg16/1383?documento=2500&voce_sommario=90.

(18) Cass. Pen., Sez. VI, 12 novembre 2014, n. 46634, sent. (in tema di estradizione per reati configurabili come tortura ai sensi della Convenzione Onu), par. 5.3: "Non può farsi a meno di rilevare come l'inadempienza dell'Italia nell'adeguarsi agli obblighi della Convenzione ONU crei una situazione paradossale, in cui un reato come la tortura, considerato a livello internazionale delictum juris gentium, che a determinate condizioni può configurare anche un crimine contro l'umanità, per l'ordinamento italiano non è un reato specifico". In commento v. A. Marchesi, Il caso Reverberi e gli attuali limiti della collaborazione italiana alla punizione di crimini internazionali, in Dir. um. dir. int., 2015/1, 218.

(19) Human Rights Committee, Concluding observations of the Human Rights Committee. Italy, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.94, 18 August 1998, par. 19.

(20) Committee against Torture, Conclusions and recommendations of the Committee against Torture. Italy, U.N. Doc. CAT/C/ITA/CO/4, 16 July 2007, par. 5.

(21) Committee for the Prevention of Torture, Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 25 May 2012, CPT/Inf (2013) 32, par. 6.

(22) Preoccupazioni che non riguardano solo l'assenza della fattispecie penale, ma si riferiscono anche alla necessità che siano sviluppati programmi di formazione ed addestramento specifico delle forze dell'ordine, che sia adottato un codice di condotta per gli agenti, che siano rafforzate le misure atte a garantire investigazioni rapide, imparziali ed efficaci affinché al numero consistente di denunce di maltrattamenti non corrisponda sempre un limitato numero di investigazioni effettuate dallo Stato ed un ancor più limitato numero di condanne. Cfr. Conclusions and recommendation, cit. ante nt. 20, parr. 15-19.

(23) V. sul punto F. Viganò, Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei Deputati. Parere reso nel corso dell'audizione

svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014, in Dip. pen. cont., 25 settembre 2014.

(24) Tra il gennaio 2009 e il marzo 2014, Amnesty International ha ricevuto denunce di tortura e altri maltrattamenti commessi da funzionari statali in 141 Paesi, in ogni regione del mondo. Questo dato si riferisce solo ai casi conosciuti e riferiti all'organizzazione e non riflette necessariamente la portata totale della tortura nel mondo, che resta un fenomeno sotterraneo globale. La campagna mondiale "Stop alla tortura" si concentra su tutte le realtà di custodia statale, come i sistemi ordinari di giustizia penale; sulle persone trattenute da forze militari e di polizia, dalle forze speciali, dai servizi segreti; sulle leggi, regolamenti e disposizioni di emergenza; sui luoghi di detenzione non ufficiali o segreti, dove il rischio di tortura aumenta in modo significativo. Obiettivo della campagna è fare appello ai governi ed esercitare pressioni affinché essi rispettino gli obblighi internazionali sottoscritti.

(25) Http://www.amnesty.it/stoptortura/italia-casi.

(26) V. in generale P. Pustorino, Articolo 3, in Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cura di S. Bartole - P. De Sena - V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 63; cfr. anche G. Cataldi, Osservazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di tortura, in Dir. um. dir. int., 2008/1, 50.

(27) Cedu 21 gennaio 2011, n. 30696/09, M.S.S. c. Belgio e Grecia; 23 febbraio 2012, n. 27765/09, Hirsi Jamaa e altri c. Italia.

(28) Cedu 15 novembre 1996, n. 22414/93, Chahal c. Regno Unito; 28 febbraio 2008, n. 37201/06, Saadi c. Italia.

(29) Cedu, 25 aprile 1978, n. 5856/72, Tyrer c. Regno Unito.

(30) Cedu 18 dicembre 1996, n. 21987/93, Aksoy c. Turchia, par. 64; 21 dicembre 2000, n. 30873/96, Egmez c. Cipro, par. 78; 30 settembre 2004, n. 50222/99, Krastanov c. Bulgaria, par. 53; 28 luglio 1999 (GC), n. 25803/94, Selmouni c. Francia, par. 104. Per valutare gli elementi che permettono di stabilire se vi è stata violazione dell'articolo 3, la Corte ha stabilito di aderire al principio della prova "al di là del ragionevole dubbio", precisando che una tale prova può risultare da un insieme di indizi, o da presunzioni non contestate, sufficientemente gravi, precise e concordanti: Cedu 11 luglio 2006, n. 54810/00, Jalloh c. Germania, par. 67; 4 luglio 2006 (GC), n. 59450/00, Ramirez Sanchez c. Francia, par. 117.

(31) Nel caso M. e altri c. Italia e Bulgaria, relativo ad una denuncia di presunti maltrattamenti avvenuti in sede di interrogatorio, la Corte ha infatti ritenuto che non rientrassero sotto l'art. 3 le lamentate minacce subite dalle ricorrenti, concludendo

invece che il fatto che esse fossero state avvisate della possibilità di essere penalmente perseguite e sottoposte a reclusione, qualora non avessero detto la verità, potesse essere considerato parte dei normali doveri delle autorità durante gli interrogatori e non una minaccia illecita (Cedu 31 luglio 2012, n. 40020/03).

(32) Cedu (GC), 6 aprile 2000, n. 26772/95, Labita c. Italia, par. 120; Ramirez Sanchez, cit., par. 118.

(33) Cedu 3 aprile 2001, n. 27229/95, Keenan c. Regno Unito, par. 110; Jalloh, cit., par. 68.

(34) Cedu 18 gennaio 1978, n. 5310/71, Irlanda c. Regno Unito, par. 167; Aksoy, cit., par. 63; Selmouni, cit., par. 96.

(35) Cedu 10 ottobre 2000, nn. 22947/93 e 22948/93, Akkoē c. Turchia, par. 115; 30 giugno 2008, n. 22978/05, Gäfgen c. Germania, par. 90.

(36) Cedu Selmouni, cit., parr. 101-105, e 2 dicembre 2008, nn. 25060/02 e 1705/03, Erdal Aslan c. Turchia, par. 73.

(37) Cedu, 24 luglio 2008, n. 41461/02, Romanov c. Russia, parr. 66-70.

(38) Cedu 27 agosto 1992, n. 12850/87, Tomasi c. Francia, parr. 108-111; 1 aprile 2004, n. 9584/00, Rivas c. Francia, par. 38.

(39) Cedu, Selmouni, cit., par. 87; 24 settembre 2013, n. 74010/11, Dembele c. Svizzera, par. 40.

(40) Cedu 28 novembre 2000, n. 29462/95, Rehbock c. Slovenia, par. 76; 22 maggio 2001, n. 22279/93, Altay c. Turchia, par. 54.

(41) Cedu 4 dicembre 1995, n. 18896/91, Ribitsch c. Austria, par. 38; 9 giugno 1998, n. 22496/93, Tekin c. Turchia, parr. 52-53.

(42) Cedu 22 settembre 1993, n. 15473/89, Klaas c. Germania, par. 30.

(43) Cedu 24 gennaio 2008, n. 7549/03, Milan c. Francia, par. 59; 20 luglio 2000, n. 33951/96, Caloc c. Francia, parr. 100-101; 6 novembre 2012, n. 41867/04, Borodin c. Russia, parr. 119-121.

(44) Cedu 19 maggio 2004, ric. n. 44568/98, R.L. e M.-J.D., R.L. e M.-J.D. c. Francia, par. 68; Rehbock, cit., par. 72; Klaas, cit., parr. 26-30.

(45) Cedu 10 aprile 2001, n. 26129/95, Tanlı c. Turchia, par. 111.

(46) Sul punto, A.L. Sciacovelli, Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto internazionale generale (parte I, II), in Com. int., 2005/2, 269; ivi, 2005/3, 471.

(47) Cedu 28 ottobre 1998, Assenov e altri c. Bulgaria, par. 102; 4 aprile 2006, n. 18944/02, Corsacov c. Moldavia, par. 68; 14 ottobre 2010, n. 24271/03, Georgiy Bykov c. Russia, par. 60; 13 dicembre 2012 (GC), n. 39630/09, El Masri c. Ex-Repubblica iugoslava di Macedonia, par. 182.

(48) Cedu, El Masri, cit., par. 18; Assenov e altri, cit., par. 103, nn. 33097/96 e 57834/00, Bati e altri c. Turchia, par. 136.

(49) Cedu, El Masri, cit., par. 183.

(50) Cedu (GC), 20 maggio 1999, n. 21594/93, Oğur c. Turchia, parr. 91-92; 20 luglio 2004, n. 40154/98, Mehmet Emin Yüksel c. Turchia, par. 37; El Masri, cit., par. 184.

(51) Cedu, 28 luglio 1998, Ergi c. Turchia, parr. 83-84; El Masri, cit., par. 184.

(52) Cedu 17 luglio 2008, n. 28433/02, Çamdereli c. Turchia, par. 38; Gäfgen, cit., par. 121; 20 dicembre 2007, n. 7888/03, Nikolova e Velitchkova c. Bulgaria, parr. 60 ss.; 8 aprile 2008, n. 42942/02, Ali e Ayşe Duran c. Turchia, par. 62; 24 giugno 2014, n. 36629/10, Saba c. Italia, par. 76.

(53) Cedu 2 novembre 2004, n. 32446/96, Abdülsamet Yaman, c. Turchia, par. 55; Nikolova e Velitchkova, cit., par. 63; Ali e Ayşe Duran, cit., par. 64; Çamdereli, cit., par. 38; Gäfgen, cit., par. 125.

(54) Cedu 17 ottobre 2006, n. 52067/99, Okkali c. Turchia, parr. 65-66, 74-78; 20 febbraio 2007, n. 45906/99, Zeynep Özcan c. Turchia, par. 43; Gäfgen, cit., par. 124; 17 settembre 2014, nn. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, Mocanu e altri c. Romania, par. 326.

(55) Cestaro, cit., parr. 179, 190.

(56) Ibidem, parr. 219-222.

(57) Ibidem, par. 225.

(58) Ibidem, par. 209. Cfr. anche Cedu 4 dicembre 2003, n. 39272/98, M.C. c. Bulgaria, parr. 149, 153 e 166; 23 febbraio 2006, n. 45500/99, Tzekov c. Bulgaria, par. 71; Çamdereli, cit., par. 38.

(59) Ibidem, par. 242.

(60) Ibidem, par. 246.

(61) Ibidem, parr. 243-244.

(62) Atti Senato n. 1677 (Battello) e n. 2659 (Corleone).

(63) Atti Senato n. 2701 (Semenzato et al.), n. 3691 (Salvato e altri) e n. 3705 (Lo Curzio et al.) e Atti Camera n. 4087 (Cicu et al.) e n. 7283 (Fassino-Dini). Quest'ultimo DDL non prevedeva un reato autonomo di tortura ma considerava le sevizie e le crudeltà commesse "con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio" come aggravante dei delitti non colposi contro la persona.

(64) Atti Senato n. 582 (De Zulueta et al.), nn. 1282 e 1317 (Pianetta et al.), n. 1608 (Salvi et al.), e Atti Camera n. 1483 (Ruzzanti et al.), n. 1518 (Piscitello), n. 1948 (Biondi), n. 4990 (Pecorella et al.).

(65) Atti Senato n. 324 (Biondi), n. 789 (Bulgarelli), n. 895 (Pianetta), n. 954 (Iovene et al.), n. 1216 (Pecorella et al.) e Atti Camera n. 915 (Pecorella et al.), n. 1206 (Forgione et al.), n. 1272 (De Zulueta et al.), n. 1279 (Suppa et al.).

(66) Atti Senato n. 256 (Amati et al.), n. 264 (Fleres et al.), n. 374 (Della Seta et al.), n. 1237 (Poretti et al.), n. 1596 (Di Giovan Paolo et al.), n. 1884 (Li Gotti et al.), n. 3267 (Mercenaro et al.) e Atti Camera n. 857 (Pisicchio), n. 1508 (Bressa et al.), n. 1838 (Torrisi-Carlucci), n. 3094 (Bernardini et al.).

(67) Atti Senato n. 10 (Manconi et al.), n. 362 (Casson et al.), n. 388 (Barani), n. 395 (De Petris-De Cristofaro), n. 849 (Buccarella et al.), n. 874 (Torrisi).

(68) V. i commenti critici di I. Marchi, Luci ed ombre del nuovo disegno di legge per l'introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano: un'altra occasione persa?, in Dir. pen. contemp., 26 maggio 2014; Viganò, Sui progetti di introduzione del delitto di tortura, cit.

(69) Atto Camera n. 2168, Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano. V. in commento F. Graziani, L'adattamento dell'Italia alle norme internazionali sul divieto di tortura: una riflessione sulla proposta di legge n. 2168, in Com. int., 2014/1, 595; M.B. Fornaciari, Il reato di tortura nel disegno di legge n. 2168 approvato dalla Camera dei Deputati, in Giust. pen., 2015/4, 252.

(70) Per un'approfondita analisi della norma incriminatrice in prospettiva strettamente penalistica, si rinvia a Viganò, Sui progetti di introduzione del delitto di tortura, cit., 4-6.

(71) Viganò, La difficile battaglia contro l'impunità, cit.; contra G. Lanza, Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo.

Un'analisi dei "lavori in corso" anche alla luce della pronuncia della Corte EDU sul caso Cestaro c. Italia, in Dir. pen. contemp., 28 febbraio 2016, 26.

(72) Atto Senato n. 10-362-388-395-849-874-B (Manconi et al.), Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano.

(73) Una tavola di comparazione tra il testo approvato dal Senato, il testo approvato dalla Camera dei Deputati e il testo proposto dalla Commissione è reperibile in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLCOMM/930249/index.html.

(74) I resoconti stenografici della discussione svoltasi nelle sedute del 6, 7 e 14 luglio sono reperibili in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/aula/45512_aula.htm.

(75) Cfr. resoconti stenografici delle sedute del 19 e 27 luglio 2016 reperibili in http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/aula/45512_aula.htm.

(76) Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che emenda il sistema di controllo della Convenzione, STCE n. 194, Strasburgo, 13 maggio 2004, in vigore dal 1° giugno 2010.

(77) V. per tutti P. Pirrone, Articolo 46, in Commentario breve alla Convenzione europea, cit., 744; adde, limitatamente alla dottrina successiva all'adozione del Protocollo 14: A. Oriolo, L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Quaderni del Dottorato di ricerca in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Bari, 2006, 177; P. Pustorino, Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana, in Dir. um. dir. int., 2007/3, 678; A. Atteritano, Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato, in Studi int. eur., 2008/3, 665; M.L. Padelletti, L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali, in Dir. um. dir. int., 2008/2, 349; G. Cataldi, La natura self-executing delle nome della CEDU e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali, in La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali, a cura di A. Caligiuri - G. Cataldi - N. Napoletano, Padova, 2010, 565; P. Pustorino, L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce della recente giurisprudenza italiana, in La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il giudice italiano, a cura di F. Salerno - R. Sapienza, Torino, 2011, 159; D. Amoroso - P. Pustorino, Aspetti problematici in tema di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano, in Giur. it., 2014/2, 289; A. Seibert-Fohr - M.E. Villiger (eds.), Judgments of the European Court of Human Rights: effects and

implementation, Baden-Baden, 2014; H. Keller - C. Marti, Reconceptualizing implementation: The judicialization of the execution of the European Court of Human Rights' judgments, in Eur. Jour. Int. Law, 2015/4, 829; A. Di Stasi, La tutela procedurale e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, in CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno (2010-2015), a cura di A. Di Stasi, Padova, 2016, cap. II.

(78) V. per tutti G. Bartolini, Articolo 41, in Commentario breve alla Convenzione europea, cit., 703.

(79) Cedu 13 luglio 2000, nn. 39221/98 e 41963/98, Scozzari e Giunta c. Italia.

(80) L'art. 41 CEDU precisa infatti che solo "se il diritto interno dell'Alta Parte Contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze [della] violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa".

(81) V. Rapporto esplicativo al Protocollo 14 CEDU, parr. 16, 98. Il punto è evidenziato anche da Oriolo, op. cit., 177.

(82) Raccomandazione (2008)2 sugli strumenti efficaci da adottare a livello interno per l'esecuzione rapida delle sentenze della Cedu, del 6 febbraio 2008, parr. 4-6.

(83) V. Di Stasi, op. cit., par. 6.

(84) High Level Conference on the "Future of the European Court of Human Rights", Interlaken Declaration, 19 February 2010, punto 7.

(85) V. in tal senso V. Maccioni, Il futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo nella Dichiarazione adottata a Brighton dal Consiglio d'Europa, in Dir. pub. comp. eur., 2012/4, 1543, spec. 1547.

(86) High Level Conference on the "Future of the European Court of Human Rights", Brighton Declaration, 20 April 2012, par. 29.a).i).

(87) High-level Conference on the "Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility", Brussels Declaration, 27 March 2015, Implementation of the Action Plan, par. 2. L'importanza della corretta implementazione della Raccomandazione (2008)2 è sottolineata anche dal Comitato direttivo del Consiglio d'Europa per i diritti dell'uomo, che ha annunciato l'intenzione di concentrarsi nel biennio 2016-17 sul rafforzamento dei processi che servono a conferire autorevolezza ed efficacia alle sentenze della Corte, anche nel quadro dell'applicazione della Raccomandazione (2008)2. Cfr. CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, CDDH(2015)R84 Addendum I, 11 December 2015, parr. 169.iii e 200.ii.

(88) Risoluzione 1516 (2006) del 2 ottobre 2006, par. 22.9.

(89) L'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa prevede la possibilità di sospendere o espellere lo Stato membro che contravvenga ai principi fondamentali su cui si basa l'Organizzazione, ossia la preminenza del diritto ed il rispetto dei diritti dell'uomo. V. sul punto le Raccomandazioni 1764 (2006) del 2 ottobre 2006, 1955 (2011) del 26 gennaio 2011, e 2079 (2015) del 30 settembre 2015.

(90) Risoluzione 2075 (2015) del 30 settembre 2015, parr. 8.1 e 8.4.

(91) Ad hoc Working Party on Reform of the Human Rights Convention system, Measures to improve the execution of the judgments and decisions of the Court, GT-REF.ECHR(2013)2-rev2, 2 May 2013, par. 5.

(92) La distinzione tra "supervisione standard" e "supervisione rafforzata" è stata introdotta in applicazione del Piano di Interlaken per consentire al Comitato dei Ministri di condurre un esame approfondito delle ragioni di un eventuale ritardo nella presentazione del piano d'azione o della manifesta assenza di diligenza nell'implementazione delle misure richieste. V. Supervision of the execution of the judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan - Outstanding issues concerning the practical modalities of implementation of the new twin track supervision system, CM/lnf/DH(2010)45 final, 7 December 2010.

(93) Action Plan, DH-DD(2016)481, Communication from Italy concerning the case of Cestaro against Italy (Application No. 6884/11), reperibile in http://www.coe.int/az/web/execution/submissions-italy.

(94) In argomento, mi sia consentito rinviare a S. Negri, Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine (Artt. 2 e 3 CEDU), in CEDU e ordinamento italiano, cit., 117.

(95) Com'è noto, la "questione prescrizione" è una questione cruciale che si colloca nel quadro dei problemi della giustizia penale in Italia. Essa rappresenta un tassello importante del pacchetto di riforme in materia penale attualmente in discussione ed impone soluzioni che riescano a contemperare gli opposti interessi della garanzia della ragionevole durata del processo e del necessario allungamento dei tempi di prescrizione ai fini dell'effettività della repressione dei reati. Sul punto si rinvia per tutti a D. Pulitanò, Il nodo della prescrizione, in Dir. pen. contemp., 2015, 20. Secondo la Corte di cassazione (sent. n. 46634, cit. ante nt. 18, parr. 5.3, 5.4): "È (...) necessaria una legge che traduca il divieto internazionale di tortura in una fattispecie di reato, definendone i contenuti e stabilendo la pena, che potrà determinare anche il regime temporale della prescrizione. Pertanto, nella attuale situazione normativa non può

invocarsi (...) l'imprescrittibilità della tortura, cioè di un reato che non c'è. (...) [I]l principio della riserva di legge renderebbe inammissibili pronunce il cui effetto sia quello di introdurre nuove fattispecie criminose, di estendere quelle esistenti a casi non previsti, o, comunque, di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità, aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano anche quelli inerenti la disciplina della prescrizione (cfr., Corte costituzionale sent. 1 agosto 2008, n. 324)."

(96) Così Pugiotto, op. cit., 132. V. anche A. Colella, La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo, in Dir. pen. contemp., 22 luglio 2014.

(97) Risoluzione 2075 (2015) del 30 settembre 2015; v. anche le risoluzioni 1878 (2011) del 26 gennaio 2011 e 1914 (2013) del 22 gennaio 2013.

(98) Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Report by Klaas de Vries, Doc. 13864, 9 September 2015. A tutt'oggi (settembre 2016), il sistema di ricerca in tempo reale dello stato di esecuzione dei casi pendenti (http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp) registra ancora ben 2474 casi, 73 dei quali sono considerati leading cases, come il caso Cestaro c. Italia.

(99) Cedu 8 gennaio 2013, nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, Torreggiani et al. c. Italia, par. 99. In questo caso la Corte ha assegnato il termine di un solo anno per l'adozione delle misure generali richieste.

(100) E ciò resta valido nonostante la stessa Corte Suprema ritenga che "la scelta di prevedere una incriminazione specifica per la tortura (...) è una scelta di politica criminale che rientra nella discrezionalità del legislatore, anche in relazione ai tempi di adeguamento agli obblighi convenzionali" (sentenza n. 46634, cit., par. 5.5).

(101) La Corte di Cassazione ha chiarito nella citata sent. n. 46634 (par. 5.3) che "è necessario che vengano introdotte specifiche disposizioni legislative al riguardo, trattandosi di materia penale in cui vige il principio costituzionale stabilito dall'art. 25 Cost., comma 2, secondo cui nullum crimen, nulla poena sine lege. Nel nostro sistema, proprio in base al principio contenuto nel citato art. 25 Cost., comma 2 non è possibile che una nuova norma incriminatrice entri nell'ordinamento penale per via consuetudinaria, seppure attraverso una norma di jus cogens valevole per tutti gli Stati della comunità internazionale (...)." Cfr. anche il par. 5.4 riportato ante, nt. 95. Anche in sede europea si è sottolineata l'essenziale importanza del ruolo dei Parlamenti nazionali, specialmente quando trattasi di non-esecuzione o di ritardata esecuzione, ovvero si palesi la necessità di riforme legislative: cfr. The role of parliaments in implementing ECHR standards: overview of existing structures and

mechanisms. Background memorandum prepared by the Secretariat, PPSD (2014) 22 rev., 8 September 2015, par. 2; Dichiarazione di Brighton, cit., parr. 9.c.ii, 29.a.iii, 29.e.2; Dichiarazione di Bruxelles, cit., parr. B.1.b, B.2.a, B.2.f, B.2.h, e B.2.j. V. anche le osservazioni critiche di Oreste Pollicino, contenute nel rapporto redatto per il Consiglio d'Europa, riguardo alla necessità di preservare e garantire la centralità del Parlamento, in un equo bilanciamento tra rispetto delle competenze ed urgenza del problema da risolvere, a fronte di un palese squilibrio dei ruoli che sembra in molti casi giocare a favore dell'esecutivo: Enhancing National Mechanisms for Effective Implementation of the European Convention on Human Rights. National Report - Italy, 2 ss.

Dir. Pen. e Processo, 2018, 2, 152 (commento alla normativa)

TORTURA E DIRITTO PENALE SIMBOLICO: UN BINOMIO INDISSOLUBILE?

di Carmela Pezzimenti(*)

c.p. art. 613-bis

c.p. art. 613-ter

L. 14-07-2017, n. 110, epigrafe

Il nuovo reato di tortura nasce come reato comune, tradendo lo spirito delle Convenzioni internazionali ed è soggetto al regime di prescrizione ordinario, con elevati rischi di impunità per i colpevoli. Nel fatto tipico, le modalità di aggressione del bene giuridico, nonché gli eventi lesivi, sono descritti in modo minuzioso, ma, paradossalmente, per la tecnica normativa impiegata, la fattispecie non appare comunque sufficientemente determinata. L'intento era quello di tutelare i diritti fondamentali, ma, dal punto di vista probatorio e processuale, le condizioni richieste sono tali da rendere la norma difficilmente applicabile. Forti perplessità desta anche l'art 613 ter, introdotto senza coordinamento sistematico, che potrebbe, quindi, dar luogo a distonie applicative paradossali.

