

Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2017 (dep. 14 Marzo 2017), n. 12328 – Pres. Di Tomassi – rel. Aprile

circostanze aggravanti comuni – Violenza “assistita” – Violenza di genere

La Corte Suprema, con la sentenza che si commenta, delinea in senso estensivo l’ambito di applicazione della nuova aggravante “semicomune” di cui all’art. 61, comma 1, n. 11 quinquies c.p., introdotta dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, nella parte in cui prevede un aumento di pena per aver commesso alcuni delitti “in presenza di un minore”. Infatti, secondo gli Ermellini, tale espressione non presuppone la commissione del fatto davanti agli occhi del minore – come invece lascerebbe intendere la lettera della disposizione – ma è sufficiente che questi ne abbia avuto percezione, purché di tale percezione l’autore del reato abbia consapevolezza o avrebbe dovuto averla usando l’ordinaria diligenza

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista

Ubi lex voluit dixit, ubi noluit...iudex dixit: sull’interpretazione dell’art. 61, Comma 1, n. 11-Quinquies

SOMMARIO: 1. L’esplosione (mediatica) della violenza di genere e la relativa decretazione d’urgenza. – 2. L’aggravante di cui all’art. 61, comma 1, n. 11 *quinquies* c.p.: genesi e sguardo d’insieme. – 3. L’interpretazione datane dalla Suprema Corte. – 4. Molti entusiasmi e qualche personale perplessità.

1. L’esplosione (mediatica) della violenza di genere e la relativa decretazione d’urgenza.

Sull’onda emotiva suscitata da orribili fatti di cronaca nera, e in conseguenza di una sempre maggiore attenzione dedicata dai media agli episodi di violenza di genere, il Governo Letta emanò il D.L. 14 agosto 2013, n. 93 (fin da subito appellato con il nome di “legge contro il femminicidio”), il cui scopo era illustrato chiaramente nel preambolo, ove si afferma che “*il susseguirsi di eventi di gravissima efferatezza in danno di donne e il conseguente allarme sociale che ne è derivato rendono necessari interventi urgenti volti a inasprire, per finalità dissuasive, il trattamento punitivo degli autori di tali fatti [...]*”. Era dunque necessario, per un Governo ontologicamente debole, dare una risposta forte ad una piaga sociale che, per quanto sempre esistita e probabilmente neppure aggravatasi negli ultimi tempi, veniva ormai sempre più avvertita come odiosa e insopportabile da parte della totalità dell’opinione pubblica. Da qui il ricorso alla decretazione d’urgenza che, per sua natura, raramente si rivela una scelta felice quando si interviene in materia penale, producendo spesso un diritto ipertrofico e propagandistico, che prescinde dagli

Dalle
corti

effettivi dati criminologici.

A onor del vero, va ricordato anche che poche settimane prima, e precisamente il 19 giugno 2013, con il voto quasi unanime del Senato (dopo quello unanime della Camera avvenuto il 28 maggio), l'Italia aveva provveduto alla ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – meglio nota come Convenzione di Istanbul – che, per quanto non ancora in vigore in quel momento, imponendo l'adozione di misure penali ed extra-penali efficaci e dissuasive rispetto alla violenza di genere, aveva certamente favorito la genesi della “legge sul femminicidio”¹.

Molte furono le novità introdotte con quel decreto, sul piano del diritto penale sostanziale, del diritto processuale penale e su quello extra-penale, e altrettante le problematiche sollevate da tali frettolose modifiche, non sempre coordinate tra loro, che in questa sede non possono che essere evocate, limitandoci a ripercorrere sommariamente i passaggi con cui ha preso corpo la disposizione che ha originato la sentenza in commento².

