

Sommario: 1.1 Aggravante della “minorata difesa”: espresso rilievo alla vulnerabilità della vittima in ragione dell’età - 1.2 Aggravante della clandestinità: non più riferibile agli stranieri comunitari - 1.3 Nuova aggravante per i delitti contro la persona commessi a danno di minori all’interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione - 1.4 Nuova aggravante per il caso di concorso nel reato con minori o seminfermi di mente.

1.1 Aggravante della “minorata difesa”: espresso rilievo alla vulnerabilità della vittima in ragione dell’età

art. 61 n. 5 c.p.

L’art. 1, comma 7, **l. 15 luglio 2009, n. 94** modifica la circostanza aggravante comune della c.d. “**minorata difesa**” inserendo nell’art. 61 n. 5 c.p. un inciso, che attribuisce espresso rilievo all’**età** quale condizione personale che può rendere vulnerabile la vittima, impedendogli di difendersi adeguatamente. L’art. 61 n. 5 c.p. stabilisce oggi che aggrava il reato – comportando un aumento della pena fino a un terzo – “l’**avere profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età**, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa”.

La novella, come risulta dai lavori parlamentari, si spiega con l’originario intento di ampliare la tutela penale nei confronti degli **anziani vittime di reato**: l’originario disegno di legge approvato dal Senato¹ non faceva riferimento all’età *tout court*, bensì alla “età avanzata”. E la ‘minorata difesa’, con il nuovo riferimento all’età avanzata, veniva inserita da quel disegno di legge² anche tra le aggravanti speciali della truffa, proprio con l’intento di garantire agli anziani una maggior tutela nei confronti di quel reato, sempre più spesso commesso a loro danno – come mostrano le cronache – profittando della maggior vulnerabilità che si accompagna all’età senile.

Nel corso dell’esame alla Camera, tuttavia, è venuto meno il riferimento al carattere avanzato dell’età: il legislatore ha infatti scelto, rispetto all’originario intento, di ampliare (o, in altra prospettiva, di non limitare) l’ambito di applicazione dell’aggravante, attribuendo rilievo alla ‘minorata difesa’ a causa dell’età, “avanzata o meno che sia”³: ciò, conseguentemente, anche in relazione all’accennata aggravante speciale della truffa, che l’art. 3, comma 28, l. n. 94/2009 ha inserito nel nuovo art. 640, comma 2, n. 2-*bis*, in base al quale aggrava quel reato l’aver commesso il fatto in presenza della circostanza di cui all’art. 61 n. 5 c.p.⁴. Non può pertanto esservi alcun dubbio sul fatto che tra le situazioni di ‘minorata difesa’ rientrino oggi tanto un’età avanzata, quanto

¹ Cfr. l’art. 1, comma 1, d.d.l. n. S. 733, approvato dal Senato in prima lettura il 5 febbraio 2009. I lavori parlamentari, citati qui e di seguito, possono leggersi in www.camera.it e www.senato.it.

² Cfr. l’art. 17 d.d.l. citato nella nota precedente.

³ Cfr. l’intervento dell’on. Sisto (relatore per la Commissione Giustizia) nella seduta dell’Assemblea della Camera del 30 aprile 2009 (resoconto stenografico, 4).

⁴ Su questa aggravante vedi *infra*, Parte I; Sezione I, Capitolo 23.

un'età giovane, che pure il legislatore ha inteso tutelare, in quanto accomunata da una particolare vulnerabilità⁵.

Il generico riferimento all'età va infatti interpretato alla luce della *ratio* dell'aggravante della “minorata difesa”, da individuarsi nel maggior disvalore del fatto commesso da chi approfitta di una serie di situazioni legate a fattori ambientali o, come nel caso che qui interessa, personali, per effetto delle quali la vittima non può adeguatamente difendersi o essere difesa⁶. Orbene, è evidente che tra i fattori personali di minorata difesa ben può rientrare:

a) un'età **avanzata** che, per decadimento delle capacità fisiche o mentali, renda più agevole l'esecuzione del reato, ovvero;

b) un'età **giovane** – non necessariamente infantile o comunque minore – che renda la vittima particolarmente vulnerabile in ragione della sua inesperienza, dei suoi bisogni o delle sue passioni.