Sommario: Premessa - Gli obblighi costituzionali e sovranazionali di criminalizzazione della tortura - La struttura della travagliata L. n. 110 del 2017 - Il delitto di tortura previsto dall'art. 613 bis c.p.: il bene giuridico tutelato dalla fattispecie e l'ambito soggettivo di operatività - La fattispecie tipica di tortura - Il trattamento sanzionatorio ed il rischio di "possibili scappatoie di impunità" - L'art. 613 ter - Osservazioni conclusive

Premessa

L'intera evoluzione storica della legge in commento può essere scandita dal tempo condizionale. La L. 14 luglio 2017, n. 110 nel sancire l'"Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano", avrebbe dovuto avere una forte valenza politico criminale, intervenendo per colmare un gravissimo vuoto di tutela(1). Anche sotto il profilo storico giuridico, la legge avrebbe dovuto segnare una svolta epocale, dando finalmente attuazione, in imbarazzante ritardo, alla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (CAT), adottata nel 1984 dall'Assemblea Generale delle Nazioni unite e ratificata in Italia con la L. n. 498 del 1988.

Torniamo all'indicativo presente. Si tratta, invece, di un provvedimento che "lascia tutti o quasi scontenti"(2): il testo normativo riflette emblematicamente tutte le tensioni ed i compromessi politici che ne hanno preceduto l'approvazione. Sotto il profilo della tecnica di normazione, la fattispecie presenta elementi di forte ambiguità e solleva, come vedremo, molti dubbi interpretativi: viene delineata "un'ipotesi di maltrattamenti - allargata e speciale"(3) rispetto al 572 c.p. che, oltre a discostarsi dalla definizione di tortura contenuta nell'art. 4 dalla CAT, diverge dai principi emersi nella giurisprudenza della Cedu, nonché da quelli espressi nelle raccomandazioni del Comitato europeo di prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT).

Gli obblighi costituzionali e sovranazionali di criminalizzazione della tortura

La tortura quale "situazione-limite in cui la dignità umana viene radicalmente lesa"(4) è stata stigmatizzata con fermezza dalla comunità internazionale e, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il divieto di tortura è stato sancito in una molteplicità di strumenti convenzionali, sia regionali che universali(5).

Nonostante la ratifica delle Convenzioni, lo Stato italiano è rimasto inerte in tutti questi anni: ciò in evidente violazione degli obblighi internazionali sottoscritti, nello specifico, di quello imposto dall'art. 4 della CAT, che prevede espressamente l'obbligo di ogni Stato di adottare i dovuti provvedimenti "affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale". Va sottolineato, oltretutto, come l'art. 1 della stessa CAT fornisce anche la definizione "internazionale" di tortura, intesa come "qualsiasi atto con il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso, o è sospettata aver commesso, di intimorirla od esercitare pressioni su di lei o di intimorire od esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario

pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito".

Obblighi di criminalizzazione sono stati imposti anche dalla Cedu. Nella sentenza relativa al caso Cestaro, dell'aprile 2015(6), e in Bartesaghi e altri c. Italia del 22 giugno 2017(7), i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 3 Cedu. È stata sottolineata l'inadeguatezza strutturale del sistema che, oltre a precludere la possibilità di sanzionare gli atti di tortura, ha fatto venir meno qualsiasi effetto deterrente. La Corte ha, pertanto, previsto l'obbligo di criminalizzare la tortura, nonché quello di impedire che i responsabili della stessa possano beneficiare di misure premiali.

La previsione di obblighi convenzionali di tutela penale, spesso, è stata criticata dalla dottrina che ha invocato la necessità di garantire il principio di riserva di legge. Rispetto al reato di tortura, tuttavia, un obbligo di criminalizzazione è già previsto dalla Costituzione all'art. 13, comma 4: si tratta, oltretutto, dell'unico obbligo costituzionale di tutela penale. Occorre anche osservare, in termini più generali, come gli obblighi di tutela penale di fonte sovranazionale finiscano con il tradursi in obblighi costituzionali per il meccanismo previsto dell'art. 117 Cost., e questo sottolinea, ulteriormente, la gravità del ritardo con cui il legislatore ha introdotto il delitto di tortura.

La struttura della travagliata L. n. 110 del 2017

L'iter parlamentare che ha preceduto la definitiva approvazione della legge in commento è stato particolarmente tormentato. Sono state necessarie quattro letture; in occasione dell'ultimo passaggio al Senato l'onorevole Manconi, promotore e firmatario della prima versione del d.d.l., si asteneva dal voto, ritenendo che il testo fosse, ormai, "mediocre". La Camera ha approvato definitivamente la legge il 5 luglio scorso, disattendendo anche le osservazioni critiche che, nel frattempo, erano state espresse dal Presidente della Commissione per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa in una lettera ufficiale.

L'art. 1 della L. n. 110 del 2017 introduce nel codice penale due nuovi articoli: l'art. 613 bis, relativo al reato di tortura e l'art. 613 ter inerente, invece, alla fattispecie di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura. Con l'art. 2, il provvedimento interviene sull'art. 191 del c.p.p. relativo alle "prove illegittimamente acquisite" introducendo un nuovo comma 2 bis con cui si prevede l'inutilizzabilità, nel processo penale, delle dichiarazioni eventualmente ottenute per effetto di tortura. Fa eccezione a tale principio il caso in cui queste dichiarazioni vengano utilizzate contro l'autore della tortura e allo scopo di provare la sua responsabilità penale. L'art. 3 modifica l'art. 19 del T.U. immigrazione e formalizza il divieto di non refoulement. L'art. 4

introduce, poi, limiti in materia di immunità, anche internazionali, e l'obbligo di estradizione verso lo Stato richiedente dello straniero indagato o condannato per il reato di tortura.

Il delitto di tortura previsto dall'art. 613 bis c.p.: il bene giuridico tutelato dalla fattispecie e l'ambito soggettivo di operatività

La nuova fattispecie incriminatrice è stata collocata sistematicamente nell'ambito dei delitti contro la libertà individuale (Capo III del Titolo XII) e segnatamente nella Sezione III, tra i delitti offensivi della libertà morale(8).

Etimologicamente, il termine "tortura" deriva "dal verbo "torcere", che esprime l'atto del piegare con la forza, deformandolo, un corpo (accade nella tortura come punizione), ma anche una volontà (accade nella tortura giudiziaria)"(9). La tortura, pertanto, è un fatto plurioffensivo, lesivo di una molteplicità di beni giuridici inerenti alla sfera esistenziale della vittima, quali l'incolumità psico-fisica, la dignità e, appunto, la libertà morale. Il grave disvalore di evento che l'atto del torturare produce sarebbe stato colto in modo esaustivo dal legislatore, se solo lo stesso avesse optato per una scelta sistematica più coraggiosa, quale appunto quella di inserire la norma tra i delitti previsti nel capo I, del titolo XII, del secondo libro, dopo la norma relativa alle lesioni personali dolose.

Il nucleo fondamentale delle scelte politico-criminali è racchiuso nel primo comma dell'art. 613 bis che delinea gli elementi tipici della fattispecie base, strutturandola come reato comune, eventualmente aggravato.

È stato osservato come la scelta di configurare la tortura come un reato comune possa essere letta positivamente(10): l'ambito soggettivo della perseguibilità del reato diventa più ampio e ciò rafforza la tutela dei beni giuridici. Beninteso, si tratta, però, di una scelta che tradisce lo spirito di tutte le convenzioni internazionali che considerano la tortura come un delitto che gravita "intorno al rapporto tra autorità ed individuo di cui esprime una delle più odiose forme di perversione"(11) e che marginalizza "fin quasi ad azzerarla, la specificità sul piano del disvalore"(12).

L'eventualità che l'autore della tortura sia un pubblico ufficiale è espressamente prevista nel secondo comma e dà luogo ad una circostanza aggravante che, però, non si applica nei casi in cui le sofferenze derivino "unicamente dall'esecuzione delle legittime misure privative o limitative di diritti". Il problema di fondo è il non aver previsto, in modo esplicito, che l'aggravante in questione, per la sua peculiarità, dovesse essere esclusa dal giudizio di bilanciamento con le attenuanti: pertanto, qualora le aggravanti venissero considerate equivalenti rispetto alle attenuanti, le stesse verrebbero poste nel nulla, e quel particolare e grave disvalore rappresentato proprio dalla qualifica soggettiva dell'autore sarebbe totalmente annientato.

Alla luce di queste riflessioni, la critica da sollevare è quella di non aver configurato due distinte ipotesi autonome di reato: la prima qualificata come reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, conforme alla definizione di tortura delineata dalla CAT, caratterizzata da un disvalore complessivo più grave; la seconda strutturata come reato comune.

L'ambito delle persone offese dal reato, per contro, è stato individuato in modo dettagliato, volgendo lo sguardo agli episodi di tortura verificatisi più frequentemente nella cronaca. In particolare, si fa riferimento ai soggetti "privati della libertà personale" e quindi a coloro i quali si trovino "in condizioni lato sensu di detenzione, anche solo temporanea"(13); a soggetti "affidati alla custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura, o assistenza" del soggetto attivo ed infine a soggetti che si trovino in "condizioni di minorata difesa".

Si è, dunque, valorizzato il peculiare rapporto sussistente tra il torturatore e la sua vittima. Si tratta di un rapporto qualificato, idoneo a far emergere precisi obblighi di tutela(14), tipici delle posizioni di garanzia e tali da rendere possibile, ex art. 40 cpv. c.p., l'estensione dell'ambito oggettivo di operatività della fattispecie anche alle omissioni (non previste dalla norma) poste in essere con crudeltà: si pensi al caso in cui il soggetto agente, procuri acute sofferenze fisiche o un trauma psichico, privando il soggetto del cibo, dell'acqua o del sonno.

La fattispecie tipica di tortura

Dall'analisi dei profili strutturali della fattispecie, emergono molte criticità. Occorre premettere come, di regola, il disvalore oggettivo della condotta, in quelle fattispecie poste a tutela di beni di rango primario, raramente è descritto con "ricchezza di elementi costitutivi", anzi le modalità di aggressione del bene giuridico sembrano "al contrario sfumare e quasi svanire"(15).

Nell'art. 613 bis, invece, nonostante la natura esistenziale dei beni giuridici, il legislatore tipicizza in modo dettagliato l'intero disvalore oggettivo della condotta. Questo, tuttavia, non ha garantito una maggiore precisione e determinatezza della fattispecie. Come si vedrà, proprio per il carattere non sufficientemente determinato di alcuni elementi costitutivi e per la presenza di pleonasmi, si è dinnanzi ad un'ipotesi in cui i confini di operatività rischiano di essere molto ambigui, con frizioni evidenti rispetto ai principi di legalità e di offensività.

Le modalità della condotta sono state individuate nell'uso di violenze o minacce gravi ovvero nel fatto di agire con crudeltà. Il concetto di "crudeltà", che in questa sede è elemento tipico di fattispecie, si rinviene anche nell'art. 61, n. 4, c.p., dove, invece, opera come circostanza aggravante di natura soggettiva.

Le SS.UU. della Cassazione hanno precisato, a tal riguardo, come si tratti di una circostanza "caratterizzata da una condotta eccedente rispetto alla normalità causale, che determina sofferenze aggiuntive ed esprime un atteggiamento interiore specialmente riprovevole, che deve essere oggetto di accertamento alla stregua delle modalità della condotta e di tutte le circostanze del caso concreto, comprese quelle afferenti alle note impulsive del dolo"(16). L'evanescenza del concetto di crudeltà, se può essere giustificata nei casi in cui lo stesso operi come circostanza, non può essere assolutamente tollerata nei casi in cui abbia il ruolo di elemento tipico di fattispecie, come appunto nell'art. 613 bis(17).

Il delitto è strutturato come reato di evento: la condotta deve cagionare "acute sofferenze fisiche" ovvero "un verificabile trauma psichico". Rispetto a quest'ultimo elemento, la scelta terminologica impiegata in luogo del riferimento alle "sofferenze psichiche" appesantisce inutilmente la fattispecie: qualsiasi elemento del reato, non solo quindi il trauma psichico, va infatti verificato nel corso del processo.

Il legislatore, ai fini della configurabilità del reato, richiede condotte plurime, a meno che l'unica condotta non abbia determinato "un trattamento disumano e degradante". Da un lato, il legislatore concepisce la tortura come reato abituale, richiedendo la reiterazione delle condotte. Dall'altro lato, però, valutando che anche un unico atto possa ledere l'incolumità fisica, la libertà individuale e morale del soggetto - basti pensare, ad esempio, al c.d. waterboarding- introduce nella fattispecie una clausola di chiusura, con cui riconosce rilevanza penale anche ad un singolo atto, purché comporti "un trattamento inumano e degradante".

Si tratta di elementi normativi il cui ambito di operatività deve essere delineato rinviando ai princìpi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 3 Cedu. Tuttavia, la stessa Corte europea, da tempo, afferma come non sia possibile cristallizzare una volta per tutte le diverse condotte vietate dall'art. 3, né creare definizioni rigide, con la conseguenza che "certe condotte classificate in passato come 'trattamenti inumani e degradanti', in opposizione a 'tortura', potranno essere qualificate in modo diverso in futuro"(18). E' evidente, dunque, come il riferimento al "trattamento disumano e degradante", quale elemento di fattispecie, rischi di diventare pericolosamente fumoso, sollevando, da un lato, problemi di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, e dall'altro, privando dell'adeguata tutela penale le potenziali vittime di tortura.

Quanto all'elemento soggettivo, va osservato che la scelta del legislatore italiano è stata quella di prevedere il dolo generico, abbandonando così sia il riferimento al dolo intenzionale, che caratterizza la definizione di tortura prevista nell'art. 1 della CAT, sia il riferimento al dolo specifico.

La previsione del dolo generico, se da un lato rende più agevole l'accertamento dell'elemento soggettivo, dall'altro lato, nell'ipotesi base di reato commesso da chiunque, potrebbe finire con il sovrapporsi con il reato di maltrattamenti ed assorbirlo completamente.

Il trattamento sanzionatorio ed il rischio di "possibili scappatoie di impunità"

Per l'ipotesi base del reato, il legislatore prevede la reclusione da 4 a 10 anni. In questo caso, sarebbe stato necessario innalzare tetto minimo di pena prevista, allo scopo di evitare che i soggetti ritenuti responsabili di tortura possano ottenere la concessione di trattamenti premiali, idonei a far venir meno la pienezza e l'effettività della tutela dei diritti fondamentali della vittima.

Nel caso in cui la fattispecie venga posta in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, per effetto dell'aggravante, la pena è la reclusione da 5 a 12 anni.

Altre aggravanti sono previste nei casi in cui la tortura sia offensiva dell'incolumità fisica o della vita. In particolare, se dalla tortura deriva una lesione personale, una lesione personale grave o una lesione personale gravissima (comma 4) la pena è aumentata di un terzo. Se dalla tortura sia derivata la morte, come conseguenza non voluta, la pena è di trent'anni di reclusione. Mentre nel caso in cui la tortura provochi la morte come conseguenza voluta, la pena è l'ergastolo.

Va infine stigmatizzata la mancata previsione del raddoppio dei termini di prescrizione, a differenza di quanto era stato stabilito nel testo approvato alla Camera nell'aprile del 2015. Un'omissione tanto più grave se si consideri che, nel diritto internazionale, la tortura, in quanto crimine contro l'umanità, è imprescrittibile e che il Comitato contro la Tortura dell'Onu(19) e la Cedu, proprio nel caso Cestaro, avevano già sollevato incisivi rilievi critici in merito all'incompatibilità del modello italiano di prescrizione rispetto agli standard di tutela dei diritti fondamentali.

L'art. 613 ter

L'art. 613 ter introduce nel codice penale una nuova fattispecie finalizzata a punire, con la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, nell'esercizio delle sue funzioni, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il reato di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta, ma il delitto non è commesso.

La fattispecie è strutturata come reato proprio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio e presenta una maggiore coerenza rispetto alle Convenzioni

internazionali. Tuttavia difetta di coordinamento sistematico e, come si vedrà, potrebbe dar luogo a distonie applicative paradossali.

Siamo dinnanzi ad un'ipotesi di istigazione a delinquere "speciale" rispetto a quella prevista dall'art. 414 c.p.: vi è, infatti, una qualificazione dei soggetti ed il riferimento specifico alla tipologia di reato oggetto dell'istigazione. Non si fa cenno, invece, alla pubblicità della condotta, ma sono richieste "modalità concretamente idonee", anche se non è ben chiaro a cosa debba riferirsi il requisito dell'idoneità.

Ma non è questo il profilo più critico. La norma prevede una deroga ai principi generali di cui all'art. 115 c.p., in materia di non punibilità del c.d. tentativo di concorso. A tal riguardo, suscita forti perplessità la scelta di selezionare "i destinatari della condotta istigatoria nei solo pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio, col risultato paradossale che, se un pubblico ufficiale istiga in modo concreto alla tortura un privato cittadino (possibile soggetto attivo del reato di cui all'art. 613 bis) il fatto risulterà non punibile alla stregua dell'art. 115 c.p."(20).

Osservazioni conclusive

Il giudizio complessivo sulla legge, ed in particolare sul delitto di tortura, non può essere positivo. "Il reato di tortura oggi esiste, col forte sospetto che sia stato calibrato per non esistere"(21). Il deficit di determinatezza della nuova fattispecie, infatti, è talmente elevato che sussiste quasi il rischio della sua inapplicabilità, come se davvero fossimo in presenza di una tigre di carta. Le critiche rilevanti espresse dal Comitato ONU contro la Tortura, nelle osservazioni conclusive pubblicate il 6 dicembre 2017, evidenziano come, anche oltre i confini italiani, le scelte del legislatore non siano state apprezzate perché, come già più volte ribadito, il legislatore ha totalmente disatteso i princìpi emersi in materia di tortura nella giurisprudenza di Strasburgo. Un'ulteriore amara conferma dell'atteggiamento di indifferenza del legislatore penale italiano rispetto alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza europea.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (double blind).

(1) Cfr. A. Pugiotto, Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è, in Dir. pen. cont., 17 febbraio 2014; A. Colella, La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo, Ibidem, 22 luglio 2014; F. Viganò, Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati, in Ibidem, 25 settembre 2014; E. La Rosa, È giunto finalmente il momento dell'introduzione del reato di tortura? Luci ed ombre di un provvedimento da troppo

tempo atteso (col rischio di un'ennesima occasione mancata), in Ordine internazionale e diritti umani, 2017, 360 ss.

(2) Così, S. Buzzelli, Tortura: una legge tanto per fare, in http://www.sicurezzacgs.it, 31 agosto 2017.

(3) L'osservazione è di A. Gamberini, La punizione della tortura entra dalla porta di servizio, il testo in Gazzetta, in Quotidiano Giuridico, 19 luglio 2017.

(4) D. Di Cesare, Tortura, Torino, 2016, 93.

(5) Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949; Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, ratificata con la legge n. 848 del 1955; il Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici del 1966; la Convenzione europea di Strasburgo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti del 1987; lo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998; la Convenzione ONU contro la tortura ed altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti del 1984 (CAT) ed il suo Protocollo opzionale di New York del 2002; la Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000.

(6) Cedu 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia; cfr., F. Cassibba, Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz- Pertini", in Dir. pen. cont., 27 aprile 2015; S. Negri, "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze CEDU: il caso Cestaro c. Italia e l'incerta introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in questa Rivista, 12/2016, 1657 ss.; F. Viganò, La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano, in Dir. pen. cont., 9 aprile 2015; volendo, C. Pezzimenti, Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti umani condanna l'Italia nel caso Cestaro, in Giur. it., 7/2015, 1709 ss.

(7) Cedu 22 giugno 2017, Bartesaghi Gallo e altri c. Italia. Nell'ottobre del 2017, la Corte di Strasburgo, pronunciandosi sempre sui fatti del G8, ha condannato l'Italia, anche per le violenze subìte dai ricorrenti nella caserma Bolzaneto (Cedu 26 ottobre 2017, Blair e altri; Azzolina ed altri); cfr., C. Conti, Condannata nuovamente l'Italia per i fatti del G8 di Genova, in questa Rivista, 1/2018, 131 ss. Anche nel caso Cirino e Renne c. Italia, la Corte di Strasburgo ha accertato la violazione, sostanziale e procedurale, del divieto di tortura. I ricorrenti avevano denunciato le violenze sistematicamente subìte durante la detenzione presso la casa circondariale di Asti (Cedu 26 ottobre 2017, Cirino e Renne c. Italia), cfr. C. Conti, Torture perpetrate da alcuni agenti penitenziari nei confronti di due detenuti, Ibidem, 132 ss.

(8) Cfr. G. Fiandaca-E. Musco, Legge Orlando (profili penalistici). Il nuovo reato di tortura, Add., Bologna, 2017, 2-7; P. Lobba, Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto penale internazionale, in Dir. pen. cont., 10/2017, p. 181 ss.

(9) A. Pugiotto, Repressione penale della tortura, cit., 4.

(10) In questo senso si vedano le osservazioni di A. Colella, op. cit., 31 ss.

(11) T. Padovani, Quel progetto di legge sulla tortura dalle prospettive deludenti, in Guida diritto, 4, 27 gennaio 2007.

(12) E. La Rosa, È giunto finalmente, cit., 365.

(13) Ibidem.

(14) I. Marchi, Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art 613 bis c.p., in Dir. pen. cont., 31 luglio 2017, 3.

(15) G. de Vero, Corso di diritto penale, I, 2012, Torino, 395.

(16) Cass., SS.UU., 23 giugno 2016, n. 40516, Del Vecchio, in DeJure/Juris Data, 10.

(17) Nello stesso senso, I. Marchi, op. cit., 8.

(18) Cedu, Grande Camera, Selmouni c. Francia, 1999.

(19) Comitato contro la Tortura, Osservazioni Conclusive sull'Italia - CAT/ C/ ITA/CO/ 5-6, (par. 12-13), 6 dicembre 2017 .

(20) L. Risicato, La tortura tra antiche lacune normative e diritto penale simbolico, in www.lacostituzione.info, 5 luglio 2017.

(21) Ibidem.

L'aggravante della violenza domestica

Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale

Jura Gentium / Pagina iniziale / Discussioni online / Violenza maschile contro le donne e politiche delle sicurezze / 2016

Le "aggravanti" nei confronti degli uomini autori di "violenza di genere" nella disciplina spagnola: possibile strategia politico criminale o strumento di una politica della "sicurezza" discriminatoria?

Anna Maria Maugeri

Sommario: Premessa. - 1. L'obbligo di diligenza contro la violenza domestica proveniente dalla Corte EDU. - 2. La disciplina spagnola contro la violenza di genere. - 2.1. Le fattispecie aggravate "discriminatorie" contro la violenza di genere. - 3. La STC n. 59/2008. - 3.1. Le censure di illegittimità costituzionale. - 3.2. La teoria dell'azione positiva. - 3.3. Gli argomenti del Tribunale Costituzionale. - 4. L'applicazione facoltativa dell'aggravante nella sentenza n. 45/2010. - 5. L'introduzione di "aggravanti di genere" rappresenta una prospettiva di politica criminale percorribile? - 6. Reati culturalmente motivati.

Premessa

Nel 2011 è stata approvata la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Istanbul, 11 maggio 2011), che, fondata sulla Raccomandazione "Rec(2002)5 on the protection of women against violence", stabilisce per la prima volta dei parametri vincolanti per prevenire la violenza contro le donne e la violenza domestica, proteggere le vittime e punire gli autori. La Convenzione è entrata in vigore l'8 agosto del 2014 e al momento è stata ratificata da 16 Stati, tra i quali la Spagna il 10 aprile 2014 e l'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 771.

Questa Convenzione radica la violenza contro le donne nel più ampio contesto dell'impegno per la promozione dell'uguaglianza tra donne e uomini e considera la violenza contro le donne come una forma di discriminazione da combattere2. Tanto è vero che si evidenzia nella relazione di accompagnamento che la discriminazione è spesso la causa della tolleranza verso tale forma di violenza; ogni misura rivolta, allora, a combattere la violenza contro le donne deve promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne quale fondamentale strumento per prevenire la violenza in futuro.

Una fattispecie si ritiene espressione di discriminazione quando colpisce in maniera sproporzionata le donne, come ad esempio lo stalking3 (in Europa gli uomini stalker sono l'85.5% vs. il 14.5% delle donne) 4. Nella definizione di violenza contro le donne5 la Convenzione chiarisce che tale forma di violenza deve essere intesa come una violazione dei diritti umani, - in quanto rappresenta innanzitutto una violazione del diritto di ogni persona a vivere libera dalla violenza nella sfera pubblica o privata (art. 4)-, e una forma di discriminazione; ciò è in linea con lo scopo della Convenzione sancito nell'art. 1 (b).