2. L'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 11-quinquies: genesi e sguardo d'insieme.

L'aggravante in questione non era affatto contemplata nel provvedimento originario. Infatti, il decreto legge aveva unicamente previsto di estendere l'aggravante speciale di cui all'art. 572, comma 2, c.p., che fino a quel momento stabiliva un aumento di pena per i maltrattamenti in famiglia consumati in danno di un minore di anni quattordici, anche alle ipotesi in cui il reato fosse stato realizzato “*in danno o in presenza di un minore degli anni diciotto*”; analoga aggravante veniva introdotta all'art. 628, comma 3, n. 3-*sexies*, c.p. in relazione al delitto di rapina³. Lo scopo era dunque quello di equiparare normativamente, sulla scia dei risultati già elaborati dalla giurisprudenza in tema di maltrattamenti, la violenza subita e quella “assistita”, ossia la violenza commessa a danno di terzi al quale il minore è costretto ad assistere e che può avere sullo stesso gravi ricadute a livello psicologico, emotivo, cognitivo e relazionale.

L'aver limitato l'operatività della circostanza ai soli due reati citati aveva però sollevato

¹ La Convenzione di Istanbul è entrata in vigore il 1 agosto 2014, al realizzarsi della condizione ivi contemplata, che prevedeva la ratifica di almeno 10 stati firmatari, di cui 8 membri del Consiglio d'Europa.

² A tal riguardo si rimanda a A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, II/2014, 91-111; E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione “a caldo” sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di “femminicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013; F. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2014, 12-18; F. MENDITTO, *La legge 119/13 in materia di contrasto alla violenza di genere*, in *questionegiustizia.it*, 21 ottobre 2013; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, 430-468; N. STOLFI, *Brevi note sulle nuove norme introdotte dalla L. 119/2013 in materia di violenza di genere*, in *Riv. Pen.*, 7-8/2014, 657-667.

³ L'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 572 c.p. era stata introdotta dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, c.d. Convenzione di Lanzarote, ed era dunque in vigore soltanto da pochi mesi.

qualche riserva: pertanto il Parlamento, in sede di conversione del decreto legge, sopprime le due aggravanti speciali, ha introdotto al suo posto una nuova aggravante comune, da qualcuno definita anche “semi-comune”, in quanto applicabile soltanto ad alcune categorie di reati⁴. Dunque, con la l. 15 ottobre 2013, n. 119, è stato inserito nell’ambito dell’art. 61 c.p. il nuovo numero 11-*quinquies*, che prevede un aggravamento di pena per *“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”*.

Tale circostanza è pertanto applicabile, oltre che al reato di maltrattamenti in famiglia (per espressa previsione), a tutti i delitti non colposi disciplinati dagli artt. 575-593 e 605-609-*duodecies* c.p., compresi dunque alcuni reati che non si caratterizzano affatto per una condotta violenta, come l’omissione di soccorso, in relazione ai quali mal si comprende la funzione che dovrebbe assolvere l’aggravante in questione, soprattutto per ciò che riguarda gli atti commessi alla presenza di un minore. Ne sono invece esclusi, nonostante le critiche, gli atti persecutori, ai quali resta applicabile unicamente l’aggravante speciale di cui al comma 3 dell’art. 612-*bis* c.p. che contempla, tra le altre ipotesi, un aumento di pena fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore o di persona in stato di gravidanza – maggiore rispetto a quello previsto dall’art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies* – ma che non dà rilievo alle condotte cui il minore è costretto ad assistere⁵.

3. L’interpretazione datane dalla Suprema Corte.

La pronuncia in commento rappresenta probabilmente il primo arresto giurisprudenziale in grado di incidere significativamente sulla portata dell’aggravante in questione. Per la verità, la Corte aveva già avuto modo di occuparsi della circostanza in esame, facendone discendere la legittimazione a costituirsi parte civile del minore che abbia solo assistito alla consumazione di uno dei reati contemplati dall’art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies*, sul presupposto, niente affatto scontato, che, in virtù di tale disposizione, anch’egli assuma la qualifica di persona offesa dal reato⁶. Tuttavia, la sentenza in commento, delineando estensivamente la latitudine applicativa di tale aggravante e non soltanto facendone discendere delle conseguenze sul piano processuale, è destinata ad assumere ben altro rilievo.

La vicenda da cui la sentenza in esame origina era stata ricostruita pacificamente dai giudici

⁴ D. PERRONE, *Nuovi sviluppi nella lotta alla “violenza domestica”: ipotesi circostanziali e modulazione della pena*, in *Leg. pen.*, 1-2/2014, 52.

