

**REPETITA (NON) IUVAUNT:
UNA RIFLESSIONE 'A CALDO' SULLE DISPOSIZIONI PENALI
DI CUI AL RECENTE D.L. N. 93/13, CON. IN L. N. 119/13, IN TEMA DI
'FEMMINICIDIO'**

di Elio Lo Monte

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La struttura del recente provvedimento. – 3. Le modifiche degli artt. 61 c.p. e 572 c.p. – 4. Le innovazioni in tema di violenza sessuale. – 5. Ancora 'correzioni' degli atti persecutori. – 6. (segue) Il 'nuovo' ammonimento del questore. – 7. L'ammonimento del questore in ipotesi di violenza domestica. – 8. Gli stranieri vittime di violenza domestica. – 9. La violenza alle donne: tra la mancata attuazione della Convenzione di Istanbul e la necessità di una risposta multiagenziale.

1. Premessa

Con un tempismo da far invidia ai migliori cronometristi è arrivato sotto la canicola agostana l'ennesimo pacchetto sicurezza (d.l. n. 93 del 14 agosto, conv. in l. 15 ottobre 2013 n. 119). Lo strumento adoperato, infatti, è quello solito del decreto legge ancorato – secondo consuetudine – ad esigenze di straordinarietà e urgenza, pur trattandosi di argomenti presenti da tempo nell'agenda dei lavori parlamentari¹. Il provvedimento si apre, non a caso, con la classica locuzione "disposizioni urgenti", divenuta ormai un vero e proprio 'marchio di fabbrica' della recente legislazione, a conferma di una condizione emergenziale che può dirsi endemica².

Un intervento legislativo dettato dalla 'fretta' e, in quanto tale, non privo di lacune che, verosimilmente, saranno fonte di difficoltà in sede di applicazione. Anche ad un sommario sguardo d'insieme è facile cogliere, accanto ad apprezzabili finalità, profili problematici di non poco momento connessi ad una tecnica di normazione non immune da difetti.

Come già verificatosi in passato, si assiste a tediosi passaggi costruiti su roboanti dichiarazioni che, in una sorta di gara ad accaparrarsi la 'primogenitura' del rimedio approntato, vengono affidati all'immediatezza del *web*³.

¹ Il ddl – Atto Senato n. 3390, recante: "Ratifica ed esecuzione della convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011 e norme per la promozione della soggettività femminile e per il contrasto al femminicidio", è stato presentato in data 4 luglio 2012; ancor più risalenti sono le proposte di legge in tema di violenza contro le donne.

² Una tale situazione è stata puntualmente definita di 'perenne emergenza', cfr. il lavoro di MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2^a ed., Napoli, 1987.

³ E' già stato posto in risalto il dato per cui accanto ad un consenso interno opera un altro consenso ricercato per via politica, attraverso i mezzi delle moderne scienze della comunicazione mediale, e quindi

La terminologia non poco demagogica conferma, ancora una volta, che la sicurezza delle persone risente del clima portato da una competizione elettorale quasi permanente⁴. L'immaginario collettivo viene, così, raggiunto da un linguaggio, funzionale ad amplificare il messaggio repressivo, infarcito di espressioni altisonanti da 'guerra santa', da 'crociata', da 'vecchio *far west*'.

E' stupefacente come solo all'annuncio dell'intensificazione della repressione, per fatti già duramente sanzionati – e prima ancora che venisse pubblicato il decreto legge – il *web*, tranne timide eccezioni, abbia registrato una lunga serie di chiose entusiastiche⁵.

Tutto ciò non può meravigliare più di tanto perché anche in questa circostanza – come verificatosi con altri provvedimenti in materia di ordine pubblico – il 'terreno' era stato preparato dalla retorica qualunque che, associata ad immagini di violenza, aveva supportato le spinte diffuse verso una legislazione 'forte', ponendo in risalto, altresì, un'iconografia del 'trasgressore della norma penale' come 'problema', come 'piaga' e, ancor di più, come 'minaccia'⁶.

anche con lo strumento delle manipolazione più sofisticata. Il "consenso manipolato sta alla base della nascita e dello sviluppo progressivo del fenomeno della criminalizzazione a tappeto e della contemporanea perdita di effettività della repressione penale", così MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive*, a cura del Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, p.157.

⁴ E' sufficiente soffermarsi su alcune dichiarazioni rese al momento della presentazione del provvedimento dal Presidente del Consiglio: "Avevamo promesso intervento duro a contrasto di tutto ciò che va sotto nome femminicidio, la promessa ora è mantenuta. Il cuore del decreto è questo, vogliamo dare un segno fortissimo di cambiamento radicale sul tema, un chiarissimo segnale di lotta senza quartiere"; a cui ha fatto da contraltare il Ministro dell'Interno: "Le misure sono drastiche: le Forze dell'Ordine hanno il diritto di buttare fuori di casa il convivente violento ed arresto obbligatorio in flagranza per maltrattamenti contro i familiari".

Com'è stato già evidenziato, con la solita chiarezza, "il sistema della politica ha investito così i suoi pochi denari ancora non sperperati nel grande *business* del secolo: l'affare-sicurezza capace di moltiplicare esponenzialmente ricchezze e consenso. Ed è una gara che – presto annullata la vecchia distinzione tra destra e sinistra – cresce convulsamente senza regole, neppure quelle dettate dal pudore", così PAVARINI, *Il diritto penale per il "nemico"?*.

⁵ Sul rapporto tra scelte di penalizzazione, legislazione simbolica e mezzi di comunicazione di massa cfr., recentemente, SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.* 2010, 1-3, 127 ss.; sulla capacità dei *mass-media* di influenzare le coscienze e sui rischi per la democrazia che il controllo e le manipolazioni degli stessi comporta cfr. LOPORCARO, *Cattive notizie. La retorica senza lumi dei mass media italiani*, Milano, 2005, p. 28 ss.; sulla capacità dei mezzi di informazione di creare e/o di amplificare un'immagine negativa di un dato fenomeno – si veda ad esempio la questione immigrati – cfr. DAL LAGO, *Non-persone, L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2009, p. 72 ss.; sul "problematico e complesso" rapporto tra informazione e sistema penale, cfr., PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.* 208, 6, p. 690 ss.; sui "reciproci influssi tra atti giudiziari e pubblica informazione" cfr. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, p. 7 e *passim*.

⁶ Rileva BAUMAN, *Il buio del postmoderno*, Roma-Reggio Emilia, 2011, p. 37, come le statistiche dimostrino che non stiamo vivendo in un mondo più pericoloso di quanto lo fosse cinquant'anni e cent'anni fa, mentre "sono i sentimenti al riguardo che si sono invertiti, si cerca avidamente qualsiasi informazione che confermi le proprie aspettative di pericolo".

In un siffatto contesto la ricerca di razionali soluzioni politico-criminali lascia il campo a semplicistici interventi, in linea con un populismo spicciolo, di tipo esclusivamente sanzionatorio⁷. Il discorso ufficiale riprende i sentimenti delle vittime⁸ e dei loro familiari; la paura, lo sdegno e la rabbia dell'opinione pubblica, vengono continuamente evocati a sostegno dell'esigenza di esclusive politiche repressive⁹.

Ancora una volta lo strumento penale – (mal)inteso come l'unica panacea – risulta caricato di compiti che esulano dalla sua portata e utilizzato per risolvere questioni che richiedono, invece, soluzioni strutturali e di lungo termine. Il diritto penale rischia, cioè, di venire impiegato come antidoto per disinnescare possibili momenti di tensione, con lo spostamento delle attenzioni della collettività da argomenti più complessi – si pensi, solo per fare un esempio, ai risvolti della crisi economica – a temi di facile assimilazione.