La Convenzione enfatizza, inoltre, il concetto di violenza domestica, definita all'art. 3, lett. b) come ricomprendente "tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o 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 con la vittima". Non si deve

dimenticare, infatti, che in molti ordinamenti la violenza domestica è stata sino a tempi recenti considerata meno grave della violenza extradomestica: "HistoricalIy, domestic violence (familial and/or intimate partner abuse) was not considered a significant issue far the criminal justice system (Fradella and Fischer 2010: 25). Thought to be a private matter, this type of violence was seen as victimless because it did not affect the public order and was subsequent1y of little concern to the criminal justice system (Cretney and Davis 1997; MilIs 1998; Hartman and Belknap 2003)". Solo recentemente grazie alle campagne di informazione e di lobby politica del movimento femminista e di gruppi di avvocati è emersa la coscienza della gravità del fenomeno e della necessità di cambiare l'approccio della giustizia nei suoi confronti6. L'art. 5, quindi, impone agli Stati l'obbligo non solo di astenersi da qualsiasi atto che costituisca una violenza nei confronti delle donne e di garantire che le autorità, i funzionari, i rappresentanti statali, le istituzioni e ogni altro soggetto pubblico che agisca in nome dello Stato si comportino in conformità con tale obbligo, ma anche l'obbligo (comma 2) di adottare "le misure legislative e di altro tipo necessarie per esercitare la debita diligenza nel prevenire, indagare, punire i responsabili"7. La nozione di "violenza domestica" è stata recepita nell'ordinamento italiano con l'art. 3, co.1, del d.l. n. 93 del 2013, che riprendendo letteralmente la definizione di violenza domestica prevista nella Convenzione di Istanbul, ha introdotto la misura preventiva extrapenale dell'ammonimento da parte del questore di chi abbia commesso, in ambito domestico, il reato di percosse (581 c.p.) o di lesioni personali lievissime non aggravato da altra previsione che le renda procedibili di ufficio (art. 582, co. 2, c.p.): "uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima".

L'obbligo di diligenza contro la violenza domestica proveniente dalla Corte EDU

L'art. 5 della Convenzione di Istanbul riflette le raccomandazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. In un caso recente riguardante una donna vittima di violenza domestica (la cui madre viene uccisa dall'ex partner) la Corte ha adottato l'obbligo di doverosa diligenza (Opuz v. Turkey, 2009), stabilendo l'obbligo positivo di proteggere il diritto alla vita (Article 2 ECHR) e imponendo alle autorità statali di esercitare la doverosa diligenza a tal fine, a partire dall'adozione di misure operative preventive per la protezione degli individui la cui vita è a rischio8.

La Corte europea ritiene che in questo caso le autorità statali abbiano fallito nel loro obbligo di proteggere la richiedente e la madre di lei dalla violenza, constatando la violazione del diritto alla vita e del divieto di tortura e di discriminazione; ha stabilito che l'incapacità dello stato, anche se non intenzionale, di proteggere le donne dalla violenza domestica ha violato il diritto delle donne a un'uguale tutela da parte della legge e che la generale e discriminatoria inerzia dei giudici in Turchia ha creato un clima favorevole alla violenza domestica. La Corte Europea mette in evidenza gli obblighi di incriminazione della violenza contro le donne derivanti da diverse convenzioni internazionali, a partire dall' Art. 19 della CEDAW(United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women - "CEDAW", 1979), alla Raccomandazione "Rec(2002)5 che impone agli Stati di incoraggiare i pubblici ministeri a considerare la violenza contro le donne un fattore aggravante o decisivo nel decidere se perseguire un comportamento", per poi evidenziare che nel terzo rapporto, del 20 gennaio 2006, alla "Commission on Human Rights of the United Nations Economic and Social Council (E/CN.4/2006/61)", il relatore speciale sulla violenza contro le donne ha stabilito che sussiste una regola di diritto consuetudinario internazionale che "obbliga gli Stati a prevenire e reagire agli atti di violenza contro le donne con la dovuta diligenza".

La Corte valuta, quindi, la capacità deterrente del sistema penale nella sua concreta applicazione, sancendo che nel caso di specie: "the criminal-law system, as applied in the instant case, did not have an adequate deterrent effect capable of ensuring the effective prevention of the unlawful acts committed by H.O."9 (violation of Article 13 (right to an effective remedy).

Nel caso Eremia and Others v. the Republic of Moldova10, in cui la ricorrente lamentava la mancata tutela da parte delle autorità nei confronti suoi e dei propri figli contro le aggressioni dell'ex marito e padre, la Corte ha condannato lo Stato non solo per la violazione degli artt. 3 (divieto di trattamenti inumani e degradanti) e dell'art. 8 (la tutela della vita privata), ma anche dell'art. 14 (divieto di discriminazioni) letto in combinato disposto con l'art. 3, perchè non solo le autorità non hanno tutelato la donna ma con un atteggiamento di sostanziale tolleranza della violenza in questione hanno manifestato un approccio discriminatorio nei confronti della ricorrente in quanto donna; come emerge anche dalla relazione del "United Nations Special Rapporteur on violence against women", sembra che le autorità del paese non prendano pienamente in considerazione la gravità e le dimensione del problema della violenza di genere nella Repubblica della Moldavia con un conseguente effetto discriminatorio nei confronti della donna 11. In questo caso la Corte Edu ribadisce il positivo obbligo dello Stato ai sensi dell'art. 3 CEDU di introdurre una legislazione destinata a prevenire e punire i maltrattamenti da parte di privati e da parte dello Stato di dare efficace applicazione alla legislazione in materia, quando l'autorità è

consapevole di un imminente rischio in capo a un cittadino identificato o quando il maltrattamento si è già verificato, apprestando protezione alle vittime e punendo i responsabili 12. Invece la Corte Europea nel recente caso Rumor v. Italy, ha ritenuto che la legislazione italiana è adeguata alla lotta contro la violenza domestica ed effettiva, non sussiste alcuna violazione dell'art. 3 e dell'art. 14 e quindi ha rigettato il ricorso di una donna che lamentava la mancanza di adeguato sostegno dopo un serio episodio di violenza domestica e la mancata protezione contro ulteriore violenza 13.

La disciplina spagnola contro la violenza di genere

In Spagna il fenomeno della violenza domestica ha assunto una gravità intollerabile: "in 10 anni ha fatto più vittime delle autobombe dei terroristi baschi dell'Eta" 14. Nel 2004 è stata introdotta la "Ley Organica 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género" 15, la quale, come è espresso nell'articolo 1 del titolo preliminare della suddetta legge, ha come fine quello di agire contro la violenza che esprima, quale manifestazione della discriminazione, la situazione di disuguaglianza e le relazioni di potere degli uomini sulle donne; violenza che sia esercitata su queste ultime da parte di chi sia o sia stato loro coniuge oppure da chi sia o sia stato legato ad esse da relazioni simili di affettività anche senza convivenza. Mediante tale legge sono state stabilite norme di protezione totale al fine di prevenire, sanzionare e sradicare tale violenza, intesa come violenza fisica, psicologica, - incluse le aggressioni alla libertà sessuale, le minacce, le coercizioni e le privazioni arbitrarie della libertà -16, e delle misure di assistenza alle vittime.

Contro le manifestazioni di violenza di genere il codice penale spagnolo prevede specifici reati: la violenza domestica (art. 153 c.p.) in caso di relazione intima tra i due soggetti, il mobbing in caso di relazione lavorativa e la molestia sessuale nell'ipotesi in cui l'autore abbia intenzioni di tipo sessuale (a parte la violenza sessuale); non era stata introdotta una specifica fattispecie di stalking17 sino all'introduzione della Ley organica 1/2015, ma alcuni comportamenti consistenti in forme di attenzione persistente ed indesiderata venivano perseguiti attraverso la contravvenzione prevista dall'art. 620, c. 2 CP (che puniva una condotta diretta a minacciare, insultare o umiliare, in modo non grave, un'altra persona, applicabile quando tra l'autore e la vittima non sussisteva una relazione di tipo sentimentale o lavorativo). L'art. 620 e tutto il libro III è stato abrogato dalla L.O. 1/201518.

Per gli episodi di stalking più gravi, il giudice, invece, poteva e può ricorrere all'articolo 173 CP19, - contenuto nel Titolo VII "Torture ed altre offese contro l'integrità morale" -, che viene utilizzato frequentemente per affrontare specifici episodi di violenza domestica, molestie o minacce continuate, in grado di produrre un elevato e grave livello di umiliazione nella vittima, a parte il ricorso alla fattispecie di lesioni.

La Ley organica n. 1/2015 ha introdotto una specifica fattispecie di stalking "acoso" nell'art. 172 ter.

2.1. **Le fattispecie aggravate "discriminatorie" contro la violenza di genere**.

In particolare, poi, la Ley Organica 1/2004 contra la violencia de género ha introdotto delle fattispecie che possiamo definire aggravate per gli uomini, nel senso che si prevede un più severo trattamento punitivo per gli uomini che realizzano determinati comportamenti a scapito delle donne con le quali hanno o avevano una relazione affettiva, indipendentemente dalla convivenza: "Lesioni" (art. 148,4. ° CP), "l'abuso e lesioni lievi" (art. 153.1 CP20), "minacce lievi" (art. 171.4 CP) e "coercizioni lievi" (art. 172.2 CP) 21.

Ad esempio, la pena delle fattispecie di lesioni personali (artt. 147 e 148 c.p.) è aumentata, reclusione da due a cinque anni, nell'ipotesi in cui il reato sia posto in essere da un uomo nei confronti di una donna nelle condizioni anzidette; se il reato è realizzato da una donna nelle stesse condizioni si applica la reclusione da sei mesi a tre anni (da tre mesi a tre anni in seguito alla riforma introdotta dalla L.O. 1/2015)22.

Le fattispecie in esame, laddove puniscono più gravemente la medesima condotta se realizzata da un uomo nei confronti di una donna, in prima battuta rappresentano una violazione dell'art. 14 Cost., principio di uguaglianza, in un ordinamento in cui il sesso non è considerato un legittimo "criterio di discriminazione" (STC 28/1992, de 9 de marzo).

In base alla dottrina in materia, accolta e sintetizzata nella decisione STC 76/1990, del 26 aprile, e più recentemente da STC 253/2004, però: "a) non tutte le differenze di trattamento di una legge presuppongono una violazione dell'art. 14 della Costituzione, tranne se si tratta di una disuguaglianza che introduce una differenza di trattamento tra situazioni che possono considerarsi uguali e in mancanza di una giustificazione oggettiva e razionale; b) il principio di uguaglianza esige che a presupposti uguali di fatto si applicano uguali conseguenze giuridiche, dovendo considerare uguali dei presupposti di fatto quando l'utilizzazione o l'introduzione di elementi di differenziazione risulta arbitraria o priva di fondamento razionale; c) il principio di uguaglianza non impedisce al legislatore qualunque diversità di trattamento, ma solo quelle che risultano artificiose o ingiustificate per non essere fondate su criteri oggettivi sufficientemente razionali in base a criteri o giudizi di valore generalmente accettati; d) infine, affinché la differenziazione risulti costituzionalmente lecita non basta che rappresenti lo scopo perseguito, ma è anche essenziale che le conseguenze giuridiche derivanti da tale distinzione siano adeguate e proporzionate al detto fine, in maniera che la relazione tra la misura adottata, il risultato che si produce e il fine preteso dal legislatore superino un giudizio di

proporzionalità in sede costituzionale, evitando risultati particolarmente gravosi o eccessivi".

La Corte Costituzionale Spagnola ha affrontato più volte la questione di legittimità costituzionale di tale disciplina per violazione del principio di uguaglianza, art. 14. In particolare, le STC 59/2008, del 14 maggio, o 81/2008 hanno analizzato la costituzionalità del primo inciso dell'art. 153.1 CP, che punisce il maltrattamento occasionale, e la recente STC 41/2010, del 22 luglio, ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 148, c. 4 CP. La STC 45/2009 ha affrontato la questione di costituzionalità relativa all'art. 171, c. 4 CP, nei confronti del delitto di minacce lievi, e la STC 127/2009 in relazione al delitto di "coazioni lievi" ex art. 172, c. 2 CP. In tutte queste sentenze si risponde a due fondamentali questioni: se la disciplina in questione che prevede un trattamento punitivo differente della medesima condotta in funzione del sesso dei soggetti attivi e passivi sia contraria all'art. 14 CE e, di conseguenza agli artt. 1, c. 1, 9 e 10, c. 1 CE23; se le "aggravanti" (circostanze o fattispecie autonome) si fondono su una presunzione contraria alla presunzione di innocenza e al principio di colpevolezza, presunzione consistente nel ritenere che le aggressioni degli uomini contro le donne, che sono o sono state partner, costituiscano una manifestazione di discriminazione.

La STC n. 59/2008

Una delle prime sentenze in materia del Tribunale Costituzionale è la n. 59/200824 che ha affrontato la questione di costituzionalità relativa all'art. 153, comma 1 c.p. spagnolo 25, introdotto sempre dalla Ley Orgánica 1/2004, che punisce il maltrattamento occasionale con la reclusione da sei mesi a un anno quando il soggetto attivo è un uomo e il soggetto passivo «sua moglie, o la donna che sia o sia stata legata a lui da un'analoga relazione di affetto anche senza che vi sia stata convivenza», mentre la medesima condotta è punita con la reclusione da tre mesi a un anno quando il soggetto attivo è una donna e il soggetto passivo un uomo (art. 153.2 CP). E' stata mossa la questione di legittimità costituzionale per la violazione del principio di uguaglianza26 in relazione al primo inciso del paragrafo 153 che richiede che la vittima sia una donna e l'autore un uomo; non si discute, invece, la costituzionalità dell'aggravante prevista dal quarto comma, relativa alla condizione del soggetto passivo di persona particolarmente vulnerabile.

Il giudice che solleva la questione di costituzionalità nel caso in esame, magistrato titolare della Corte Penale n. 4 di Murcia, evidenzia che è la stessa legge in esame che presuppone che la violenza di genere si fonda su una situazione di discriminazione dell'uomo sulla donna (art. 1), precisando che non sussistono dubbi sul fatto che il soggetto passivo è la donna e il soggetto attivo è l'uomo (come emerge dall'inclusione di termini come «"esposa" y "mujer ligada a él" deja poco margen para una

interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto de este inciso en el que, se insiste, es en todo claro el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo»). Quest'interpretazione è accolta dal Tribunale (FJ4a).

Il precetto presuppone, inoltre, una relazione, attuale o passata, coniugale o di affettività analoga, non la convivenza. Gli elementi che caratterizzano l'aggravante sono il sesso e la relazione coniugale o analoga; la convivenza non è rilevante per giustificare la discriminazione legata al sesso in quanto è possibile anche tra omosessuali (in particolare dopo l'entrata in vigore della Ley 13/2005, del 1 luglio).

La mancanza di necessità della convivenza, unita al sesso maschile dell'autore, evidenziano "come bene giuridico addizionale all'integrità fisica e psichica delle persone cui si riferisce la fattispecie, il divieto di comportamenti discriminatori, realizzati in forma violenta, in un determinato ambito, quello della relazione di una coppia eterosessuale, da parte dell'uomo nei confronti della donna".

Le censure di illegittimità costituzionale

Il giudice rimettente esamina, innanzitutto, il problema del rispetto del principio di proporzione tra la misura adottata e la finalità perseguita, nonché i risultati conseguiti. Si evidenzia che anche se le dimensioni del fenomeno sociologico in esame, la violenza domestica, come rilevate statisticamente, potrebbero giustificare la necessità della reazione penale più severa in ragione del sesso e, quindi, in considerazione della messa in pericolo di beni giuridici costituzionalmente protetti, assicurando il rispetto del principio di proporzione, il discorso si atteggia diversamente nell'ipotesi di maltrattamento occasionale, in cui il trattamento sanzionatorio più severo appare sproporzionato. A parte il fatto che il giudice proponente non ritiene di accogliere l'argomento statistico come giustificazione dell'aggravante in esame. In base a tale argomento, poiché la maggior parte delle aggressioni integranti la violenza domestica sono realizzate da uomini, è legittimo castigarli più gravemente. Senza negare il dato statistico, si osserva che non si giustifica in sé l'aggravamento in considerazione del sesso maschile rispetto a condotte identiche, perché altrimenti laddove un reato è commesso con una frequenza decisamente superiore da parte di uomini si potrebbe sempre giustificare l'introduzione di una simile aggravante. Le statistiche non possono rappresentare un argomento per giustificare il diverso trattamento.

Tra gli argomenti avanzati a sostegno della disciplina in esame, quello relativo all'animus discriminatorie implicito presenta un più chiaro fondamento nella norma di origine, l'art. 1 della Ley Orgánica 1/2004 che definisce la violenza di genere come "manifestazione di discriminazione": si giustificherebbe l'aggravamento di pena per punire l'ulteriore aggressione al proprio diritto alla parità e la violazione del divieto

di discriminazione fondata sul sesso; però l'organo promotore solleva dei dubbi sulla costituzionalità di una disposizione di protezione di tale ulteriore bene giuridico rappresentato dal diritto alla parità. Se si vuole sostenere una presunzione circa la presenza di una componente discriminatoria in alcuni tipi di condotte violente, infatti, la medesima presunzione si dovrebbe riferire a quelle condotte nelle quali si rivela con chiarezza quello che è stato definito come "profilo del maltrattatore" o la "sindrome della moglie maltrattata"; pretendere che tale disvalore specifico addizionale o il motivo discriminatorio rappresenti una giustificazione razionale della differenza di trattamento del maltrattamento occasionale in mancanza di una corrispondente disciplina per il maltrattamento abituale compromette la razionalità del sistema. A parte la considerazione che si tratterebbe dell'unico paese con una tale normativa in quanto l'unico paese che prevede una disciplina similare, la Svezia, l'ha introdotta in relazione a condotte di violenza abituale, al fine di proteggere l'integrità morale della donna quale bene giuridico speciale.

La presunzione del motivo discriminatorio solo in capo all'uomo, inoltre, "reclama la discutible conexión de los supuestos típicos con el concepto de violencia de género, con riesgo para los principios de seguridad jurídica y legalidad", e si porrebbe in contrasto con il principio di colpevolezza e di responsabilità per il fatto, nonché con la presunzione d'innocenza e il diritto all'uguaglianza. Anche il giudice proponente nel caso STC n. 45/2010 sottolinea il contrasto della presunzione dell'intento discriminatorio con la presunzione d'innocenza27.

L'organo proponente rileva, ancora, che ammettere una presunzione di intenzione discriminatoria nella condotta penale descritta, rappresenta "un'estensione della responsabilità del gruppo al concreto individuo giudicato, un recupero del Diritto penale d'autore. Il soggetto attivo si erige, per ragione della sua pertinenza al gruppo identificato come oppressore28, in aggressore qualificato indipendentemente dal fatto che il soggetto, in concreto, realizza o no la condotta "di oppressione" o discriminatoria, senza esigere che questa condotta concreta commessa da lui, con nome e cognome e non da "un uomo", si riveli discriminatoria. In tale direzione si osserva che l'aggravante in esame non si può giustificare come una formula di riparazione o compensazione collettiva per le precedenti discriminazioni subite dalle donne perché ciò comporterebbe la conseguenza di punire più severamente l'uomo "in virtù dell'imputazione di una responsabilità collettiva", come rappresentante o erede del gruppo oppressore: ciò sarebbe in contrasto con il principio di colpevolezza del diritto penale.

La preoccupazione per la neutralità sessuale nella descrizione dei tipi penali è una costante della politica criminale spagnola sin dall'approvazione della Costituzione, anche se a un certo punto la preoccupazione del legislatore penale per l'uguaglianza

ha portato all'inclusione di misure discriminatorie nel codice penale, come la disciplina del genocidio, la discriminazione al lavoro (art. 314), la provocazione della discriminazione (art. 510) e altre fattispecie, come l'aggravante generica della discriminazione nell'art. 22.4 CP. In tutte queste fattispecie, in cui si proibisce la discriminazione, è protetto come bene giuridico, unico o addizionale, il diritto all'uguaglianza, ma si caratterizzano tutte per la neutralità della descrizione del soggetto attivo. In base ad un'altra interpretazione, una spiegazione dell'aggravante sarebbe fondata sul piano dell'antigiuridicità, in considerazione del disvalore addizionale provocato dal maltrattato in virtù dell'appartenenza della vittima a un gruppo "oppresso", dando priorità non al motivo discriminatorio in sé ma agli effetti che il delitto realizzato con questa motivazione produce nel soggetto passivo; in tal caso i dubbi di costituzionalità non scomparirebbero, ad avviso del giudice proponente, in quanto si avrebbe comunque una differenza di trattamento per ragioni di sesso. L'altra giustificazione avanzata a sostegno della disciplina in esame sarebbe fondata sull'abuso di superiorità dell'aggressore, determinata anche dalla situazione di speciale vulnerabilità della vittima, richiedendo (ad esempio nei delitti sessuali ex art. 180, c. 3 CP) non necessariamente l'abuso della situazione di vulnerabilità, ma che il soggetto attivo conosca la situazione oggettiva di squilibrio di forze a favore dell'aggressore e a danno della vittima. Si contesta, però, l'utilizzo di una categoria sociologica come presupposto giuridico dell'aggravamento nel caso concreto: "se reconduciría a la hipótesis ya expuesta de interpretación de la norma como medida antidiscriminatoria". E comunque ad avviso del giudice proponente poiché l'abuso di superiorità è presunto, si tratterebbe di una violazione della presunzione d'innocenza; in ogni caso, si osserva, senza violare il principio di uguaglianza si potrebbe ottenere il medesimo risultato con un aggravante generica laddove la vittima sia persona specialmente vulnerabile, senza offendere la dignità della donna presumendo nella relazione di coppia una sua minorata difesa. La presunzione di particolare vulnerabilità della donna rappresenterebbe, come sancito dalla Corte Costituzionale nella sentenza SSTC 214/1991, del 11 novembre, e 176/1995, del 11 dicembre, "una negación de su condición de seres humanos iguales a los demás, efecto éste que afecta a su dignidad personal". Si finirebbe per accogliere una visione paternalistica della donna e il privilegio istituito a suo favore rappresenterebbe una forma coperta di discriminazione che si rivolta contro di lei. Postulati normativi come quelli in esame, benché pretendano il contrario, non hanno inciso nell'immagine di prostrazione della donna, come persona vulnerabile o inferiore, che necessita di una speciale protezione, sia che provenga, come succedeva in base alla convinzione sociale dei tempi passati, dal padre o dal marito, sia che provenga, come sembra avvenire ora, da parte dello Stato.

La prevenzione generale non può giustificare per sé sola una differenza di trattamento in sede penale, per ragioni di sesso; la norma intesa come misura antidiscrimnatoria perseguirebbe una finalità legittima, ma la forma in cui si è articolata, la natura penale della norma e l'incidenza punitiva concreta, non giustifica la disuguaglianza constatata ed è incompatibile con i principi costituzionali. Si potrebbe perseguire la maggiore gravità del maltrattamento coniugale con un aggravamento della pena senza distinzioni di sesso.

La limitazione della rilevanza del carattere discriminatorio della condotta solo in relazione alla violenza che si manifesta nell'ambito coniugale o assimilato viene considerata arbitraria perchè anche in altri contesti si manifesta una violenza espressione di una situazione di dominio anche nei confronti della donna, come quella tra padre e figlia.

La teoria dell'azione positiva

L'organo proponente ricorda che si è cercato di giustificare la differenza di trattamento in base alla dottrina dell' "azione positiva" o diritto diseguale egualitario (STC 229/1992, de 14 de diciembre), accolta dalla Corte Costituzionale spagnola29. Si ritiene che la differenza di trattamento opera come "un rimedio correttore di passate ingiustizie consumate sopra un gruppo specifico, determinando una redistribuzione del lavoro, dell'educazione, delle spese pubbliche e di alcuni altri beni, a favore di questo gruppo, caratterizzato normalmente per la razza, l'etnia o il genere, arrivando a concedere un trattamento preferenziale per facilitare il loro accesso a questi beni, a titolo di risarcimento per la discriminazione attuale o passata diretta contro di loro, al fine di garantire una distribuzione proporzionale di quei beni".

L'origine storica della teoria dell'azione positiva si individua nel diritto degli Stati Uniti d'America, sebbene si sia diffusa in altri paesi e sia stata inclusa nel "diritto comunitario europeo" (art. 141, c. 4 del TCE, il cui contenuto è ripreso nella Direttiva 2002/73/CE e nella Direttiva 2004/0084). In alcune pronunce è stata riconosciuta la legittimità di questa politica in relazione a supposte discriminazioni per ragioni di sesso (SSTC 3/1993, del 14 gennaio; 229/1992; 28/1992), e in particolare nella sentenza STC 28/1992, si distingue tra "norme di protezione", che rispondono a una considerazione non uguale della donna lavoratrice, costituzionalmente illegittime; e norme che possono denominarsi "promotrici" che contengono misure che tendono a compensare una disuguaglianza, cercando di raggiungere un'effettiva parità di accesso e il mantenimento dell'occupazione delle donne rispetto agli uomini.

Si contesta, però, che il recepimento di tale dottrina dell'azione positiva è assolutamente limitato e non può attribuirsi alla storia politica spagnola, e anche nell'ordinamento europeo si esprimono riserve in relazione a queste misure, come

dimostra la sentenza della Corte di Giustizia (STJCE) del 17 ottobre 1995 (caso Kalanke). Inoltre si evidenzia che è sorto un movimento revisionista che avverte sugli effetti perversi di tale dottrina che può determinare una nuova discriminazione fondata sul sospetto di mancanza di vere capacità o merito professionale o accademico dei suoi attuali o potenziali beneficiari.

