

13 giugno 2012

Dubbi di incostituzionalità per inconsistenza del delitto di stalking

di Marco Betzu

Assegnista di Diritto costituzionale – Università di Cagliari

ABSTRACT L'autore esamina la struttura del delitto di atti persecutori di cui all'art. 612 bis del codice penale. Dopo aver qualificato come psichico l'evento sul quale si incentra il disvalore penale, evidenzia i profili di illegittimità costituzionale della fattispecie, che appare costruita in violazione del principio di determinatezza in senso empirico e che risulta connotata da una carente offensività. In conclusione, l'articolo dimostra come ad essere discutibile non sia l'individuazione del bene giuridico tutelato, ma la formulazione della disposizione, che rimette alla discrezionalità del giudice l'effettiva individuazione delle condotte sanzionate, in spregio ai principi costituzionali che sovrintendono alla costruzione delle fattispecie incriminatrici. L'inconsistenza che affligge la fattispecie ne fonda i dubbi di incostituzionalità: essa, lungi dal costituire un argine tale da mettere al riparo l'individuo da approssimazioni giurisprudenziali, pone in discussione altri beni costituzionalmente protetti, primo fra tutti la libertà personale. This paper examines the structure of the “stalking crime” as regulated in section 612 bis of the Italian criminal code. After having qualified as psychic the event on which the criminal offence is built, this paper claims that section 612 bis is unconstitutional. The reasons for sustaining this are that the section violates the principle of determinacy in empirical sense, and that stigmatizes conducts that lack offense. The paper demonstrates that what is questionable in the stalking crime is not the individuation of the good to protect, but the way in which the norm is formulated, that gives a huge discretionary power to the judges. In fact, the judge is called to individuate the sanctioned behaviours, against the constitutional principles that rule the construction of criminal norm. The lack of clarity and the choice of not typifying the stalking conduct are elements that demonstrate the unconstitutionality of the norm. Instead of putting the individual in repair from jurisprudential approximations, section 612 bis put at risk other constitutional values and rights, such as personal freedom.

SOMMARIO: 1. Il delitto di atti persecutori: il peccato originale – 2. Anfibologia della condotta – 3. L'evento del reato come evento psichico – 4. Stalking vs. B.A.R.D. (Beyond Any Reasonable Doubt) – 5. Per l'incostituzionalità dell'art. 612 bis c.p. – 6. Conclusioni.

1. Il delitto di atti persecutori: il peccato originale

Il delitto di atti persecutori (cd. *stalking*) è previsto dall'art. 612 bis c.p., che punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, “*chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita*”[1].

Come i primi commentatori hanno messo in evidenza, la scelta di introdurre tale figura di reato all'interno del codice penale attraverso lo strumento della decretazione d'urgenza non può che sollevare fondate perplessità. Ad essere in dubbio, tuttavia, non è tanto l'utilizzo della fonte in sé considerata[2], ma la ricorrenza, nel caso *de quo*, dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza richiesti dall'art. 77 Cost., che non può – come la Corte costituzionale anche recentemente ha avuto modo di ribadire – essere certamente sanata «dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta»[3], né può ritenersi in alcun modo assorbita dalla conversione in legge del decreto, i vizi di quest'ultimo ridondando nell'illegittimità costituzionale della prima[4]. L'introduzione di una nuova norma incriminatrice volta a superare l'inadeguatezza del codice a fronte di fenomeni conosciuti da decenni non appare rispettosa del dettato costituzionale, né della funzione che la Costituzione attribuisce al Parlamento e che, solo in via derogatoria, in occasione di presupposti connotati dal carattere della straordinarietà, è riconosciuta anche al Governo.

La disposizione si inserisce, infatti, nella cornice degli ordinamenti occidentali, che da tempo prevedevano norme penali volte a reprimere gli atti persecutori. L'analisi comparata mostra che il fenomeno degli atti persecutori, più comunemente noto come *stalking*[5], è ben conosciuto anche in altri ordinamenti, sia nordamericani che europei. Negli Stati Uniti il *Violence Against Women Act* del 1996 aveva elevato gli atti persecutori a crimine di rilevanza federale; in Gran Bretagna il *Protection from Harassment Act* del 1997 già puniva chiunque con la propria condotta determini un'altra persona, in almeno due occasioni, a temere che verrà usata violenza contro di lui, qualora sia consapevole o sia tenuto ad esserne consapevole; parimenti la Germania, nel 2007, ha introdotto il par. 238 *Strafgesetzbuch* (abbr. StGB)[6].

Più che di urgenza, dunque, deve parlarsi di fretta. E la fretta, come è noto, genera cattivi risultati.

2. Anfibologia della condotta

L'art. 612 bis prevede un reato a forma parzialmente libera, necessariamente abituale, di evento.

La fattispecie di *stalking* si caratterizza per la previsione che le condotte debbano essere reiterate. Secondo l'esigua giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto, affinché possa essere considerata integrata l'abitudine del reato devono realizzarsi, quanto meno, due episodi di minaccia o molestia nel corso del tempo[7], i quali, isolatamente considerati, potrebbero anche non costituire delitto, ma che rinvengono la *ratio* dell'antigiuridicità penale proprio nella loro reiterazione, oltre che nella persistenza dell'elemento intenzionale[8]. In dottrina si è provveduto a esemplificare in forma casistica le diverse ipotesi: ripetute telefonate o invii di sms, di messaggi di posta elettronica o di messaggi tramite social network[9]. Né varrebbe ad escludere la qualificazione di reato abituale l'osservazione[10] per la quale essa è normalmente riferita ai reati in cui la pluralità delle condotte corrisponde a una pluralità di fatti di reato: vale al riguardo la considerazione in base alla quale «nei casi in cui la reiterazione è dalla norma

postulata come elemento strutturale della condotta, ben potrebbe sul piano dell'efficacia causale anche un singolo atto incidere profondamente sul bene protetto, ma questa non è ancora l' "offesa" penalmente rilevante, perché il legislatore vuole che tale incidenza sia ripetuta tramite la reiterazione degli atti»[11].

Sul piano testuale le condotte reiterate devono produrre l'evento intermedio della minaccia o della molestia ("*chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno*"), ma si tratta di un'imprecisione linguistica, perché, altrimenti, il legislatore manipolerebbe la realtà fisica: se le condotte consistono effettivamente in minacce o molestie non è più possibile distinguere la condotta dall'evento "ponte"; viceversa, se l'evento finale si produce anche laddove le minacce o molestie non siano avvertibili come tali dal soggetto passivo, il reato si perfezionerebbe in assenza dell'evento "ponte", il che, sul piano logico, è un assurdo[12]. Vero è che, invece, la disposizione deve essere letta diversamente, assegnando ai verbi "*minaccia*" e "*molesta*" la funzione di selezionare, tra i diversi antecedenti causali, quelli penalmente rilevanti, sicché la minaccia e la molestia si qualificano come modalità tipiche della condotta. L'ulteriore requisito della reiterazione illumina il fondamento del delitto di atti persecutori, nel quale le condotte devono necessariamente ripetersi nel tempo, in linea con la fenomenologia empirica cui il legislatore vorrebbe fornire risposta, che si caratterizza appunto per l'ossessiva persistenza dei comportamenti[13].