Il provvedimento a tutela della donna, pur nelle condivisibili aspirazioni, anche ad una prima lettura, risulta inficiato da un errore teoretico di fondo: quello cioè di considerare il grave e complesso fenomeno della violenza una mera questione di ordine pubblico o, peggio ancora, causa di 'allarme sociale', e trattarlo sbrigativamente con lo strumento penale, mentre, a nostro avviso, si tratta di un problema che presenta, innanzitutto, marcati aspetti di natura socio-culturale. Per tali motivi la sola risposta penalistica appare inadeguata, se non preceduta ed inserita in un più ampio contesto di interventi organici non solo in tema di violenza contro le donne ma sulla violenza più in generale. Sotto questo profilo il recente provvedimento non appare pienamente in sintonia con la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne, adottata a Istanbul dal Consiglio d'Europa l'11 maggio 2011, e resa esecutiva in Italia con l. n. 77/13¹⁰.

Sia chiaro: non è nostra intenzione rinnegare momenti di repressione a fronte di comportamenti connotati da dannosità sociale; allo stesso modo, non intendiamo sottovalutare il problema delle violenze commesse in danno di determinate categorie di persone che vivono situazioni di particolare disagio. Ma, con questo provvedimento la donna diventa debole per legge: nulla viene previsto, cioè, per la rimozione delle cause all'origine del problema, che resta l'unica strada per l'affermazione di quella 'soggettività femminile' richiamata dalla Convenzione di Istanbul e, dunque, per l'auspicabile (reale) tutela della donna.

⁷ Evidenzia PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9, p. 1077, come la "scala delle cornici edittali" sia andata dispersa, anziché ispirarsi ad un coerente sistema di valutazioni di gravità in termini di meritevolezza e bisogno di pena.

⁸ Sulle vittime della criminalità violenta chiamate ad assicurare un volto pubblico alla legittimazione della guerra alla criminalità, cfr. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, (Oxford 2007), Milano, 2008, p. 98.

⁹ Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr., GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001), tra. it. di A. CERETTI-F. GIBELLINI, Milano, 2007, p. 69 ss.

¹⁰ V. *infra* § 8.

2. La struttura del recente provvedimento

Il recente provvedimento – pur etichettato, sin dal primo momento, come decreto-femminicidio – poi convertito in legge, racchiude i settori più disparati che hanno un comune denominatore facilmente individuabile nel rigorismo sanzionatorio.

E' l'intero sistema che risulta per l'ennesima volta 'stravolto': sul piano politico criminale, spiccano semplicistiche soluzioni finalizzate all'ampliamento delle possibilità di irrogare misure *ante* o *praeter delictum*; all'accentuata utilizzazione di istituti precautelari; alla forte anticipazione dell'intervento penale di cui ne risulta dilatato il campo di azione¹¹. Non è questa la sede per soffermarci sulle conseguenze del considerevole ampliamento del penalmente rilevante, ma a darci l'idea dell'esatta portata del problema è sufficiente richiamare le riflessioni precedentemente svolte da Autorevole dottrina quando sostiene che l'ipertrofia del diritto penale "trova il suo *humus* nella concezione promozionale, che presenta una spiccata sintonia con le coordinate di uno Stato autoritario. La continua proliferazione di leggi penali, il loro accentuato simbolismo, la produzione di esiti normativi non senza ragione definiti schizofrenici, hanno prodotto una situazione di gravissima confusione che rischia di risolversi in una situazione di delegittimazione del sistema penale in quanto tale"¹².

In questo 'zibaldone della deterrenza' si fanno rientrare le questioni più disparate: non solo il femminicidio (sorvolando sul brutto neologismo che evoca una dimensione senza anima, meno completa, rispetto al più nobile e ricco termine 'donna'; più appropriato, riteniamo, il lemma 'ginecidio'); ancora modifiche degli atti persecutori nonostante i palesi vizi di costituzionalità che la fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., a nostro sommo avviso presenta¹³; pene inasprite per le rapine commesse su persone di età superiore ai 65 anni o in presenza di persona al di sotto dei

¹¹ L'ampliamento del penalmente rilevante per fatti abbondantemente sanzionati, comporta i noti problemi di cd. tipicità doppia o plurima (sul tema già SGUBBI, *Meccanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 319 ss.) che scaturiscono proprio dalla "artificiale, casistica, proliferazione di fattispecie" identiche (cfr. MOCCIA, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Crit. dir.*, 1-2-3, 2006, p. 22). Si tratta di un raffinato meccanismo – rinvenibile nel codice Rocco – utilizzato dal legislatore repubblicano per ampliare il sistema delle incriminazioni; quest'ultimo risulta strutturato in modo tale da contemplare, per uno stesso comportamento oggettivo, margini larghissimi di pena edittale in base alla norma che il giudice ritiene di applicare. Una delle conseguenze dell'ipertrofia incriminatrice-repressiva, spesso in funzione simbolico-espressiva, non è data solo dalla caduta di effettività, con questa concorrono i guasti in tema di obbligatorietà dell'azione penale. In tali ipotesi, è rimessa alla prassi di provvedere all'efficienza della legge, con la conseguenza che il magistero penale non essendo in grado di perseguire ogni sospetto di reato, è costretto ad agire in maniera selettiva, con gravi ripercussioni sul principio di cui all'art. 112 Cost., dando vita, così, a quel fenomeno cd. di depenalizzazione di fatto, del tutto avulso da una razionale politica criminale.

¹² Così MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 60. Sui rischi portati, dall'esercizio simbolico della minaccia penale, sul rapporto tra 'penalità minacciata e penalità agita', cfr. PAVARINI, *La "penitenziarizzazione" della giustizia penale*, in AA.Vv., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 1998, p. 177.

¹³ In proposito ci sia consentito richiamare il nostro *Una nuova figura criminosa: lo 'stalking' (art. 612-bis c.p.). Ovvero un altro, inutile, 'guazzabuglio normativo'*, in *Ind. pen.*, 2010, pp. 479 ss.

18 anni (art. 7 co. 2 lett.b); una norma *ad hoc* per il furto di “componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica” (art. 8 co.1 di modifica dell'art. 625 co. 1 c.p.)¹⁴; disposizioni anti-tav; *cyberbullismo*; riduzione delle forze armate; una nuova disciplina per la Protezione civile; frode informatica (art. 9); modifiche all'art. 682 c.p, in tema di “Ingresso arbitrario in luoghi ove l'accesso è vietato nell'interesse militare dello Stato” (art. art. 7 co. 4), e finanche disposizioni per il potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 11), o relative alle “Gestioni commissariali delle province” (art. 12). In questa miscellanea legislativa si trova davvero di tutto: perfino “Disposizioni finanziarie concernenti l'accelerazione degli interventi del PON Sicurezza nelle regioni del Mezzogiorno, il comparto sicurezza e difesa e la chiusura dell'emergenza nord Africa” (art. 6). La l. n. 119/13 ha, in sede di conversione del decreto, aggiunto, tra l'altro, “Interventi a favore della montagna” (art. 11-bis); “Disposizioni finanziarie per gli enti locali” (art. 13-bis); e perfino “Disposizioni concernenti l'uniforme del personale e la bandiera del Dipartimento della protezione civile” (art. 10-bis).

E poi i classici stravolgimenti di natura processuale: uno su tutti la proroga dell'arresto differito per gli *ultras* del calcio¹⁵. Con la nuova normativa risultano ampliate anche le possibilità di procedere all'arresto obbligatorio; del resto, l'art. 380 c.p.p. è una norma continuamente ‘aggiornata’ dal legislatore i cui interventi ne hanno ormai sfigurato l'originaria stesura.