Il legislatore spagnolo ha realizzato con la legge in esame un'azione positiva, non diretta nei confronti della donna come tale, ma in quanto vittima della violenza di genere, definita restrittivamente all'interno di una relazione matrimoniale o assimilata, presente o passata, anche in mancanza di convivenza, e consistente in tutti gli atti di violenza fisica o psicologica, incluse le aggressioni alla libertà sessuale, le minacce, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà (art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004).

Il giudice proponente mette in discussione il carattere di azione positiva della legge in questione che comporta un più grave trattamento sanzionatorio in considerazione della differenza sessuale tra i protagonisti del delitto e non un maggiore accesso a beni. Si riprendono le argomentazioni della sentenza della Corte Costituzionale (STC 229/1992) che aveva usato quella teoria in quanto si occupava di una situazione di disuguaglianza nel mondo del lavoro, in relazione a una disciplina volta a garantire la promozione e non la protezione della donna; risulta incomprensibile l'uso della teoria dell'azione positiva nel contesto in esame se si tiene conto dell'insistenza del giudice costituzionale sull'esigenza di rimuovere le barriere per la donna, protagonista della sua realizzazione personale e non mero soggetto protetto, esprimendo un maggiore rispetto della dignità della donna, capace di costruire il suo proprio destino in condizioni di uguaglianza, una volta eliminati gli ostacoli all'accesso al mondo del lavoro. Si riprendono, inoltre, gli argomenti del Rapporto del Consiglio Generale del Potere Giudiziario al progetto che ora è Legge Organica 1/2004, in cui si precisa che non è possibile adottare la teoria dell'azione positiva in settori come il penale o quello relativo agli organi giudiziari, in cui non esiste un precedente squilibrio e non sussistono beni non accessibili per le donne. La teoria in questione può essere adottata in settori come quello del lavoro, della politica, dell'educazione, e non nel settore penale in cui una simile disciplina è piuttosto insolita anche nel diritto comparato, essendo adottata solo in Spagna e in Svezia.

In base all'opinione del magistrato proponente, può citarsi come precedente la sentenza della STC 126/1997 relativa alla successione nei titoli nobiliari in cui si è affermata la costituzionalità della discriminazione per ragioni di sesso interessando un settore del sistema giudiziario, come quello del diritto nobiliare, carente di contenuto materiale, mentre si dovrebbe pervenire a una soluzione diametralmente opposta nel diritto penale, settore meno simbolico e con conseguenze maggiormente

incisive. Una diversa disciplina fondata sul sesso in diritto penale violerebbe ingiustificatamente il principio di uguaglianza, la presunzione di innocenza e la dignità della persona.

Gli argomenti del Tribunale Costituzionale

La Corte dopo avere accolto l'interpretazione dell'organo proponente in base alla quale il soggetto attivo del reato può essere solo un uomo (che realizza il fatto contro la donna legata da coniugio o relazione affettiva nel presente o in passato), evidenzia che in ogni caso anche le relazioni della donna nei confronti degli uomini possono essere punite più severamente laddove si realizza l'altra aggravante prevista dall'art. 158 CP, ultimo comma, e cioè si realizza l'aggressione nei confronti di una persona specialmente vulnerabile indipendentemente dal sesso del soggetto attivo, purché conviva con l'autore o l'autrice del reato.

La Corte evidenzia, poi, che le scelte di politica criminale spettano al legislatore, che gode di un ampio margine di libertà, anche con riferimento alla scelta della pena proporzionata al disvalore del fatto; al Tribunale costituzionale spetta solo valutare se sia rispettata la Costituzione e quindi se "siano stati rispettati i limiti esterni che il principio di uguaglianza impone ..all'intervento legislativo"30. Il principio in questione riconosciuto dall'art. 14 della Costituzione pretende "che il trattamento differenziato di uguali presupposti di fatto abbia una giustificazione oggettiva e ragionevole e non comporti conseguenze sproporzionate sulle diverse situazioni in vista dell'obiettivo perseguito da tale differenziazione. Escluso in questo caso la mancanza di obiettività della norma, pur senza dubbio rimanendo il suo carattere generale e astratto, si procede allora all'analisi della ragionevolezza del diverso trattamento e della mancanza di conseguenze sproporzionate (FJ 10), distinguendo logicamente in primo luogo tra la legittimità del fine della norma (FJ 8) e l'idoneità a tale scopo della denunciata differenziazione (FJ 9), ….citando STC 222/1992, dell'11 dicembre"31.

Il Tribunale Costituzionale richiama, poi, la giurisprudenza costituzionale sul principio di uguaglianza e di non discriminazione32 riassumibile nelle parole conclusive della sentenza del STC 222/1992, che stabilisce che il principio di uguaglianza impone al legislatore il rispetto di una triplice esigenza per giustificare una differenza di disciplina normativa: un fine individuabile e legittimo; l'adeguatezza della discriminazione al perseguimento della finalità; la proporzionalità, non si devono realizzare sproporzioni manifeste nell'attribuzione di diritti, obbligazioni o qualunque situazione giuridica soggettiva a differenti gruppi e categorie 33.

Nel compiere, allora, tale valutazione il Tribunale osserva che la Ley Orgánica n. 1/2004 che ha introdotto l'aggravante in esame persegue, come emerge chiaramente

dall'art. 1.1, il fine principale di prevenire le aggressioni che nell'ambito della coppia si realizzano come manifestazione del dominio dell'uomo sulla donna in quel contesto; il suo scopo è quello di proteggere la donna in un ambito in cui il legislatore ritiene che i beni fondamentali (la vita, l'integrità fisica e la salute) e la stessa libertà e dignità sono insufficientemente protette. Il suo obiettivo è combattere all'origine un abominevole tipo di violenza che si genera in un contesto di disuguaglianza e di farlo con diverse tipologie di misure, compresa quella penale.

Questo fine si giustifica, da una parte, in considerazione della speciale incidenza che rivestono nella realtà spagnola le aggressioni contro le donne e la particolare gravità della violenza di genere, che costituisce l'espressione più brutale della disuguaglianza esistente nella loro società, diretta "contro le donne per il fatto di essere considerate dai loro aggressori, prive dei diritti minimi di libertà, rispetto e di capacità decisionale", e che ha uno dei suoi settori chiave nei rapporti di coppia (esposizione dei motivi I). Dall'altra parte in quanto questo tipo di violenza «costituisce uno degli attacchi più evidenti ai diritti fondamentali quali la libertà, l'uguaglianza, la vita, la sicurezza e la non discriminazione sanciti dalla Costituzione, le autorità pubbliche "non possono essere ignare " di ciò (preambolo II)».

Quindi l'aggravante in esame persegue un fine legittimo: "la protezione della vita, l'integrità fisica, la libertà e la sicurezza della donna, che il legislatore ritiene insufficientemente protette nell'ambito della relazione di coppia, così come quello della lotta contro la disuguaglianza della donna nel detto ambito, che è una piaga che si sovrappone all'offensività dello specifico reato, con la conseguenza che appare lampante la legittimità costituzionale dello scopo della legge, in concreto del precetto penale in questione e la sufficienza del rispetto delle ragioni addotte dal legislatore". L'uguaglianza sostanziale è "l'elemento definitore della nozione di cittadinanza" (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) e la violenza dell'uomo contro la donna, che è o è stata sua partner, attenta in maniera intollerabile tale uguaglianza: non sussiste una forma più grave di sottovalutazione che quella che si manifesta nell'uso della violenza con la finalità di coartare l'altro nella sua essenziale autonomia, nel suo ambito più personale e di negare la sua uguaglianza e innegabile dignità.

Tale discriminazione dal punto di vista del soggetto attivo e passivo è anche considerata proporzionata in quanto funzionale (adeguata a perseguire lo scopo): la discriminazione esercitata dall'uomo sulla donna partner è più grave nell'ambito della relazione e quindi esige una maggiore sanzione che realizza una maggiore protezione della vittima. La percezione del legislatore della maggiore gravità non è irrazionale, ma si fonda innanzitutto sulla gravissima frequenza della violenza in questione, che rappresenta un primo razionale motivo a sostegno della strategia del legislatore di

perseguire la prevenzione generale di tale aggressione più grave attraverso una pena più severa.

La maggiore offensività sussiste, da una parte, per la sicurezza della vittima, con la diminuzione delle aspettative future, con il timore di essere nuovamente aggredita, dall'altra parte, per la sua libertà, in quanto il consolidarsi della discriminazione aggressiva dell'uomo contro la donna nell'ambito di una relazione determina un effetto intimidatorio che restringe la possibilità di realizzazione libera della sua volontà; si nega alla vittima la sua dignità in quanto persona e la si disprezza in quanto componente del gruppo disprezzato34.

La Corte evidenzia correttamente l'importanza di riconoscere il presupposto di questo incremento di lesività dell'aggressione nella sua inserzione in un determinato "modello culturale" consistente nella "disuguaglianza nell'ambito della coppia"(FJ 9.a).

L'organo proponente contestava, poi, che la selezione delle fattispecie cui si applica l'aggravante in esame è incomprensibile poichè la Ley Orgánica 1/2004 ha escluso i delitti contro la libertà sessuale, la privazione arbitraria della libertà o, tutti i delitti contro la vita e più gravi contro l'integrità fisica e morale; in tal modo si altera la coerenza interna del sistema che deve garantire la proporzionalità tra la gravità della condotta e la sanzione. Si prevede l'aggravante per il maltrattamento occasionale e non per l'abituale ex art. 173.2 CP. La Corte non ritiene, invece, che tale razionalità del diverso trattamento e dell'aggravante in questione venga meno per il fatto che essa sia applicata al maltrattamento occasionale e non sia applicata a più gravi reati (maltrattamenti abituali, delitti contro la libertà sessuale, lesioni gravi e omicidio); "la comparazione non smentisce la razionalità del giudizio assiologico". Ciò che eventualmente può emergere è un deficit di protezione da parte dei precetti comparati – presupponendo una sproporzione in senso inverso, e in principio non costituzionalmente rilevante, o una disuguaglianza per indifferenza.

Non si tratta, si osserva ancora, di una discriminazione in ragione del sesso, come emerge dal termine "género" utilizzato nel titolo della legge in esame e che si utilizza nel suo articolato; il legislatore prende in considerazione per riconnettervi un più severo trattamento sanzionatorio il carattere particolarmente lesivo di certi fatti a partire dall'ambito relazionale in cui si realizzano e del significato oggettivo che acquistano come manifestazione di "una grave y arraigada desigualdad". "Si tratta di sanzionare più gravemente fatti più gravi, che il legislatore considera razionalmente che lo siano in quanto costituiscono "una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad"35.

Si ritiene proporzionato il diverso trattamento previsto dalla disciplina in esame anche perché la violazione del principio di proporzione può essere fonte di dichiarazione di illegittimità costituzionale, in considerazione della discrezionalità del legislatore nella definizione dei delitti e nella determinazione delle pene, solo se manifesta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12), solo laddove sussista un "desequilibrio patente y excesivo o irrazonable … a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa"36. Non solo ma si deve tenere conto della ragione della differenza e dell'entità di tale differenziazione.

Il Tribunale evidenzia che la differenza di trattamento nella fattispecie in esame è assolutamente limitata se si considera "l'importanza dello scopo di protezione che si pretende di realizzare con la fattispecie penale aggravata (art. 153.1) e a fronte della constatazione che questo è stato fatto attraverso uno strumento di prevenzione adeguato, che è la pena privativa della libertà. Tale protezione è la protezione della libertà e dell'integrità fisica, mentale e morale delle donne rispetto a un tipologia di aggressioni, dei loro partner o ex partner di sesso maschile, che tradizionalmente sono state allo stesso tempo la causa e la conseguenza della loro posizione di subordinazione"37.

Il Tribunale non accoglie le obiezioni relative alla violazione del principio di colpevolezza: l'aggravante in esame si fonderebbe su una presunzione legislativa che le aggressioni dell'uomo contro la donna nell'ambito di una relazione affettiva comportano un intento discriminatorio o un abuso di autorità, o un abuso di superiorità, o una situazione di vulnerabilità della vittima; e, inoltre, l'attribuzione all'uomo di una responsabilità collettiva "como representante o heredero del grupo opresor".

La Corte ritiene, invece, che la norma non presuppone la presunzione di un elemento di colpevolezza38 o di antigiuridicità, nè una presunzione normativa di lesività, ma piuttosto si tratta della "costatazione razionale di tale lesività a partire delle caratteristiche della condotta descritta e, tra l'altro, del suo significato oggettivo come riproduzione di un modello radicato di comportamenti aggressivi nei confronti delle donne da parte degli uomini nell'ambito del rapporto di coppia".

Nè tantomeno si tratta di presumere in capo alla donna una speciale vulnerabilità, intesa come particolare suscettibilità di essere aggredita o di subire danni, in contrasto con il rispetto della sua uguale dignità (art. 10.1 CE). Si tratta piuttosto del fatto che il legislatore, in conformità alla costituzione, considera la gravità o la peculiarità di certe aggressioni che si realizzano all'interno della coppia o tra ex partner, come fondamento del suo intervento penale tenendo conto della situazione di disuguaglianza generatrice di gravi conseguenze, in quanto aumenta l'insicurezza, l'intimidazione e il disprezzo che soffre la vittima.

Né si prende in considerazione la seconda obiezione. La Costituzione spagnola consacra il principio di colpevolezza come "principio strutturale fondamentale del diritto penale"39, fondato sulla dignità della persona [STC 150/1991, FJ 4 b)] e comporta che la responsabilità penale è personale, per il fatto e soggettiva, con la conseguenza che è incompatibile con tale principio la responsabilità per il tipo di autore e la connessa commisurazione della pena in considerazione della personalità del reo, e non secondo la colpevolezza espressa nel fatto commesso [STC 150/1991, FJ 4 a)]. Con l'aggravante in esame il legislatore ha razionalmente preso in considerazione il disvalore aggiunto, determinato dall'inserimento della condotta dell'autore in un modello culturale generatore di gravi danni alla vittima e che dota la sua azione di una violenza molto maggiore di quella espressa obiettivamente nel suo atto; questo non vuol dire che il soggetto attivo è punito per le aggressioni commesse da altri coniugi uomini, ma per il disvalore della sua propria e personale condotta: per la cosciente inserzione di essa in una concreta struttura sociale che contribuisce ulteriormente all'offensività della sua condotta violenta40.

In conclusione il Tribunale evidenzia che la differenza di trattamento introdotta dall'art. 153, c. 1, è limitata in considerazione dell'aggravante introdotta dal c. 4 applicabile anche alla donna autrice del fatto nei confronti di persona, uomo o donna, particolarmente vulnerabile, ma convivente, requisito che, come esaminato, non è richiesto dal 1 comma, con la conseguenza che, pur avendo l'interpretazione costituzionalmente orientata ridotto la disuguaglianza di trattamento, in ogni caso rimane la più ampia tutela delle donne. Il Tribunale non nega che tra le due aggravanti rimane una differenza di trattamento, ma la ritiene razionale41, frutto dell'ampia libertà del legislatore penale, e tale che, per la limitatezza e flessibilità delle sue previsioni punitive, non provoca conseguenza sproporzionate.

Non si ritiene violato il principio di colpevolezza perché si punisce la cosciente realizzazione del più grave comportamento tipizzato, non una presunzione.

4. L'applicazione facoltativa dell'aggravante nella sentenza n. 45/2010.—La Corte Costituzionale, nella sentenza esaminata, ha cercato di fornire un'interpretazione del soggetto passivo alla luce della ratio della norma conforme al principio di uguaglianza, sembrando delimitare tale ambito solo alle donne "soggette a una situazione di dominio" , "manifestazione di discriminazione, di una situazione di disuguaglianza e di relazioni di potere dell'uomo sulla donna" («manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»), situazione che giustificherebbe la più grave sanzione a carico dell'uomo, ed equiparando gli uomini in tale situazione con la conseguenza che nella categoria dei soggetti passivi rientrerebbero tutte le «personas especialmente vulnerables».

La Corte Costituzionale Spagnola, nelle successive sentenze n. 41/2010 e n. 45/2010 del 28 luglio 2010, ha confermato le posizioni espresse nella precedente sentenza del 2008, ma ha anche cercato di dirimere i dubbi interpretativi suscitati da un'altra fattispecie di lesioni aggravate prevista dall'art. 148, c. 442 interpretando correttamente, alla luce del dettato normativo, come facoltativo l'aggravamento sanzionatorio imposta dalla norma in questione; si chiarisce che nelle ipotesi in cui un uomo aggredisca e provochi lesioni ad una donna, sarà il Giudice che dovrà decidere di volta in volta se si tratta di "Violencia de genero" (intesa, come sopra spiegato, quale violenza frutto di una discriminazione da parte dell'uomo nei confronti di una donna, del genere maschile nei confronti del genere femminile), a seconda delle lesioni prodotte, risultato causato e rischio prodotto, come previsto dal dettato normativo (dejada su imposición al arbitrio del juez en atención «al resultado causado y al riesgo producido» (FJ 9.c) e, quindi, dell'esistenza nel caso in concreto di una vera discriminazione nei confronti della donna. Si mette in evidenza che l'applicazione da parte del giudice dell'aggravante prevista dall'art. 148.4 CP è facoltativa, dovendo il giudice accertare che i fatti 'realizzati non solo abbiano come vittima la donna coniugata o legata da relazione affettiva, ma che abbiano provocato un ingiustizia qualificata, un maggiore disvalore rappresentato dal risultato causato o dal rischio prodotto, dall'intensità del rischio o dalla gravità del danno («al resultado causado y al riesgo producido»). Ne deriva, che la maggiore severità della pena nel precetto in questione non è determinata esclusivamente dall'esistenza presente o passata di una relazione di coppia tra il soggetto attivo uomo e la donna, ma anche dalla concorrenza ulteriore di una particolare gravità della condotta per il bene protetto, potendo il giudice decidere di non applicare l'aggravante se, anche se si realizza una violenza di genere, non si configura quella particolare intensità del pericolo o del danno (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 9)43.

Per il resto anche in tali sentenze la Corte Costituzionale ha confermato che imporre una pena maggiore all'uomo non implica una forma di discriminazione nei suoi confronti (motivo per cui era stata sollevata questione di costituzionalità da un Giudice del Tribunale di Albacete) e che quindi le norme di cui all'art. 148 sono costituzionalmente legittime: infatti lo scopo delle modifiche introdotte agli artt. 147 e 148 è quello di proteggere la donna in un ambito in cui il legislatore considera che i beni fondamentali della vita, della salute e dell'integrità fisica nonché la sua libertà e dignità non siano sufficientemente protetti, considerando inoltre che l'obiettivo principale è quello di combattere ab origine tale tipo di violenza che si produce in un contesto di disuguaglianza, lottando mediante diversi tipi di misure, tra cui sono comprese, ovviamente, quelle penali44.

Si ritiene che gli artt. 153.1 e 148.4 CP non conducono a conseguenze sproporzionate incompatibili con il principio di uguaglianza. Innanzitutto perchè, come già

evidenziato nella sentenze precedenti45 la differenza di pena prevista dal primo comma dell'art. 153 è piuttosto limitata e non comporta, quindi, la violazione del principio di uguaglianza, tanto più se si considera che la pena detentiva è alternativa alla pena del lavoro a beneficio della comunità, uguale per entrambi i tipi, a parte la considerazione che l'art. 153, c. 1, prevede la stessa pena prevista quando il destinatario dell'aggressione è una persona particolarmente vulnerabile che convive con l'autore46. Negli stessi termini si è pronunciata la sentenza STC 41/2010, del 22 luglio sull'art. 148.4 CP, precisando che la pena minima di due anni di detenzione contro i sei mesi della fattispecie basica ex art. 147.1 CP, e la massima di cinque anni in confronto ai tre anni non comporta come conseguenza un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable», anche in considerazione della finalità perseguita, la protezione della libertà della donna, che il legislatore intende insufficientemente protetta 47 e la lotta contro la disuguaglianza della donna in questo ambito48. E poi il comma 5 dell'art. 148 prevede pure l'aggravante per l'ipotesi in cui la vittima è «persona especialmente vulnerable», consentendo di euiparare la lesione realizzata dall'uomo a quella realizzata dalla donna 49.

Parte della dottrina spagnola propone in generale, allora, di interpretare le aggravanti in questione in funzione della ratio espressa nell'art. 1, c. 1 della Legge contro la violenza di genere e cioè dell'affermazione del principio di uguaglianza come divieto di discriminazioni, nel senso che le aggravanti devono essere applicate solo laddove la condotta di violenza rappresenta una manifestazione di discriminazione, in una situazione di diseguaglianza e di dominio dell'uomo sulla donna o volto ad instaurare tale dominio, che sia o sia stata moglie o a lui legata da simile relazione affettiva (art. 1.1); l'eccezionale legittimazione delle norme discriminatorie nell'applicazione della sanzione detentiva si giustifica in ragione del perseguimento in positivo dell'uguaglianza sostanziale ex art. 9.2 e della parificazione come una delle finalità del mandato antidiscriminatorio, che presenta non solo una valenza negativa di divieto di certe differenziazioni50. In tale direzione, anche partendo da interpretazioni diverse, alcuni autori hanno proposto di applicare l'attenuante prevista dagli artt. 153.451, 171.6 e 172.2, § 4, CP ai casi di violenza dell'uomo contro la donna che non costituiscono "aggressione di genere"52.

L'introduzione di "aggravanti di genere" rappresenta una prospettiva di politica criminale percorribile?

Dopo avere esaminato la disciplina e soprattutto la giurisprudenza elaborata in Spagna sulle fattispecie aggravate a carico dell'uomo che realizza determinate fattispecie lesive della dignità, della libertà e dell'incolumità fisica della donna alla quale è o era legato da una relazione affettiva, sembra interessante e provocatorio riflettere sull'opportunità di introdurre anche nell'ordinamento italiano delle

aggravanti nei confronti dell'uomo che realizza dei reati contro la donna, esprimendo una concezione discriminatoria in conformità alle previsioni della Convenzione di Istanbul che pur prevedendo espressamente nel rapporto esplicativo del capitolo V, il diritto sostanziale, che in linea di principio il sesso della vittima o dell'autore non debba rappresentare un elemento costitutivo del crimine, questo non impedisce agli Stati aderenti di introdurre "gender-specific provisions" (§ 153) nel perseguire quello che rappresenta lo scopo primario della disciplina penalistica "to guide Parties in putting into place effective policies to rein in violence against women and domestic violence – both of which are still, unfortunately, widespread crimes in Europe and beyond" (§ 152). Si tratta di una mera provocazione nella consapevolezza della difficoltà che incontrerebbe un eventuale proposta legislativa in tale direzione e della sua indubbia problematicità, una provocazione volta ad evidenziarne, però, la plausibilità e possibile funzionalità sotto un profilo politico criminale anche in un ordinamento come quello italiano che non sembra così lontano dal punto di vista socio-culturale da quello spagnolo; il tutto nella consapevolezza che il diritto penale e in particolare l'aggravamento del trattamento sanzionatorio non può e non deve rappresentare l'unico strumento per risolvere un grave fenomeno sociale e criminale come quello della violenza di genere. In Italia i dati forniti dal Rapporto sulla missione in Italia della Relatrice Speciale ONU contro la violenza sulle donne 201253 continuano a essere raccapriccianti, continuando a evidenziare che la violenza domestica nella sfera privata è grave in termini numerici, anche se rimane in gran parte invisibile e sotto-denunciata54 : "con un tasso di diffusione fino al 78%, la violenza domestica è la forma di violenza più diffusa che continua a colpire le donne in tutto il paese…. Inoltre, gli atti di violenza domestica sono per la maggior parte gravi,…. Eppure solo il 18, 2 per cento di quelle donne considerava la violenza domestica un reato e il 36 per cento lo accettava come un fatto comune. Allo stesso modo, solo il 26,5 per cento delle donne considerava lo stupro o il tentato stupro un crimine"55. Il tutto in un contesto culturale in cui "Gli stereotipi di genere, che predeterminano i ruoli di uomini e donne nella società, sono profondamente radicati. …. Per quanto riguarda la loro rappresentazione nei media, nel 2006, il 53% delle donne apparse in televisione non parlava, mentre il 46% era associato a temi quali il sesso, la moda e la bellezza e solo il 2% a questioni di impegno sociale e professionale". "Le cause che portano, poi, al femminicidio comprendono la separazione di una coppia, il conflitto all'interno della relazione, l'"onore, la disoccupazione maschile e la gelosia da parte dell'autore ", fattori che spesso si sovrappongono e coesistono".