D'altra parte, la legge non ha fatto altro che dare *espresso rilievo* a condizioni di minorata difesa *già riconosciute* in passato dalla **giurisprudenza**⁷. Si legge ad esempio in una massima della Cassazione del 1983⁸ che “la debolezza fisica dovuta all'età senile costituisce una minorazione delle capacità difensive del soggetto che impedisce il tentativo di reazione possibile a una persona giovane e di ordinaria prestanza fisica, particolarmente quando la violenza non venga esercitata con uso di arma o altro mezzo intimidatorio, ma solo con mezzo fisico manuale, e quando risulti che la vittima del reato è stata scelta dall'agente in considerazione dell'avanzata età”.

Prima della riforma in esame la Cassazione ha ad esempio ritenuto configurabile l'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 c.p. nel caso di un furto realizzato ai danni di **anziani ricoverati in una casa di riposo**⁹.

La Cassazione si era d'altra parte già espressa anche nel senso della configurabilità dell'aggravante della minorata difesa in relazione all'età giovane e, in particolare, alla **minore età della vittima**.

Così, ad esempio, in due recenti occasioni la Cassazione ha ritenuto aggravata *ex art. 61 n. 5 c.p.* la **violenza sessuale a danno di minori**: la minorata

⁵ Cfr. Marinucci - Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3 ed., Milano, 2009, in corso di pubblicazione (Cap. XII, par. 9).

⁶ *Ibidem*. Vedi anche, ad es., Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 4 ed. agg., Bologna, 2006, 397.

⁷ Per l'affermazione secondo cui “tra le circostanze di persona cui si riferisce la norma dell'art. 61 n. 5 c.p. debbono annoverarsi l'età senile od infantile” vedi già Cass., Sez. II, 17 maggio 1966, Fissore, in *CED Cass.*, n. 102808. Nel senso che la riforma in esame sarebbe pertanto “superflua” vedi Pisa, *Sicurezza atto secondo: luci ed ombre di un'annunciata miniriforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 7. Vedi anche Della Bella, *L'ultimo atto del “Pacchetto sicurezza”: le novità in materia penale*, in *Corr. merito*, 2009, 711, secondo cui la modifica dell'art. 61 n. 5 c.p., alla luce della pregressa giurisprudenza, non comporta “alcuna novità”.

⁸ Cass., Sez. II, 21 giugno 1983, Picini, in *CED Cass.* n. 162876.

⁹ Cass., Sez. II, 18 giugno 1981, Alecci, in *CED Cass.* n. 152414 e in *Giust. pen.* 1982, II, c. 471.

difesa è stata ravvisata in un caso nella **gracilità fisica** della vittima¹⁰; nell'altro, dove autore del fatto era il padre, nella realizzazione delle ripetute violenze domestiche a danno delle figlie, perpetrate quando la **madre era lontana dall'abitazione** e le figlie, conseguentemente, non potevano invocare il suo aiuto¹¹.

Conformemente a principi affermati dalla giurisprudenza a proposito delle condizioni di minorata difesa¹², va peraltro precisato che l'età rileva, ai fini dell'applicazione della circostanza in esame, solo nel limite in cui abbia **effettivamente ostacolato o diminuito la difesa della vittima**, senza tuttavia pretendere che l'abbia addirittura impedita o resa impossibile¹³. Ne consegue, quanto all'età avanzata, che va ribadito quanto già affermato dalla Cassazione¹⁴ prima della riforma in esame, e cioè che, di per sé – cioè quale mero dato anagrafico – non rileva come condizione personale di minorata difesa se non è accompagnata da un decadimento delle **capacità fisiche o mentali**.