Si ha le netta impressione che l'oclocrazia abbia preso il sopravvento sull'effettività della risposta, come dimostra la prospettazione, in un impeto

¹⁴ Più semplicemente si tratta di una fattispecie nata per contrastare il fenomeno del furto del rame in danno delle Ferrovie dello Stato; risulta così modificato un settore già ampiamente disciplinato, e con rigore, dalla normativa in materia di delitti contro il patrimonio il cui ambito di operatività viene ampliato da un ricco elenco di circostanze aggravanti. Innovazioni che questo settore, com'è noto, non richiedeva, se solo si riflette sulla struttura del sistema dei reati contro il patrimonio disegnato dal codice Rocco. Sui criteri accentuatamente repressivo-deterrenti, il cui regime sanzionatorio, appare iperbolico perfino rispetto ai criteri, generalmente rigoristici seguiti dal codice Rocco nella predisposizione delle risposte statuali, cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 13 ss.; ID., *Considerazioni de lege ferenda, sulla sistematica dei reati contro il patrimonio* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 410 ss. a cui si rinvia per una risistemazione dell'intera materia in una prospettiva di riforma. Del resto, non è privo di rilievo il dato secondo cui il sistema sanzionatorio a tutela del patrimonio s'inseriva, armonicamente, in un più ampio contesto, finalizzato a riconoscere, mediante l'inflizione di dure sanzioni speciale risalto all'autorità ed alla personalità dello Stato. Sugli eccessi rigoristici del meccanismo sanzionatorio nel sistema dei reati contro il patrimonio, cfr. nell'ambito di una letteratura vastissima SGUBBI, *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 332; MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino 1995, IX, p. 278 ss, in particolare p. 292 ss.; MANTOVANI, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Enc. giur. Trec.*, XXII, Roma, 1990, p. 1 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Vol. II, tomo II, Bologna 2007, p. 7 ss.

¹⁵ Sul punto ci permettiamo richiamare i nostri, *L'ossimoro emergenziale (l. n. 41/07) in materia di repressione della violenza negli stadi: ovvero quando il legislatore 'va nel pallone'*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 431 ss.; e *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi: un 'calcio' ai teppisti e due ai principi dello Stato di diritto*, in *Cass. pen.* 2005, 4, p. 1463 ss.

populistico, di corsie preferenziali per i processi di femminicidio e maltrattamenti, dimenticando i tanti casi di denegata giustizia, connessi ai tempi del processo e all'ingolfamento della macchina processuale¹⁶.

3. Le modifiche degli artt. 61 c.p. e 572 c.p.

L'art. 1 del d.l. n. 93/13 rubricato: "Norme in materia di maltrattamenti, violenza sessuale e atti persecutori" al comma 1 stabiliva: "All'articolo 572, secondo comma, del codice penale, dopo la parola: 'danno' le parole 'di persona minore degli anni quattordici' sono sostituite dalle seguenti: 'o in presenza di minore degli anni diciotto'".

La legge di conversione (n. 119/13, art. 1 co. 1-bis) abroga il secondo comma dell'art. 572 c.p. – solo per inciso, a distanza di appena un anno dal suo inserimento ex art. 4 l. n. 172/12 – e modifica l'art. 61 con l'introduzione (ad opera dell'art. 1 co. 1) del nuovo numero 11-*quinquies* che così dispone: "*l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'articolo 572, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza*".

La disposizione di cui all'art. 572 co. 2, com'è noto, prevedeva un aumento di pena per il fatto commesso in danno di persona minore degli anni quattordici di modo che l'aggravamento di pena si giustificava, verosimilmente, perché la violenza cadeva su soggetti particolarmente vulnerabili.

Dopo le modifiche di cui alla l. n. 119/13 ne scaturisce la seguente circostanza aggravante se il fatto è commesso: "*in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza*". Discende da ciò un ampliamento del penalmente rilevante in quanto l'aggravamento di pena viene irrogato non solo per le ipotesi di maltrattamento di cui all'art. 572 c.p., ma anche in tutti i casi di delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, qualora venga commesso su una persona minore degli anni diciotto o alla presenza di un minore (cd. violenza assistita). La nuova circostanza aggravante include, pertanto, quella fascia di soggetti, da 14 a 18 anni, che prima – con riferimento ai maltrattamenti – era esclusa dalla previsione sanzionatoria.

Rispetto al decreto legge il provvedimento di conversione aggiunge la locuzione: "*ovvero in danno di persona in stato di gravidanza*"; ora se è chiara la volontà del legislatore di inasprire il regime sanzionatorio nei casi di delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale quando il fatto venga posto in essere contro una persona in stato di gravidanza, qualche problema solleva

¹⁶ E' stato già rilevato che tra le cause di ineffettività del sistema penale rientra anche "l'insufficienza dei mezzi a disposizione delle varie istanze di controllo della legalità dei comportamenti umani" da MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit. p. 125, a cui si rinvia per una puntuale analisi, sul piano più generale, delle ragioni che hanno determinato la crisi dell'effettività della risposta penalistica (p. 60 ss.; p. 117 ss.).

l'inciso perché la stessa locuzione la si ritrova tra le aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p. dopo le modifiche apportate dall'art. 1 co. 2 della legge di conversione¹⁷.

Al di là dei profili problematici in ordine al rapporto tra circostanze aggravanti speciali e comuni e sui criteri di imputazione, con particolare riferimento al coefficiente soggettivo, di cui all'art. 59 c.p., va posto in evidenza il dato per cui l'attuale regime sanzionatorio ex art. 572 c.p. – si prenda ad esempio il caso di lesione gravissima commessa in presenza di un minore – supera, e di non poco, il livello di pena previsto per l'omicidio preterintenzionale. Sotto il profilo della proporzione qualcosa stride.

4. Le innovazioni in tema di violenza sessuale

L'art. 1 co. 1-ter l. n. 119/13 ha sostituito il n. 5 dell'art. 600-ter co. 1 con la seguente disposizione: *“nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, il tutore”*. Evidentemente, considerazioni di politica criminale hanno portato il legislatore ad inasprire il regime sanzionatorio, nei casi di atti sessuali posti in essere da determinati soggetti in danno, appunto, di persone minorenni.

Sempre in tema di violenza sessuale il decreto legge n. 39/13, art. 1 co. 2 – non modificato sul punto dalla legge di conversione – dopo il numero 5-bis) ha aggiunto i seguenti numeri: *“5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza”* e *“5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza”*.

Dunque, il sistema delle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p. viene esteso alle due nuove categorie di soggetti individuati nei numeri 5-ter e quater.

L'innovazione offre il fianco a qualche riflessione di tipo dommatico e politico-criminale.

Sul piano politico-criminale l'aggravante di cui al co. 5-ter rischia di essere discriminatoria nei confronti di alcune categorie di donne. Se, *prima facie*, appare giustificato un aumento di pena in presenza di vittime che siano in stato di gravidanza, oppure si tratti di mogli, compagne o fidanzate dell'aggressore, perché usare violenza su una donna incinta o su una persona che ha un vincolo di fiducia con chi l'aggrede è un fatto certamente più grave, è altrettanto vero che tale aumento di pena rischia di porsi in termini discriminatori verso le donne che non hanno figli e non hanno legami con un *partner*. Non si comprende per quale motivo l'omicidio di una donna nubile, non madre, non legata affettivamente a qualcuno debba essere considerato un fatto meno grave.

E, in secondo luogo, c'era realmente bisogno di questa circostanza quando l'art. 61 c.p. prevede al n. 5 l'aggravante della cd. minorata difesa? Non pare possano avanzarsi dubbi sul dato per cui una donna incinta si trovi in uno stato di particolare

¹⁷ V. *infra* § 4.

debolezza. E ciò vale anche con riferimento alle altre categorie prima richiamate, se solo si riflette sull'ampia lettura che la giurisprudenza ha dato della minorata difesa.

Per i giudici di legittimità, infatti, sussiste l'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. anche in presenza di semplici "condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa"¹⁸, oppure quando la difesa non sia del tutto impossibile "ma semplicemente ostacolata"¹⁹, per condizioni "di tempo o di luogo, ovvero perché si tratta di persona debole o incapace di difendersi per deficienze psichiche o fisiche"²⁰. Del resto, l'impiego del verbo 'profittare' sottintende proprio la volontà di trarre un vantaggio dalle circostanze inerenti alla situazione data²¹, onde basta (secondo la prevalente opinione che ne rimarca la natura oggettiva)²² che il soggetto abbia tratto obiettivamente vantaggio dalla particolare situazione sebbene senza conoscerla, purché conoscibile²³. Anche da un punto di vista meramente sanzionatorio la circostanza aggravante della minorata difesa – oltre a risolvere i problemi di concorso di circostanze – riesce ad essere maggiormente 'incisiva' rispetto a quanto stabilito dalla circostanza aggravante speciale di cui al n. 5 dell'art. 609-ter c.p., consentendo l'inflizione di una pena più dura. La norma da ultimo richiamata disciplina una circostanza già prevista dal n. 11-*quinquies* dato il riferimento ai delitti non colposi contro la libertà personale.