Dai dati divulgati nell'agosto del 2013 da parte del Ministero dell'Interno gli omicidi in Italia sono diminuiti, ma non sono diminuiti quelli che hanno per vittima le donne (il 30% su un totale di 505)56 e dai dati Istat 2010 emerge una "forte femminilizzazione nella vittimologia dei reati di criminalità violenta"57 mentre

"relativamente agli autori si rileva invece un'assoluta dominanza degli uomini (pari al 98% per le violenze sessuali,.58.)". I dati statistici, allora, per quanto non esaustivi, evidenziano la gravità del fenomeno e l'esigenza di continuare a riflettere su possibili strategie di intervento per finalità di prevenzione generale.

In tale contesto, inoltre, non si deve dimenticare, innanzitutto, che una piena attuazione della Convenzione di Istanbul deve indurre gli Stati membri a correttamente punire la violenza domestica, superando quell'atteggiamento di sottovalutazione e di giustificazione che talora emerge nella giurisprudenza nell'affrontare questo grave fenomeno. Una recentissima ricerca in Australia ha confermato le preoccupazioni del passato, nonostante l'ormai diffusa sensibilizzazione alla problematica in questione: "Although prior comparative sentencing analyses of domestic versus non-domestic violence offending have been sparse, results suggested that domestic violence offenders were sentenced less harshly"; "Judicial attributions of blameworthiness, harm and risk based on stereotypical assumptions about domestic violence offending may mitigate the sentences of domestic violent offenders compared with the sentences of other violent offenders. In addition, there may be judicial concern about the social cost to victims if offenders are incarcerated as well as sensitivity to community concern around stranger violence".59 Si evidenzia la necessità di ripensare l'atteggiamento di certa giurisprudenza che considera meno grave il danno, la colpevolezza, i rischi e i costi sociali della violenza domestica; il contesto emozionale della violenza domestica e la provocazione della vittima non possono essere considerati fattori di mitigamento della colpevolezza. "Anche se l'impatto sostanziale è piccolo, la presenza di alcune prove di clemenza è preoccupante, compromettendo la stessa funzione di prevenzione generale che dovrebbe rivestire il diritto penale nella lotta alla violenza domestica"60. Fino a pochi anni fa anche in Italia si registrava una sistematica sottovalutazione della violenza contro le donne e comunque anche nel diritto penale emergeva una concezione sociale dominante discriminatoria nei loro confronti; basti pensare alla norma sull'omicidio "a causa d'onore" (art. 587 c.p.) (considerata espressione di una forma di femminicidio) abrogata solo nel 1981 e all'art. 559 c.p. che puniva solo l'adulterio da parte della moglie, mentre l'adulterio in sé dell'uomo non veniva punito perché non causava riprovazione sociale, tranne se si fosse configurata l'ipotesi di concubinato prevista dall'art. 560 c.p. (laddove teneva la sua "concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove"). Tali norme sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale con una sentenza del 1969, ma fino a solo sette anni prima, con sentenza n. 64 del 23 novembre 1961, la Corte si era pronunciata per l'infondatezza della questione, prospettata ai sensi degli artt. 3 e 29 Cost.. La fattispecie sul c.d. "matrimonio riparatore" (art. 544 c.p.) stabiliva l'estinzione dei reati di violenza carnale, atti di libidine violenti, ratto a fine di libidine, seduzione con promessa di

matrimonio commesso da persona coniugata e corruzione di minorenni (agli artt. 519-526 e 530 c.p.), posti in essere nei confronti di una donna, nel caso che lo stupratore accondiscendesse a sposarla, salvando l'onore suo e quello familiare, "riconosciuto come un valore socialmente rilevante"; la stessa attenuazione di pena valeva per le lesioni personali, "mentre la norma dichiarava non punibile, in nome di un preteso jus corrigendi, il delitto di percosse commesso, nelle stesse circostanze, contro le dette persone"61. La norma sulla violenza carnale era inserita tra i delitti contro la morale pubblica e il buon costume, "secondo una visione arcaica della violenza sessuale che impediva di tutelare la libertà della donna di compiere libere scelte in relazione alla propria sessualità", solo con la riforma del 1996 viene collocata nel titolo dei delitti contro la persona. Solo negli ultimi anni si riconosce la possibile integrazione della fattispecie di violenza sessuale da parte del marito 62.

L'introduzione di specifiche aggravanti potrebbe rappresentare, allora, un valido strumento per indurre i magistrati (e le altre autorità preposte) a non sottovalutare la gravità del fenomeno in questione e a non assumere atteggiamenti clemenziali per indebite remore culturali nel punire la violenza domestica.

Ma ancora più a monte, un primo argomento a favore dell'introduzione di una fattispecie aggravata o di una circostanza aggravante a carico dell'uomo è rappresentato dalla oggettiva e razionale costatazione che una simile disciplina si limiterebbe a prendere in considerazione il maggiore disvalore della violenza da parte degli uomini contro le donne rispetto all'ipotesi inversa (la violenza delle donne nei confronti degli uomini), maggiore disvalore determinato dalla carica discriminatoria che esprime tale forma di violenza: la lesione ai beni tutelati si intensifica per la carica di offensività rappresentata dal "disprezzo discriminatorio che l'uomo esprime nella sua violenza nei confronti della donna in quanto appartenente al genere discriminato"; come osservato dal Tribunale Costituzionale spagnolo si nega alla vittima la sua dignità e uguale condizione di persona e la denigra in quanto membro del gruppo denigrato, considerato inferiore, con minori diritti63. La violenza di genere esprime allora un'offesa alla dignità e alla libertà della donna ulteriore rispetto all'offesa al bene specificamente tutelato di volta in volta dalla fattispecie realizzata; la pena aggiuntiva applicata all'uomo con una fattispecie più severa o una circostanza aggravante consentirebbe di punire tale specifica e ulteriore offesa. Come ripetutamente riconosciuto dal Tribunale Costituzionale spagnolo, il legislatore riconoscerebbe l'insufficiente protezione dei beni fondamentali della donna (vita, incolumità fisica, dignità, libertà) nell'ambito del rapporto di coppia eterosessuale e lotterebbe contro la disuguaglianza della donna in questo ambito. In tale direzione, allora, l'inserimento dell'aggravante in questione rappresenterebbe innanzitutto un'ulteriore strategia politico criminale nella funzionalizzazione del diritto penale per il suo primario scopo, la repressione e la prevenzione del crimine, in questo caso la

violenza di genere come emerge anche dal paragrafo citato della Convenzione di Instanbul, prima ancora che una forma di utilizzazione del diritto penale per promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne o per lottare contro la discriminazione di genere, posizione sostenuta dallo stesso Tribunale Costituzionale spagnolo (ma che potrebbe anche essere considerata in contrasto con la concezione del diritto penale come extrema ratio); ferma restando, per contro, la funzione di prevenzione generale non solo in senso negativo, come deterrente, ma anche positivo in termini di orientamento culturale che può legittimamente assumere il diritto penale laddove emerge in un determinato contesto storico sociale da una parte il riconoscimento della meritevolezza del bene tutelato, in questo caso l'uguaglianza di genere come bene strumentale alla stessa tutela della dignità e libertà della donna, e dall'altra l'insufficienza degli altri strumenti di intervento. La Convenzione di Istanbul ha sancito, del resto, che ogni misura rivolta a combattere la violenza contro le donne deve promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne quale fondamentale strumento per prevenire la violenza in futuro. In tale direzione, allora, si può ribadire a favore della proposta avanzata che l'atto offensivo dell'uomo contro la donna è più grave in quanto costituisce la "riproduzione di un modello radicato di comportamenti aggressivi nei confronti delle donne da parte degli uomini nell'ambito del rapporto di coppia", contribuendo con il proprio consapevole e specifico atto di violenza a ribadire, consolidare, radicare ancora di più un "modello culturale" consistente nella "disuguaglianza nell'ambito della coppia"; l'aggravante punirebbe specificamente la manifestazione di "atteggiamenti o pratiche sociali o condotte violente misogine o sessiste, motivate da un senso di legittimazione e/o di superiorità degli uomini sulle donne, o di una presunzione di possesso sulle stesse (maltrattamenti, violenza fisica, psicologica, sessuale, comportamenti discriminatori, atti di violenza per motivi di avversione morbosa per le donne)", atteggiamenti che "oggi la coscienza collettiva per lo più considera il retrogrado fenomeno culturale del dominio maschile sulle donne" 64.

La più severa sanzione consentirebbe di tenere conto del disvalore della "discriminazione strutturale di un determinato gruppo sociale" espressa nella violenza di genere, che costringe le donne in una posizione subordinata, con assegnazione di un ruolo subordinato nella società e uno status di seconda classe; si punisce più severamente la violenza di genere per il suo essere uno strumento per consolidare tale subordinazione voluta dal patriarcato e quindi strumento di dominazione65. Allora non si tratterebbe di punire più gravemente la violenza di genere in considerazione di uno specifico movente soggettivo dell'autore, ma piuttosto si tratterebbe di tenere conto non solo dell'offesa all'incolumità fisica o all'onore o alla libertà personale, o alla libertà sessuale, realizzata attraverso le lesioni, i maltrattamenti, le minacce, la violenza sessuale, ma l'ulteriore disvalore insito nella violenza di genere come forma

di violenza strutturale in quanto espressione di discriminazione, in quanto meccanismo sociale per mantenere la donna nella posizione subordinata che occupa nella società patriarcale; si punirebbe la "componente strutturale che rende l'atto aggressivo un riflesso e risultato di un modello di comportamento sociale associato alla sottovalutazione del femminile..e la sua sottomissione all'uomo" offendendo la dignità e la libertà della donna.

Come osservato dalla dottrina spagnola 66 si tratterebbe del riconoscimento della violenza di genere come "categoría sociológica con entidad propia"67 suscettibile di essere definita a partire da una serie di caratteristiche specifiche che la distinguono da altre forme di violenza sociale, in conformità alle previsioni della Dichiarazione delle Nazioni Unite sopra l'eliminazione della violenza contro la donna del 20 dicembre 1993 che ha definito tale forma di violenza " una manifestazione delle relazioni di potere storicamente disuguali tra uomini e donne, che ha portato alla dominazione e alla discriminazione contro le donne da parte degli uomini e ha impedito il pieno avanzamento delle donne"; non solo ma "la violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini", lo strumento che consente di perpetuare il sistema di dominazione attraverso il quale si conferma la diseguaglianza tra donne e uomini68. Anche la Raccomandazione del Consiglio d'Europa Rec (2002)5 ribadisce che la violenza contro le donne deriva da rapporti di forza impari tra uomini e donne, e costituisce un attacco ai loro diritti di persone umane e alle loro libertà fondamentali e impedisce loro, in parte o totalmente, di esercitarli. Di documenti internazionali emerge come la violenza di genere contro le donne (fisica, sessuale, psicologica, economica), rilevante nella sfera privata come nello spazio pubblico, "è radicata nella condizione specifica della donna, e segnatamente nelle relazioni gerarchiche che la circondano, vale a dire nelle discriminazione sistemiche tra i generi determinate da fattori di ordine storico, sociale e culturale, che si risolvono in ostacoli al riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale tra i sessi e al pieno sviluppo della personalità e delle capacità umane delle donne"69.

In quest'ottica l'aggravante in questione potrebbe anche essere intesa come strumento del diritto antidiscriminatorio70 che punisce più severamente il comportamento che "attenta in forma diretta la libertà della vittima – in quanto rappresenta un ostacolo per il pieno godimento dei diritti umani – e, soprattutto, la sua dignità, perché si fonda su una sottovalutazione della persona per la sua appartenenza a un gruppo sociale subordinato, destinato alla sottomissione". L'atto discriminatorio presuppone sempre l'esclusione e la stigmatizzazione della persona associata, come rilevato dal Tribunale Costituzionale spagnolo, presuppone "determinate differenze storicamente molto radicate e che hanno posto, tanto per l'azione dei poteri pubblici come per la pratica sociale, determinati settori della popolazione in posizioni, non solo svantaggiose, ma

addirittura contrarie alla dignità umana"71; la cultura discriminatoria dell'uomo contro le donne e il modello maschilista distorto del rapporto di coppia ha ridotto la donna a mero oggetto di pretese, desideri e possesso maschile, - piuttosto che a soggetto paritario protagonista del rapporto –. L'aggravante, allora, diventa una misura di politica criminale basata sul riconoscimento della particolare gravità delle aggressioni contro le donne per il suo vincolo con la storica sottomissione del genere femminile; una risposta punitiva a una concreta forma di discriminazione sociale che non comporta alcuna violazione del principio di uguaglianza, ma anzi come affermato in dottrina fa assurgere l'uguaglianza a bene giuridico meritevole di intervento penale72, fermo restando che il più severo trattamento non esprime la punizione del singolo per le colpe del gruppo, ma si limita a tenere del peculiare disvalore insito nella violenza di genere che il singolo volontariamente replica e conferma. Non si punisce, come ribadito dal Tribunale Costituzionale spagnolo, per la colpa degli altri, ma per avere consapevolmente realizzato quella violenza di genere che esprime adesione alla cultura maschilista e per avere riprodotto e confermato con la propria azione la sua carica di disvalore. Nè si presume l'intento discriminato in contrasto con il principio di colpevolezza, ma si accerta la volontaria realizzazione di un comportamento discriminatorio. Non solo ma la violenza maschile ai danni della partner o ex partner, confermando la cultura discriminatoria dominante, contribuisce a ulteriormente indebolire le difese e le capacità di reazione della vittima donna, oppressa da tale cultura maschile dominante, determinando un effetto intimidatorio che restringe la possibilità di realizzazione libera della volontà della donna o comunque richiede una sofferenza e una fatica ulteriore e supplementare rispetto a quella richiesta normalmente per reagire – lecitamente - alla violenza altrui.

O si nega la validità della situazione socio culturale di riferimento o non si può non riconoscere la maggiore gravità e lesività che esprime la violenza dell'uomo contro la donna nell'ambito di una relazione affettiva rispetto alla medesima violenza della donna nei confronti dell'uomo; in questo senso si può anche ammettere che l'aggravante in questione elimini la diseguaglianza determinata dalla parificazione del trattamento punitivo di due ipotesi – la violenza dell'uomo contro la donna e la violenza della donna contro l'uomo – che presentano un diverso disvalore. Se si ammette tale maggiore offensività viene meno qualunque dubbio sulla ragion d'essere dell'aggravante in questione, che nel rispetto del principio di proporzione tra la tipologia e la severità della sanzione, da una parte, e il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto dall'altra, risponderebbe a una grave esigenza di prevenzione generale e di prevenzione speciale, chiaramente nella misura in cui come esaminato nell'ordinamento spagnolo le aggravanti si mantengano in limiti ragionevoli; fermo restando che il giudice potrebbe poi commisurare l'aggravante, nell'ambito dei limiti

prestabiliti dal legislatore, in considerazione della situazione concretamente considerata.

Il diritto penale non può essere sovraccaricato, come purtroppo avviene continuamente nella recente prassi legislativa, di istanze securitarie e simboliche al fine di ottenere il consenso elettorale, offrendolo come una sorta di panacea per prevenire e risolvere i problemi della criminalità e in particolare la violenza di genere e specificamente contro le donne; tutte le agenzie sociali e culturali dovrebbero impegnarsi in serie politiche di formazione culturale e di prevenzione. "Oggi ben più dell'illusione repressiva ciò che conta è una battaglia culturale alimentata dal massimo di informazione e diretta a promuovere il rispetto della dignità e della libertà delle donne"73; emerge insomma il timore che la maggioranza di turno possa strumentalizzare il dibattito in materia per biechi fini elettorali, trasformando un eventuale proposta legislativa nella direzione indicata in una triste legge manifesto, veicolo privilegiato del populismo punitivo. Il timore di strumentalizzazione politica non può neanche diventare, però, l'alibi per paralizzare qualunque seria riflessione sulla possibilità di introdurre ulteriori strumenti penali razionali nella lotta contro la violenza di genere, purché attraverso un serio confronto parlamentare in cui si esprimano delle ponderate e condivise scelte di politica criminale. Solo in tale caso la proposta avanzata potrebbe inserirsi nella corretta logica di un diritto penale che deve svolgere la sua legittima funzione di prevenzione generale in senso positivo, quale strumento di orientamento culturale nel lungo periodo contribuendo alla formazione della coscienza sociale, nel senso che l'introduzione dell'aggravante rafforzerebbe la presa di coscienza della gravità e dell'offensività della violenza contro le donne come espressione di discriminazione e di un modello culturale inaccettabile nell'attuale contesto storico sociale, e quindi il diritto penale servirebbe come strumento di promozione del rispetto della dignità e della libertà della donna (nonché della sua vita e incolumità), nonché dell'uguaglianza di genere in conformità all'obbligo dello Stato di prevenire il fenomeno ai sensi dell'art. 5 della Convezioni di Instanbul e di quell'obbligo positivo di intervento elaborato dalla Corte Europea (che impone una tutela efficace contro la violenza di genere, ferma restando la discrezionalità degli Stati nella scelta della strategia politico criminale).

In termini di prevenzione speciale l'applicazione dell'eventuale aggravante in questione costringerebbe l'uomo autore del reato a prendere coscienza del particolare disvalore della sua condotta e delle dinamiche culturali e relazionali distorte che esprime la violenza contro la donna nell'ambito di una relazione affettiva (o eventualmente di una relazione lavorativa). L'attenzione alla violenza di genere come espressione di discriminazione dell'uomo contro la donna, del resto, come già evidenziato, è riconosciuta dalla recente legge italiana n. 119 del 2013, che, però, nonostante i tanti proclami e a parte la apprezzabile normativa extrapenale74, sotto

un profilo strettamente penalistico come osservato in dottrina, sembra che abbia fatto pochino75. e piuttosto abbia perseguito un intento prevalentemente rassicuratorio della collettività76.

Si dovrebbe però riflettere su una strategia opposta a quella percorsa dal legislatore spagnolo e cioè sembra più opportuno in termini politico criminali la delimitazione dell'applicazione di un'eventuale aggravante o la previsione di fattispecie aggravate solo in relazione ai reati più gravi, come i maltrattamenti (abituali), lesioni gravi e gravissime, violenza sessuale, omicidio, eliminando quei dubbi di ragionevolezza legati all'introduzione di fattispecie aggravate per reati meno gravi, piuttosto che per le tipologie più serie in cui meglio si esprime quella cultura di discriminazione dell'uomo nei confronti della donna che l'aggravante vuole punire e che la disciplina in questione dovrebbe combattere in linea con le indicazioni provenienti dalla convenzione di Istanbul; del resto il legislatore per le ipotesi più lievi ha recentemente introdotto una più mite e graduale strategia di intervento, concedendo la possibilità al questore di applicare d'ufficio l'ammonimento (d.l. n. 93 del 2013)77. In tale direzione la stessa dottrina spagnola è piuttosto critica nei confronti dell'applicazione dell'aggravante in relazione alla fattispecie di maltrattamento occasionale, pur riconoscendo il meritevole intento del legislatore del 2004 di fare uscire la violenza di genere dall'amorfa indifferenza dominante nei suoi confronti; si evidenzia, tra l'altro, un effetto di sovraccarico della giustizia penale nonché il timore che l'equiparazione di fattispecie più gravi a quelle meno gravi comporti realmente il rischio di contribuire con lo strumento penale alla stereotipizzazione della donna come soggetto debole, vulnerabile, vittima, bisognoso di speciale assistenza ma soprattutto incapace di reagire: si finisce per ottenere l'effetto contrario di affermare un'immagine della donna, nel contesto familiare e sociale, infantile e impoverita, propria della stessa società patriarcale78. La situazione occasionale è ben diversa da quella dei maltrattamenti abituali o comunque di reati più gravi, come le lesioni gravi o gravissime, che "fanno precipitare la donna in un clima di violenza abituale che mina la sua autostima e la sua capacità di risposta"79.

Si dovrebbe poi ragionare sull'opportunità di applicare una simile aggravante come obbligatoria oppure facoltativa, consentendo al giudice di verificare la manifestazione di un'effettiva discriminazione di genere nel comportamento realizzato; quest'ultima opzione potrebbe non sollevare le obiezioni esaminate in relazione alla disciplina spagnola circa il rispetto della presunzione di innocenza o eventuali obiezioni in termini di rispetto del principio di offensività, consentendo al giudice di non applicare l'aggravante in delle ipotesi in cui nel caso specifico non emerge la manifestazione del maggiore disvalore connesso alla discriminazione di genere, ma per contro si potrebbero sollevare delle perplessità in termini di rispetto del principio di tassatività, affidando alla discrezionalità del giudice un difficile accertamento, e le obiezioni

avanzate dalla dottrina femminista circa il fatto di ridurre a una questione individuale una questione strutturale: la violenza di genere dovrebbe essere riconosciuta come una forma di violenza strutturale e cioè come una forma di discriminazione, come un meccanismo sociale per mantenere la donna in una posizione subordinata che occupa nella società patriarcale. In ogni caso per limitare l'effetto discriminatorio si potrebbe comunque introdurre un'aggravante laddove la violenza o altro reato è realizzata nei confronti di persona vulnerabile come recita l'art. 46 della Convenzione di Istanbul, che sarebbe applicabile anche alla donna autore del reato ai danni di un uomo o nell'ambito di relazioni omosessuali, ferma restando l'ambiguità della definizione di persona vulnerabile. Nella concreta commisurazione della pena se si optasse per il modello della circostanza aggravante piuttosto che di un'autonoma fattispecie aggravata, la circostanza potrebbe anche andare in bilanciamento con le attenuanti, salva espressa deroga alla disciplina in questione; il bilanciamento da una parte rischierebbe di frustrare l'intento legislativo anche in termini di prevenzione generale80, dall'altra offrirebbe al giudice uno strumento per tenere conto delle peculiarità del caso concreto. Si potrebbe piuttosto, come proposto dalla dottrina spagnola 81, prevedere un'attenuante che consenta al giudice di mitigare o neutralizzare gli effetti dell'aggravante in considerazioni delle peculiarità del caso concreto (anche laddove si volessero sottrarre le aggravanti al bilanciamento evitando di inviare messaggi contraddittori). Per contro il legislatore potrebbe ritenere più opportuno introdurre una circostanza aggravante generica per le fattispecie di violenza, o meglio i reati contro la persona, se realizzati nei confronti del partner o ex partner, indipendentemente dal genere; una simile aggravante è espressamente prevista dall'art. 46 della Convenzione di Istanbul e non si presterebbe alle accuse di violare il principio di uguaglianza per ragioni di sesso. Nel nostro ordinamento è già stata introdotta in relazione all'art. 612 bis, atti persecutori, e alla violenza sessuale con la legge n. 119 del 2013, che per il 90,5% dei casi presenta come vittima una donna in base al rapporto Eures 2013. Nella prassi l'aggravante si applicherebbe per lo più nei confronti degli uomini senza prestarsi alla contestazione di violare il principio di uguaglianza, perché sarebbe applicabile anche nei confronti della donna autore del reato o nei confronti di soggetti omosessuali82. Questa strategia, pur sempre valida e percorribile, presenterebbe una maggiore timidezza perché porrebbe l'accento sul disvalore rappresentato dall'abuso della relazione di coppia, dall'approfittamento della conoscenza degli usi e abitudini della vittima cui si era affettivamente legati, piuttosto che evidenziare il disvalore rappresentato dalla discriminazione manifestata attraverso la violenza dell'uomo sulla donna, la condanna di quel radicato modello culturale patriarcale che impone alla donna una sudditanza gerarchica nei confronti dell'uomo, modello che si ripete e consolida nel singolo atto di violenza; si svigorirebbe la capacità di orientamento culturale della disciplina in questione, con il rischio di non consentire all'uomo di avvertire lo specifico disvalore della sua violenza

consumata a danno di una donna e sarebbe, quindi, molto più limitato l'impatto culturale e la capacità di prevenzione generale e speciale di una simile aggravante. Lo scopo del legislatore non dovrebbe essere tanto quello retributivo, comunque perseguito attraverso l'aggravante generica, ma quello della prevenzione generale, soprattutto (sia pure a lungo termine) in termini positivi, di orientamento culturale; a parte la funzione di prevenzione speciale sicuramente e chiaramente comunicata e quindi perseguibile dalla specifica aggravante fondata sul genere, piuttosto che sulla relazione affettiva, salva l'effettiva capacità del reo di farsi motivare per il futuro.

6. Reati culturalmente motivati.— Il vantaggio dell'introduzione di una specifica aggravante di genere si realizzerebbe anche nei confronti dei reati c.d. culturalmente motivati83, perché l'aggravante in questione comunicherebbe in maniera chiara il giudizio di disvalore espresso dal legislatore italiano in relazione alla violenza di genere, espressione di discriminazione maschilista nei confronti delle donne, anche agli uomini immigrati, portatori di diverse culture e in particolare di diverse concezioni del ruolo della donna e del suo rapporto con l'uomo, concezioni talora meno rispettose del principio di uguaglianza tra i due sessi della stessa cultura patriarcale riscontrabile nelle società occidentali.