⁵ Tra i critici nei confronti di tale esclusione, si veda *Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93 (Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto alla violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province)*, Relazione a cura dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, a cura di L. PISTORELLI, in *Dir. pen. cont.*, 28 agosto 2013.

⁶ Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403, K., in *Guida al diritto*, 5/2017, 102. Per un primo commento, si veda M. CURTINOVIS, *Violenza in famiglia: anche chi assiste è persona offesa dal reato e legittimata a costituirsi parte civile*, in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2016.

di merito: un uomo aveva colpito a morte la propria convivente con tre colpi di pistola sparati a distanza ravvicinata nella cucina della loro abitazione, mentre i figli minori si trovavano l'uno nel soggiorno attiguo, separato dalla cucina da una porta rimasta aperta, senza però aver avuto diretta visione dell'accaduto, e l'altro nel giardino pertinenziale all'abitazione.

Il giudice di primo grado, con decisione confermata dalla Corte d'appello, aveva condannato l'imputato per omicidio aggravato ex art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies* ritenendo che, anche se i due minori non avevano assistito direttamente al fatto, ne avevano avuto comunque percezione: infatti, il minore che si trovava nel soggiorno aveva iniziato a piangere e urlare, riferendo anche ad una vicina accorsa in aiuto cosa fosse successo, mentre l'altro, uditi gli spari, era immediatamente rientrato in casa, tanto che il padre aveva cercato di chiudere la porta della cucina.

Contro tale decisione aveva proposto ricorso in cassazione l'imputato, senza contestare la propria responsabilità per l'omicidio della convivente, ma lamentando invece l'erronea applicazione dell'aggravante, in quanto i figli non avevano avuto visione diretta del fatto.

La questione, pertanto, verte sul significato da darsi alla locuzione "*in presenza [...] di un minore di anni diciotto*" allo scopo di chiarire se essa presupponga la commissione del fatto "*davanti agli occhi del minore*", come ritenuto dal ricorrente, o se invece sia sufficiente che questi ne abbia avuto "*percezione e consapevolezza*".

Per risolvere la questione – a dire il vero piuttosto sbrigativamente – la I Sezione prende in considerazione le altre fattispecie di parte speciale contenenti la medesima espressione. Assume così rilievo, in primo luogo, la corruzione di minorenni, di cui all'art. 609-*quinquies* c.p., che punisce chiunque compie atti sessuali "*in presenza*" di un infraquattordicenne e allo scopo di farlo assistere. In relazione a tale fattispecie, secondo gli Ermellini, la giurisprudenza di legittimità è orientata a ritenere che la presenza del minore costituisca un "*elemento di fatto attinente la percepibilità dell'atto, non soltanto con il senso della vista*"⁷. In secondo luogo, viene in rilievo l'ormai abrogato delitto di ingiuria (art. 594 c.p.), che richiedeva la commissione del fatto in presenza dell'offeso: anche per la configurabilità di tale reato, la giurisprudenza di legittimità riteneva "*sufficiente che la persona offesa, anche se non sia vista dal soggetto agente, abbia la possibilità di percepire ed effettivamente percepisca le espressioni ingiuriose*"⁸.

Pertanto, la Corte Suprema conclude che ai fini della sussistenza dell'aggravante in esame è sufficiente che il minore abbia avuto percezione del reato, non essendo invece necessario che quest'ultimo sia commesso al suo cospetto.

Infine, un'ultima considerazione è dedicata al regime di imputazione: al pari di ogni altra aggravante di natura oggettiva, a norma dell'art. 59, comma 2, c.p., essa deve essere valutata a carico dell'agente se conosciuta ovvero ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa; pertanto, la stessa dovrà essere imputata all'autore del

⁷ Cfr. Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 12537, R., in *CED Cassazione Penale*, 2015, e Cass., sez. III, 12 marzo 2008, n. 15633, M., in *CED Cassazione Penale*, 2008.