Sotto il profilo dommatico, qualche problema solleva il riferimento alla locuzione "relazione affettiva" di cui al co. 5-*quater* e che compare anche nella fattispecie degli atti persecutori; la stessa formula viene adoperata nell'art. 3 co. 1 d.l. n. 93/13 in tema di violenza domestica.

Non diversamente dall'art. 612-*bis* c.p. anche nella previsione dell'aggravante di cui all'art. 609-ter viene utilizzata la locuzione 'relazione affettiva' senza alcuna

¹⁸ Cfr. Cass. pen. sez. V, 23 febbraio 2005, n. 14995, in *CED Cass.* 231359, secondo i giudici di legittimità, la circostanza aggravante dell'aver approfittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa "è integrata per il solo fatto, oggettivamente considerato, della ricorrenza di condizioni utili a facilitare il compimento dell'azione criminosa, a nulla rilevando che dette condizioni siano maturate occasionalmente o indipendentemente dall'azione del reo" (fattispecie relativa ad omicidio commesso nei confronti di una donna all'ottavo mese di gravidanza); conf. Cass. pen. sez. II, 8 luglio 2004, *ivi* n. 230244.

¹⁹ Cfr. Cass. pen. sez. I, 29 ottobre 1981, in *Giust. pen.*, 1982, p. 471 ss., ipotesi di furto commesso in un'abitazione, sita in campagna, in ore notturne, approfittando dell'assenza dei proprietari andati in vacanza; nello stesso senso cfr. Cass. pen. sez. I, 7 gennaio 1988, in *Riv. pen.*, 1989, p. 727 ss. relativamente ad una rapina consumata in ore notturne in danno di un gestore di distributore di carburante che dormiva solo nel chiosco; Cass. pen. sez. II, 22 marzo 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 484, che ha ritenuto applicabile la circostanza della minorata difesa in tema di rapina "consumata in aperta campagna e in ora notturna"; Cass. pen. sez. I, 18 marzo 1993, in *Giust. pen.* 1995, p. 211 ss. con riferimento al caso in cui la vittima di un reato sia stata colta di sorpresa nell'abitacolo di un'autovettura ferma.

²⁰ Cfr. Cass. pen. sez. I, 18 febbraio 1991, in *Giust. pen.*, 1991, p. 472 ss. Ricostruiscono l'aggravante della minorata difesa come insieme di situazioni, legate a fattori ambientali o personali, per effetto delle quali la vittima non può adeguatamente difendersi, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2004, p. 348.

²¹ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, sesta ed., p. 436.

²² Cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, terza ed., p. 444; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1987, I, p. 576.

²³ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, settima ed., p. 411.

specificazione, rimettendo di fatto alla discrezionalità del giudice l'onere di colmare le lacune della norma, laddove "il vincolo del giudice alla legge è senza alternative"²⁴.

Dalla disposizione di cui all'art. 609-ter si ricava che la circostanza aggravante opera non solo nei confronti del coniuge, ancorché separato o divorziato, ma anche nei riguardi dell'innamorato, del fidanzato, del convivente o, per fare un esempio, anche dell'ex compagno/a di una relazione omosessuale. La locuzione 'relazione affettiva' include, pertanto, qualunque tipo di rapporto affettivo, benché di tipo amicale, e se tutto ciò può essere valutato – nell'ottica repressiva della norma – addirittura in termini positivi nella misura in cui amplia la portata della fattispecie, indirizzandosi verso qualunque persona, resta irrisolto il problema di stabilire quando si ha una 'relazione affettiva'. Sul punto, la norma presenta profili di indeterminazione, perché sarà solo il giudice, successivamente alla verifica dei fatti, a stabilire che tra due persone vi era una relazione affettiva, con la conseguenza di rimettere alla completa discrezionalità del giudice la sussunzione del caso realmente verificatosi nella fattispecie incriminatrice astratta, con tutte le conseguenze derivanti da possibili applicazioni oscillanti. Del resto la locuzione 'relazione affettiva' non è stata oggetto di soverchio approfondimento da parte della prassi utile a 'spiegarne' la portata; sebbene in tutt'altro ambito, si richiamano "caratteristiche di stabilità e tendenziale definitività in modo da rendere evidente la sussistenza di una relazione affettiva interpersonale fondata su una duratura comunanza di vita e di interessi, assimilabile nei fatti ad un vero e proprio rapporto familiare"²⁵. In materia di atti persecutori la copiosa giurisprudenza, invece, si limita a richiamare l'espressione senza alcuna precisazione.

Le difficoltà quindi non mancano: il lemma 'affettività' è utilizzato in ambito psicologico per indicare l'insieme dei sentimenti e delle emozioni di un individuo oltre al carattere assunto da un particolare stato psichico. Non è questa la sede per soffermarsi sulle riflessioni aristoteliche svolte nel 'De Anima' – secondo cui il termine 'affezione' designa tutto ciò che nell'anima accade, cioè qualsiasi modificazione che essa subisce – ma ci basta sapere che individua ogni stato, condizione o qualità che consiste nel subire un'azione o nell'essere influenzato o modificato da essa²⁶.

Alla luce delle succinte considerazioni appena svolte discende il dato per cui la verifica di stati attinenti alla psiche delle persone non si palesa operazione tra le più semplici, proprio perché vengono in risalto sensazioni, emozioni dell'animo, la cui oggettivizzazione appare per molti versi impossibile da provare in un processo. Senza addentrarci su problemi di più ampio respiro in tema di causalità psichica²⁷, la locuzione 'relazione affettiva' postula, com'è stato nitidamente sostenuto, "una relazione tra la condotta dell'autore e la risposta reattiva di un altro soggetto"; la questione si presenta in tutta la sua rilevanza perché "un soggetto agisce non

²⁴ Così HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 75.

²⁵ Cfr. Cass. pen. sez. IV, 27 giugno 2001, n. 35121, Rigamonti, *Cass. pen.* 2002, p. 3818.

²⁶ Sul punto si rinvia a ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, voce *Affezione*, Novara, 2006, vol. 10, p. 20 ss.

²⁷ Su cui cfr. recentemente le considerazioni svolte da RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 3, p. 815 ss. e SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico*, Napoli, 2004, p. 194 ss.

direttamente su un oggetto materiale, bensì influisce indirettamente sull'evento interferendo nell'esercizio della libertà di un'altra persona"; e, ancora, "il diritto penale, come disciplina che tematizza espressamente le relazioni comunicative nella vita sociale, implicanti interazioni tra la ragione e la volontà delle persone, nonché tra i loro sentimenti, atteggiamenti psichici, aspirazioni, desideri, passioni, si edifica su una trama ininterrotta di giudizi relativi agli effetti e ai significati, sempre diversi e cangianti, del condizionamento reciproco della condotta di uno o di alcuni uomini rispetto alla condotta di altri"²⁸.

5. Ancora correzioni degli 'atti persecutori'

Il comma 3 dell'art. 1 della legge di conversione del d.l. n. 93/13 modifica l'art. 612-*bis* c.p. in tema di atti persecutori prevedendo:

"a) il secondo comma è sostituito dal seguente:

"La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici".

Dalle innovazioni appena richiamate discendono tutta una serie di conseguenze.

In primo luogo, l'innovazione con riferimento all'inciso 'è o è stata legata da relazione affettiva' va accolta con favore perché la versione originaria della fattispecie in tema di atti persecutori prevedeva una differenziazione sanzionatoria del tutto ingiustificata²⁹.