Reati violenti nei confronti delle donne sono con una certa frequenza consumati da stranieri immigrati (dal Rapporto Eures 2013 emerge che "la femminilizzazione dei reati violenti risulti tra gli immigrati ancora pià marcata"84) i quali in sede penale cercano di negare la loro responsabilità o di mitigare l'intervento punitivo invocando la mancanza o la scarsa intensità della colpevolezza, se non addirittura la mancanza di tipicità o l'applicazione di una causa di giustificazione, rivendicando la conformità dei comportamenti realizzati alle prescrizioni della cultura di origine e sostenendo che la violenza contro le donne sia lecita – o addirittura doverosa – sulla base del proprio background culturale (il termine "cultura" in base ad una nozione di cultura di tipo "societale" ricomprende tutti gli aspetti della vita di un gruppo di persone stanziata su un determinato territorio, sia le tradizioni locali che la religione praticata)85 nell'ambito di una società polietnica in cui la "diversità culturale scaturisce dall'immigrazione di individui e di famiglie"86; la "diversità culturale la quale connota il gruppo etnico dell'autore diverso dal gruppo etnico dominante, - che in una determinata società detiene il potere politico "dettando", tra l'altro, la legge penale87 -, viene rivendicata come cultural defence 88.

La dottrina classifica gli ordinamenti statali di tipo "multiculturalista" o "assimilazionista", sulla base della considerazione che la motivazione culturale del reo trova nel sistema punitivo89; di solito, tanto più questi accettano le minoranze culturali presenti al loro interno, tanto più terranno conto della "miccia" psicologica causa prima dell'azione del reo. In ogni caso, però, anche le prospettive più

"multiculturali" o la c.d. prospettiva analitica "interculturale", che tenga conto del rispetto delle culture differenti, ritengono che esistono dei limiti al riconoscimento delle diversità culturali, e anzi tali limiti sono essenziali, perché costituiscono condizione di effettività e buon funzionamento del modello multiculturalista: il rispetto della cultura trova un limite laddove il comportamento illecito interferisca con la tutela dei diritti umani fondamentali, che deve considerarsi imprescindibile90. Tale limite è riconosciuto anche dalla Commissione CE nella Comunicazione del 2005, intitolata "Un'agenda comune per l'integrazione. Quadro per l'integrazione dei cittadini di paesi terzi nell'unione europea"91 e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 20 ss.). In base alla dottrina in materia "una democrazia liberale può e deve approvare determinate 'tutele esterne', a condizione che esse siano rivolte a promuovere il trattamento equo dei diversi gruppi, mentre deve respingere le 'restrizioni interne' perché esse circoscrivono il diritto dei membri di un gruppo di contestare e modificare le autorità e le pratiche tradizionali; "una concezione liberale dei diritti delle minoranze non giustifica (se non in condizioni estreme) le restrizioni interne, cioè la pretesa da parte di una cultura minoritaria di limitare le fondamentali libertà civili o politiche dei suoi membri", negando il diritto degli individui di decidere da soli quali aspetti della loro tradizione culturale sono degni di essere conservati 92. Spesso, infatti, la vittima del reato culturalmente motivato commesso da un immigrato è un altro membro dello stesso gruppo etnico di immigrati, con la conseguenza che il riconoscimento della diversità culturale pro reo potrebbe tradursi nella concessione di una vera e propria intollerabile restrizione interna 93.

Nel settore in esame, la violenza di genere, allora, la cultura e la provenienza etnica non possono essere strumentalizzate per procurarsi ex post una facile scusa, né il riconoscimento della diversità culturale può comportare alcuna legittimazione o comunque attenuazione del giudizio di disvalore nei confronti della violazione dei diritti individuali fondamentali della donna.

La previsione di un aggravante laddove si realizza una grave forma di manifestazione della violenza di genere da parte dell'uomo nei confronti della donna potrebbe fungere da ulteriore deterrente non consentendo chiaramente di poter contare sulla rilevanza di "culture defences" e potrebbe orientare culturalmente la comunità degli immigrati perlomeno nel lungo termine, nonché indurre anche le donne a prendere coscienza dei loro diritti invalicabili e a reagire94, senza consentire, dall'altra parte, alcun indebito atteggiamento di clemenza della giurisprudenza in considerazione di motivazioni culturali95; non sarebbe ammissibile, ad esempio, l'orientamento indulgente della giurisprudenza tedesca che attribuisce rilievo alla causa d'onore a favore di immigrati turchi per negare la presenza dei motivi abietti con conseguente derubricazione di fatti di omicidio dalla più grave forma di Mord, punita con l'ergastolo (5 21 1 StGB), alla più lieve di Totschlag (5 212 StGB)96, o che mitiga la pena in considerazione del

motivo culturale in un grave caso di violenza di genere - 97 affermando che "Nel giudizio per una serie di reati contro la persona in concorso eterogeneo, attribuiti ad un soggetto straniero (nella specie, un italiano proveniente dalla Sardegna) nel territorio della Repubblica Federale Tedesca, vanno tenuti in considerazione, in sede di determinazione della pena, con valore attenuante, il fatto che tali reati sono stati in parte influenzati dalle particolari caratteristiche della cultura di provenienza del soggetto"; "si deve ancora tener conto che i reati sono stati un efflusso di un esagerato pensiero di gelosia dell'imputato. In questo contesto si devono valutare le particolari impronte culturali ed etniche dell'imputato. È un sardo. Il quadro del ruolo dell'uomo e della donna, esistente nella sua patria, non può certo valere come scusa, ma deve essere tenuto in considerazione come attenuante"98.

Contro tale discutibile utilizzo della cultural defence che rischia di avallare le critiche del movimento femminista che ritiene che essa "sia .. strettamente connessa ad una supremazia di genere e, in particolare, al controllo maschile sulle donne ed i figli" e "pertanto, anziché costituire un elemento di valorizzazione della differenza, si risolverebbe paradossalmente in una pratica di uniformazione culturale", l'aggravante ipotizzata impedirebbe un tale uso mitigatorio della motivazione culturale nei confronti della violenza di genere99, perlomeno delle forme gravi, in conformità del resto a quella giurisprudenza italiana che in diversi casi giurisprudenziali relativi a fatti di maltrattamenti in famiglia (art. 572 C.P.) ha esplicitamente negato qualsiasi rilievo pro reo alla (asserita) situazione di conflitto normativo/culturale in cui l'immigrato si sarebbe trovato al momento della commissione del fatto100. Ad esempio nel caso dell'immigrato albanese che realizza dei maltrattamenti nei confronti della moglie e del figlio minore, la Cassazione esplicitamente giudica "manifestamente infondate" le affermazioni difensive secondo le quali "sia l'imputato che le persone offese (tutti cittadini albanesi) hanno un concetto della convivenza familiare e delle potestà spettanti al capo-famiglia diverso da quello corrente in Italia, tanto da poter configurare una sorta di consenso dell'avente diritto rilevante ex art. 50 C.P., [giacché] in sostanza, i familiari possono validamente disporre della gerarchia e delle abitudini di vita interne al loro nucleo, senza che interventi esterni possano giungere a sanzionare comportamenti recepiti come legittimi". Tali affermazioni, secondo la Corte, non possono in alcun modo acquisire rilevanza nel nostro ordinamento, in quanto trovano uno "sbarramento invalicabile" nelle norme costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo, la pari dignità sociale e l'eguaglianza senza distinzione di sesso, nonché i diritti della famiglia e i doveri verso i figli101. O ancora la Suprema Corte ha affermato che «in tema di cd. "reati culturali" (nella specie costituiti, in particolare, da maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale in danno del coniuge, violazione degli obblighi di assistenza familiare), non può valere ad escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo l'assunto secondo il quale l'agente, essendo di

religione musulmana, avrebbe una concezione dei rapporti familiari tali da rendere giustificati i comportamenti a lui addebitati»; "l'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti in famiglia, integrato dalla condotta dell'agente che sottopone la moglie ad atti di vessazione reiterata, non può essere escluso dalla circostanza che il reo sia di religione musulmana e rivendichi, perciò, particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare, in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della regolamentazione concreta nei rapporti interpersonali" 102. Tale principio è stato ribadito in una recentissima sentenza su un caso di maltrattamenti a danno della moglie in cui si evidenzia che "In tema di maltrattamenti in famiglia, non assumono alcuna incidenza scriminante eventuali pretese o rivendicazioni legate all'esercizio di particolari potestà in ordine al proprio nucleo familiare - nella fattispecie dipendenti dallo stato di clandestinità della persona offesa e dalla prospettata sua disillusione per la mancata sua emancipazione sociale all'atto dell'ingresso in Italia - in quanto si tratta di concezioni che si pongono in assoluto contrasto con le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano nonché con il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale"103. "Nè, al riguardo, possono assumere alcuna incidenza in senso scriminante eventuali pretese o rivendicazioni legate all'esercizio di particolari forme di potestà in ordine alla gestione del proprio nucleo familiare, ovvero specifiche usanze, abitudini e connotazioni di dinamiche interne a gruppi familiari che costituiscano il portato di concezioni in assoluto contrasto con i principi e le norme che stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano e della concreta regolamentazione dei rapporti interpersonali, tenuto conto del fatto che la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (artt. 2, 29 e 31 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3 Cost., commi 1 e 2), costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili (arg. ex Sez. 6, n. 3398 del 20/10/1999, dep. 24/11/1999, Rv. 215158; Sez. 6, n. 46300 del 26/11/2008, dep. 16/12/2008, Rv. 242229)". In termini sostanzialmente analoghi si è pronunciata una più recente sentenza, che ha condannato per il delitto di maltrattamenti in famiglia un testimone di Geova che voleva imporre la propria fede religiosa alla moglie e si era giustificato sostenendo che all'interno della propria confessione religiosa era riconosciuta la supremazia dell'uomo nei rapporti di coppia104.

Si ammette una maggiore tolleranza laddove si tratta di reati bagattellari o artificiali, senza vittima, ma non per i reati c.d. naturali105.

D'altra parte la stessa Cassazione ha avuto modo di evidenziare anche quanto possa essere sottile la linea di demarcazione tra ragioni culturali e manifestazioni di

discriminazione maschilista anche se in un caso che esorbita dal settore in esame perché riguarda il rapporto padre figlia; la Suprema Corte condanna il padre per l'omicidio della figlia, la giovane pakistana Bina Saleem, evidenziando che "la motivazione assorbente dell'agire dell'imputato è scaturita da un patologico e distorto rapporto di "possesso parentale", essendosi la riprovazione furiosa del comportamento negativo della propria figlia fondata non già su ragioni o consuetudini religiose o culturali (in tal caso si sarebbe dovuto accertare l'esistenza di una sequela di riprovazioni basate su tali ragioni o consuetudini) bensì sulla rabbia per la sottrazione al proprio reiterato divieto paterno»106.

L'unico rischio dell'introduzione della disciplina in esame potrebbe essere in questo settore quello di una deplorevole strumentalizzazione politica non solo per conseguire il consenso elettorale, ma per cavalcare indebite campagne securitarie ispirate a razzismo discriminatorio nei confronti degli immigrati; la previsione dell'aggravante, però, nei confronti di tutti gli uomini autori di violenza di genere e non solo degli immigrati rappresenta in sé una garanzia contro indebite letture "razziste" della disciplina proposta.

NOTE:

1 Cfr. G. Battarino, "Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", Dir. pen. contemp., 2 ottobre 2013. Cfr. sulla legislazione sovrannazionale in materia A.M. Maugeri, El stalking como delito contra la intimidad: la obligación de incriminación de la convención de estambul y técnicas de tipificación, in corso di pubblicazione.

2 Elimina una discriminazione cfr. A. Rubio, "La Ley integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta", in P. LAURENZO COPELLO (a cura di), La violenza de género en la Ley, Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España, Madrid, Dykinson, 2010, p. 144.

3 VAN DER AA S., "Lo stalking quale forma di violenza (domestica) contro le donne: due ipotesi di genere?", Rass. it. di crim., 3 (2012), p. 174; cfr. A.M. Zelcer, "Battling domestic violence: replacing mandatory arrest laws with a trifecta of preferential arrest, officer education, and batterer treatment programs", Am. Crim. Law Rev., 2 (2014), p. 541.

4H. Dressing- C. Kuehner- P. Gass, "Lifetime prevalence and impact of stalking in a European population: epidemiological data from a middlesized German city", Br. J. Psychiatry, (2005), p.168.

5 "Violence against women is understood as a violation of human rights and a form of discrimination against women and shall mean all acts of gender-based violence that result in, or are likely to result in, physical, sexual, psychological or economic harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life".

6 C. E. W. Bond – S. Jeffries, "Similar Punishment? Comparing Sentencing Outcomes in Domestic and Non-Domestic Violence Cases", Brit. J. Criminol., 54 (2014), p. 849.

7 Sulla presa di coscienza a livello internazionale della violenza di genere come violazione di diritti fondamentali e il conseguente obbligo e responsabilità degli Stati di prevenire e castigare tale violenza cfr. M. D. Machado Ruiz, "La perspectiva de género en derecho comparado", in P. LAURENZO COPELLO (a cura di), op. cit., pp. 39-46.

8 CEDU, Opuz v. Turkey, 9 giugno (9 settembre) 2009, no. 33401/02.

9 CEDU, Opuz v. Turkey, cit., § Per una recente condanna della Bulgaria, causa SZ c. Bulgaria (n 29263/12), per violazione dell'articolo 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti) della Convenzione a causa di inefficienze nelle indagini relative al rapimento e allo stupro della richiedente, in particolare alla luce dei ritardi eccessivi procedurali e della mancanza di indagini su alcuni aspetti dei fatti. La Corte ritiene particolarmente preoccupante che le autorità non abbiano ritenuto necessario indagare sul possibile coinvolgimento, lamentato dalla ricorrente, di una organizzazione criminale per il traffico organizzato di donne. La Corte osserva inoltre che ha già, in più di 45 sentenze contro la Bulgaria, rilevato che le autorità avevano fallito nel loro obbligo di condurre un'indagine efficace e ritiene che questi fallimenti ricorrenti rivelino l'esistenza di un problema sistemico. Cfr. CEDU, 5 maggio 2007, Kontrová v. Slovakia (application no. 7510/04).

10 CEDU, Eremia v. The Republic of Moldova, 28 May 2013, no. 3564/11, § 48.

11 CEDU, B. v. the Republic of Moldova (no. 61382/09) and Mudric v. the Republic of Moldova, 16 luglio 2013; N.A. v. the Republic of Moldova (no. 13424/06), 24 Settembre 2013; T.M. and C.M. v. the Republic of Moldova, 28 gennaio 2014.

12 § 56; CEDU, 27 maggio 2014, Rumor v. Italy, n. 72964/10, § 63.

13 CEDU, Rumor v. Italy, cit. La ricorrente lamentava che l'ex partner non era stato obbligato a un trattamento psicologico e continuava a rappresentare una minaccia per lei e per i suoi figli, e che il centro scelto per la detenzione domiciliare era appena 15 km distanti dalla propria casa, tanto più che era stata intimidita due volte da parte di impiegati della reception del centro, in violazione di un ordine del Tribunale che

proibiva all'ex partner ogni forma di contatto con lei; il tutto sarebbe stato dovuto all'insufficienza della legislazione italiana.

14 G. A. Orighi, "In Spagna lo scudo antifemminicidio", La Stampa, 7 gennaio 2014.

15 AA.VV., Guia Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contro la Violencia de Género, http:// www.poderjudicial.es. Cfr. per le critiche alla legge cfr. A. Rubio, "La Ley integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta, in La violencia de género en la Ley", cit., pp. 134 ss.

16 In ogni commissariato della Polizia di Stato e della Guardia Civil esistono le Upap, Unità di Prevenzione, Assistenza e Protezione contro i Maltrattamenti alla Donna. Cfr. J. M. GARCÍA-ATANCE, "Violencia de género y Seguridad Social", Revista Del Ministerio De Empleo Y Seguridad Social, 109 (2014), pp. 119 ss.

17 Cfr. Villacampa Estiarte, Stalking y derecho penal. Relevancia juridico-penal de una nueva forma de acoso, Justel, 2009, pp. 137 y ss., 205 ss.

18 V.Magro Servet, Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género, 14/05/2015, Diario La Ley, Nº 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015: "Las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del art. 173, quedan al margen del ámbito penal, por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación".

19 Riformato dal n. 92 dell'articolo unico della L.O. 1/2015.

20 Il n. 1 dell'art. 153 è stato riformato dal n. 803 dell'articolo unico della L.O. 1/2015, ma l'aggravante rimane.

21 La Ley organica n.1/2015 inserisce il genere come motivo di discriminazione nell'aggravante n. 4 dell'art. 22 (nel capitolo IV, De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal), in conformità alla Convenzione di Instanbul del 2011.

22 Art. 147 riformato dal n. 81 dell'articolo unico della L.O. 1/2015.

23 Art. 1. - 1) La Spagna è uno Stato sociale e di diritto che propugna come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l'uguaglianza e il pluralismo politico. Art. 9. - 1) I cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico. 2) Spetta ai poteri pubblici creare le condizioni affinché la libertà e l'uguaglianza dell'individuo e dei gruppi di cui esso fa parte siano reali ed effettive, nonché eliminare gli ostacoli che impediscano o rendano difficile il loro pieno godimento e agevolare la partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica, economica, culturale e sociale. 3) La Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la non-

retroattività di quelle contenenti sanzioni o restrittive dei diritti individuali, la sicurezza giuridica, la responsabilità e il controllo su eventuali arbitrii dei poteri pubblici. Art. 10. - 1) La dignità della persona, i diritti inviolabili ad essa inerenti, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale.

24 Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 59/2008, 14 May 2008, rec. 5939/2005. Cfr. J. A. Lascuraín Sánchez, "¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008,45/2009, 127/2009 y 41/2010", Revista Espanola de Derecho Costitucional, (2013), pp. 337 ss.

25 Artículo 153: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años. **La versione dopo la riforma introdotta dalla L.O. 1/2015**: Artículo 153: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en

el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

26 «porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sl{}eto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de "explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacia de la Constitución" (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 13//2006, de 21 de abril).

27 "b) En segundo término, los Autos aducen que también podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), debido a la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Esta presunción la establecería el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004,"

28 Argomento sollevato dall'organo proponente anche nel caso che ha portato alla sentenza STC n. 45/2010, si veda n. 3) lett. a).

29 Argomento sollevato dall'organo proponente anche nel caso che ha portato alla sentenza STC n. 45/2010, si veda n. 3).30§ 6; il Tribunale cita "STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4; SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; STC 129/1996, de 9 de julio, FJ 4".

31 SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; conforme 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4); 45/2010, FJ 4.

32 STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5.

33 "Los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas" (FJ 6; también SSTC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3; 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3)".

34 SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4; y 41/2010, de 22 de julio, FJ 7; 45/2010, F 4, b)

35 "SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 41/2010, de 22 de julio, FJ 5 b); en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3; STC n. 45/2010, FJ 4".

36 "SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23".

37 "Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (un marco penal de seis meses a un año frente al de tres meses a un año), debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado "en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho", si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP".

38 Contro l'interpretazione dell'aggravante come fondata sull'accertamento dell'intento discriminatorio cfr. J. M. De Paul Velasco, "Aspectos penales de la L.O. 1/2004: experiencias de su aplicación", in P. LAURENZO COPELLO (a cura di), La violenza de género en la Ley, cit., pp. 237-236, che evidenzia la difficoltà della prova di una simile intenzione e come nell'avanprogetto si parlava della violenza di genere come "strumento per mantenere la discriminazione", mentre nella versione finale si preferisce usare la più oggettiva espressione "manifestazione di discriminazione" e comunque si osserva che il dato normativo di ciascuna fattispecie penale è già completo e tassativo e non necessita di essere integrato da alcuna norma extrapenale, come quello dato dal riferimento all'art. 1 della Ley 1/2004, che ha solo un valore esplicativo e non specificativo.

39 STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2.

40 Conforme STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 11; 45/2010, FJ 6).

41 J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, op.cit., p. 335.

42 "lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado y al riesgo producido (…) [s]i la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia".

43 STC 45/2010, FJ 4, c).

44 Cfr. J. A. Lascuraín Sánchez, op.cit.

45 TC 81/2008, de 17 de julio, FJ 3, che segue la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10.

46 STC 81/2008, FJ 3.

47 Tribunal Constitucional, 28 luglio 2010, n. 45 inBOE-A-2010-13113 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Núm. 195 Jueves 12 de agosto de 2010 Sec. TC, Pág. 36

48 SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4.

49 SSTC 45/2010, FJ 4, c); SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4.

50 J. A. Lascuraín Sánchez, op. cit., 363.

51 "No obstante lo previsto en los aparatados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado".

52 L. Arroyo Zapatero, "Legitimacíon constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la Violencia de Género", in F. J. MUÑOZ CONDE (a cura di), Problemas actuales del Derecho Penal y la Criminología, Estudios en memoria de la Prol Díaz Pita, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 730 ss.; J. C. CARBONELL MATEU (a cura di), Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 662.

53 Rapporto della Special Rapporteur sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze, Rashida Manjoo,Traduzione non ufficiale a cura di Ilenia Granitto,

law/comitato per la promozione e protezione dei diritti umani, recepita da Amnesty international – sezione italiana, a cura Giulia Testa, Nazioni unite a/hrc/20/16/add.2 - Assemblea Generale, 15 giugno 2012, Consiglio Diritti Umani – Ventesima Sessione

54 "Il 96 per cento delle donne vittime di atti violenti da parte di non-partner, e il 93 per cento delle vittime di abusi da parte del partner non segnalano i casi alla polizia. Allo stesso modo, la maggior parte dei casi di stupro (91,6 per cento) non sono denunciati alla polizia. Inoltre, il 33,9 per cento delle donne che hanno subito violenza per mano di un partner e il 24 per cento da un non-partner non hanno mai parlato di quello che è successo loro (CEDAW/C/ITA/Q/6/Add.1, para . 90")

55 Le ragioni per cui la violenza endofamiliare non viene quasi mai denunciata sono molteplici: fra le altre, l'allontanamento dei/dai figli e il timore di subire rappresaglie. Nel Rapporto 2012 della Special Rapporteur sulla violenza contro le donne, le sue cause e conseguenze, cit., Rashida Manjoo,si riferisce che in Italia la maggior parte delle violenze non sono denunciate perché perpetrate in un contesto culturale maschilista dove la violenza domestica non è sempre percepita come un crimine, dove le vittime sono economicamente dipendenti dai responsabili della violenza e persiste la percezione che le risposte fornite dallo Stato non sono adeguate per riconoscere il fenomeno, perseguire per via legale gli autori di tali crimini e garantire assistenza e protezione alle vittime.

56 Cfr. F. Piacenti , P. De Pasquale, "Il femminicidio in Italia nel periodo 2000-2012", Rass. it. di crim., (2014), pp. 181 ss. Dal Rapporto Eures 2013 emerge che tra il 2000 e il 2012 si contano complessivamente in Italia 2.220 donne vittime di omicidio. Nel 70, 7 % dei casi nell'ambito di un contesto familiare e di una relazione affettiva.

57 90,5% del totale delle vittime di violenza sessuale e 77,4% di stalking; inferiore risulta la percentuale delle donne tra le vittime di omicidio, 3 su 10, ma tale percentuale diviene dominante, laddove l'osservazione sia limitata al solo contesto omicidiario familiare e delle relazioni àffettive, cfr. Idem.

58 All'89,5% per gli omicidi volontari, all'85,7% per i reati di stalking, all'83,5% per le lesioni dolose, al 75,1% per le percosse, 78,7% per le minacce e al 65,5% per le ingiurie. Cfr. F. Piacenti, P. De Pasquale, op. cit., p. 182.

59 C.E. W. Bond, S. Jeffries, "Similar Punishment? Comparing Sentencing Outcomes in Domestic and Non-Domestic Violence Cases", The British Journal of Criminology, (2014), p. 866.

60Ivi, p. 866.

61 Usa tali espressione A. Merli, "Violenza di genere e femminicidio", Dir. pen. Cont., (2014), 10 gennaio 2015, p. 25.

62 Contra riconosce la violenza sessuale da parte del marito Cass., sez. III, pen., 11 luglio 2006 - 20 ottobre 2006, n. 35242, negando l'attenuante della minore gravità; nella stessa direzione, Cass., III Sez., 15 aprile 2008, n. 26165 (con richiamo ai precedenti costituiti da Cass., Sez. III, 4 febbraio 2004 n. 14789, e da Cass., Sez. III, 11 dicembre 2007 n. 4532; Cass., sez. III, 8 ottobre 2013, n. 41486: "Nella specie, la pluralità degli abusi sessuali, compiuti nei confronti della moglie anche durante la gravidanza ed in prossimità del parto, in un incalzante contesto di sopraffazione e di pieno annullamento della libertà di autodeterminazione della vittima, che doveva soggiacere alle morbosità dell'uomo, ostavano alla ravvisabilità del fatto di minore gravità come pure di considerazione ai fini della concessione delle attenuanti generiche".

