

Introduzione

Il termine stalking trae origine dall'inglese "to stalk", letteralmente "fare la posta, braccare, pedinare". Esso, dunque, indica la condotta di soggetti che, ossessionati da una diversa persona, in alcuni casi una persona nota all'opinione pubblica, in altri un soggetto con cui hanno intrattenuto un rapporto o una relazione affettiva, cominciano a perseguirla in maniera costante e ossessiva .

La relativa condotta, che secondo alcuni studi psichiatrici darebbe luogo ad una vera e propria sindrome, può dunque colpire anche vittime "comuni", cioè non necessariamente celebrità o comunque persone note, e finanche soggetti con i quali lo stalker non ha in passato avuto alcun rapporto, né di parentela né affettivo .

La caratteristica di tale fattispecie delittuosa è data dall'assenza di atti persecutori "puri", ossia dall'assenza di una violenza fisica sulla vittima: «da qui le difficoltà e le acrobazie ermeneutiche, prima della novella, nel sussumere sotto le fattispecie incriminatrici preesistenti le condotte di stalking» . Per tale ragione, dottrina e giurisprudenza si erano impegnate in un'ampia attività interpretativa per dare rilevanza penale al fenomeno.

Obiettivo dell'indagine è l'analisi del delitto di atti persecutori, introdotto nel nostro ordinamento penalistico nel 2009. A tal fine, l'elaborato è suddiviso in quattro capitoli: il primo di essi ha carattere introduttivo, in quanto esamina in via generale i principi del diritto penale moderno.

Il secondo capitolo, invece, chiarisce come l'ordinamento italiano abbia sopperito alla iniziale inesistenza di una disposizione in materia di atti persecutori, anche in prospettiva comparata.

Il terzo capitolo, invece, analizza in maniera dettagliata la novella legislativa, evidenziandone anche i numerosi profili critici messi in luce dalla giurisprudenza. Il quarto ed ultimo capitolo, invece, analizza lo stalking nell'ambito della violenza di genere e del concetto di vittima vulnerabile, con particolare riguardo al ruolo della vittima nella costruzione della fattispecie criminosa.

Capitolo I

I principi fondamentali del moderno diritto penale

Sommario: 1.1.1. Il principio di legalità; 1.1.2. Il principio della riserva di legge; 1.1.3. Il principio di tassatività e determinatezza; 1.1.4. Il divieto di analogia; 1.1.5. Il principio di offensività; 1.1.6. Il principio di irretroattività; 1.1.7. Il principio della responsabilità personale; 1.2. La *suitas* della condotta; 1.3. Colpevolezza e responsabilità oggettiva: ipotesi problematiche

1.1.1. Il principio di legalità

Il principio di legalità¹ è un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico e del diritto penale in particolare: è possibile distinguere una nozione formale ed una sostanziale di legalità penale. Il principio di legalità in senso formale esprime il divieto di punire un qualsiasi fatto che, nel momento in cui viene commesso, non è espressamente previsto dalla legge come reato, e con pene che non siano da essa stabilite, in ossequio all'antico brocardo "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". In tale prospettiva, quindi, il reato è solo quel fatto che la legge considera tale, con il duplice corollario che non sono punibili le azioni che la legge non incrimina, anche se socialmente riprovevoli, e, di contro, che sono da considerarsi punibili

¹ Nella vastissima bibliografia in materia di principio di legalità, si veda G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. VIII*, Torino, 1994, p. 278 ss.; P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen" sine lege nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; M. BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *EG. XXI*, Milano, 1990, p. 121 ss.

quelle azioni che, pur socialmente pericolose, non sono previste dalla legge come reati.

In tale prospettiva, il principio di legalità costituisce espressione, nella sua genesi, di una scelta politica individualistico-garantista di salvaguardia, almeno formale, della libertà del singolo individuo, ossia espressione del *favor libertatis*, e di chiara matrice illuministica². Nell'ordinamento italiano il principio di legalità, che già fece il suo ingresso nei codici preunitari e fu sancito nello Statuto del 1848, trovò consacrazione nel codice Zanardelli del 1889 (all'art. 1). Il principio di legalità mantiene la sua centralità nel codice Rocco del 1930 che statuisce all'art. 1 che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Il principio di legalità non concerne solo le pene, ma anche le misure di sicurezza; ai sensi dell'art. 199 c.p., infatti, «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti».