²⁸ I passi tra virgolette sono di RONCO, *Le interazioni*, cit., 817 ss. Questa tipologia di fattispecie si sottrae a quella verificabilità empirica richiesta dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza sul plagio (n. 96/1961), per testare la determinatezza della fattispecie incriminatrice, così MANNA, *Il nuovo delitto di atti persecutori e la sua conformità ai principi costituzionali*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, p. 469 ss. sulla "verificabilità empirica", cfr. ID., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2.

²⁹ La locuzione 'legata da relazione affettiva' compariva in due distinte disposizioni dell'art. 612-*bis* c.p. corredate da differente regime sanzionatorio. Infatti, il co. 1 sanzionava con la reclusione da sei mesi a quattro anni colui che minacciava o molestava in modo da ingenerare un fondato timore per l'incolumità non solo della vittima ma anche di una persona legata alla vittima da relazione affettiva. Il co. 2 disciplinava un'aggravante comune se il fatto fosse stato commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato – o come riportava la norma – "o da persona che sia stata legata da relazione affettiva". La differenza andava individuata nell'uso temporale delle due formule: al presente nel comma primo, e al passato nel secondo comma; nel primo caso se ne deduceva che la relazione affettiva era ancora in corso al momento delle minacce o delle molestie (la norma recava 'legata da relazione affettiva'), mentre nel secondo caso la relazione era terminata (la disposizione enunciava 'sia stata legata da relazione affettiva'). Discendevano, da ciò, però, conclusioni alquanto diverse e, per alcuni aspetti, stravaganti: il semplice atto di separazione, ad esempio, comportava un regime sanzionatorio più grave nonostante l'identità dei fatti; non si comprendeva per quale ragione il mero atto di separazione o divorzio – che nulla aggiungeva sul piano dell'offensività della condotta – potesse comportare un trattamento sanzionatorio diverso.

Il legislatore ha sostituito il termine 'legalmente' con la congiunzione 'anche'; pertanto, risulta ampliata la portata della fattispecie non essendo richiesto – come in passato – uno specifico atto di separazione o divorzio. In sostanza, prima della modifica, l'aumento di pena di cui al secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p. scattava nei confronti del coniuge legalmente separato o divorziato; la norma poteva essere letta nei seguenti termini: "La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge *solo se* legalmente separato o divorziato". Attualmente, invece, con l'inserimento della particella aggiuntiva 'anche' l'aumento di pena si applica in ogni caso al coniuge, *anche se* (con valore di altresì, ugualmente, per di più) separato o divorziato.

In verità l'innovazione appare irrilevante se si riflette sul dato per cui la disposizione contro gli atti persecutori prevede, nel medesimo comma, la locuzione "o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona". La formula appena richiamata è in grado di abbracciare 'anche' le ipotesi di persona separata o divorziata, a meno che non si pensi ad un matrimonio, ad una convivenza o ad una relazione, priva di qualunque affezione.

Come si accennava il legislatore ha inserito in chiusura del secondo comma la locuzione: "ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici". Si tratta di una modifica tesa esclusivamente ad irrogare un regime sanzionatorio più duro quando i fatti di minaccia³⁰ o molestia, di cui al primo comma, siano posti in essere attraverso mezzi informatici o telematici. Una scelta politico-criminale, quindi, che ha portato il legislatore alla determinazione che una minaccia o una molestia commessa, ad esempio, a mezzo *internet* (si pensi all'invio di posta elettronica) sia più grave di una minaccia commessa direttamente dalla persona o con un mezzo diverso da uno strumento informatico o telematico.

Ma può essere vero l'opposto nella misura in cui una minaccia esplicitata direttamente può avere un impatto ben maggiore sulla potenziale vittima. Si pensi a colui che attraverso *internet* spedisca una *e-mail* contenente una minaccia di morte rispetto alla stessa minaccia esternata direttamente nei confronti della persona. Una plausibile chiave di lettura, utile a giustificare la *ratio* di una tale presa di posizione, potrebbe essere individuata nel fatto che il legislatore abbia inteso punire più gravemente la minaccia posta in essere attraverso strumenti informatici e telematici, perché attraverso l'uso di questi mezzi risulta 'più facile' raggiungere la potenziale vittima.

La legge di conversione (n. 119/13) ha modificato il regime dell'irrevocabilità della querela come originariamente prevista dal d.l. n. 93/13. Si tratta di un tentativo, apprezzabile, di ovviare ad alcuni inconvenienti connessi all'impossibilità di remissione della querela, anche se non tutti i profili problematici possono dirsi chiariti.

Infatti, nella versione di cui al d.l. n. 93/13 l'irrevocabilità della querela finiva per limitare le possibilità di agire della donna, non più libera di decidere se continuare o meno l'*iter* processuale. Il rischio era quello che rispetto ad un atto non più revocabile

³⁰ L'art. 1 co. 2-*ter* aggiunto dalla legge di conversione ha inasprito la multa di cui all'art. 612 c.p. elevandola fino ad euro 1032, precedentemente fissata fino ad euro 51.

la donna – per delle considerazioni del tutto personali, si pensi alla presenza di figli – poteva essere spinta a non denunciare il fatto. In sostanza alla violenza dell’agente si sommava la violenza dello Stato, che espropriava la donna della scelta di proseguire o meno il processo.

Dopo le modifiche apportate dalle legge di conversione è consentita la revoca processuale della querela; il legislatore ha cercato, in altri termini, di far fronte ad opposte esigenze: rispettare la piena autodeterminazione della persona offesa ed evitare eventuali indebite pressioni da parte del querelato, affidando al giudice di ‘valutare’ la reale libertà della vittima. Condivisibili, come si accennava, le ragioni delle modifiche anche se, a nostro sommo avviso, residuano almeno due aspetti problematici. Sotto un primo profilo occorre riflettere sul dato secondo cui la revoca processuale, ai sensi dell’art. 340 c.p.p., è non solo quella fatta “con dichiarazione ricevuta dall’autorità procedente”, ma anche quella fatta ad “un ufficiale di polizia giudiziaria che deve trasmetterla immediatamente alla predetta autorità”. Dunque, nella seconda ipotesi di remissione di querela manca quel filtro del giudice che valuta l’assenza di pressioni e, dunque, la libera scelta della vittima. Il secondo profilo problematico attiene alla irrevocabilità della querela “se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all’articolo 612 secondo comma” c.p.

L’inciso “minacce reiterate” potrebbe dar vita agli stessi problemi, come dimostrano i diversi orientamenti giurisprudenziali, sorti in sede di individuazione delle “condotte reiterate” di cui all’art. 612-*bis* c.p.

6. Il ‘nuovo’ ammonimento del questore

L’art. 1 al co. 4 innova l’art. 8, co. 2 del d.l. n. 11/09, convertito con modificazioni dalla l. n. 38/09, in materia di ammonimento da parte del questore relativamente agli atti persecutori sostituendo le parole: “valuta l’eventuale adozione di provvedimenti” con la formula: “adotta i provvedimenti”. Dunque, il precedente alinea: “Il questore valuta l’eventuale adozione di provvedimenti in materia di armi e munizioni” risulta modificato nei seguenti termini: “Il questore adotta i provvedimenti in materia di armi e munizioni”.

Non ci sembra un’innovazione di rilevante portata sul piano concreto.

Attualmente come in passato il questore per poter adottare un provvedimento preventivo in materia di armi dovrà comunque svolgere una ‘valutazione’ dei fatti, ancor di più se si riflette sulla natura cautelare della misura di polizia di sicurezza – naturalmente in grado di restringere i diritti dell’individuo – che viene irrogata in assenza di contraddittorio.

La giurisprudenza amministrativa – pur affermando che non è necessario il compiuto riscontro dell’avvenuta lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale incriminatrice, individuabile nella libertà morale, compromessa dallo stato di ansia e timore che impedisce alla vittima di autodeterminarsi senza condizionamenti, e pur ribadendo che il questore deve soltanto apprezzare discrezionalmente la fondatezza dell’istanza – richiede, comunque una ragionevole certezza sulla

plausibilità e verosimiglianza delle vicende ivi esposte³¹. Pertanto, ai fini dell'ammonimento, pur non essendo richiesta l'acquisizione della prova di fatti penalmente rilevanti puniti dall'art. 612-bis c.p., e seppure nella sfera di un potere valutativo della p.a. contraddistinto da ampia discrezionalità, comunque viene pretesa la sussistenza di un quadro indiziario che renda verosimile l'avvenuto compimento di atti persecutori³².