Emerge qui un'ulteriore criticità della fattispecie. Minaccia e molestia sono concetti normativi, impiegati rispettivamente dagli artt. 612 e 660 c.p., ma il loro impiego nell'art. 612 bis è volutamente genericizzante, intendendo il legislatore ricomprendervi una pluralità indistinta di condotte potenzialmente lesive. Inoltre è da sottolineare che le definizioni contenute negli articoli richiamati riguardano il reato più che la condotta, e dunque non possono essere automaticamente trasferite nell'interpretazione della nuova fattispecie[14]. Ciò nondimeno l'orientamento maggioritario traspone quasi automaticamente la giurisprudenza formatasi sotto gli artt. 612 e 660. Si afferma così che la condotta di minaccia consiste nella prospettazione di un male ingiusto e notevole la cui realizzazione dipenda dall'iniziativa dell'agente, mentre la condotta molesta si concretizza nell'intrusione nella sfera di altri con conseguente compromissione della sua tranquillità e libertà morale. Sia l'una che l'altra non appaiono, però, sufficientemente determinate. In particolare ciò vale per la molestia, in quanto il concetto di intrusione mal si presta ad essere oggettivizzato, richiamando una dimensione esclusivamente psicologica e variabile[15]: due appostamenti sotto la casa del soggetto passivo sarebbero in astratto sufficienti, anche se in concreto non tali da produrre una fastidiosa intromissione nella vita privata della vittima. Inoltre il concetto di molestia è ricostruibile esclusivamente con specifico riferimento alle sue conseguenze, sicché il disturbo che essa generi appare a un tempo effetto e connotato della condotta[16].

Elemento comune è l'assenza della violenza: nel caso in cui la condotta travalicasse i limiti della minaccia e della molestia per sfociare in una condotta violenta, la clausola "*salvo che il fatto costituisca più grave reato*" impone che il delitto venga assorbito nella più grave fattispecie realizzata.

Destano serie perplessità quelle affermazioni secondo cui la persecuzione può attuarsi attraverso la rivendicazione di un diritto o, addirittura, l'esercizio dell'azione giurisdizionale. Tuttavia, la stessa Corte di cassazione ha ritenuto che il *concreto immediato inizio di un'azione civile (così come la immediata presentazione di una denuncia penale) non è idoneo a configurare la nozione penalistica di minaccia o violenza*[17]. In generale, *l'effettivo e rituale esercizio del diritto di difesa non può costituire elemento penalmente rilevante, anche nei casi in cui chi agisca sia animato da intenti strumentali: il diritto penale punisce i comportamenti e non le mere finalità, sicché l'unica ipotesi prospettabile è quella di denuncia calunniosa o di azione manifestamente infondata (con giudizio ex ante) e abusiva. Ogni altra ipotesi – compreso l'art. 612 bis – resta estranea dal sistema penale, posto che, per definizione, esercitare pretese legittime è un'attività incompatibile con il concetto – giuridico e non sociologico – di "persecuzione", quand'anche essa sia avvertita come tale da chi la subisce.*

3. L'evento del reato come evento psichico

I profili più problematici, tuttavia, attengono all'evento, che è triplice e alternativo, e al suo rapporto con l'azione, che verrà esaminato nel paragrafo successivo.

Per integrare il reato, le condotte di minaccia o molestia devono essere tali da:

- a) *“cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura”*;
- b) *“ovvero ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva”*;
- c) *“ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita”*.

Tutti e tre gli eventi sono psichici, intendendosi per evento psichico un determinato *status* psicologico, che la norma pone in relazione con la condotta di un soggetto, ritenuta idonea a generarlo. Nei reati con evento psichico, infatti, si ha sempre «una relazione fra le azioni di due persone, che passa attraverso la psiche di una di esse»^[18].

Secondo la giurisprudenza e parte della dottrina gli eventi, come delineati dalla disposizione, sarebbero sufficientemente determinati, rappresentando concetti comprensibili dall'uomo e comunque mutuabili dalla scienza medica.

Si è in tal senso sostenuto che il perdurante e grave stato di ansia o di paura è definibile come il mutamento nella condizione di normale stabilità psicologica di un soggetto, desumibile dalle concrete modalità di realizzazione della condotta di minaccia e di molestia, ma nella giurisprudenza di legittimità – al contrario che in talune pronunce della giurisprudenza di merito, nelle quali tuttavia lo stato di ansia veniva ritenuto provato da un certificato medico, redatto successivamente a un primo pedinamento da parte dell'imputato, in cui si dichiarava che la vittima era affetta da una sindrome ansiosa depressiva, senza però individuarne le cause^[19] – la sussistenza dell'evento è rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice, alla luce della particolare condizione e delle qualità della persona offesa^[20]. La norma farebbe riferimento, dunque, esclusivamente alle conseguenze delle condotte reiterate sullo stato d'animo della vittima, ma tali conseguenze, lungi dal rimanere confinate nell'area del soggettivamente opinabile, sarebbero sempre «concretamente accertabili e non transitorie»^[21]. Minoritaria è la posizione di chi ritiene che lo stato di ansia o di paura evochi una situazione di disequilibrio psicologico che assume carattere patologico clinicamente accertato e da accertare^[22]. Gli aggettivi *“grave”* e *“perdurante”* sarebbero in ogni caso sufficienti ad ancorare l'evento a una dimensione oggettiva.

Parimenti, in relazione all'evento sub b), la giurisprudenza afferma che il fondato timore per l'incolumità rappresenta il risultato tipico della condotta minacciosa o molesta, e che dunque esso appare sufficientemente oggettivo e individuabile: «la vittima, infatti, teme, per la particolare modalità di realizzazione della condotta (in ragione della reiterazione, della gravità dei danni minacciati e della assoluta incuranza di porle in essere in luoghi pubblici) la verifica del male futuro ed ingiusto, la cui realizzazione è stata prospettata dallo stalker»^[23]. Se l'inserimento dell'aggettivo *“fondato”* mira a limitare il potenziale espansivo della fattispecie, non può non concordarsi con quanti hanno evidenziato «come lo stesso aggettivo possa essere foriero di qualche confusione in sede di applicazione della norma, atteso che lo stesso sembra evocare comunque una valutazione sull'idoneità ex ante della

condotta a suscitare timore in una persona “normale”, valutazione ovviamente poco compatibile con una fattispecie di danno»[24].

Infine, l'ultimo degli eventi considerati dall'art. 612 bis ricorre quando, in ragione delle condotte reiterate di minaccia o molestia, la persona offesa sia stata costretta ad alterare le proprie abitudini di vita, come quando sia stata costretta a mutare il percorso abituale verso il luogo di lavoro, a non uscire nelle ore serali se non accompagnata da terzi, oppure a cambiare residenza o utenza telefonica. È evidente, anche in tale ipotesi, la volontà del legislatore di ricomprendere molteplici situazioni, tutte connotate da un alto grado di variabilità soggettiva, eppure si afferma che la formula impiegata consentirebbe comunque un adeguato accertamento sul piano probatorio, in quanto «un'abitudine si manifesta per forza di cosa in comportamenti esteriori, che possono essere direttamente oggetto di testimonianza o che possono essere documentati»[25].