Così, ad esempio, l'aggravante della minorata difesa non sarà configurabile nel caso della rapina commessa a danni di un settantacinquenne in piena forma fisica perché amante delle pratiche sportive e, pertanto, in grado di inseguire e addirittura di immobilizzare il rapinatore (magari dalla corporatura più esile) fino all'arrivo delle forze dell'ordine. Del pari, l'aggravante in esame non sarà configurabile in relazione al tentativo di furto di beni esposti sul banco di un anziano ambulante che, essendo nel pieno delle proprie facoltà mentali e avendo accumulato una grande esperienza della "vita di strada", comprende subito il mezzo fraudolento in atto per la sottrazione dei propri beni e sventa così il furto.

1.2 Aggravante della clandestinità: non più riferibile agli stranieri comunitari

art. 61 n. 11-bis c.p.

L'art. 1, comma 1, **l. n. 94/2009**, senza modificarne il testo, incide sull'**aggravante della "clandestinità"** ("l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale")¹⁵, inserita nell'art. 61 n. 11-bis dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (c.d. Decreto sicurezza), limitandone l'**ambito di applicazione**: "La disposizione di cui all'articolo 61, numero 11-

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. III, 3 aprile 2008, Ronchetti, in *CED Cass.*, n. 240040.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. III, 25 gennaio 2002, Meneguot, in *CED Cass.*, n.221265.

¹² Cfr. ad es. Cass., Sez. I, 18 marzo 1993, Radisi, in *CED Cass.*, n. 197541; Cass. Sez. I, 12 marzo 1991, Bonetti, *ivi*, n. 187649; Cass., Sez. II, 22 marzo 1986, Fruci, *ivi*, n. 173391. Per ulteriori riferimenti vedi Vergine, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini - Marinucci, vol. I, 2 ed., Milano, 2006, art. 61, 791.

¹³ Proprio con riferimento all'età (senile) della vittima vedi Cass., Sez. II, 21 giugno 1983, Picini, *cit.*

¹⁴ Cfr. Cass., Sez., II, 30 marzo 1994, Grillo, in *CED Cass.*, n. 199699 e in *Riv. pen.*, 1995, 1190.

¹⁵ Per l'esame di questa aggravante sia consentito il rinvio a Gatta, in AA.VV., "Decreto sicurezza": tutte le novità, Milano, 2008, 27 s.; Id., *Aggravante della "clandestinità" (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 2 (in corso di pubblicazione) e in www.forumcostituzionale.it.

bis), del codice penale **si intende riferita ai cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi**".

Per effetto di questa disposizione l'aggravante in questione cessa pertanto di essere applicabile nei confronti degli **stranieri comunitari** (ad es., rumeni, polacchi e bulgari, ma anche spagnoli, francesi, inglesi, ecc.).

Così, ad esempio, l'aggravante non potrà essere applicata nei confronti del cittadino rumeno autore di qualsivoglia reato (ad es., di una rapina o di una violenza sessuale), commesso allorché si trovava illegalmente in Italia perché inottemperante a un provvedimento di espulsione emesso dal giudice penale, ai sensi dell'art. 235 c.p. (nella versione del d.l. n. 92/2008), quale misura di sicurezza conseguente alla condanna per un precedente delitto punito in concreto con la reclusione superiore a due anni¹⁶.

Non si tratta di una vera e propria **norma d'interpretazione autentica** – se per tale si intende una norma che chiarisce, con efficacia *ex tunc*, l'*originario* significato di una disposizione – perché la sua portata realmente innovativa è fuori discussione: nella Relazione governativa al disegno di legge n. S. 692, di conversione del d.l. n. 92/2008, si affermava infatti a chiare lettere, in riferimento all'art. 61 n. 11-*bis* c.p., che “la portata della nuova disposizione, evidentemente, ricomprende sia gli “stranieri” di cui all'art. 1 del testo unico di cui al d.lgs. n. 286/1998 (ovvero i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, nonché gli apolidi), *sia i cittadini comunitari*”.