La Costituzione repubblicana individua nel principio di legalità una colonna portante dell'intero ordinamento giuridico³, in quanto l'art. 25 Cost. dispone che: «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

² Cfr. in tal senso A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, *passim*. Cfr. sul tema anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 12 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *ED. XXIII*, Milano, 1973, p. 659 ss.

³ Si veda R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino 1994, p. 84 ss.

Abbiamo sinora fatto riferimento alla nozione formale del principio di legalità⁴, il quale, però, può anche essere inteso in senso sostanziale, o materiale, secondo il quale possono essere considerati reati – e puniti con pene proporzionali alla dannosità sociale - solo i fatti socialmente pericolosi, anche se non espressamente previsti dalla legge; così inteso, il principio di legalità si connette ad una concezione sostanziale di reato, dovendo appunto considerarsi tale tutto ciò che offende l'ordine sociale di un determinato tipo di Stato.

Ne discende un duplice corollario: sono punibili le azioni socialmente pericolose anche se non sono espressamente incriminate dalla legge e, viceversa, non sono punibili le azioni espressamente incriminate dalla legge se non si rivelano socialmente pericolosa. Ciò che imprime al fatto il carattere della criminalità è la sua pericolosità sociale. In questa prospettiva, oggetto dell'interpretazione non è il dettato legislativo, che potrebbe anche non esservi, ma il fatto storico nella sua antisocialità. Secondo questa concezione, la criminalità del fatto non si attinge più esclusivamente dalla legge, ma anche da fonti extra legislative, sostituendosi o aggiungendosi il giudizio sostanziale di riprovazione sociale al giudizio di riprovazione legislativa⁵.

Entrambe le nozioni di legalità hanno aspetti positivi e negativi; il principio di legalità in senso formale è da preferirsi in quanto garantisce la certezza del diritto e tende ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario e ad assicurare la certezza e l'eguaglianza giuridica. In

⁴ Cfr. sul tema A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*², Torino, 2014, p. 17 ss.

⁵ Cfr. in tal senso F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 101 ss.; F. BOLOGNINI, *Il principio di legalità. Il riferimento alle norme penali*, in ID., *Itinerarium cordis. Scritti minori III*, Milano, 2011, p. 85 ss.

tale prospettiva esso assolve ad una insostituibile funzione garantista per il cittadino; questa concezione, però, presenta anche dei limiti: in particolare, si sottolinea che esso costituisce un ostacolo alla difesa sociale contro il crimine e può legittimare fratture anche gravi tra la criminalità legale e quella reale, oltre comunque a non poter offrire garanzie totali contro l'arbitrio dello Stato-legislatore. Soprattutto, essendo reato solo ciò che la legge prevede come tale, è necessario che il legislatore sia continuamente al lavoro per adeguare la normativa all'evoluzione della realtà concreta. Il principio di legalità sostanziale⁶, diversamente, in quanto permette di punire ciò che è antisociale anche se non è previsto come reato e di non punire ciò che non è antisociale anche se è previsto come reato dalla legge, può assicurare senza dubbio una più efficace difesa sociale. Il problema, però, è che si tratta di un sistema che non offre alcuna garanzia ai cittadini, atteso che si fonda su una nozione materiale di reato, ricavabile da fonti extralegali, che troppo spesso sfuggono alla possibilità di una conoscenza oggettiva e sono capaci di ricevere tutti i contenuti voluti dal giudice. In tale prospettiva, però, è chiaro che viene elisa la certezza del diritto e si corre il rischio di aprire le porte all'arbitrio e alle discriminazioni più gravi.

La nostra Costituzione accoglie una concezione del reato non meramente formale o meramente sostanziale⁷, bensì mista; da un lato, infatti, in ossequio al principio di legalità, ribadisce, secondo una prospettiva evidentemente formale, che non può esservi reato laddove esso non è espressamente previsto dalla legge; dall'altro, invece, impone di

⁶ Sul principio di legalità sostanziale si veda M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale I*, Torino, 1997, p. 135 ss.

⁷ Si veda sul punto gli ampi studi di F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *NNDI*. XXI, Torino, 1974, 94 ss.; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25 2° e 3° comma Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione crim.*, 1980, p. 179 ss.

positivizzare nella legge i valori e le finalità da essa espressi. Quindi, il reato è «il fatto previsto come tale dalle legge, irretroattivamente, in forma tassativa, materialmente manifestatosi nel mondo esterno, offensivo di valori costituzionalmente significativi o comunque non incompatibili con la Costituzione, causalmente e psicologicamente attribuibile al soggetto, sanzionato con pena ragionevole e proporzionata, astrattamente, anzitutto alla rilevanza del bene tutelato e, concretamente, anche alla personalità dell'agente, ma anche umanizzata e finalizzata alla rieducazione del condannato; sempreché la pena sia necessaria per l'inadeguatezza delle sanzioni extrapenali a tutelare tali valori»⁸.