Gli sforzi volti a interpretare la disposizione in chiave razionalmente accertabile non paiono, tuttavia, cogliere nel segno, perché ad essere in discussione non è tanto la precisione nella costruzione della fattispecie, quanto la stessa scelta del legislatore di incriminare eventi psichici scarsamente definibili, nella loro consistenza o nella loro eziologia. Se è vero, infatti, che devono oramai ritenersi superate quelle teorie che predicavano da un lato l'invincibilità della struttura intima dell'Io e, dall'altro, l'idea di derivazione deterministica secondo la quale la dimensione morale dell'essere umano sarebbe una *fictio*, essendo la persona la risultante di un concorso di cause, è altrettanto vero che individuare il risultato della condotta vietata su un piano puramente psichico (stato di ansia o paura, fondato timore, alterazione indotta delle abitudini di vita), implica l'adesione ad un modello soggettivo di reato, non coerente con i fondamenti del sistema penale specie quando la lesione sia confinata nella sfera intima e stenti ad emergere nella realtà, restando affidata alla soggettiva percezione della vittima e, in definitiva, all'arbitrio del giudice[26].

È la giurisprudenza amministrativa che, invece, propone un'interpretazione restrittiva, pur nella valutazione di fattispecie, come le misure di prevenzione, soggette ad uno *standard* probatorio ridotto rispetto a quello richiesto nel giudizio penale.

In tal senso una recente pronuncia del TAR Lombardia, che nell'annullare il decreto di ammonimento adottato dal questore di Milano, per l'asserito compimento di atti persecutori nei confronti del figlio da parte di una madre, scrive: «Orbene, ritiene il Collegio che a fare difetto nella ricostruzione operata dalla amministrazione sia, in radice, il carattere persecutorio del comportamento ascritto alla madre del F. A tal fine si richiede un comportamento oggettivamente “minaccioso” o “molesto”, posto in essere con condotte reiterate, tale da porre il contendente in una posizione di ingiustificata predominanza, da cui consegua uno specifico evento di danno (un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero, in alternativa, il fondato timore per la propria incolumità ovvero, sempre in alternativa, l'alterazione delle proprie abitudini di vita). Non si vede come possa integrare il presupposto appena descritto il tentativo di una madre di venire a conoscenza del luogo in cui abbia la residenza il figlio (chiedendo informazioni presso conoscenti); l'invio di due e-mail e due SMS (tra l'altro, pare, non direttamente ma tramite l'intermediazione di un rappresentante della Curia); due colloqui svolti presso la Curia in presenza di terze persone; il carattere patrimoniale delle richieste (fondate o infondate che siano) avanzate da un genitore nei confronti del figlio, per quanto possano apparire bizzarre agli occhi di un estraneo; circa l'invio di numerosa corrispondenza indesiderata e l'inoltro di numerose chiamate all'utenza telefonica, poi, non vi è alcun riscontro probatorio in atti. Si tratta, peraltro, di condotte che, per numero e modalità, sono verosimilmente insuscettibili di comportare un “perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva”»[27].

4. Stalking vs. B.A.R.D. (Beyond Any Reasonable Doubt)

I verbi “*cagionare*”, “*ingenerare*”, “*costringere*”, indicano che tra le condotte reiterate di minaccia o molestia e i tre eventi la cui verifica segnala la consumazione del reato deve sussistere un nesso di derivazione accertabile attraverso il paradigma causale.

Si impone, dunque, l'applicazione del modello di accertamento messo a punto sulla scia dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità avviata dalla pronuncia Franzese[28], che ha la struttura di un'inferenza abduttiva[29], suddivisa in due fasi. La prima fase «è volta a formulare l'ipotesi più attendibile sul rapporto di causalità, procedendo immediatamente ad una prima conferma (*corroboration*). La seconda fase mira a convalidare l'ipotesi formulata, confutando le ipotesi alternative di spiegazione dell'evento (*cumulative redundancy*). Una volta ottenuta la conferma induttiva dell'ipotesi, si può verificare deduttivamente la correttezza dell'operazione, esaminando se il risultato dell'indagine (la condotta dell'imputato è stata causa dell'evento) dia spiegazione di tutti gli elementi di fatto posseduti»[30].

Il modello permette di risolvere i principali problemi lasciati aperti dalla teoria della sussunzione sotto leggi, tra i quali in particolare il funzionamento a ritroso delle leggi di copertura e la loro debolezza, allorché si sostanzino in leggi statistiche o in massime di esperienza: «il margine di incertezza che caratterizza l'ipotesi di spiegazione causale fondata sull'interpretazione dei dati posseduti alla luce della legge di copertura viene ad essere colmato attraverso la confutazione delle ipotesi alternative. La successiva verifica deduttiva garantisce l'esattezza logico-formale del procedimento»[31].

Anche nella causalità psichica, non diversamente che nella causalità materiale, l'accertamento è retto dal principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, riassunto nell'acronimo anglosassone B.A.R.D. (*Beyond Any Reasonable Doubt*), in forza del quale l'ipotesi di spiegazione del rapporto causale è provata al di là di ogni ragionevole dubbio se risulta nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente[32].

La prevalenza dell'ipotesi accusatoria rispetto alle ipotesi alternative viene verificata applicando al tema della causalità quanto dalla migliore dottrina penalistica definito in termini generali per l'accertamento del reato secondo la formula B.A.R.D.: «non è sufficiente che essa sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa concreta (nel qual caso si slitterebbe verso il parametro del “più probabile che non”, quand'anche caratterizzato da alti livelli di probabilità), ma occorre che essa sia capace di neutralizzare l'ipotesi alternativa, degradandola allo stadio di ipotesi puramente astratta, in assoluto non escludibile, ma appartenente all'universo delle congetture teoriche, sfornite di appigli nella realtà. Rispetto ad ipotesi alternative astratte altro non si può predicare – per gli insanabili limiti della conoscenza umana – la soppressione dell'alternativa, ma piuttosto una scelta in favore dell'ipotesi accusatoria, laddove invece l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implica un ragionevole dubbio e, dunque, l'assoluzione»[33].

Nei reati con evento psichico l'accertamento della causalità in base a tale regola presenta una significativa difficoltà, concernente la legge di copertura[34], in quanto nelle dinamiche psichiche – giusta sia la natura libera del volere umano, sia l'unicità e l'irripetibilità degli eventi psichici – non è dato riscontrare un nesso astratto di derivazione regolare, conoscibile attraverso leggi scientifiche dello stesso tipo di quelle elaborate con riferimento alla realtà fisica[35].

Tale dubbio si moltiplica nell'ipotesi di cui all'art. 612 bis, avendo la dottrina sottolineato come per ricostruire in termini di *condicio sine qua non* il nesso tra azione ed evento psichico sarebbe necessario che la relazione tra azione del soggetto attivo ed evento ingenerato nella sfera psichica della

vittima possa essere razionalmente spiegata e universalizzata, ma tanto lo stato di ansia o di paura, quanto il fondato timore per la propria o altrui incolumità, non costituirebbero «eventi/condotta ma eventi/reazione, esiti che colgono status psicologici nei quali sembrerebbe mancare la decisione di fare alcunché», sicché «l'assenza dell'elemento volitivo colloca questi due output dell'art. 612 bis in una zona grigia»[36].