Ed, infatti, l'art. 8, comma 2 del d.l. n. 11/09 dispone che il questore, ove ritenga fondata l'istanza, adotta l'ammonimento *"assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti"*, previsione inserita al chiaro scopo di consentire al questore stesso di formare il proprio prudente convincimento circa la fondatezza dell'istanza e, comunque, tenendo conto delle risultanze dell'audizione del destinatario del provvedimento di ammonimento, tant'è che l'omesso ascolto rende illegittimo il provvedimento medesimo³³.

Appare plausibile che, al fine di evitare avventate applicazioni, il questore svolgerà un'attenta analisi di tutti gli elementi a sua disposizione, seppur con riferimento alla misura amministrativa dell'ammonimento, gravata da un onere probatorio meno forte rispetto ai rimedi penalprocessualistici³⁴. Dunque, pur muovendosi in un campo contrassegnato da ampia discrezionalità, il questore deve comunque compiere una ponderata attività istruttoria secondo le indicazioni di cui al co. 2 dell'art. 8, e ciò anche alla luce dell'esigenza di armonizzazione con le disposizioni di cui alla l. n. 241/90.

Per tali ragioni riteniamo che il problema relativo alle armi non possa essere trattato diversamente; non a caso si tratta di una disposizione inserita nel contesto del procedimento ammonitorio. L'espressione: *"il questore valuta l'eventuale adozione di provvedimenti in materia di armi e munizioni"* s'inserisce nell'ambito di un più ampio contesto ove il potere di inibire il possesso di armi risulta già disciplinato dagli artt. 10, 11, 42 e 43 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (cd. T.U.L.P.S.)³⁵.

In particolare, l'art. 43 richiama i requisiti della 'buona condotta' e l'affidabilità di non abusare delle armi, la cui assenza comporta la revoca della licenza³⁶.

³¹ Cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 28.06.2010 n. 2639, in *deiuiregiuffre*.

³² Cfr. T.A.R. Venezia Veneto sez. III, 11 luglio 2011, n. 1166, T. e altro C. Min. int. e altro, in *Foro amm. TAR* 2011, 7-8, p. 2272.

³³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2011, n. 5676, in *deiuiregiuffre*; TAR Valle d'Aosta, 17 novembre 2010, n. 68, *ivi*; TAR Liguria, sez. II, 29 aprile 2010, n. 2008, *ivi*.

³⁴ Sulla sufficienza di 'indizi coerenti' ai fini dell'ammissione dell'ammonimento cfr. T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 8 maggio 2013, n. 444, Speranza C. Min. int., in *Redazione Giuffrè 2013*; nello stesso senso cfr. T.A.R. Pescara Abruzzo sez. I, 7 giugno 2012, n. 260, in *deiuiregiuffre*; il provvedimento di ammonimento non presuppone l'acquisizione della prova del fatto penalmente rilevante punito dall'art. 612-bis c.p. ma richiede la sussistenza di un quadro indiziario che renda verosimile, secondo collaudate massime di esperienza, l'avvenuto compimento di atti persecutori, in tal senso cfr. T.A.R. Perugia Umbria sez. I, 10 aprile 2013, n. 226, R. C. Pref. di Perugia ed altro, in *Foro amm. TAR* 2013, 4, p. 1168.

³⁵ Per ulteriori approfondimenti sul processo ammonitorio cfr. PRESUTTI, *L'ammonimento orale come strumento di prevenzione dello stalking*, disponibile [a questo link](#).

³⁶ La giurisprudenza ha avuto modo di specificare: "Quanto agli elementi di fatto da valutare, ai fini della revoca del porto d'armi è sufficiente che sussistano elementi indiziari circa la mera probabilità di un abuso

Il questore, pertanto, oggi come ieri, dovrà comunque svolgere le sue 'valutazioni' al fine di adottare un provvedimento in materia di armi; pertanto, alla nuova formula potrà riconoscersi solo un impatto di natura simbolico-promozionale.

7. L' ammonimento del questore in ipotesi di violenza domestica

L'art. 3 del d.l. n. 93/13, rubricato: "Misura di prevenzione per condotte di violenza domestica", prevede una nuova figura di ammonimento inflitta dal questore.

Non sono pochi i profili problematici che la nuova disposizione solleva; basti pensare al concetto di 'violenza domestica'.

La norma, in sintesi, disciplina il caso in cui venga portato a conoscenza delle forze dell'ordine un fatto – consumato o tentato - riconducibile alle ipotesi di lesioni personali, dalle quale derivi una malattia la cui durata non sia superiore ai venti giorni.

In sede di conversine è stato aggiunto il riferimento alle percosse. Il questore anche in assenza di querela può procedere all'ammonimento dell'autore dopo aver assunto le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti. Il comma 4 dello stesso articolo aggiunge: "In ogni atto del procedimento per l'adozione dell'ammonimento di cui al comma 1 devono essere omesse le generalità dell'eventuale segnalante".

Dunque, in ipotesi di percosse o lesioni personali segnalate al questore, in forma non anonima (il testo del d.l. n. 93/13 utilizzava invece la locuzione 'anche in forma anonima') quest'ultimo attraverso una sua valutazione può procedere ad ammonire l'autore del fatto nonostante l'assenza di querela.

Il legislatore conferisce al questore il potere discrezionale (la norma reca "può") d'intervenire in presenza di alcuni presupposti: che si sia verificato un fatto di percosse o lesioni personali – consumato o tentato nell'ambito della violenza domestica – e, dunque, relativamente alle lesioni con prognosi non superiore a venti giorni; che la notizia del fatto sia stato segnalato alle forze dell'ordine, in forma non anonima. Il questore assunte le informazioni e dopo aver sentito le persone informate dei fatti procede ad ammonire l'agente.

La norma impone, in via preliminare, di stabilire cosa debba intendersi per 'violenza domestica'; un concetto questo alquanto vago e non a caso il legislatore ha cercato di specificarne la portata (art. 3 co. 1 secondo alinea d.l. n. 93/13), seppur con esiti poco lusinghieri, stabilendo che: "si intendono per violenza domestica tutti gli atti, non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia".

dell'arma da parte del privato. Quanto alle condotte possibili a base della revoca, è consolidata la tesi (che vi comprende anche le mere disattenzioni e le mancanze di diligenza) per cui ai fini della revoca del porto d'armi, "abuso" dell'arma non è solo il suo uso illegittimo, ma anche l'omissione delle cautele per impedire che persone diverse dal titolare possano impadronirsene e servirsene", cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2011, n. 901, in *dejuregiuffre*.

Attraverso la locuzione appena richiamata, il legislatore si era limitato a riproporre – senza alcun adattamento – la stessa definizione di cui all’art. 3 lett. b) della Convenzione di Istanbul; la legge di conversione ha stabilito che la violenza domestica si verifica, invece, quando vengono posti in essere “uno o più atti, gravi ovvero non episodici di violenza fisica...” Ma così facendo le carenze di genericità non possono dirsi colmate perché la specificazione del legislatore si traduce in una sorta di pleonaso con il riferimento alla ‘gravità’ e per l’uso della locuzione “non episodici”.

Non episodico equivale a dire ‘non isolato’, ‘non occasionale’, ‘non sporadico’, ‘non infrequente’, ‘non raro’ e, dunque, il questore per accertare la sussistenza della violenza domestica dovrà verificare il carattere ‘costante, frequente, regolare, ricorrente, usuale, consueto’ del fatto di lesioni. Si tratta di un difficile accertamento che deve ricavarsi dalle investigazioni delle forze dell’ordine e dalle dichiarazioni rese dalle persone informate dei fatti. Inoltre, non poco problematico si presenta l’accertamento del requisito della ‘gravità’, in particolare nell’ambito di lesioni lievissime tentate! Appare, poi, naturale domandarsi in caso di difformità tra le dichiarazioni rese dal delatore e la vittima quale delle due avrà maggiore credibilità? A quali delle due il questore darà credito? Ed, infine, la semplice segnalazione, sebbene non anonima, non potrebbe porsi, addirittura, come ulteriore fattore di violenza da parte del *partner*, il quale potrebbe sfogare sulla potenziale vittima la rabbia di essersi trovato al centro di un’indagine da parte delle forze dell’ordine?