1.1.2. Il principio della riserva di legge

Secondo la genesi storica illuministica e la tradizione liberaldemocratica, il principio della riserva di legge costituisce, insieme a quello di tassatività e a quello di irretroattività, un corollario del principio di legalità. Di fronte alla pluralità di fonti, sia formali che sostanziali, l'avvento storico del principio della riserva di legge ha inteso conservare il monopolio normativo penale al potere legislativo, con la conseguenza di escludere dalle fonti del diritto penale anzitutto le fonti non scritte, ma anche le fonti scritte diverse dalla legge (o dagli atti aventi forza di legge), ossia ogni atto normativo del potere esecutivo, della pubblica amministrazione⁹. La Corte Costituzionale ha osservato che «il profilo

⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Padova, 2013, p. 21.

⁹ Cfr., nella vastissima bibliografia sul tema, M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in F. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 46 ss.

storico-ideologico, dal quale va, anzitutto, esaminata la riserva di legge penale, deve iniziare dal sottolineare che tal riserva fu il portato d'una ben determinata concezione che, partendo dall'illuminismo, tese a ribaltare il precedente sistema: quest'ultimo trovava il fondamento dell'intervento penale, a tutela dei beni più importanti per l'ordinato svolgimento della vita sociale, nei contenuti religiosi, metafisici, naturali, idonei ad offrire la verità del principio costitutivo dell'esperienza giuridica in genere e penale in particolare». La riconduzione ad unità delle sparse, frammentarie disposizioni giuridiche, la certezza che soltanto attraverso il superamento delle varie, numerose fonti, sostanziali e formali, dell'Antico Regime, si potesse raggiungere, insieme, la massima garanzia della riacquistata libertà individuale ed il massimo ordinato vivere sociale condussero a ravvisare nella legge, nella legge dello Stato, quale unità organica dell'intero popolo sovrano, il nuovo principio costitutivo, il nuovo fondamento del diritto penale. La predetta concezione ideologica della legge, «concezione nata anche dalla concentrazione d'ogni valore rappresentativo nelle istituzioni facenti capo allo Stato e dall'eliminazione dei vari corpi d'autonomia sociale a vantaggio dell'unico corpo politico sovrano, non poteva, in sede penale, consentire altre fonti»¹⁰.

Pertanto, la funzione della riserva di legge consiste nel perseguimento, mediante l'attribuzione del monopolio della criminalizzazione al potere legislativo, del duplice scopo di evitare, respingendo le forme sostanziali e subordinando il giudice alla legge, una prima possibilità di arbitrio del potere giudiziario; allo stesso modo consente di evitare, ancora prima, l'arbitrio del potere esecutivo, considerato il soggetto costituzionalmente più pericoloso

¹⁰ Corte Cost. 25 ottobre 1989, n. 487, in *www.giurcost.org*. Cfr. A. GAMBERINI, *Riserva di legge*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale I*, cit., p. 113 ss.

La riserva di legge può essere assoluta o relativa; in quest'ultimo caso il legislatore è tenuto a determinare le linee fondamentali della disciplina con facoltà di affidarne il completamento all'amministrazione. Per riserva assoluta, invece, si intende che solo il legislatore può disciplinare la materia riservata, con esclusione dell'intervento di norme di rango inferiore anche in relazione ad aspetti marginali della disciplina. Sensibile alle esigenze garantiste, la dottrina¹¹ è oggi pressoché unanime nel considerare la riserva di legge in materia penale come riserva assoluta, perché la *ratio* di garanzia sarebbe altrimenti elusa. La Corte Costituzionale¹², tuttavia, con una serie di pronunce soprattutto in materia di norme penali in bianco, ha contribuito ad attenuare la rigidità del principio di riserva assoluta, stabilendo che è consentito il rinvio a fonti subordinate purché si tratti di materie tecniche. La riserva di legge, quindi, da assoluta è diventata "tendenzialmente assoluta", con un limitato ambito di operatività riservato alle fonti subordinate.