Deve aggiungersi che, se il legislatore eleva ad illecito modificazioni dello stato soggettivo ambigue e multifattoriali, «alla natura relativa della legge di copertura, si aggiunge la difficoltà di impiego dello strumento logico, a causa della pluralità di ipotesi alternative plausibili, che può generare il rischio di semplificazioni probatorie nella direzione della responsabilità, giustificate sulla base di una pretesa *ratio* normativa di rigore»[37].

5. Per l'incostituzionalità dell'art. 612 bis c.p.

Alla luce delle considerazioni svolte, emergono almeno tre vizi denunciabili dinanzi alla Corte costituzionale dell'art. 612 bis.

Il primo attiene alla secca violazione del principio di determinatezza in senso empirico, postulato dall'art. 25, comma 2, Cost.[38]. Ai fini del rispetto del principio di determinatezza in senso empirico l'impiego di leggi scientifiche è indispensabile, in quanto il fatto tipico, «definito attraverso leggi di natura, leggi giuridiche, leggi sociali, deve essere scrutinabile come realtà sensibile, cioè empiricamente riscontrabile, il che può avvenire solo in base a leggi scientifiche»[39]. Allora non è tanto un problema di precisione del testo, quanto di corrispondenza tra norma e realtà.

Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale ha evidenziato come il rispetto del principio di determinatezza sia necessario affinché l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile, possibile solo allorché la norma penale faccia riferimento a fenomeni «la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili. Se un simile accertamento difetta, la precisione della fattispecie non è sufficiente ad adempiere all'onere di determinatezza, non essendo garantita la corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto. Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo e gli atti diretti a porlo in essere, frutto di analoga opzione operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno»[40].

Il precedente è dato proprio dalla sentenza della Corte costituzionale sul delitto di plagio[41].

La Cassazione aveva definito il plagio come la «cosciente e volontaria instaurazione, con qualunque mezzo attuata, di un assoluto dominio psichico e eventualmente fisico, su di una persona, nella negazione della sua personalità per effetto della soppressione della libertà nelle essenziali sue manifestazioni», concludendo che: «L'art. 603 c.p. tutela la libertà nella sua stessa originaria essenza, nei fattori dinamici, nel potere di influsso, nella facoltà di critica e di scelta, di ricerca e di decisione, di coscienza e di volontà. Tali facoltà, che ineriscono all'attività psichica, possono venire lese non solo mediante mezzi fisici che determinino conseguenze organiche, ma anche mediante mezzi psichici che inducano situazioni particolari ed eccezionali, analoghe in certo modo alle neurosi e dipendenti da meccanismi meramente psichici, provocati da un'azione psichica esterna».

La Cortecostituzionale, a fronte di una definizione siffatta, ebbe facile gioco nel dimostrare che «Non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato, né se per l'esistenza di questo stato sia necessaria la continuità dell'azione plagiante nel senso che, se la volontà del plagiante non si dirige più verso il plagiato, cessi lo stato di totale soggezione di questo. Non è dato pertanto conoscere se l'effetto dell'azione plagiante sia permanente e duraturo o se può venir meno in qualunque momento per volontà del plagiante o anche perché non persiste l'attività di questo o per altre cause»^[42]. Ne derivava che «L'accertamento se l'attività psichica possa essere qualificata come persuasione o suggestione con gli eventuali effetti giuridici a questa connessi, nel caso del plagio non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'arbitrio del giudice. Infatti in applicazione dell'art. 603 qualunque normale rapporto sia amoroso, sia di professione religiosa, sia di partecipazione a movimenti ideologici, sia di altra natura, se sorretto da un'aderenza "cieca e totale" di un soggetto ad un altro soggetto e sia considerato socialmente deviante, potrebbe essere perseguito penalmente come plagio».

La conclusione, preparata da tali argomentazioni, era logicamente necessitata: «La formulazione letterale dell'art. 603 prevede pertanto un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata», sicché «L'esame dettagliato delle varie e contrastanti interpretazioni date all'art. 603 c.p. nella dottrina e nella giurisprudenza mostra chiaramente l'imprecisione e l'indeterminatezza della norma, l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione. Giustamente essa è stata paragonata ad una mina vagante nel nostro ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità».

Considerazioni analoghe possono essere svolte riguardo al delitto di atti persecutori, dove non appaiono né individuabili, né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ingenerare gli stati psichici che costituiscono evento del reato. Ciascuno di essi, infatti, per come delineato nella disposizione, oltre ad essere descritto in maniera generica e soggettivamente sbilanciata, potrebbe già in astratto essere cagionato da condotte socialmente non riprovevoli. Inoltre, la ritenuta sufficienza anche di due sole condotte, al fine di integrare l'azione richiesta dall'art. 612 bis, stride oltre modo con la natura seriale del fenomeno e con lo stesso titolo del reato, il quale allude alla reiterazione prolungata nel tempo di atti invasivi e potenzialmente disgregativi della personalità.

Così costruito – e interpretato – il reato, si comprime oltre modo la sfera di libertà dell'individuo, non garantendogli quella libertà nelle proprie scelte di azione che, in accordo con la funzione di orientamento che si ritiene comunemente propria delle norme penali, è cristallizzata nel principio di legalità in materia penale.

La riprova di tale difetto è nella stessa casistica giurisprudenziale, dominata dalle ipotesi in cui il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato, o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa, che costituiscono circostanze aggravanti del reato. In molte di tali situazioni finisce per essere incriminato chi, nell'ambito di ordinarie vicende conseguenti all'interruzione di una relazione, pone in essere comportamenti pressanti, nel (vano) tentativo di ripristinare quest'ultima o, comunque, di far valere le proprie ragioni^[43].

Posto che la disposizione in esame punisce anche condotte a distanza o meramente verbali, il rischio concreto è che si finisca per sanzionare penalmente la dialettica che ragionevolmente viene a crearsi quando un rapporto affettivo cessi per decisione di una delle parti, specie se questa sia stata assunta in violazione di impegni formali o comunicata con modalità sconvenienti, e tale quindi da provocare la reazione argomentata di chi, reiterandola, passa dalla parte del torto. Si finisce, in questo modo, per

incriminare comportamenti marginali, oppure addirittura costituenti esercizio di libertà costituzionalmente tutelate, solo in quanto forieri di alterazioni psicologiche non scientificamente accertabili e semplicemente denunciate dalla persona offesa, eventualmente con l'avallo di medici compiacenti. Con l'ulteriore corollario di un'inversione logica dell'interpretazione, in guisa che non è l'evento di danno, quale tipizzato dalla disposizione, ad essere causato dalla condotta tipica, ma questa a venire individuata sulla base del – presunto – danno.

Il secondo profilo di illegittimità costituzionale investe, al tempo stesso, il principio di legalità e quello di ragionevolezza^[44], entrambi presidiati dal principio B.A.R.D.^[45].

Posto che, come è pacifico, nelle fattispecie a forma libera il rapporto di causalità concorre a determinare il fatto di reato, in assenza di regole certe di derivazione tra la condotta e l'evento incriminato il reato è insufficientemente determinato, perché non risulta possibile escludere che gli atti persecutori abbiano rivestito un ruolo marginale nel determinare lo stato di ansia, il fondato timore o la modifica delle proprie abitudini di vita, limitandosi a fungere da occasione per la regressione psichica o esistenziale del soggetto passivo, concretamente riferibile ad altri fattori non necessariamente conoscibili dall'agente, come l'eventuale e intrinseca fragilità emotiva^[46].