L'*originario* intento del legislatore era pertanto indubbiamente quello di comprendere tra i destinatari dell'aggravante della “clandestinità” *anche* gli stranieri *comunitari* (anch'essi, come mostra l'esempio sopra riportato, possono infatti essere illegalmente presenti sul territorio nazionale): un intento che si spiega, in particolare, con la volontà di riferire l'aggravante ai rumeni, che hanno acquistato lo *status* di cittadini comunitari solo a decorrere dal 1° gennaio 2007 e che, secondo i più recenti dati del Ministero dell'interno, tra il 2004 e i 2006 hanno rappresentato nel nostro Paese, tra gli stranieri, la prima nazionalità per numero di denunciati e arrestati per gravi reati quali l'omicidio doloso, la violenza sessuale, il furto e l'estorsione¹⁷.

La mutata scelta di cui è espressione la disposizione in esame si spiega alla luce delle **pressioni politiche degli organi comunitari**, che hanno da subito denunciato la contrarietà al diritto comunitario dell'aggravante della “clandestinità”¹⁸.

¹⁶ Quanto ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009, in base all'art. 2, comma 4, c.p. la disposizione di cui all'art. 1, comma 1 della legge stessa, in quanto più favorevole, dovrà essere applicata retroattivamente, salvo che sia intervenuta sentenza passata in giudicato.

¹⁷ Cfr. il *Rapporto sulla criminalità in Italia del 2007*, a cura del Ministero dell'interno, 363. Il Rapporto può essere letto in www.interno.it.

¹⁸ Ciò – si noti – prima dell'introduzione della disposizione in esame, ad opera della l. n. 94 del 2009, esponeva l'art. 61 n. 11-*bis* c.p. a censure di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. Sia consentito rinviare, per un accenno, a Gatta, *Aggravante della “clandestinità”: per l'UE è illegittima*, in *Il Quotidiano Ipsoa* del 28 novembre 2008 (<http://ilquotidianoipsoa.it>).

Il Servizio giuridico del Parlamento Europeo, in un parere del 15 settembre 2008 sulla “compatibilità con il diritto dell’UE e i diritti fondamentali” dell’aggravante in esame, ha concluso che, per quanto riguarda la presenza irregolare dei cittadini dell’Unione europea, “*le disposizioni pertinenti del diritto comunitario si oppongono a che una legislazione nazionale stabilisca come circostanza aggravante generale in relazione a un crimine o a un delitto, il solo fatto che la persona coinvolta sia un cittadino di uno Stato membro che si trovi irregolarmente sul territorio di un altro Stato membro*”¹⁹.

Lo stesso parere afferma, inoltre, che la direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione, la giurisprudenza comunitaria, il principio di proporzionalità e di non discriminazione basato sulla nazionalità, la Carta dei diritti fondamentali e i trattati si oppongono ad aggravamenti di pena di tale tipo. Si tratta di conclusioni che hanno trovato conferma nella risposta scritta che il 18 novembre 2008 Jacques Barrot, Commissario UE alla Giustizia, Libertà e Sicurezza, ha fornito ad un’interrogazione²⁰ alla Commissione presentata da due eurodeputati italiani. In tale risposta si legge che “la Commissione ha svolto discussioni bilaterali in cui ha indicato alle autorità italiane le disposizioni ritenute incompatibili con il diritto comunitario. In seguito a tali discussioni, il 15 ottobre 2008 le autorità italiane hanno informato la Commissione che, in relazione al d.l. n. 92/2008 e alla l. 24 luglio 2008, n. 125, il Governo italiano avrebbe provveduto ad inserire una norma interpretativa che avrebbe escluso chiaramente i cittadini dell’Unione europea dal campo di applicazione personale di determinate disposizioni della normativa, tra cui quelle sulle circostanze aggravanti, in linea con le osservazioni della Commissione sull’*incompatibilità di tali disposizioni con il diritto comunitario*”. Ed è del 15 gennaio 2009 la seguente dichiarazione del Ministro dell’interno Maroni, in occasione del vertice dei Ministri dell’Interno dei Paesi dell’UE svoltosi a Praga: “oggi ho incontrato il Commissario europeo alla Giustizia Barrot (...) il quale si è complimentato per la scelta che abbiamo fatto di presentare una interpretazione autentica della norma che chiarisce (...) che l’aggravante di clandestinità non si applica ai cittadini dell’Unione Europea”²¹.