⁸ Cfr. Cass., sez. V, 4 luglio 1975, n. 11909, Alfano, in *CED Cassazione Penale*, 1975.

fatto ogni volta che questi abbia avuto consapevolezza della presenza del minore o avrebbe dovuto averla usando l'ordinaria diligenza.

4. Molti entusiasmi e qualche personale perplessità.

Al momento in cui vengono scritte queste poche righe, si segnalano unicamente commenti entusiastici alla sentenza in esame. È stato infatti sostenuto che *“la ratio dell’inasprimento della pena [...] è costituita dal maggior **disvalore insito in quelle condotte che vengono poste in essere alla portata conoscitiva dei minori**, con tutte le ricadute di tipo psicologico, sociale e cognitivo che esse possono produrre sulla fragile costituzione di un soggetto che non abbia ancora raggiunto la piena maturazione psico-fisica”,* ricadute che sarebbero connesse *“non già alla mera ed inerte presenza del minore all’accadimento delittuoso, ma alla consapevole ‘presa d’atto’ della condotta criminosa in corso di realizzazione”*⁹. O, ancora, si è affermato che *“ritenere che per la configurabilità della circostanza aggravante sia necessario che il fatto si svolga al cospetto del minore [...] significa svuotare la reale portata della disposizione”*¹⁰.

Tale entusiasmo è chiaramente figlio dei tempi che viviamo e non può destare troppo stupore. È figlio, più precisamente, di un protagonismo sempre maggiore che negli ultimi anni le vittime di certe categorie di reati percepiti come maggiormente odiosi – quelli concernenti la sfera sessuale, la violenza di genere e la violenza contro i minori – hanno guadagnato nel panorama legislativo e nella cultura giuridica.

Sia però consentito, a conclusione di questa breve nota, di esprimere qualche perplessità sull'interpretazione adottata dalla Corte Suprema e, più in generale, sui rischi connessi ad un'eccessiva attenzione alle vittime di certi reati. Se già, infatti, appare discutibile la scelta legislativa di aver equiparato le condotte commesse “in danno” e quelle commesse “in presenza” di un minore, come se il disvalore fosse identico, è evidente che, affinché tale equiparazione resti iscritta nei canoni della ragionevolezza, la locuzione *“in presenza [...] di un minore di anni diciotto”* dovrà essere interpretata in senso letterale e restrittivo.

Il concetto di “percezione”, da cui si fa dipendere l'applicazione dell'aggravante in questione, si caratterizza invece per la sua vaghezza, prestandosi ad essere interpretato nei più svariati modi e attribuendo così al giudice di merito un'ingiustificata discrezionalità, con il rischio di decisioni irragionevoli.

Si pensi ad esempio al delitto di maltrattamenti, per sua natura reato abituale che si perfeziona con la realizzazione di condotte ripetute nel tempo: si potrebbe allora sostenere che sia sufficiente la mera presenza di un minore in famiglia affinché l'aggravante risulti

⁹ A. CHIBELLI, *La Cassazione e la latitudine applicativa dell'aggravante di aver commesso il fatto “in presenza di minori”*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2017.

¹⁰ M. TELESCA, *Una nota sull'aggravante della cd. violenza assistita: è sufficiente che il minore percepisca il fatto di reato*, in *giurisprudenzapenale.com*, 12 aprile 2017.

configurata, poiché questi non potrebbe non avere percezione del reato anche senza mai assistere ad un solo episodio di violenza; e tale situazione sarebbe normativamente equiparata non soltanto a quella in cui i singoli e ripetuti atti di violenza avvengano al suo cospetto, ma anche a quella in cui ne sia lui stesso la vittima.

O ancora, prendendo invece ad esempio un qualsiasi reato a condotta istantanea, sarebbe assai difficile tracciare un confine temporale tra la percezione immediata di un fatto, che renderebbe applicabile l'aggravante, e quella solo di poco successiva, che invece non dovrebbe rilevare; ed è evidente che tale confine non potrebbe essere definito in astratto, dovendo piuttosto essere delineato caso per caso; il che equivarrebbe, nuovamente, a spalancare la porta alla discrezionalità dei giudici di merito.