Le norme penali si presentano sempre in uno schema che si compone della descrizione di un fatto collegato ad un altro fatto mediante un nesso di implicazione o connessione normativa, prescritto in modo incondizionato, attraverso la formula «se A, allora B». Utilizzando i modelli della logica formale, tale struttura può essere rappresentata attraverso l'inferenza deduttiva, in cui la norma opera come una regola predittiva, che al verificarsi di determinate cause commina determinati effetti. Se la fattispecie si mostra inconsistente, il funzionamento dell'inferenza risulta compromesso, e la protezione accordata al bene giuridico mercè la sanzione penale è irragionevole.

L'ordinamento penale perde la sua funzione di orientamento, perché il divieto di realizzare un fatto non si esprime attraverso una regola di condotta certa. All'individuo, ove nutra il suo pur minimo sospetto che tenere un dato comportamento possa essere causa dell'evento penalmente sanzionato, non resterebbe che l'astensione da qualsiasi tipo di contatto nei confronti dell'altra persona, con abnorme dilatazione del precetto penale, il quale finirebbe per vietare – ancor prima dell'applicazione di una misura cautelare fondata su fatti concreti e socialmente riprovevoli – le ordinarie relazioni interpersonali ogniqualevolta sia ipotizzabile che ad altri possa derivarne turbamento.

La violazione del principio di ragionevolezza si manifesta nella sua forma più nota – il giudizio trilaterale, in cui il precetto costituzionale governa il rapporto tra la disposizione censurata e quella che prevede il caso analogo (cd. *tertium comparationis*) – mettendo a raffronto l'art. 612 bis c.p. con l'art. 660 c.p., che punisce “*Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo*”.

Posto che il reato di molestie può concretamente assumere natura abituale, la vera differenza con il delitto di atti persecutori risiede nell'evento, che nel primo sarebbe dato unicamente da una situazione di fastidio, assai meno intensa delle situazioni finali individuate dall'art. 612 bis. Sennonché, laddove la definizione e l'accertamento di queste ultime vengano disancorate da indagini scientifiche, la differenza finisce pressoché per scomparire, rendendo ingiustificata la diversa qualificazione (delitto invece che contravvenzione) e il diverso trattamento giuridico (sanzione, misure cautelari, misure di prevenzione, procedibilità d'ufficio in casi particolari).

Tale conclusione è corroborata dai limiti che il legislatore ha posto all'incriminazione per molestie, ma non per atti persecutori. Per rispondere ex art. 660 c.p. occorre, infatti, che il soggetto agisca “*per petulanza o per altro biasimevole motivo*”: la connotazione teleologico-soggettiva richiesta dalla norma porta chiaramente ad escludere dal perimetro di rilevanza penale tutte quelle ipotesi in cui il contatto con

l'altra persona sia finalizzato all'apertura di un canale dialettico per far valere democraticamente le proprie ragioni, ossia proprio quei fenomeni che – nell'ambito dei rapporti di coppia, in assenza di violenze o minacce – vengono tipicamente colpiti dall'art. 612 bis[47].

Emerge, in tal modo, uno dei più clamorosi difetti dell'art. 612 bis c.p., che prescinde totalmente, nella valutazione della condotta del reo, dalle motivazioni che lo spingono ad agire e dal rapporto tra queste e le modalità dell'azione. Basti pensare alle ipotesi in cui l'agente sia stato vittima di un illecito – o anche più semplicemente di un torto – e chieda, non ottenendole, spiegazioni a chi l'abbia commesso, così determinandosi ad insistere. In casi del genere, la mancanza di qualsiasi invasione dello spazio fisico altrui e il fondamento oggettivo della ricerca di un contatto rendono evidente come sia chiaramente irragionevole imputare a responsabilità penale dell'agente l'alterazione psichica del destinatario.

Ultimo, ma non meno importante, *deficit* di costituzionalità lo si avverte sotto il profilo della carenza portata offensiva del reato.

Ad essere in discussione non è la scelta del legislatore di tutelare la sfera psichica della persona umana che, al contrario, negli ordinamenti moderni è sempre più spesso considerata quale bene giuridico meritevole di protezione, soprattutto a fronte di ingerenze ossessive tali da comprometterne l'integrità. Il fondamento politico che sottostà all'introduzione del delitto di *stalking* nell'ordinamento italiano è, dunque, assolutamente comprensibile e – in linea di massima – condivisibile.

Il problema, invece, concerne l'individuazione dei presupposti dell'incriminazione, che devono essere costruiti in modo da «“catturare” un bene giuridico comunque evanescente, ancorandone la rilevanza a ben determinate condotte offensive, che ne evidenzino la lesione per l'impatto in grado di produrre empiricamente sulla sfera del soggetto. Si tratta, cioè, di tradurre la componente emotiva della psiche in termini razionalmente e scientificamente verificabili, attraverso una griglia di azioni tipiche suscettibili di alterare la capacità di interazione con la realtà dell'individuo. Ciò è possibile ove la legge di copertura dell'evento lesivo derivi dalle neuroscienze e gli elementi del fatto significativi trovino immediata corrispondenza in fenomeni scrutinabili dalla legge della fisica»[48].

Si pensi, ad esempio, alla necessità di accertare il fondato timore o lo stato di ansia o paura attraverso tecniche di diagnostica per immagini[49], oppure sulla base di tecniche finalizzate a individuare la sussistenza nel soggetto di tracce di memoria (cd. *memory detection*), intese come segni comportamentali, neurologici o fisiologici che possono essere considerati come impronte di un'esperienza vissuta[50].

Al contrario, il diritto vivente non ritiene necessaria l'esistenza di uno stato emotivo riconducibile ad una patologia chiaramente inquadrabile, preferendo fare affidamento sulla «serietà» dell'evento o sulla «verosimiglianza» del nesso di derivazione che lo collegherebbe alla condotta dell'imputato, e, laddove si spinge in valutazioni cliniche, si affida alla consulenza dello psicologo. Ciò trasforma il delitto di *stalking*, che è costruito come reato di danno, in reato di pericolo presunto, perché la semplice allegazione di uno stato d'ansia o di timore, ovvero della modifica delle proprie abitudini, vale a far ritenere integrata l'offesa al bene giuridico e porta a qualificare come persecutorie condotte di per sé non socialmente riprovevoli.

Sullo sfondo dei vizi segnalati si staglia il rischio di prassi ermeneutiche creative, sia da parte dei giudici, sia da parte dei difensori delle presunte vittime, anche strumentali alla soluzione di “forza” di crisi coniugali o di contenziosi di altra natura[51].

6. Conclusioni

In tanto un comportamento è giuridicamente rilevante, in quanto sia razionalmente conoscibile. È, questo, il precipitato logico del principio di determinatezza in senso empirico, «che non a caso diventa particolarmente visibile laddove il legislatore pretenda di regolare una situazione in cui entrano in gioco componenti emotive, non sempre definibili dalla scienza»[\[52\]](#).