Ma anche in ordine alla tipologia delle lesioni la norma evidenzia qualche problema richiedendo una prognosi non superiore a venti giorni. Ne discende che per emettere il provvedimento di ammonimento il questore dovrà accertare la fondatezza di lesioni lievissime, e questo accertamento richiede necessariamente l’intervento di personale medico, che certamente non può essere eseguito senza la collaborazione della vittima. Con la conclusione che il soggetto passivo che ha scelto di non attivare alcun meccanismo si vede coinvolto in un procedimento contro la sua volontà.

Paradossalmente alla violenza del *partner* si somma quella delle Istituzioni seppur giustificata dai migliori intendimenti.

Altra disposizione poco chiara sotto il profilo politico-criminale è la previsione dell’applicazione della misura della sospensione della patente di guida, per un periodo da uno a tre mesi, inflitta al destinatario dell’ammonimento da parte del prefetto su richiesta del questore (art. 3 co. 2). Quale nesso intercorra tra violenza domestica e sospensione della patente di guida non è dato sapere; quasi che per commettere fatti di violenza sia necessaria la patente di guida.

8. Gli stranieri vittime di violenza domestica

Il legislatore ha cercato di farsi carico anche della violenza commessa su persone straniere, innovando, con l’art. 4 co.1 del d.l. n. 93/13, il T.U. immig. attraverso l’inserimento del nuovo art. 18-*bis*. Per effetto di tali modifiche viene riconosciuta al questore la possibilità di rilasciare “un permesso di soggiorno ai sensi dell’articolo 5, comma 6, per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza”. La disposizione, al di là

delle buone intenzioni, appare non poco contraddittoria e presenta chiari profili di incostituzionalità, ponendo in essere una ingiustificata disparità di trattamento tra cittadini italiani e cittadini stranieri.

Secondo il nuovo art. 18-*bis*, al fine di riconoscere tutela alla persona straniera vittima di violenza domestica il questore, anche su proposta dell’Autorità giudiziaria procedente ovvero con il parere favorevole di quest’ultima, rilascia un permesso di soggiorno per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza in presenza di alcuni presupposti previsti dallo stesso co. 1 dell’art. 4. Il permesso di soggiorno può essere rilasciato quando: “siano accertate situazioni di violenza o abuso nei confronti di uno straniero ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità”. Quindi, occorrono precise condizioni e cioè: a) una accertata situazione di violenza o abuso; e per effetto della congiunzione “ed”, b) un concreto e attuale pericolo per l’incolumità della vittima. Il comma 2 dello stesso articolo richiama, inoltre, la “gravità ed attualità del pericolo per l’incolumità personale”.

Ora se si riflette sulla *ratio* del rilascio del permesso di soggiorno e cioè quella di non lasciare la vittima in balia del suo ‘carnefice’, è facile notare che si tratta delle stesse motivazioni sottese all’istituto dell’ammonimento del questore per le ipotesi di violenza domestica.

Non si riesce a spiegare, allora, la ragione per cui il cittadino italiano riceva una tutela anticipata attraverso un intervento preventivo che arriva fino a coprire semplici fatti – anche nella forma tentata – riconducibili al reato di percosse o di cui all’art. 582, co. 2 c.p., e addirittura sia sufficiente anche una segnalazione, seppur non anonima, per l’attivazione della misura, mentre per lo straniero bisogna accertare situazioni di violenza e abuso, talmente gravi da far emergere un concreto, grave, pericolo per l’incolumità personale.

Mettendo a confronto le due norme risalta immediatamente la diversità di trattamento, con la conseguenza che se vengono accertate ‘semplici’ percosse o lesioni oppure uno stato grave anche non episodico, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica, che non mettono in pericolo l’incolumità personale, non è previsto alcun intervento a tutela della vittima. Eppure, le percosse, tanto per fare un esempio, sia alla donna straniera che a quella italiana sono pur sempre ... percosse.

Una simile difformità di trattamento può spiegarsi solo con l’accoglimento di quell’impostazione che ricostruisce la posizione del cittadino straniero, ed in particolare extracomunitario, in termini di soggetto ‘diverso’.

Ma la Carta costituzionale, è appena il caso di evidenziare, non prevede alcuna diversificazione tra soggetti e, soprattutto, non consente alcuna impostazione funzionale a giustificare la penalizzazione del ‘diverso’ che in quanto tale è escluso da alcuni suoi diritti. In sostanza il nostro ordinamento non distingue tra *Menschen* e *Untermenschen* quando fa riferimento alla dignità dell’uomo³⁷; la nostra Costituzione

³⁷ Cfr. MOCCIA, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, a cura dello stesso Autore, Napoli, 2009, p. 160.

pone, è noto, la persona umana, senza alcuna differenziazione, all'apice dell'ordinamento.

9. La violenza alle donne: tra la mancata attuazione della Convenzione di Istanbul e la necessità di una risposta multiagenziale

A nostro modesto avviso, l'errore di fondo in cui incorre il legislatore è, come si anticipava, quello di trattare il grave fenomeno della violenza sulle donne alla stessa stregua di una questione di ordine pubblico e, dunque, da affrontare esclusivamente con lo strumento penale.

Riteniamo, invece, che non è attraverso 'guerre di religione' ancorate a slogan dal 'pugno duro' che lo Stato può rivendicare una propria legittimazione, ma, viceversa, facendosi carico di una razionale politica criminale che richiede, accanto alla repressione di condotte connotate da dannosità sociale, anche la soluzione delle, seppur non facili, questioni di politica sociale³⁸. Le politiche di sicurezza includono anche politiche di prevenzione e repressione della criminalità "ma non si esauriscono in queste. Assumere poi il bene della sicurezza come 'bene pubblico' significa operare per la tutela dei diritti di tutti. La sicurezza non è pertanto un 'nuovo' diritto, ma lo stato di benessere che consegue alla tutela dei diritti di tutti"³⁹.

Ed, allora, prima ancora che di diritto penale a noi pare sia un problema di natura socio-culturale e, per questo, richieda un approccio meno emergenziale ma di tipo strutturale. Una questione così complessa e articolata, ancorché risalente, deve interessare l'intera collettività ai diversi livelli, partendo dalla scuola e dagli istituti professionali dove si formano gli operatori sociali che poi verranno a contatto con questa realtà. La recente risposta (d.l. n. 93/13) capovolge il problema ricorrendo alla mera sanzione penale senza rimuovere le cause. Sotto questo profilo si tratta di una risposta dal respiro corto, perché prende ad oggetto solo la violenza fisica, disinteressandosi di quelle forme di violenza non meno infauste. Anzi in alcuni casi la brutalizzazione della mente o dell'animo può lasciare segni e strascichi profondi e dolorosi come un livido. Eppure rispetto a queste forme di violenza il recente decreto non pare assumere decise prese di posizione: gli stereotipi, le diversificazioni, la sovrastruttura ideologico-patriarcale, i modelli di vita, non ricevono adeguata attenzione da parte legislatore⁴⁰.

³⁸ Più in generale, sul nesso tra questione securitaria e crisi del modello dello Stato sociale, cfr. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Cass. pen.*, 2009, 2, p. 805 ss.

³⁹ Cfr. PAVARINI, *Paure urbane e nuovi dispositivi di sicurezza*, in AA.VV., *Il diritto municipale*, a cura di R. ACQUAROLI, Macerata, 2009, p. 29.

⁴⁰ Nel Preambolo della Convenzione di Istanbul invece, si evidenzia "la natura strutturale della violenza contro le donne, in quanto basata sul genere, e riconoscendo altresì che 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".