Appare assai più logico, invece, oltre che più aderente alla lettera della disposizione, attribuire alla locuzione "in presenza" il significato di "al cospetto", "davanti agli occhi", e garantirne così un'interpretazione uniforme. D'altronde, in tal modo, si coglierebbe al meglio anche la *ratio* della norma, che, presumibilmente, non dovrebbe essere quella di punire in modo più grave colui che, facendo percepire al minore le sue condotte, provochi allo stesso una serie di conseguenze sul piano psicologico, sociale e cognitivo – anche perché tali conseguenze dipendono da molte variabili non controllabili, non ultima la personalità del minore e il tipo di assistenza ricevuta dopo il fatto – bensì quella di sanzionare maggiormente colui il cui proposito criminoso sia talmente forte da non arrestarsi neppure davanti alla circostanza di essere visto da un minore.

D'altronde, diversamente da quanto farebbe immaginare la mera lettura della sentenza in commento, neppure il criterio ermeneutico sistematico, che la Corte Suprema impiega per risolvere il caso di specie, suggerisce la soluzione estensiva adottata. Difatti, se andiamo a rileggere le sentenze citate con riferimento alla corruzione di minorenni, possiamo agevolmente renderci conto che esse non defiscono affatto il concetto di "presenza", in quanto Cass., sez. III, 29 gennaio 2015, n. 12537, R., non vi fa proprio riferimento, occupandosi piuttosto del dolo specifico del reato, mentre Cass., sez. III, 12 marzo 2008, n. 15633, M., incidentalmente lascia intendere un significato addirittura opposto a quello che oggi si vorrebbe attribuire: la Corte, infatti, si chiedeva se "*ai fini dell'individuazione della condotta tipica e quindi della sussistenza del reato sia necessaria la mera presenza fisica del minore o se essa debba anche essere una presenza consapevole*", sottintendendo quindi che la condotta doveva comunque avvenire al cospetto del minore. Non si comprende, allora, come da queste due sentenze possa ricavarsi oggi che la presenza del minore debba essere intesa quale "*elemento di fatto attinente la percepibilità dell'atto, non soltanto con il senso della vista*".

Analoghe considerazioni possono effettuarsi anche per l'altro reato che la Corte Suprema utilizza come termine di paragone: anche prescindendo dal fatto che si tratta di un delitto ormai abrogato e che l'unico precedente citato nella sentenza in esame risale al 1975, è proprio la tipologia della fattispecie dell'art. 594 a non apparire idonea ad essere posta in correlazione con l'art. 61, comma 1, n. 11-*quinquies*, poiché essa puniva non soltanto le offese arrecate ad una "*persona presente*" ma anche quelle commesse "*mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa*".

Pertanto, per sua stessa natura e formulazione, l'abrogato delitto era strutturato sul discrimine dato dalla circostanza che il destinatario dell'offesa ne avesse avuto o meno percezione, fosse essa visiva, uditiva o conseguenza delle comunicazioni indicate al comma 2.

Dunque, né il criterio ermeneutico sistematico, né tantomeno quello letterale, imponevano la soluzione adottata dalla Corte Suprema, che deve quindi ritenersi frutto di una precisa presa di posizione. Una presa di posizione che, al pari di numerose scelte di politica criminale effettuate dal Legislatore negli ultimi anni, si iscrive in un paradigma oramai dominante, che vede le vittime dei reati quali nuovi protagonisti del diritto penale e processuale. D'altronde, un'opinione pubblica quotidianamente *bombardata* da notizie che – spesso facendo uso di equazioni improprie, come quella tra imputato (o addirittura indagato) e colpevole – lasciano intendere che il nostro sistema punitivo si caratterizzi per un eccessivo lassismo, chiede sempre con maggior insistenza interventi volti ad inasprire le pene, a tutelare la vittime e a ridurre le garanzie per gli imputati, come se quest'ultime non riguardassero la totalità dei cittadini; e sempre di più il Legislatore si lascia condizionare da tale pressione, adottando leggi di tipo propagandistico e demagogico. Nulla di strano, quindi, se questo clima, talora, coinvolge anche alcuni giudici.

GHERARDO PECCHIONI