63 STC 59/2008, F.J. 9.

64 A. Merli, op. cit., p. 25.

65 Cfr. E. Fernández, "El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva ley de protección integral contra la violencia de género", Anales de la Cátedra francisco Suárez, 40 (2006), p. 154.

66 P. Laurenzo Copello, "Introducción violencia de género, Ley penal y discriminación", in EAD., La violencia de género en la Ley, cit., pp. 18 ss.

67 A. Rubio, "Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores", in Análisis jurídico de la violencia contra la mujeres, Sevilla, Lam, 2004, p. 43.

68 R. Osborne, La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas, Madrid, UNED, 2005, p. 11; P. Faraldo Cabana, "Razones para la introducción de la perspectivas de género en el Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contro la violencia de género", Revista Penal, 17 (2006), p. 90.

69 A. Merli, op. cit., p. 14.

70 P. Laurenzo Copello, op. cit., p. 23.

71 STC 200/2001. Cfr. P. Laurenzo Copello, op. cit., p. 23.

72 M. Alonso Álamo, "Protección penal de la igualdad y derecho penal de género", in CPC, 9 (2008), p. 5.

73 M. Graziosi, "Femminicidio: i rischi delle leggi-manifesto", Studi sulla questione criminale 2 (2013), VIII, pp. 7-12.

74 Ad esempio tra le strategie di intervento alternative a quella penale, sono previsti piani di assistenza organizzati dai servizi socio-assistenziali del territorio ed elaborati dal Ministero per le Pari Opportunità, al fine di favorire il recupero psico-sociale dei soggetti responsabili di atti di violenza nelle relazioni affettive e di limitare i casi di recidiva. Al termine di programmi specifici di riabilitazione per i detenuti per reati di violenza contro le donne, la magistratura di sorveglianza, valutando la frequenza e l'applicazione del detenuto, può acquisire elementi per decidere circa la concedibilità o meno di permessi penitenziari; invero la ricaduta nel reato sembra contrassegnare in maniera peculiare il "delinquente familiare" per la spiccata pericolosità che pare connotare l'autore degli atti di violenza contro le donne, così A. Merli, op. cit., p. 27.

75 P. Pittaro, "La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa", Fam. e dir., (2014), p. 725: "se togliamo quelle riferibili ai minori, troviamo una serie di aggravanti riferibili, da un lato, alla donna in stato di gravidanza come vittima del reato e, dall'altro lato, fattispecie che fanno riferimento alla violenza domestica nonché ad un rapporto affettivo presente o passato, legato o meno alla convivenza. Sinceramente: un po' poco, specie se consideriamo che le circostanze aggravanti, anche quelle ad effetto speciale, sottostanno al principio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. e che possono soccombere anche a fronte di una sola circostanza attenuante, perfino di quella generica di cui all'art. 62-bis c.p., posto che il legislatore non ha ritenuto di ritenerle come "privilegiate", ossia non bilanciabili: un'ennesima, ulteriore discrezionalità attribuita al giudice"; G. Pavich, "Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili", Diritto Pen. Contem., 24 settembre 2013, p. 20, considera che lo strumentario predisposto dalla normativa non appare, sul piano prognostico, di particolare incisività.

76 F. Basile, "Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale", ivi, 11 dicembre 2013.

77 Nei casi in cui alle forze dell'ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibili ai reati di cui agli art. 581 (Percosse), e 582, secondo comma (Lesione personale c.d. lieve), consumato o tentato, del codice penale, nell'ambito della violenza domestica, il questore, anche in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto, cfr. P. Pittaro, op. cit., p. 722; G. Amato, "Con un atto di violenza grave scatta l'ammonimento", Guida al dir., 2013, pp. 44-90.

78 P.Laurenzo Copello, op. cit., p. 35. La critica riguarda soprattutto quelle norme che impediscono alla donna di scegliere meccanismi di reazione alternativi al penale per risolvere la situazione di conflitto in cui si trovano (ad esempio l'applicazione obbligatoria della pena dell'allontanamento).

79 Ivi, p. 31.

80 P. Pittaro, op. cit., pp. 725 ss. critica la possibilità del bilanciamento per le nuove aggravanti introdotte dalla l. 119/2013.

81 Si veda nota 47.

82 Cfr. A. Merli, op. cit., p. 33, già in relazione all'aggravante prevista dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p., che stabilisce un aumento di pena se il reato di atti persecutori è commesso da persona che sia o sia stata legata da una relazione affettiva (ancorché non formalizzata) alla persona offesa, "non sembra derivino ostacoli ad estendere l'aggravante nei confronti di una persona inserita in un contesto di coppia diversamente intesa …quando i partner si trovino in una situazione di fatto, anche non implicante (o non più implicante) convivenza, paragonabile a quella dei partner di una coppia eterosessuale", precisando che "dato il tenore "neutro" della norma in questione, e della stessa espressione rapporti affettivi, che abbraccia tutte le relazioni sentimentali, siano esse etero od omosessuali, non si tratterebbe di una soluzione frutto di una interpretazione analogica vietata dall'ordinamento".

83 Sulla nozione di reato culturalmente motivato, v. A. Bernardi, Il " fattore culturale" nel sistema penale, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 3 ss.; C. De Maglie, I reati cultu-ralmente motivati. Ideologie e modelli penali, Pisa, ETS, 2010, pp. 30 ss.; F. Basile, Immigrazione e 'reati culturalmente motivati'. Il diritto penale nelle società multiculturali, II ed., Milano, Giuffré, 2010, pp. 41 ss.; F. Parisi, Cultura dell'altro e diritto penale, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 33 ss. Cfr. F. Basile, "Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)", Riv. it. dir. proc. pen., (2007), p. 1298 che precisa che "una definizione "ufficiale" di cultura, ovviamente, non esiste (…). Almeno a livello orientativo, tuttavia, ai presenti fini può risultare utile richiamare il Preambolo della Dichiarazione universale sulla diversità culturale" (adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO a Parigi il 2 novembre 2001; per il testo in lingua italiana, cfr. www.unesco.it/document/documenti/testi/dich_diver-sita.doc), secondo cui "la cultura dovrebbe essere considerata come un insieme dei distinti aspetti presenti nella società o in un gruppo sociale quali quelli spirituali, materiali, intellettuali ed emotivi, e che include sistemi di valori, tradizioni e credenze, insieme all'arte, alla letteratura e ai vari modi di vita".

84 F. Piacenti , P. De Pasquale, op. cit.

85 Sulla nozione etnicamente qualificata di "cultura", in base alla quale «cultura » è sinonimo di «nazione » o "popolo",e designa una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio e condivide una lingua e una storia distinte, cfr. F. Basile, "Società multiculturali,

immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)", cit., p. 1298; Id., Immigrazione e reati, cit., pp. 3 ss.; tale nozione risale a W. Kymlicka, La cittadinanza multiculturale, Bologna,Il Mulino, 1999, p. 35; A. FACCHI, I diritti nell'Europa multiculturale, IIed., Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 7; C. DE MAGLIE, "Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense", in Scritti Marinucci, Milano, 2006, p. 227; A. Bernardi, Modelli penali e società multiculturale, Torino, Giappichelli, 2006, p. 60, nota 8; L. Monticelli, "«Cultural defense» (esimenti culturali) e i reati « culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale", Ind. pen., (2003), pp. 535 ss.

86 W. Kymlicka, La cittadinanza, cit., p. 22; F. Basile, Società multiculturali, cit., p. 1303.

87 F. Basile, Società multiculturali, cit., p. 1299.

88 C. De Maglie, Multiculturalismo, cit., p. 197; EAD., Società, cit., pp. 215 ss.

89 F. Basile, Società multiculturali, cit., p. 1299; Id., Immigrazione e reati, cit., pp. 24 ss.; A. Bernardi, Il "fattore culturale", cit., pp. 9 ss.; B. Pastore, "Multiculturalismo e processo penale", Cass. pen., (2006), p. 3030.

90 F. Basile, Società multiculturali, cit., p. 1318 e dottrina citata.

91 Comunicazione COM(2005) 389; "Manifiesto sobre Diversidad Cultura1 y Politica Criminal", sottoscritto nel marzo 1996 a Bilbao da un gruppo di penalisti spagnoli; S. Poulter, "Ethnic Minority Customs, English Law, and Human Rights", International and Comparative Law Quarterly, 3 (1987), XXXVI, pp. 589 ss., e ID., Ethnicity, Law and Human Rights: The English Experience, Oxford, Oxford University Press, 1998; G. Quintero Olivares,"El Derecho penal ante la globalización", in R. Zuniga, R. Mendez, D.S. Diego (a cura di), El Derecho penal ante la globalización, Madrid, Colex, pp. 13 ss.; A. Bernardi, Modelli, cit., p. 128.

92 F. Basile, Società multiculturali, cit., pp. 1321-1322; F. Parisi, op. cit., p. 121.

93 Cfr. J. VAN BROECK, "Cultura1 Defense",cit., p. 3; A. BERNARDI Modelli, cit., p. 60; ; F. Basile, Immigrazione e reati, cit., pp. 45 ss.

94 Cfr. C. Pecorella, "Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna", Riv. it. dir. proc. pen., (2011), p. 861, la quale evidenzia in relazione alla fattispecie di mutilazioni genitali femminili "la sua funzione di orientamento culturale nel lungo periodo; il messaggio univoco di illiceità, che trasmette quella incriminazione, può offrire tra l'altro alle donne, che a quelle pratiche vogliono sottrarre sé stesse o le proprie figlie, un valido argomento da contrapporre alla pretesa obbligatorietà della mutilazione, in base alle tradizioni del gruppo di appartenenza".

95 Cfr. Court of Appeal[2002] EWCA Crim 1607.

96 Cfr. BGH 27 novembre 1979, NfW, 1980, 537; BGH 7 ottobre 1994, id, 1995, 602 ss;

BGH 10 gennaio 2006, id, 2006, 1008 ss.

97 Tribunale di Buckeburg, 25 gennaio 2006, Imp. PUSCEDDU, in Riv. it. dir. proc. pen. 2008, 1441 con nota di Parisi.

98 F. Parisi, op. cit., pp. 90 ss. Sulla giurisprudenza tedesca in materia.

99 A. Philliaps, "When Cultures Means Gender: Issues of Cultural Defence in the British Courts", Modern Law Review, (2003), LXVI, pp. 510 ss.

100 F. Basile, Società multiculturali, cit., pp. 1334 ss. Sui timori in termini di prevenzione speciale del mancato riconoscimento del fattore culturale, cfr. A. Bernardi, Il "fattore culturale", cit., pp. 33 ss.; F. Parisi, op. cit., p.86.

101 Cass. 24 novembre 1999, Imputato Bajrami, CED 215158, in Riv. pen. 2000, 238; Cass. 8 gennaio 2003, Khouider, CED 223192, in Dir. pen. proc. 2003, 285; Manchester Crown Court [2002] condanna all'ergastolo un musulmano di origine pakistana, immigrato in Inghilterra nel 1965, il quale aveva ucciso la propria figlia di 24 anni dopo aver trovato il suo fidanzato (non musulmano) nella sua stanza da letto.

102 Cass. pen., sez VI, 16 dicembre 2008, n. 46300.

103 Cass., sez. VI, 19 marzo 2014, n. 19674,

104 Cass. pen., sez VI, 2 dicembre 2009, n. 64. Merli, 29,

105 A. Bernardi, Il "fattore culturale", cit., p. 17; cfr. F. Parisi, op. cit., p. 88.

106 Cass., Sez. I, 12 novembre 2009 (dep. 18 febbraio 2010), Saalem, in CED. 246309. Cfr. invece sulla mancata applicazione dell'aggravante dei motivi abbietti e futili, laddove si agisce in base a motivazioni culturali F. Basile, "Motivi futili ad agire: ma futili per chi quando il reato è "culturalmente" motivato?", nota a Cass., I Sez,, 18 dicembre 2013, n. 51059, H.H.H., Giur. It. 2014, p. 980.

LE NUOVE NORME PENALI SOSTANZIALI DI CONTRASTO AL FENOMENO DELLA VIOLENZA DI GENERE

Macrì Francesco(*)

L. 15-10-2013, n. 119, epigrafe

D.L. 14-08-2013, n. 93, epigrafe

Di fronte al dilagare del fenomeno delle violenze fisiche, sessuali e psicologiche contro le donne (c.d. violenza di genere), e in seguito alla ratifica italiana della Convenzione di Istanbul, che impone l'implementazione di misure penali ed extra-penali tali da garantire un'effettiva tutela delle vittime, il Governo ha fatto nuovamente ricorso alla decretazione d'urgenza. Il d.l. n. 93/2013, con le modifiche apportate in sede di conversione dalla l. n. 119/2013, interviene sotto vari profili. Per quanto riguarda le principali norme penali sostanziali, si introducono circostanze aggravanti per i casi ove l'offesa sia una donna in stato di gravidanza, ove l'agente sia o sia stato partner sentimentale o coniuge, e per le violenze perpetrate in presenza o ai danni di minori. Viene altresì disposta - con una norma controversa, modificata in sede di conversione - l'irrevocabilità della querela per le ipotesi più gravi del delitto di atti persecutori. Le misure in questione, pur in gran parte condivisibili, ampliano a dismisura la "discrezionalità sanzionatoria" degli organi giudicanti, e - ponendosi ancora in un'ottica emergenziale - procrastinano ulteriormente la doverosa riforma sistematica dei delitti contro la persona. Riforma resasi quanto mai necessaria per evitare vistose sproporzioni di trattamento (come potrebbe essere il caso di condotte violente gravissime - quali lo sfiguramento a mezzo acido - sanzionabili, ove concorrano attenuanti del tutto eterogenee come le c.d. "generiche', con un minimo di tre mesi di reclusione [artt. 582, 583 c.p.]).

Sommario: L'impianto complessivo del decreto: luci e ombre dell'intervento legislativo - Le nuove circostanze aggravanti (minore età, stato di gravidanza, relazione affettiva) - Le modifiche alla fattispecie di "Atti persecutori" (c.d. stalking) - L'estensione dell'ammonimento del questore ai delitti di percosse e lesioni e la definizione di "violenza domestica" - Le ulteriori previsioni di diritto penale sostanziale (reati sessuali e minaccia)

L'impianto complessivo del decreto: luci e ombre dell'intervento legislativo

Il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito in l. 15 ottobre 2013, n. 119, ribattezzato dai mass-media e altresì da numerosi esponenti governativi e parlamentari "legge contro il femminicidio", contiene una serie di previsioni di natura penale sostanziale, penale processuale e altresì extra-penale (misure educative, sostegno ai centri antiviolenza ecc.) rivolte ad arginare il fenomeno della violenza contro le donne, il quale - anche alla luce degli interventi normativi internazionali di cui diremo a breve - viene sempre più percepito come una piaga sociale da contrastare con la massima risolutezza. Nello stesso decreto, parte introduttiva, si legge che "il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti, introducendo, in determinati casi, misure

di prevenzione finalizzate alla anticipata tutela delle donne e di ogni vittima di violenza domestica".

Il varo del suddetto provvedimento è stato sicuramente incentivato, altresì, dalla ratifica, il 19 giugno 2013, della Convenzione di Istanbul sulla violenza contro le donne da parte del Parlamento Italiano (1).

La Convenzione di Istanbul infatti, pur non cogente in quanto non ancora entrata in vigore (2), include importanti disposizioni che vincolano gli Stati aderenti ad approntare misure efficaci di prevenzione, tutela delle vittime e punizione degli autori, in relazione alle quali l'Italia - malgrado gli innegabili passi in avanti degli ultimi anni (3) - è sicuramente inadempiente.

In particolare, per quanto riguarda la disciplina penale sostanziale, l'art. 45 della Convenzione, che richiede l'imposizione di "sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive" per i delitti di violenza di genere, è sicuramente inattuato relativamente ai reati contro l'incolumità individuale (lesioni ecc.) e la vita (omicidio), e anche con riferimento ad altre fattispecie la tutela appare insufficiente. Il decreto in commento, pur improntato ad una condivisibile finalità di inasprimento sanzionatorio, si avvale sotto il profilo penale sostanziale principalmente dello strumento circostanziale. Introdurre delle circostanze aggravanti, peraltro, non assicura un effettivo inasprimento sanzionatorio, ma piuttosto incrementa a dismisura la discrezionalità del giudice, con una - invero ben poco stigmatizzata in letteratura - incisiva lesione dei principi di legalità ed uguaglianza sotto il profilo della calcolabilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte e della discrepanza tra le pene irrogate per una medesima condotta da diversi organi giurisdizionali. L'art. 69 c.p. del resto, senza entrare in eccessivi dettagli per i quali si rimanda agli autorevoli Autori che hanno affrontato il punto (4), disciplina il concorso di circostanze aggravanti e attenuanti prevedendo il potere del giudice di stabilire la prevalenza o l'equivalenza tra le une e le altre indipendentemente dal loro numero e dall'entità della variazione di pena dalle stesse disposta. Ad esempio, ove concorrano tre circostanze aggravanti ed una attenuante (sia essa anche solo quella di cui all'art. 62-bis c.p., "Circostanze attenuanti generiche"), accade spesso che il giudice dichiari la prevalenza della sola attenuante sulle tre aggravanti, con l'effetto che la pena in concreto sarà diminuita.

La suddetta criticità, che richiederebbe invero un intervento legislativo sulla parte generale del codice penale, è esacerbata, per taluni delitti contro la persona (spesso commessi ai danni delle donne), dall'irrisorietà delle pene minime contemplate dalle fattispecie base. Segnatamente, ciò accade con riferimento alle ipotesi più gravi di lesioni, quelle ad esempio implicanti la perdita di un senso, o di un arto, o lo sfregio permanente del viso (5): le suddette gravissime condotte - ove non inquadrabili nella fattispecie di tentato omicidio (pena minima sette anni) (6) - vengono spesso,

concorrendo circostanze attenuanti, sanzionate con pochi mesi di reclusione, applicandosi il compasso edittale delle lesioni non aggravate (da 3 mesi a 3 anni di reclusione ex art. 582 c.p.). Tali effetti distorti, peraltro, potevano essere evitati dal legislatore attribuendo alle aggravanti introdotte col decreto n. 93/2013 la natura di "circostanze privilegiate" (cioè non bilanciabili ex art. 69 c.p.) (7).

Sicuramente di maggiore incisività sono le norme di natura processuale (8), che prevedono in primis l'ampliamento dei casi di arresto obbligatorio in flagranza e l'introduzione della nuova misura (art. 384-bis c.p.p.) dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare, unitamente all'incremento della tutela processuale delle persone offese. Va comunque evidenziato come le misure cautelari o di protezione,diverse dalla custodia cautelare (9), per garantire un'effettiva protezione della vittima (prescritta dall'art. 56 della Convenzione di Istanbul), debbano essere assistite - nei casi di maggiore pericolosità - da misure di sorveglianza elettronica: in tal senso è sicuramente da apprezzare la modifica, in sede di conversione, dell'art. 2, comma 1°, lett. a) del decreto, che ora fa espresso riferimento all'art. 275-bis c.p.p., norma contemplante tali modalità di controllo (10).

Le nuove circostanze aggravanti (minore età, stato di gravidanza, relazione affettiva)

Il d.l. n. 93/2013 quale modificato dalla legge di conversione n. 119/2013, introduce una circostanza aggravante comune (11) (art. 1, comma 1°, che inserisce il nuovo art. 61, n. 11-quinquies, c.p., dal duplice contenuto precettivo) e due circostanze aggravanti speciali del reato di "Violenza sessuale" (12) (art. 1, comma 2°, che aggiunge i nuovi numeri 5-ter e 5-quater all'art. 609-ter, comma 1°, c.p.). L'art. 1, comma 1-ter, del provvedimento, introdotto in sede di conversione, modifica altresì la circostanza aggravante della violenza sessuale prevista all'art. 609-ter, comma 1°, n. 5, per chi commetteva il fatto nei confronti di persona minore degli anni sedici della quale il colpevole fosse l'ascendente, il genitore o tutore, innalzando la soglia anagrafica rilevante dai sedici ai diciotto anni.

L'innovazione di maggiore portata, tra quelle appena menzionate, è data sicuramente dall'inserimento tra le "circostanze comuni" di cui all'art. 61 c.p., di un nuovo numero 11-quinquies, in base al quale la pena può essere aumentata fino a un terzo ove il fatto sia commesso "in presenza o in danno di un minore di anni diciotto", oppure altresì "in danno di persona in stato di gravidanza". Trattasi, all'evidenza, di due distinte circostanze, accomunate, oltre che dall'evidente affinità con la c.d. "minorata difesa" (già configurata come aggravante ex art. 61., n. 5, c.p.), dal trovare applicazione unicamente con riferimento ai delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale (artt. 575 ss. c.p.), a quelli contro la libertà personale (artt. 605 c.p.), nonché al delitto di "Maltrattamenti in famiglia" (art. 572 c.p.).

Con riguardo all'ipotesi del fatto commesso in presenza o in danno di un minore di anni diciotto, è da sottolineare la rilevanza dell'equiparazione tra violenza subita e violenza osservata, la quale, pur se apparentemente irragionevole, trova adeguato fondamento alla luce degli studi psico-pedagogici in materia di c.d. "violenza assistita". Per "violenza assistita" si intende appunto quella cui il minore è costretto ad assistere: la stessa è classificata tra le tipologie di maltrattamento psicologico, e ritenuta foriera di ricadute a livello emotivo, cognitivo, fisico e relazionale potenzialmente molto dannose per il minore (13).

Con la medesima previsione introdotta dal decreto, cioè l'art. 61, n. 11-quinquies, c.p., inoltre, si attribuisce rilevanza aggravante allo stato di gravidanza della vittima (sempre con riferimento alle sole summenzionate categorie di delitti). La scelta è ovviamente condivisibile, e anzi sarebbe stato utile estendere maggiormente l'ambito applicativo della suddetta aggravante, quanto meno relativamente ai delitti patrimoniali violenti (rapina, furto con strappo ecc.). In realtà la commissione di reati ai danni di donne incinte già rientrava, con tutta evidenza, nella sfera applicativa della circostanza aggravante comune della c.d. "minorata difesa", enunciata dall'art. 61, n. 5, c.p. con riferimento alle ipotesi in cui l'agente si approfitti "di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa". La tipizzazione dell'autonoma rilevanza aggravatrice dello stato di gravidanza della vittima, concernente delitti spesso inquadrabili nell'ambito della c.d. "violenza domestica" contro le donne, pare dunque connotata da una funzione di rafforzamento simbolico della tutela del genere femminile, e di richiamo degli organi giudicanti ad una maggiore rigorosità sanzionatoria nei confronti di chi usa violenza su soggetti particolarmente deboli. Per quanto riguarda i profili tecnico-applicativi, nei casi di gravidanza non avanzata, ai sensi dell'art. 59, comma 2°, c.p. (che richiede a livello soggettivo quanto meno la colpa in capo all'agente per l'ascrivibilità delle circostanze aggravanti (14)), tendenzialmente la circostanza in esame si applicherà quasi unicamente al partner sentimentale della vittima incinta, cioè al padre del futuro bambino, il che conferma quanto appena detto sulla ratio di tale norma. Da segnalare come, nella versione originaria del d.l. n. 93/2013, la circostanza aggravante comune dello stato di gravidanza non era affatto contemplata (salvo per i reati sessuali, di cui si dirà a breve), mentre quella della "violenza assistita" relativa ai minori di anni diciotto era prevista unicamente per il reato di "Maltrattamenti in famiglia" (art. 572 c.p.), per il quale si procedeva a modificare la precedente circostanza aggravante (art. 572, comma 2°) dell'età infraquattordicenne della vittima diretta dei maltrattamenti. In sede di conversione in l. n. 119/2013, si è mutata completamente la disciplina nel senso di cui sopra, disponendosi nel contempo l'abolizione dell'ormai inutile aggravante dell'art. 572, comma 2°, c.p. Sono poi due le nuove circostanze aggravanti speciali inserite dal decreto nel testo dell'art. 609-ter, comma 1°, c.p., e dunque

applicabili ai delitti di "Violenza sessuale" (art. 609-bis) e "Violenza sessuale di gruppo" (art. 609-octies). Va peraltro considerata la norma dell'art. 1, comma 1-ter, introdotta in sede di conversione, che modifica l'aggravante dell'età infrasedicenne della vittima (ove l'autore ne sia ascendente, genitore o tutore, art. 609-ter, comma 1°, n. 5, c.p.), armonizzandola alla nuova aggravante appena esaminata (art. 61, n. 11-quinquies, c.p.) mediante innalzamento della soglia anagrafica a diciotto anni. Tale modifica appare comunque frutto di un non adeguato coordinamento, posto che l'art. 609-ter, comma 1°, c.p. dispone l'aumento della pena di un quinto (15), mentre l'art. 61, n. 11-quinquies, c.p. (16) (che si applica anche ai delitti contro la libertà personale, di cui fanno parte i reati sessuali) consente l'incremento fino ad un terzo. La conseguenza, paradossale, è dunque che i genitori, tutori ecc. che commettano violenza sessuale ai danni del minore di anni diciotto (17) saranno, in forza del principio di specialità, soggetti ad un inasprimento di pena massimo inferiore rispetto ad altri soggetti. La suddetta circostanza aggravante dei reati sessuali andrebbe dunque espunta, o quanto meno riformulata in modo tale da garantire un aumento di pena superiore per le aggressioni sessuali contro minori commesse in ambito intrafamiliare.