In materia penale sono proprio i principi costituzionali a fissare il rapporto tra norma e realtà, quali assiomi che impongono al legislatore di costruire le fattispecie incriminatrici in maniera conforme alle leggi scientifiche. La conseguenza è che la violazione di queste si traduce nell'illegittimità costituzionale della disposizione, non diversamente da quanto avvenuto per il delitto di plagio.

Non si nega che il legislatore, introducendo il delitto di *stalking* nell'ordinamento penale italiano, abbia inteso fornire risposta ad un'esigenza reale e diffusamente avvertita, consistente nella necessità di tutelare taluni soggetti deboli, anche al fine di neutralizzare una possibile – e spesso drammatica – *escalation* nell'aggressione alla sfera personale di questi. Come si è già avuto modo di osservare, ad essere discutibile non è, infatti, l'individuazione del bene giuridico tutelato, ma la formulazione della disposizione, che rimette alla discrezionalità del giudice l'effettiva individuazione delle condotte sanzionate, in spregio ai principi costituzionali che sovrintendono alla costruzione delle fattispecie incriminatrici[\[53\]](#). L'inconsistenza che affligge la fattispecie ne fonda i dubbi di incostituzionalità: essa, lungi dal costituire un argine tale da mettere al riparo l'individuo da approssimazioni giurisprudenziali, pone in discussione altri beni costituzionalmente protetti, primo fra tutti la libertà personale.

Sebbene ad oggi non risultino sollevate questioni di legittimità costituzionale sull'art. 612 bis c.p., anche in ragione della non piena consapevolezza nell'ambiente forense delle possibilità applicative del principio B.A.R.D., nulla esclude la remissione *ex officio* della questione da parte del giudice precedente. In ogni caso, l'inerzia della giurisdizione penale nel chiamare in causa il Giudice delle leggi potrebbe essere superata dalla giustizia amministrativa, in sede di verifica dei presupposti della misura di cui all'art. 8 del d.l. n. 11 del 2009. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ad oggi si è mostrata attenta principalmente al rispetto delle garanzie procedurali, tuttavia, iniziano ad affiorare perplessità sulla “consistenza” della fattispecie sostanziale.

La tutela delle libertà dell'individuo è il cuore pulsante di una costituzione. Pertanto, se è vero che il costituzionalista «deve essere sempre storico non meno che giurista»[\[54\]](#), egli è prima di tutto un giurista: la peculiarità dell'oggetto dei suoi studi gli impone di interessarsi, se non di tutti i settori dell'ordinamento, quanto meno di quelli – come il diritto penale – nei quali proprio quelle libertà sono più a rischio e nei quali, dunque, la necessità di preservare il sistema di valori costituzionalmente protetti si mostra in tutta la sua concreta problematicità.

Il mondo del diritto è il mondo della ragione, ed il mondo umano può essere oggetto di regolazione giuridica solo se sia inquadrato in categorie razionali, che la Costituzione presuppone e giuridicizza. Ciò vale tanto più per l'ordinamento penale, che è – o deve essere – il sistema giuridico più potente dal punto di vista gnoseologico[\[55\]](#).

[\[1\]](#) La disposizione è stata introdotta dall'art. 7 del d.l. n. 11 del 2009, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009, che ha inteso dare soluzione alla “*straordinaria necessità ed urgenza di introdurre misure per assicurare una maggiore tutela della sicurezza della collettività, a*

fronte dell'allarmante crescita degli episodi collegati alla violenza sessuale, attraverso un sistema di norme finalizzate al contrasto di tali fenomeni". Con tale decreto legge il Governo ha, di fatto, scelto di superare le lungaggini del dibattito parlamentare, che pure aveva prodotto non pochi progetti di legge in materia, allo scopo di «dare un segnale di forza e intransigenza nei confronti di coloro che si rendono colpevoli di delitti così infamanti e nello stesso tempo di costituire un segnale di riconoscimento e di attenzione, tangibile ed evidente, per le persone offese dal reato e per le vittime dei reati stessi» (Rel. Intr.).

[2] Come invece ritenuto da F. Resta, *Il delitto di stalking. Verso un nuovo habeas corpus per la donna?*, in *Corr. merito*, 2009, 7, p. 768 ss.

[3] Corte cost., sent. n. 171 del 2007.

[4] Corte cost., sent. n. 29 del 1995. In dottrina, per tutti, M. Raveraira, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della "necessità ed urgenza" dei decreti-legge*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, p. 1465 ss., nonché A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge*, I, Padova, 1997, specie p. 413 ss.

[5] L'espressione deriva dal verbo inglese *to stalk*: «fare la posta, seguire ossessivamente una preda». Secondo la dottrina lo *stalking* «è un fenomeno in primis di tipo relazionale, che trova la sua genesi in equivoci ed incomprensioni nei rapporti interpersonali, nella non accettazione dell'atteggiamento altrui, in difetti di comunicazione oppure nella volontà pervicace del molestatore d'imporre sull'altra persona un particolare tipo di rapporto che, per chi ne è destinatario, risulta essere altamente indesiderato» (M. Bona, *Stalking: una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti*, in *Danno e Responsabilità*, 2004, p. 1049 ss.).

[6] Che punisce chiunque perseguita ostinatamente taluno, in modo tale da invadere la sua intimità spaziale; tentare di contattarlo avvalendosi di mezzi di comunicazione o di terze persone; rinunciare ad ordinazioni di merci o servizi a nome della persona offesa o indurre terze persone a interrompere i propri contatti con la stessa, mediante l'utilizzazione abusiva dei suoi dati personali; minacciare la persona offesa o una persona a questa vicina di un danno alla vita, all'integrità fisica, alla salute o alla libertà; porre in essere una condotta analoga alle precedenti e con tali condotte danneggiare gravemente la qualità della vita della persona offesa.

Per un'analisi approfondita della disposizione si v. F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "atti persecutori"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, n. 7, p. 815 ss.

[7] Cass. sez. V, 17 febbraio 2010, n. 6417; Cass. sez. V, 5 luglio 2010, n. 25527.

[8] Cass. sez. I, 8 febbraio 2011, n. 9117.

[9] Cfr. I. Peccioli, *Il delitto di stalking: prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, p. 1305 ss., secondo cui «Richiamandosi anche alla prassi giurisprudenziale consolidatasi in relazione all'analoga fattispecie di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) si può affermare che non assumono rilevanza penale quelle condotte, che, seppur di per sé minacciose o moleste, si presentano quali episodi sporadici, esigui sul piano numerico, non sufficientemente reiterati nel tempo e non legati da un'unitaria volontà criminosa».

[10] Sulla quale G. Mazzi, sub *Art. 612-bis*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, XI, Milano, 2010, p. 1284.

[11] F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 250.

[12] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, Bari, 2010, p. 187.

[13] Secondo Cass. sez. V, 25 maggio 2011, n. 20895, «la locuzione condotte reiterate vuol dire che si è in presenza di reato complesso, la cui "condotta criminosa", cioè l'azione od omissione di cui è conseguenza l'evento da cui dipende l'esistenza del reato (art. 40 c.p.) è, nel caso di specie, integrata da atti per sé costitutivi di condotte di minaccia o molestia».