La violenza sulla donna è anche la disuguaglianza sociale; ‘violenza’ sono anche le esasperate forme di discriminazione: lavoratrici sottopagate, donne sfruttate, madri *part-time*, lavoratrici precarie, a tacere dei casi di sfruttamento della prostituzione e, più in generale, di mercificazione della donna, solo per citare alcuni esempi; ‘violenza’ è anche tutto ciò che è in grado di annullare l’identità e la libertà della donna. Non è un caso che nel Preambolo della convenzione di Istanbul si faccia riferimento al ruolo ricoperto dal raggiungimento dell’uguaglianza – *de jure e de facto* – ai fini della prevenzione della violenza contro le donne. Concetto ripreso nell’art. 1 lett b) ove si richiama l’esigenza di “contribuire ad eliminare ogni forma di discriminazione contro le donne e promuovere la concreta parità tra i sessi rafforzando l’autonomia e l’autodeterminazione delle donne”.

Ed allora, qualunque soluzione presuppone, innanzitutto, la piena conoscenza del fenomeno nella sua interezza, l’entità, le diverse modalità; tutto ciò implica, preliminarmente, un meccanismo di acquisizione dei dati e di analisi delle statistiche in grado di delineare con sufficiente precisione le dimensioni della questione, la tipologia dei comportamenti violenti, i soggetti interessati (età, *status*, conviventi, donne separate, sposate, madri, figlie, ecc.). Occorrono in sostanza centri di osservazione in grado di monitorare, realmente, l’intero fenomeno e, quindi, evidenziare le varie caratteristiche e/o i punti di criticità. Spesso, ci si affida invece a singoli casi e all’emotività del momento, a volte amplificata oltre misura dal circuito *mass*-mediale per ragioni meno nobili di *audience*.

Un altro passaggio fondamentale è rappresentato dall’effettivo funzionamento dei centri antiviolenza che – dislocati sul territorio in maniera capillare – dovrebbero prendersi cura della donna e allontanarla tempestivamente dalla situazione di disagio. In proposito, in sede di conversione del decreto legge (l’art. 5-*bis* l. n. 119/13) il legislatore ha rimediato ad un precedente vuoto incrementando economicamente il Fondo per le politiche relativo ai diritti e alle pari opportunità. Il decreto, infatti, prevedeva all’art. 5 recante: “Piano d’azione straordinario contro la violenza sessuale e di genere” – rifacendosi, sul piano teorico, alle disposizioni di cui agli artt. 13, 14, 15, 16, 17 della Convenzione di Istanbul – tutta una serie di momenti di “informazione e la sensibilizzazione” (co. 2 lett. a), di potenziamento di assistenza e sostegno per le donne vittime di violenza e per i loro figli attraverso il rafforzamento della rete dei servizi territoriali, dei centri antiviolenza e dei servizi (co. 2 lett.b), di formazione di tutte le professionalità che entrano in contatto con la violenza di genere e lo *stalking* (co. 2 lett c), e così via. Il co. 3 dell’art. 5 aggiungeva, però: “All’attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo si provvede mediante l’utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”. In tal modo si restava nel campo delle buone intenzioni; va salutato, quindi, positivamente la dotazione economica del Fondo, ponendosi – sotto questo profilo – in linea con le indicazioni della Convenzione di Istanbul, resa esecutiva in Italia, che all’art. 8 rubricato “Risorse finanziarie” prevede lo stanziamento di “risorse finanziarie e umane appropriate per un’adeguata attuazione di politiche integrate, di misure e di programmi destinati a prevenire e combattere ogni forma di violenza”.

La soluzione prospettata nel recente provvedimento, inoltre, non appare la migliore risposta perché l'intervento sanzionatorio avviene quando il danno è già stato sofferto; in un settore così delicato che vede coinvolti soggetti più deboli la vera strada era quella di una risposta globale senza l'esclusione del perseguimento di esigenze di protezione.

L'unica prevenzione, però, che si coglie sfogliando il decreto legge n. 93/13 è quella della deterrenza, che oltre a violare le funzioni costituzionali assegnate alla pena (art. 27 co. 1 e 3), finisce per avere sul piano politico-criminale un effetto *boomerang*.

Com'è noto il disposto costituzionale secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, mal si concilia con previsioni sanzionatorie tese ad esaltare prospettive di mera deterrenza e che, oltre a violare il principio dell'integrazione sociale e quindi del libero sviluppo della personalità, risultano particolarmente lesive in rapporto alla tutela della dignità dell'uomo⁴¹. Il reo diverrebbe esclusivo strumento per l'intimidazione altrui e l'entità del provvedimento dipenderebbe in larga misura da considerazioni attinenti al pericolo di fatti illeciti perpetrati da altri soggetti; in contrasto, quindi, anche, con il principio di personalità della responsabilità penale. Sul piano dell'efficienza, non è superfluo ribadire come l'inflizione di una pena eccessiva abbia sul sistema conseguenze ulteriormente negative. Da un lato, il destinatario del precetto giuridico resta, quanto meno, disorientato dal fatto di dover scontare una pena sproporzionata al reato commesso⁴²; dall'altro, l'irragionevolezza della sanzione rende poco credibile il sistema pregiudicando quel fondamentale effetto di orientamento⁴³ che dovrebbe caratterizzare la norma⁴⁴.

Occuparsi solo di percosse e lesioni, di violenze fisiche e omicidi, non significa affrontare il problema nella sua globalità, con concrete possibilità di risolverlo; del resto l'attuale codice è tutt'altro che sprovvisto di fattispecie in grado di sanzionare,

⁴¹ In senso analogo cfr. MOCCIA, *Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Milano, 1987, p. 101; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 97 ss.

⁴² E' stato limpidamente sostenuto, in proposito da BECCARIA: "perché una pena ottenga il suo effetto, basta che il male della pena eccede il bene che nasce dal delitto ...tutto il di più è dunque superfluo, e perciò tirannico", cfr. *De' delitti e delle pene*, cit., 54.

⁴³ In tal senso cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 98.

⁴⁴ Deve ancora rilevarsi che la previsione di pene accentuatamente severe reca con sé il rischio di spinte criminogene. Quando, ad esempio, si minaccia ad un rapinatore la pena di venti anni – pena che per effetto delle aggravanti comuni – sale a livello sanzionatorio dell'omicidio è fatale che lo si induca a trasformarsi da rapinatore in omicida poiché, a conti fatti, il rischio delle due imprese criminali si equivale (in tal senso già MARINCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 53). Con estrema chiarezza, è stato affermato, ancora, dal BECCARIA: "a misura che i supplizi diventano più crudeli, gli animi umani, che come i fluidi si mettono sempre a livello cogli oggetti che li circondano, s'incalliscono; e la forza sempre viva delle passioni fa che dopo cent'anni di crudeli supplizi, la ruota spaventa tanto, quanto prima la prigionia. L'atrocità della pena fa che si ardisca tanto di più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena di uno solo" (cfr. BECCARIA, *op. loc. ult. cit.*).

anche duramente, il 'violento', il molestatore, il vessatore, il violentatore o l'omicida; il sistema delle circostanze aggravanti, gli istituti del concorso di reati e del reato continuato, inoltre, consentono considerevoli aumenti di pena.

Il recente decreto, infine, a nostro sommo avviso, valorizza poco i rapporti tra intervento penale e misure civilistiche che in alcuni casi possono funzionare meglio della risposta penalistica: si pensi solo per esempio al *surplus* di violenza a cui è sottoposta la donna per la celebrazione del processo la cui presenza in alcune fasi è obbligatoria.

Ed, in ultimo, nulla dice il provvedimento con riferimento al *partner* violento per quanto concerne eventuali misure di recupero, magari attraverso speculari forme di trattamento. Il rischio da evitare, riteniamo, sia quello di rimettere all'interno della 'relazione affettiva' o nel contesto familiare, una persona resa ancor più violenta dal mero *stockaggio* in carcere.