Se la disposizione in esame mette al riparo l’aggravante della clandestinità dalle censure di illegittimità comunitaria, per altro verso introduce, al tempo stesso, un nuovo profilo di **contrarietà al principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.)**, che si somma a quelli – che in questa sede

¹⁹ Il parere è stato richiesto al Servizio giuridico dal Presidente della Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari interni (LIBE) del Parlamento Europeo.

²⁰ L’interrogazione, dalla quale peraltro abbiamo tratto i passi del sopra richiamato parere del Servizio giuridico del Parlamento europeo, è la n. E-5326/08, e può essere letta in www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ=E-2008-5326=IT. La risposta del Commissario Barrot può invece leggersi in www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2008-5326=IT.

²¹ La dichiarazione è stata riportata dall’agenzia di stampa AGI.

diamo per noti²² – già portati da diversi giudici merito al vaglio della Corte costituzionale²³: **perché mai, a parità di illegale presenza sul territorio dello Stato** (si pensi, ad es., alla situazione di due persone entrate in Italia in violazione di un precedente provvedimento di espulsione/allontanamento) **il reato commesso dall'extracomunitario dovrebbe essere più grave di quello commesso dallo straniero comunitario?**

Si faccia questo esempio: un albanese rientrato in Italia in violazione di un provvedimento di espulsione ex art. 235 c.p. commette una rapina. Trattandosi di un extracomunitario illegalmente presente in Italia al momento del fatto la rapina è aggravata e può essere punita con una pena aumentata fino a un terzo. Un rumeno rientrato in Italia in violazione di un provvedimento di allontanamento ex art. 235 c.p. commette anch'egli una rapina. Trattandosi però di un cittadino comunitario, l'art. 1, comma 1, l. n. 94/2009 impedisce che nei suoi confronti possa trovare applicazione l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis*. Si tratta però di fatti uguali (in entrambi i casi rapine), commessi nella stessa condizione (in entrambi i casi, di straniero illegalmente presente in Italia): la maggior pena per il primo fatto è pertanto irragionevolmente discriminatoria, perché fondata, in ultima analisi, sulla nazionalità del reo (un extracomunitario).

La disposizione in esame, va infine segnalato, ha effetti anche di ordine processuale: l'**art. 656, comma 9, lett. a) c.p.p.**, come modificato dal d.l. n. 92/2008, stabilisce che nei confronti dei condannati per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p. non può essere disposta la **sospensione dell'esecuzione della pena detentiva** ex art. 656, comma 5, c.p.p. (si tratta della sospensione della pena non superiore a tre anni – sei in caso di reati legati a uno stato di tossicodipendenza –, anche se residua di maggior pena, volta a consentire la presentazione di istanza di ammissione a una misura alternativa alla detenzione). Questo divieto, per quanto abbiamo detto, oggi non riguarda più gli stranieri comunitari, non essendo più applicabile nei loro confronti l'aggravante di cui all'art. 61 n. 11-*bis* c.p.

²² Sia consentito rinviare a Gatta, *Aggravante della "clandestinità"*, cit.

²³ A distanza di un anno dall'introduzione dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p. sono già sette le ordinanze che hanno sollevato davanti alla Corte costituzionale questioni di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. (la decisione della Corte è attesa nei giorni in cui scriviamo): Trib. Latina, 1° luglio 2008 (ord.), in *Corr. merito*, 2008, 1175 s.; Trib. Livorno, 9 luglio 2008 (ord.), *ivi*, 2009, p. 280 s.; Trib. Ferrara, 15 luglio 2008 (ord.), *ivi*, 2008, p. 1283 s.; Trib. Livorno, 3 novembre 2008 (ord.), *ivi*, 2009, 536. Vedi inoltre Trib. Agrigento, 8 luglio 2008 (ord.), in G.U. (Serie Corte costituzionale) n. 15 del 15 aprile 2009; Trib. Trieste, 4 marzo 2009 (ord.), D.Z., *ivi*, n. 19 del 13 maggio 2009; Trib. Trieste, 4 marzo 2009 (ord.), M.S., *ivi*, n. 19 del 13 maggio 2009.