Pertanto il carattere decisivo della condotta criminosa consiste nella "ripetizione" di "atti" qualificati "persecutori", in quanto il loro insieme cagiona l'evento ulteriore assorbente del reato sopra indicato».

[14] *Contra* L. Pistorelli, *Il reato di "stalking" e le altre modifiche al codice penale nel d.l. n. 11/2009 conv. in l. n. 30/2009*, in *penale.it*: «Quelle di minaccia e di molestia sono comunque nozioni elastiche,

idonee a provocare qualche tensione dei principi di tassatività e determinatezza, ma la selezione da parte del legislatore di una terminologia che vanta una robusta tradizione interpretativa può ritenersi tutto sommato tranquillizzante argine contro pericolose estensioni dell'ambito della norma incriminatrice nella prassi applicativa. In fondo rinchiudere una realtà criminologica così vasta e complessa, come quella cui intende fare riferimento la nuova incriminazione, in formule di maggior dettaglio, ma anche più rigide, avrebbe rischiato di renderla inefficace e dunque il punto di equilibrio raggiunto, tra principi costituzionali ed esigenze di tutela, pare ragionevole. Del resto la prospettiva comparatistica dimostra come anche gli ordinamenti stranieri che hanno deciso di dotarsi di incriminazioni analoghe, hanno incontrato simili difficoltà nel confezionare sintesi normative completamente soddisfacenti nella prospettiva segnalata».

[15] Cfr. G. M. Flick, *Molestia o disturbo alle persone*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 710.

[16] Cfr. Cass. sez. I, 16 dicembre 2008, n. 46231: «Per accreditata lezione giurisprudenziale ricorre l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 660 c.p. allorché risulti provato, come nel caso in esame, un insistente ed inopportuna interferenza nell'altrui sfera di libertà, produttiva di una fastidiosa intromissione nella vita privata della vittima. Né può considerarsi non ricorrente la fattispecie giuridica di cui alla norma incriminatrice allorché non risulti provato ovvero risulti motivato dal giudicante il solo elemento della petulanza senza specifici riferimento alle sue conseguenze ("la molestia" ed "il disturbo" contemplati dalla norma) dappoiché la molestia ovvero il disturbo sono conseguenza connessa alla condotta petulante, non potendosi quest'ultima concepire in assenza del disturbo percepito dal suo destinatario».

[17] Cass. sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 5300.

[18] F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, p. 102.

[19] Cfr. Trib. Milano, 31 marzo 2009, n. 595.

[20] Cfr. I. Peccioli, *Il delitto di stalking: prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

[21] Trib. Milano, 17 aprile 2009, in *Corr. Merito*, 2009, p. 650.

[22] Cfr., tra gli altri, R. Bricchetti – L. Pistorelli, *Entra nel codice la molestia reiterata*, in *Guida dir.*, n. 10 del 2009, p. 62.

[23] I. Peccioli, *Il delitto di stalking: prime applicazioni nella giurisprudenza di legittimità*, cit.

[24] L. Pistorelli, *Il reato di "stalking" e le altre modifiche al codice penale nel d.l. n. 11/2009 conv. in l. n. 30/2009*, cit.

[25] C. Parodi, *Stalking e tutela penale*, Milano, 2009, p. 60.

[26] Si v. A. Luini, *Il reato di stalking o atti persecutori ex art. 612-bis c.p. Brevi note*, in *Riv. Penale*, 2009, p. 939 ss.: «È necessario porre attenzione anche agli eventi che pregiudicano l'usuale modo di vivere ed agire della vittima, visto che la norma pare punire solo i fatti rilevanti e non tutti i fatti di disturbo. Questo pare essere un limite, perché la soggettività di ogni persona è diversa ed è quindi impensabile utilizzare solo l'oggettivo principio della rilevanza per determinare o meno la sussistenza del Reato. Anche per questo aspetto, come per lo stato d'ansia, solo un'indagine psicologica sul vissuto della vittima e sulla sua personalità non può far correttamente valutare fatti che per alcuni possono essere del tutto marginali e per altri gravissimi. Basta pensare ad una persona che soffra di claustrofobia, il rimanere chiuso in un ascensore in attesa che il persecutore si allontani è un fatto altamente rilevante, mentre per chi non soffre di tale patologia è un fatto del tutto irrilevante. A questo punto sarà il giudice, nella sua valutazione, a contemperare i fatti in base alla soggettività della vittima».

[27] TAR Lombardia, sez. III, 6 maggio 2011, n. 1205.

In termini non dissimili, seppur con un dispositivo di rigetto avverso l'impugnazione del provvedimento, cfr. TAR Lombardia, sez. III, 28 giugno 2010, n. 2639: «Nel caso di specie, l'atteggiamento tenuto dal ricorrente è pienamente sussumibile nella fattispecie legale. Il provvedimento del Questore, confermato dal Prefetto, trova origine nell'esposto del settembre 2009, depositato in Questura dalla sig. ra M. , moglie del ricorrente da lui separata e con lui non più convivente, nel quale (oltre a riferire di alcune fobie di cui sarebbe affetto il marito, all'uopo allegando una consulenza d'ufficio eseguita per conto del Tribunale civile di Milano) si rappresentano reiterati pedinamenti ed appostamenti effettuati dal

ricorrente nelle adiacenze della abitazione della moglie e della figlia minorenni. Tali atteggiamenti tenuti dal ricorrente sono stati confermati dai sig. ri M. Marina, M. Anna Rita, M. Silvana, M. Paolo, M. Rita, escussi a sommarie informazioni dal personale delle forze dell'ordine. Si tratta, senza dubbio, di condotte che, per numero e modalità, sono verosimilmente suscettibili di comportare un "perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva". 3. 6. Sussistono, dunque, sia il profilo della reiterazione ossessiva di condotte vessatorie, sia l'idoneità a ingenerare il fondato timore per l'incolumità propria e del prossimo congiunto».

[28] Cass. S.U., 11 settembre 2002, n. 30328.

[29] Come è noto, l'abduzione è quell'inferenza in cui la conclusione è nota, la premessa maggiore è nota, mentre quella minore è ignota.

[30] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. II, Bari, 2011, p. 257 ss.

[31] *Ibidem*.

[32] L'art. 5 della legge n. 46 del 2006 ha sostituito il comma 1 dell'art. 533 del codice di procedura penale, il quale oggi risulta così formulato: "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza". La disposizione ricalca fedelmente la formula anglosassone *Beyond Any Reasonable Doubt*.

La migliore dottrina (F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 88 ss.) ha chiarito come l'applicazione del principio B.A.R.D. imponga l'utilizzo di una sequenza argomentativa che poggi sulla formula $e1 + e2 + eN - reg1 + reg2 + regN = ris$, ove i simboli indicano rispettivamente l'elemento di prova, la regola di valutazione, il risultato probatorio: l'ipotesi di spiegazione del rapporto causale è deduttivamente verificata se *ris* è idoneo a produrre $e1 + e2 + eN$; è provata al di là di ogni ragionevole dubbio se *ris* è l'unico in grado di giustificare $e1 + e2 + eN$, ovvero se risulta nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa astrattamente esistente.

[33] *Ibidem*.

[34] Come è noto, la legge di copertura è quella "legge scientifica" esplicativa del fenomeno di derivazione sussistente tra un antecedente e un conseguente.