Criticità in gran parte simili presenta pure la prima delle circostanze aggravanti inserite ex novo dal d.l. n. 93/2013, art. 1, comma 2°, nel corpus dell'art. 609-ter, comma 1°, c.p.. Trattasi del nuovo art. 609-ter, comma 1°, n. 5-ter, c.p., che contempla anch'esso un compasso edittale (da 6 a 12 anni) di un quinto superiore a quello base per le ipotesi di violenza sessuale ai danni di donna in stato di gravidanza. Alla luce dell'analoga circostanza comune introdotta, in sede di conversione del decreto, nel quadro dell'art. 61 c.p., con innalzamento sanzionatorio fino a un terzo, appare del tutto incongrua la discrepanza sanzionatoria tendenzialmente a favore degli autori di aggressioni sessuali su donne incinte: incongruità solo in parte temperata dal fatto che, molto stesso, agli stessi individui, in quanto partner sentimentali delle vittime, potrà essere applicata la nuova circostanza aggravante della relazione affettiva di cui si tratterà nelle righe successive.

Come già preannunciato, l'art. 1, comma 2°, del d.l. n. 93/2013, rimasto identico anche successivamente alla conversione in l. n. 119/2013, aggiunge altresì il nuovo numero 5-quater al primo comma dell'art. 609-ter c.p., il quale attribuisce valenza aggravante (con aumento anche qui di un quinto sia del minimo che del massimo della pena edittale di cui all'art. 609-bis c.p.), alla sussistenza - attuale o passata - di una relazione coniugale o comunque affettiva tra l'autore e la vittima della violenza sessuale.

La circostanza aggravante suddetta, non totalmente innovativa nel nostro ordinamento, in quanto già contemplata per il delitto di "Atti persecutori" dall'art.

612-bis, comma 2°, c.p., assume però un rilevante valore culturale e pragmatico-funzionale.

Da un punto di vista culturale, sancendo la maggiore gravità delle aggressioni sessuali subite da partner o ex partner sentimentali, il legislatore italiano del 2013 completa nel modo più congruo possibile un percorso di progressivo ampliamento della tutela della donna nell'ambito delle relazioni di coppia, e segnatamente coniugali. Si consideri infatti che, pur in assenza di una caratterizzazione "extra-matrimoniale" degli atti sessuali penalmente rilevanti da parte del legislatore codicistico italiano del 1930 - come invece (ad es.) avveniva nello StGB tedesco fino al 1997 (18) - la giurisprudenza della Corte di Cassazione fino agli anni Settanta escludeva la rilevanza penale della violenza sessuale tra coniugi. Si riteneva, del resto, che le interrelazioni sessuali tra coniugi, rientrando nelle obbligazioni assunte contraendo il matrimonio, potessero essere "riscosse' anche avvalendosi dei mezzi coattivi normalmente illeciti ex artt. 519 ss. c.p. (dal 1996 sostituiti dagli artt. 609-bis ss. c.p.) (19). Solo nel 1978 la Suprema Corte affermava in modo netto la rilevanza penale delle aggressioni sessuali tra coniugi, sancendo la natura "incoercibile' del diritto alle prestazioni sessuali inquadrabili nel c.d. "debito coniugale' (20).

Con il recente intervento legislativo, quindi, si capovolge l'impostazione tradizionale "paternalistica' della sessualità nelle relazioni di coppia, riconoscendosi nella violenza sessuale commessa dal coniuge o partner sentimentale, presente o passato, un disvalore più marcato, posto che l'aggressione sessuale rappresenta la totale negazione dei valori sottesi alla "relazione affettiva' attualmente o precedentemente vissuta con la vittima.

Sotto il profilo pragmatico-funzionale, inoltre, è da rilevare come il 70% circa degli stupri, secondo le rilevazioni statistiche più accurate (21), sono commessi ad opera di partner o ex partner. La suddetta norma, pertanto, si pone in un'ottica di contrasto all'espansione dell'ampio fenomeno della violenza domestica di natura sessuale, tenendo comunque sempre presenti le già evidenziate problematiche applicative (estrema discrezionalità degli organi giudicanti in primis) relative alle circostanze aggravanti "non privilegiate' (22).

Le modifiche alla fattispecie di "Atti persecutori" (c.d. stalking)

Gli interventi emendativi operati sul delitto, introdotto nel 2009, di "Atti persecutori" (art. 612-bis c.p., incriminazione meglio nota con la denominazione inglese di "stalking'), sono sicuramente quelli che hanno attirato, in materia di diritto penale sostanziale, la maggiore attenzione mediatica sul decreto in commento.

Il profilo che ha originato le più accese controversie in sede di redazione del testo del decreto e - soprattutto - durante l'iter di conversione culminato con la l. 119/2013, è stato quello relativo alla procedibilità del suddetto delitto. Il testo originario dell'art. 612-bis c.p., quale introdotto dal d.l. 11/2009 (convertito in l. 38/2009), prevedeva infatti la procedibilità a querela del reato, con estensione del termine di proposizione a sei mesi, in analogia con i reati sessuali, ma senza prevederne l'irrevocabilità disposta per questi ultimi dall'art. 609-septies, comma 3°, c.p. L'esecutivo però, nel testo pre-conversione del d.l. n. 93/2013 (art. 1, comma 3, lett. b), accoglieva le critiche di coloro che ritenevano che la revocabilità della querela implicasse il rischio di esporre la vittima del reato ad ulteriori episodi di violenza o minaccia da parte dello stalker, sancendo l'irrevocabilità della querela presentata per il delitto di "Atti persecutori'.

Successivamente però, in sede di conversione in legge, sono emerse - in seno alle commissioni giustizia ed affari costituzionali della Camera - opinioni contrarie alla irrevocabilità tout court, rilevandosi come, nei casi meno gravi di condotte persecutorie, per lo più caratterizzati da condotte moleste - e non minacciose - al di fuori di una relazione sentimentale attuale o pregressa, sarebbe stato più congruo conservare in capo alla persona offesa il potere di rimettere la querela, così da consentirle di chiudere completamente la parentesi persecutoria vissuta, eventualmente a seguito di adeguato ristoro economico dei danni sofferti.

La soluzione finale, trasfusa nel testo dell'art. 1, comma 3°, lett. b) del decreto, quale convertito dalla l. n. 119/2013, è quella di mantenere la revocabilità della querela, salvo che si verifichi la duplice condizione:

a) che le condotte persecutorie siano commesse mediante minacce reiterate;

b) che le minacce siano gravi oppure commesse con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite, o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice derivante da segrete associazioni, esistenti o supposte. (art. 612, comma 2°, c.p., che rinvia all'uopo all'art. 339 c.p.).

Per il resto - salvo i casi di procedibilità d'ufficio già sanciti legislativamente sin dal 2009 (23) - si è stabilito che la querela potrà essere rimessa solo in sede processuale, questo per ridurre il rischio di una strumentalizzazione dell'istituto ai danni della vittima.

Passando invece alle modifiche in materia di circostanze del reato, l'art. 1, comma 3°, lett. a) del decreto - immutato nella sostanza in sede di conversione - ha riformulato il testo del comma 2° dell'art. 612-bis c.p., norma che tipizza le circostanze aggravanti del delitto di "Atti persecutori" ad effetto comune (aumento fino ad un terzo della pena, mentre il comma 3° tipizza le aggravanti ad effetto speciale, cioè con incremento sanzionatorio superiore, nel caso di specie fino alla metà).

Nel nuovo testo della suddetta previsione compare una nuova circostanza aggravante per le ipotesi di condotte persecutorie "commesse attraverso strumenti informatici e telematici". Se sicuramente non vi è dubbio, come oramai pacificamente riconosciuto da dottrina e - soprattutto - giurisprudenza, che le molestie o minacce reiterate di cui all'art. 612-bis c.p. possano essere commesse anche avvalendosi di internet e di qualunque altro strumento tecnologico all'uopo concretamente utile, appare del tutto irragionevole sancire in astratto una maggiore gravità del c.d. Cyberstalking. È invero del tutto evidente come anzi, talvolta, ove le condotte persecutorie si esauriscano unicamente a livello "virtuale' senza alcuna condotta fisicamente connotata (es.: pedinamento, danneggiamento dell'automobile, ecc.), la gravità e pericolosità delle stesse tendenzialmente sia semmai inferiore, e non superiore, rispetto a comportamenti di intrusione "tangibile' nella vita della persona offesa.

Lo stesso art. 1, comma 3°, lett. a), del decreto procede inoltre a sanare la grave svista realizzata della legge istitutiva del delitto in questione, estendendo finalmente l'aggravante della relazione affettiva anche ai coniugi o partner sentimentali attuali. La versione originaria dell'art. 612-bis, comma 2°, c.p., al contrario, limitava l'ambito della circostanza aggravante ai soli coniugi legalmente separati o divorziati e alle persone che fossero state legate da relazione affettiva alla persona offesa. Tale restrizione era sicuramente criticabile, con particolare riferimento ai coniugi separati di fatto, ma anche agli stalkers che avessero rapporti sentimentali tutt'ora in corso con la vittima al momento della commissione degli atti persecutori, costituendo spesso proprio questi ultimi - soprattutto ove di natura minacciosa - fattori di intimidazione della persona offesa, e di coazione della stessa a non troncare i rapporti con l'autore. Sulla base della disciplina ora in vigore, invece, l'aumento sanzionatorio fino a un terzo della pena potrà trovare applicazione per qualunque tipo di relazione sentimentale, cessata o in corso, tra soggetto attivo e passivo delle condotte persecutorie. Da rilevare come sia stata mantenuta l'espressione "relazione affettiva" quale cardine della tipicità della circostanza. La suddetta nozione, sicuramente non connotata da cristallina tassatività, è però non facilmente sostituibile con altra maggiormente conforme al principio di legalità, e al tempo stesso idonea a svolgere la stessa funzione di tutela. Ciò in quanto la sfera - in costante crescita - delle relazioni sentimentali non istituzionalizzate in matrimonio difficilmente offre, per sua stessa natura, concetti chiaramente delimitati (24). Spetterà pertanto irrinuciabilmente alla giurisprudenza chiarire nel modo più congruo possibile i confini con la relazione amicale (25), e le condizioni alle quali, eventualmente, potranno rilevare relazioni di matrice prettamente sessuale con scarso - o unilaterale - coinvolgimento sentimentale.

L'estensione dell'ammonimento del questore ai delitti di percosse e lesioni e la definizione di "violenza domestica"

Il decreto in esame dedica una norma (art. 3) all'istituto dell'ammonimento del questore, introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dall'art. 8 del d.l. n. 11/2009 (26), convertito in l. n. 38/2009, con riferimento al delitto di "Atti persecutori" (art. 612-bis c.p.). La menzionata previsione procede difatti ad "innestare' l'istituto preventivo a reati diversi, cioè le "Percosse" (art. 581 c.p.) e le "Lesioni personali" procedibili a querela (art. 582, comma 2°, c.p., che richiede una durata della malattia non superiore a venti giorni). Ai sensi di tale disposizione, i fatti riconducibili a queste due fattispecie criminose possono essere segnalati alle forze dall'ordine anche da soggetti diversi dalla vittima, purché in forma non anonima. L'estensione dell'ammonimento agli appena citati reati violenti è operata, conformemente alla finalità dell'intervento legislativo in commento, unicamente nell'ambito della violenza domestica, concetto che la stessa norma del decreto si premura di definire. L'art. 3 del decreto è stato altresì oggetto di svariate modifiche in sede di conversione: il testo iniziale, invero, non contemplava il delitto di "Percosse", non escludeva la rilevanza delle segnalazioni anonime e infine, per quanto concerne la definizione di "violenza domestica" parlava di "atti non episodici", e non di "uno o più atti, gravi ovvero non episodici", come nel testo finale approvato dal Parlamento.

L'ammonimento del questore, alla luce della quasi quinquennale prassi in materia di stalking, è oramai pacificamente qualificato come provvedimento amministrativo, pur caratterizzato da chiare finalità di prevenzione e interruzione di condotte penalmente rilevanti (27). Lo stesso è caratterizzato dalla forma orale, e si sostanzia in una intimazione rivolta dal questore al soggetto ritenuto responsabile di atti persecutori (di cui all'art. 612-bis c.p.) a cessare le predette condotte. L'art. 3, comma 2°, del d.l. n. 93/2013, dispone anche per le lesioni procedibili a querela e per le percosse l'applicazione - ove compatibili - delle previsioni di cui ai commi 1° e 2° dell'art. 8 d.l. n. 11/2009, di cui l'ultimo concernente il procedimento (assunzione di informazioni, redazione di processo verbale ecc.) per l'emissione del provvedimento. Del decreto del 2009 non vengono però richiamati né l'art. 8, comma 3°, sull'aumento di pena per i casi di delitto commesso da soggetto già ammonito, né l'art. 8, comma 4°, sull'automatica procedibilità d'ufficio del reato in caso di violazione dell'ammonimento. Non essendo previste tali conseguenze a carico del soggetto ammonito ex art. 3 d.l. 93/2013, si prospettano pertanto criticità a livello di efficacia special-preventiva dell'ammonimento intimato per i delitti ex artt. 581 e 582, comma 2°, c.p.

Ulteriore aspetto da evidenziare dell'art. 3 del decreto è l'enunciazione di una definizione di "violenza domestica' fortemente ispirata a quella della Convenzione di Istanbul (28), ed incentrata in modo ampio sulla commissione di atti di violenza fisica, sessuale psicologica o economica tra coniugi o partner sentimentali, attuali o passati,

con la precisazione - introdotta in sede di conversione in L. 119/2013 - della sufficienza anche di un solo atto di violenza, purché grave.

Le ulteriori previsioni di diritto penale sostanziale (reati sessuali e minaccia)

Da ultimo, a completare il quadro delle misure introdotte dal d.l. n. 93/2013, convertito in l. n. 119/2013 in materia di violenza di genere, le previsioni di cui all'art. 1, comma 2-bis ed art. 1, comma 2-ter, entrambe frutto della legge di conversione, in quanto non contemplate nel provvedimento governativo iniziale.

L'art. 1, comma 2-bis, lett. a), estende ai delitti di "Maltrattamenti in famiglia" (art. 572 c.p.) e "Atti persecutori" (art. 612-bis c.p.) l'obbligatorietà per il procuratore della Repubblica di comunicare la commissione del reato al tribunale per i minorenni, ove le vittime degli stessi siano soggetti di età inferiore agli anni diciotto. L'art. 1, comma 2-bis, lett., b), poi, menziona espressamente la possibilità, per il tribunale minorile, di adottare, ove vengano commessi i due delitti di cui sopra e quelli di violenza sessuale a danno di minori, i provvedimenti di cui agli artt. 155, 330 e 333 del codice civile, con i quali nei casi più gravi si può disporre la perdita della potestà genitoriale (art. 330 c.c.). Infine, l'art. 1, comma 2-ter, del d.l. n. 93/2013, interviene su una fattispecie criminosa che frequentemente entra in gioco nei casi di violenza domestica, anche se caratterizzata da un ambito applicativo molto vasto e variegato: il delitto di "Minaccia", contemplato dall'art. 612 c.p. Si procede, infatti, ad un del tutto condivisibile inasprimento sanzionatorio della pena prevista - per le ipotesi non aggravate - dal primo comma dell'art. 612 c.p., elevando l'ammontare massimo della multa irrogabile da euro 51 a euro 1032.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, è stato sottoscritta ad Istanbul l'11 maggio del 2011 da 24 Stati europei (comprendendo anche la Turchia ovviamente).

(2) Ai fini della sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 75, comma 3°, occorrerà la ratifica di almeno 10 Stati firmatari, di cui 8 membri del Consiglio d'Europa: al momento le Nazioni ad aver ratificato la Convenzione sono però solo 5 (Albania, Montenegro, Turchia, Portogallo ed appunto Italia).

(3) Si consideri la criminalizzazione dello stalking nel 2009, gli interventi in materia di reati sessuali a partire dalla riforma del 1996, le modifiche - nel senso di un ampliamento della sfera di tutela - al delitto di "Maltrattamenti in famiglia", ecc.

(4) Tra i tanti Illustri Autori si segnalano Melchionda, Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica, Padova 2000;

Peccioli, Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento, Torino, 2010; Zaniolo, Le circostanze del reato, Torino, 2013.

(5) L'art. 583 c.p., rubricato "Circostanze aggravanti", nei suddetti casi qualifica come "gravissima" la lesione e vi ricollega - in astratto - la pena della reclusione da 6 a 12 anni.

(6) Possibilità, quest'ultima, che amplia a dismisura il vulnus ai basilari principi penalistici succitati, ove diversi organi giudicanti - come spesso si verifica - qualifichino condotte sostanzialmente simili come tentato omicidio ex art. 56, 575 c.p. oppure come lesioni. Il mancato intervento del legislatore in materia, inoltre, appare ancora più censurabile in considerazione dell'introduzione, con L. 9 gennaio 2006, n. 7, del delitto di "Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" (art. 583-bis c.p.), che sanziona le suddette lesioni con la pena minima - non bilanciabile trattandosi di fattispecie autonoma - di 4 anni di reclusione.

(7) Secondo la definizione più dettagliata di Peccioli, Le circostanze privilegiate, cit., 3, trattasi di "quelle particolari ipotesi circostanziali di cui viene sempre garantita l'applicazione, nel senso che la modificazione di pena riconnessa al loro non riconoscimento non potrà essere vanificata in sede di concorso con circostanze di segno opposto".

(8) Per il dettaglio delle quali si rinvia all'apposito commento recentemente pubblicato su questa rivista: Iasevoli, Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alle persone, in questa Rivista, 12, 2013, 1390 ss.

(9) Carcerazione preventiva che, in ossequio al principio di extremaratio, si applicherà solo nei casi estremi, non esaurendo sicuramente questi ultimi le ipotesi di effettiva pericolosità dell'agente per la vittima di violenza di genere.

(10) Va rilevato infatti come gli arresti domiciliari, al momento attuale quasi sempre applicati in assenza di adeguati meccanismi di controllo, sono spesso violati dagli indagati al fine di aggredire nuovamente, talvolta in modo letale, la vittima delle precedenti violenze o i congiunti di lei. La disposizione di cui all'art. 275-bis c.p.p., che prevede la possibilità per il giudice, ove lo ritenga necessario, di prescrivere l'utilizzo di idonei mezzi elettronici o strumenti tecnici per controllare la corretta esecuzione degli arresti domiciliari, rappresenta pertanto l'unica modalità di azzeramento del rischio per le vittime di autori pericolosi diversa dal carcere. La suddetta misura è stata altresì implementata mediante convenzione con Telecom Italia, in base alla quale dovrebbero essere disponibili 450 braccialetti elettronici all'anno, di cui però solo 9 erano attivi al dicembre 2011 (in assenza di fonti giuridiche ufficiali, ci si basa sull'intervista a Enzo di Giacomo, presidente del Tribunale di Campobasso - che ha attivato 6 braccialetti su 9 - reperibile online su http://www.ristretti.org/Le-Notizie-

di-Ristretti/, nella quale tra l'altro il magistrato sostiene, alla luce della propria esperienza applicativa, che i costi del singolo braccialetto, salvo messa in funzione dell'impianto nazionale di gestione e sorveglianza, siano intorno ai 10€ al giorno). Si auspica, peraltro, una rapida risoluzione delle problematiche, ed un necessario investimento nella ricerca sulle suddette tecnologie, anche solo inviando esperti negli USA ed in Inghilterra, dove l'Electronic Monitoring (EM) viene applicato su larga scala e con successo da rispettivamente 30 e 15 anni, con costi 5/6 volte inferiori al carcere, e tassi di recidiva del 20/30% minori rispetto alle altre forme di supervisione extra-detentiva (Per quanto riguarda gli USA, v. ROMAN et al., The Costs and Benefits of Electronic Monitoring for Washington D.C., 2012, 3, reperibile online su www.urban. org. Per l'Inghilterra v. National Audit Office, The Electronic Monitoring of Adult Offenders, 2006, 2, reperibile online su www.nao.org.uk).

(11) Anche se in realtà si applica solo ai delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale (artt. 575 ss. c.p.), a quelli contro la libertà personale (artt. 605 c.p.), nonché al delitto di "Maltrattamenti in famiglia" (art. 572 c.p.).

(12) Che in forza del richiamo di cui all'art. 609-octies, comma 3°, c.p. si applicano anche all'attigua fattispecie di "Violenza sessuale di gruppo".

(13) In tal senso si esprime ad esempio l'Osservatorio per il contrasto della pedofilia e della pornografia minorile, istituito dalla l. n. 38/2006 presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Stando alla definizione di tale organo (reperibile sul sito istituzionale www.osservatorio pedofilia.gov.it), la "violenza assistita intrafamiliare" è infatti intesa come "una forma di violenza domestica che consiste nell'obbligare un minore ad assistere (da qui il termine "assistita") a scene di aggressività o violenza verbale, fisica, sessuale tra persone che costituiscono per lui un punto di riferimento o su persone a lui legate affettivamente, che siano adulte o minori. Anche se non risulta dimostrabile una correlazione lineare tra la violenza assistita e l'insorgenza di esiti clinici, conseguenze dannose provocate da abusi, maltrattamenti e violenze, si verificano con grande frequenza, anche nei casi in cui il bambino non manifesti un sintomo immediato".

(14) La disposizione codicistica in questione prevede infatti che "Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa".

(15) Ciò per quanto concerne il delitto di "Violenza sessuale" ex art. 609-bis c.p., posto che per la "Violenza sessuale di gruppo" di cui all'art. 609-octies l'incremento sanzionatorio è, come per le circostanze di cui all'art. 61 c.p., fino a un terzo.

(16) Disposizione che si applica anche ai delitti contro la libertà personale, di cui fanno parte - quanto meno a livello di classificazione codicistica - i reati sessuali

(17) Ma di età superiore agli anni dieci, perché in caso di vittima infradecenne si applica l'aggravante l'art. 609-ter, comma 2°, c.p. con pena aumentata del 40% (massimo edittale elevato da 10 a 14 anni di reclusione).

(18) Per approfondimenti sulla - a prima vista sorprendente - caratterizzazione extraconiugale degli atti sessuali penalmente illeciti nel diritto penale tedesco v. Hanisch, Vergewaltigung in der Ehe:e. Beitr. zur gegenwärtigen Diskussion e. Änderung d. par. 177 StGB unter Berücks. d. Strafbarkeit de lege lata u. empir. Gesichtspunkte, Bochum, 1988; HELMKEN, Vergewaltigung in der Ehe:plädoyer für eine strafrechtlichen Schutz der Ehefrau, Heidelberg, 1979.

(19) Puzzo, I reati sessuali, Bologna, 2010, 258.

(20) Cass., n. 73/1978, in Puzzo, I reati sessuali, cit., 259.

(21) ISTAT, La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia, 2007, 2, reperibile online sul sito istituzionale www.istat.it.

(22) V. supra, nota n. 7.

(23) Il che si verifica, ex art. 612-bis, comma 4°, c.p., quando la vittima è minorenne o disabile (ai sensi dell'art. 3 della l. n. 104/1992), oppure ove il fatto sia connesso con altro delitto per il quale si debba procedere d'ufficio.

(24) Si pensi alle possibili alternative, quali i concetti di "relazione sentimentale", "fidanzamento", "rapporto di coppia", ecc. nessuna delle quali, con tutta evidenza, avrebbe offerto una maggiore precisione rispetto all'espressione prescelta.

(25) Rapporto di amicizia che sicuramente, alla luce della ratio legis di tutela rafforzata delle persone perseguitate nell'ambito di rapporti di coppia, attuali o passati, non rientra nel campo applicativo dell'aggravante in esame.

(26) Anche se in realtà numerose sono le similitudini con la misura preventiva dell'"avviso orale" ex art. 4 l. n. 1423/1956, ivi inserito dall'art. 4 l. n. 327/1988, attualmente riconfluito nell'art. 3 d.lgs. n. 159/2011 (codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

(27) Al riguardo v. Presutti, L'ammonimento orale come strumento di prevenzione dello Stalking, 2011, reperibile online su www.neldiritto.it; Tumminia, L'ammonimento del questore nelle situazioni di stalking. Natura ed effetti, 2010, reperibile online su www.penale.it.

(28) Art. 3, lett. b), della Convezione, che recita "l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o 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".