In materia penale, quindi, la normazione compete alla legge formale e agli atti aventi forza di legge, quali decreto legge e decreto legislativo. Per legge formale si intende anzitutto la Costituzione e le leggi costituzionali emanate dall'Assemblea Costituente, nonché gli atti normativi emanati dal Parlamento, cioè le leggi costituzionali e le leggi ordinarie. Sia la dottrina¹³ che la giurisprudenza costituzionale, invece, hanno escluso le leggi

¹¹ D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza*, Bologna, 2005, p. 61 ss.

¹² Sulla relativizzazione della riserva ad opera della Corte costituzionale cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale I*, Padova, 2007, p. 36 ss.

¹³ In questo senso si veda F. VASSALLI, *Sulla potestà normativa penale delle Regioni*, in *Giur. cost.* 1956, p. 587 ss.; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958.

regionali, intendendo la riserva legislativa come riserva di legge statale. La Corte Costituzionale ha osservato che «il diritto penale è sistema che, nell'atto in cui autorizza la difesa sociale attraverso le sanzioni più gravi per la libertà e dignità umana, limita la difesa stessa attraverso precise, puntuali determinazioni di scopi, modalità e contenuti di fattispecie. Il diritto penale è, particolarmente (e la Costituzione lo svela all'evidenza) sistema di limiti sostanziali al legislatore; ed è mirato, soprattutto, al rispetto di questi ultimi il monopolio statale nella produzione della legge penale, la riserva di legge penale»¹⁴. Solo il legislatore statale, quindi, ha potestà normativa in campo penale, in quanto altrimenti sarebbe minata l'unitarietà dei diritti fondamentali del cittadino in tale materia¹⁵.

Alle leggi formali, invece, sono equiparate le leggi materiali, ossia gli atti emanati da organi diversi dal potere legislativo, ma aventi forza di legge: si tratta delle leggi delegate o decreti legislativi, emanati dal Governo su delegazione del potere legislativo in virtù degli artt. 76 e 77, comma 1, Cost., e dei decreti legge, emanati su propria responsabilità dal Governo in casi di straordinaria necessità ed urgenza, ex art. 77 Cost.; nonché, da ultimo, dei decreti governativi in tempo di guerra, emanati sulla base dei poteri necessari conferiti dalle Camere per la peculiarità di tale stato, secondo quanto disposto dall'art. 78 Cost. Pur essendosi il costituente qui discostato, per ragioni pratiche e secondo le indicazioni dell'esperienza storica, dall'ideale illuministico del monopolio legislativo del Parlamento, tuttavia si ritiene che la finalità garantista della riserva di legge non sia

¹⁴ Corte Cost. 25 ottobre 1989, n. 497, in *www.giurcost.org*. Cfr. C. CUPELLI, *Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2004, p. 111 ss.

¹⁵ Cfr. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *ED. XI*, Milano, 1989, p. 1222 ss.

sostanzialmente pregiudicata e che, pertanto, tali atti possano incidere in ambito penale e quindi anche in materia di violazione della libertà personale¹⁶. Ciò perché, rispetto ai decreti legislativi e ai decreti governativi in tempo di guerra (evento raro, ma pur sempre possibile), il Parlamento conserva, attraverso la delegazione, pur sempre la prerogativa della iniziativa e delle fondamentali scelte politiche, con controllo della Corte Costituzionale anche sulla conformità di tali atti ai criteri della delegazione; per quanto concerne invece i decreti legge, essi sono provvedimenti provvisori, destinati entro breve termine ad essere convertiti in legge o a perdere efficacia *ex tunc*. In relazione a questi ultimi, tuttavia, si pone il problema di possibili abusi, a sfavore o a favore, sfruttando l'efficacia temporanea del decreto non convertito e, comunque, di effetti a danno della libertà personale, di fatto non eliminabili, verificatisi in tale periodo¹⁷.

Come è stato osservato, «la prassi costituzionale è, del resto, nel senso di affidare alla legge delegata la normativa più complessa, a cominciare dai codici ... col conseguente paradosso che le assemblee legislative, concepite per esprimere la volontà nazionale e la ragione del diritto, si rivelano incapaci di formare le leggi più significative e razionali. E la conseguente esigenza di affidare al Governo la tradizione in testi normativi dei principi e criteri, fissati con rigore tecnico, chiarezza, analiticità, dalla legge delega; e la previa formulazione tecnica di tali testi da commissioni (non assembleari) ricche di competenze e realismo»¹⁸. Costituzionalmente censurabili sono, comunque, certe tendenze ad

¹⁶ Si veda in tal senso S. FOIS, *Rinvio, recezione e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 574 ss. Si v. anche E. DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50 ss.

¹⁷ Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 161 ss.

¹⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Padova, 2011, p. 53.