Secondo Cass. S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, che ha accolto la celebre teoria formulata da F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 100 ss., «un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica - "legge di copertura" -, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi "del tipo" di quello verificatosi in concreto.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili.

Si avverte infine che, per accertare l'esistenza della condizione necessaria secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, il giudice, dopo avere ridescritto il singolo evento nelle modalità tipiche e ripetibili dell'accadimento lesivo, deve necessariamente ricorrere ad una serie di "assunzioni tacite" e presupporre come presenti determinate "condizioni iniziali", non conosciute o soltanto congetture, sulla base delle quali, "ceteris paribus", mantiene validità l'impiego della legge stessa».

[35] Cfr. F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. II, cit., p. 316 s., il quale così prosegue:

«L'irriducibilità della causalità psichica al modello della causalità naturalistica – e dunque, in ultima analisi, la smentita dell'esistenza di una concezione unitaria di causalità valevole per ogni settore a prescindere dalle caratteristiche strutturali del fatto – è argomentata sulla base delle peculiarità connotanti le relazioni interpersonali da accertare: l'irripetibilità del sinallagma “causa psichica - effetto indotto”, la non predeterminabilità delle azioni umane, l'appartenenza della causa psichica al mondo interno al soggetto. [...] Oltre alla già segnalata fallacia, in materia, del metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche, preme, infatti, anche rilevare la pratica inefficacia euristica del procedimento di eliminazione mentale, che risulterebbe invero applicabile unicamente ai casi – assai rari – di certa esclusione di qualsiasi dinamica motivazionale alternativa alla condotta concreta. Esemplificando: rispetto all'affermazione per cui “Caio non avrebbe reagito in quel modo se Tizio non avesse tenuto il comportamento incriminato”, il ragionamento controfattuale assume un valore unicamente se il comportamento di Tizio risulti essere stata l'unica motivazione alla reazione di Caio: qualora, infatti, potessero rinvenirsi – come accade nella larga maggioranza dei casi – altri motivi dell'azione delittuosa, l'eliminazione mentale non permetterebbe di accertare alcunché. Ragion per cui, a fronte delle maggiori difficoltà probatorie dei legami causali nell'ambito delle relazioni interpersonali, non è mancato chi, ritenendo logicamente impossibile dibattere di causalità a proposito di accadimenti non fisici, ha dubitato dello stesso fatto che la causalità psicologica possa definirsi come una forma di causalità».

[36] G. Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di “atti persecutori”*. “*Stalking the Stalking*”, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, n. 7, p. 869 ss.

[37] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. II, cit., p. 322.

[38] Sotto questa angolazione non rileva tanto la tecnica di descrizione del fatto, ossia la precisione della fattispecie legale, quanto il fatto descritto, che deve essere chiaramente individuabile *in rerum natura*: è il cd. principio di determinatezza in senso empirico o di effettività.

[39] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 175 s.

[40] *Ibidem*.

[41] Corte cost., sent. n. 96 del 1981.

[42] «Nemmeno si conosce se il risorgere della facoltà di determinismo del plagiato possa essere la conseguenza di un mutamento del determinismo del plagiante o di una diversa direzione data al determinismo di questo».

[43] Aggiungasi che nulla esclude che lo stesso persecutore possa essere stato in precedenza vittima di un'ingiustizia da parte della persona offesa.

[44] In materia penale il principio di ragionevolezza fornisce copertura al principio di necessità e colloca all'interno dell'ordinamento giuridico, per il tramite del principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3 Cost., i tre assiomi fondamentali della logica classica: identità, (non) contraddizione, terzo escluso.

[45] Cfr. G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, p. 124 ss.: «se il processo penale (non “servo tiranno”, ma neanche “servo sciocco” delle categorie di diritto sostanziale) si configura come passaggio cruciale e obbligato della conoscenza giudiziale del fatto di reato, deve convenirsi che non risultano affatto indifferenti le regole epistemologiche e le garanzie stabiliti dalla legge in tema [...] di garanzia estrema dell' “oltre ogni ragionevole dubbio”. [...] Il deficit esplicativo e il conseguente dubbio non sembrano dunque mettere in crisi la funzione ascrittiva dell'imputazione causale e lo statuto nomologico-condizionalistico della causalità, quanto piuttosto ne segnano i confini, comportando una risposta assolutoria (“not guilty”) per l'insufficiente grado di conferma dell'ipotesi prospettata dall'accusa, in perfetta coerenza con la presunzione di innocenza dell'imputato e, più in generale, con le auree garanzie dettate dagli artt. 24, 25, 27 e 111 Cost.».

[46] Cfr. F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 189, secondo cui è discutibile che tali fenomeni, nella loro intrinseca natura, siano con certezza riferibili alla condotta dell'asserito persecutore.

[47] Di fatto, il reato di molestie impedisce ciò che lo *stalking* consente: la punizione dell'esercizio del diritto di critica.

[48] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 185.

[49] Per un'applicazione delle neuroscienze al fine di stabilire la sussistenza del vizio parziale di mente si v., recentemente, Trib. di Como, sent. 20 maggio 2011, n. 536.

[50] L. Sammiceli – G. Sartori, *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen.*, n. 9, 2010, p. 3305 ss.

[51] Quanto più la disposizione è determinata, tanto più essa è in grado di spiegare il passaggio dalla premessa minore (il fatto) alla conclusione (l'effetto penale). Se la disposizione è a contenuto determinato, e dunque rispetta il principio di determinatezza nella sua duplice accezione di precisione e di effettività, allora il sillogismo normativo è perfetto, e al giudice viene rimessa esclusivamente la funzione di applicare la legge al fatto. Diversamente, se la fattispecie non è sufficientemente determinata viene attribuito al potere giudiziario un ruolo creativo, in contrasto con l'art. 101, comma 2, Cost. (“*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”).

[52] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., p. 184.

[53] In particolare, dove la disposizione fallisce è nello stabilire il collegamento fra la condotta punita e il bene offeso, profilo, quest'ultimo, che risulta connotato da un margine di incertezza irriducibilmente inidoneo a soddisfare le esigenze di un accertamento effettuato al di là di ogni ragionevole dubbio ex art. 533, comma 1, c.p.p.

[54] J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, Oxford, 1901, p. 258, citato da A. Pace, *Presentazione*, in J. Bryce, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, 1998 (1901), p. X.

[55] F. Bellomo, *Nuovo sistema del diritto penale*, vol. I, cit., *Prefazione*: «È un diritto chiamato – con forza anche brutta – ad imporre la ragione, laddove più gravi sono le conseguenze della sua violazione, per i diretti interessati, per la comunità tutta, e, si direbbe, per la stessa civiltà, che con fiducia guarda al progresso dell'*homo sapiens* come ad un percorso inarrestabile verso la perfezione. Sia pure per un moto inerziale, il sistema penale appare circondato di una serie di garanzie tali da blindarne la funzione razionale, quale regola suprema di governo del consorzio umano. Tale stato di cose dovrebbe indurre la maggior parte dei giuristi (non meno che improvvisati legislatori) a tenersi lontano, se non dalle aule dei tribunali penali, quanto meno dalle trattazioni teoriche delle materia, essendo il concetto di scientificità mai come in questo caso fedele alla sua lettera».