La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani

Anno 2022

Nº 3

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.

I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

INDICE

F. Montanaro, Il bisogno di sicurezza sulla rete: l'intervento penale italiano ed europeo 3
D. Perrone, L'"adempimento tardivo" del legislatore italiano in tema di tutela dell'integrità psico-fisica del minore: obblighi di criminalizzazione e nuove ipotesi circostanziali 16
R. Rizzuto, Sequestri e lotta alla criminalità economica: tra contaminazione teleologica del procedimento penale e disallineamento delle garanzie dalla pervasività delle ablazioni.....37
M. Di Lello Finuoli, La colpa penale del medico in formazione specialistica.....59
A. Matteoni, Il calunniatore chiamato a testimoniare: fra nemo tenetur se detegere, esigenze di accertamento processuale e ritrattazione. possibili soluzioni e profili di illegittimita' costituzionale.....90
G. Lasagni, Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della privacy.....124
F. Schiaffo, La tutela della salute mentale per «eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione» e il «definitivo superamento» degli o.p.g. tra devastazioni annunciate e necessità di ulteriori adeguamenti 139
E. Malino, Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza edu e prospettive di riforma della giustizia penale italiana 172
M. Busetto, Mancata sostituzione del difensore d'ufficio che abbia abbandonato la difesa e regime dell'invalidità: equivoci giurisprudenziali da chiarire 193
A. Martini, La tipicita' alla prova delle migliori intenzioni: l'incerta nozione di atto sessuale 202
R. Battistoni, Un'altra conferma del superamento del tertium comparationis e delle rime obbligate: C. cost. 14.4.2022 n. 95.....229
S.M. Scorcia, La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilita' e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza 245

E. Guido, Rescissione del giudicato: postura e imposture di un rimedio restitutorio.....266
G. Balbi, Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilita'.....288
P. Caroli, Crimini tedeschi e soldi italiani? Osservazioni sull'epilogo della triste saga dei risarcimenti alle vittime degli eccidi nazisti 320
S. D'Amato, Imputabilità e neuroscienze.....337
T. Travaglia Cicirello, La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità 355
F. Rossi, Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato 372

IL BISOGNO DI SICUREZZA SULLA RETE: L'INTERVENTO PENALE ITALIANO ED EUROPEO

di Federica Montanaro
Dottoranda in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa

Il contributo analizza le novità apportate alle fattispecie di accesso abusivo a sistemi informatici e di tutela della riservatezza delle comunicazioni tramite la legge n. 238/2021. Oltre al dettato delle modifiche introdotte, anche le modalità di realizzazione di questo intervento, fortemente condizionato dall'intervento europeo, aprono interrogativi sui rapporti tra intervento penale ed esigenze di sicurezza sulla rete.
The contribution analyses the changes made to the cases of unauthorized access to IT systems and the protection of the confidentiality of communications through law no. 238/2021. In addition to this amendment, also the methods of carrying out this intervention, strongly influenced by European intervention, raise questions about the relationship between criminal law and cybersecurity.

SOMMARIO: 1. I reati informatici nell'ordinamento italiano: dalla legge n. 547/1993 alla recente novella. - 1.1. Il momento genetico della novella: l'importanza dell'intervento europeo. - 2. Condotte preparatorie all'accesso abusivo a sistemi informatici o telematici. L'art. 615-*quater* Cp. - 2.1 Art. 615-*quinquies* Cp. - 3. I reati contro le comunicazioni. - 3.1 Artt. 617 e 617-*quater* Cp. - 3.2. Art. 617-*bis* Cp. - 3.3. Art. 617-*quinquies* Cp. - 4. Considerazioni conclusive.

1. Volgendo lo sguardo ai profili di interesse penalistico, è possibile osservare come il crescente sviluppo delle tecnologie informatiche[1] e, negli ultimi decenni del secolo scorso, la diffusione su larga scala delle stesse e della rete Internet[2] abbia costituito uno spartiacque epocale della nostra epoca, contribuendo alla diffusione di comportamenti criminogeni e di offese sulla rete[3].
A fronte di queste nuove forme di criminalità i vari ordinamenti hanno reagito modificando i propri *corpora* legislativi in modo tale da estendere sia la regolamentazione extra-penale, sia le sanzioni, anche di natura penale, a questo nuovo ambito[4]. Nell'ordinamento italiano il primo intervento

[1] Per una disamina più approfondita sulle nuove tecnologie ICT e sull'impatto delle stesse sulla società v. M. Castells, *"The Information Age". Economy, Society and Culture. Vol I: The Rise of the Network Society*, Cornwall 2002, 21 ss; L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano 2017, *passim*.
[2] Per una prima introduzione all'impatto della rete Internet sulla società v. M. Castells, *The Internet Galaxy. Reflections on the Internet, Business, Society*, Oxford 2001, 58; R. Baldwin, *La grande convergenza. Tecnologia informatica, Web e nuova globalizzazione*, Bologna 2018, 29 ss.
[3] Per una introduzione al concetto di criminalità informatica v. P. Troncone, *Uno statuto penale per Internet. Verso un diritto penale della persuasione*, in R. Flor, Mancinelli (a cura di), *La giustizia penale nella rete. Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet, Atti del convegno nazionale del Laboratorio permanente di diritto penale*, Perugia 2014, 139; L. Picotti, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Cybercrime*, Milano 2019, 87 ss.
[4] I legislatori dei diversi ordinamenti hanno seguito strade diverse al momento di introdurre fattispecie incriminatrici in materia: in alcuni casi, tra cui ad esempio gli Stati Uniti, si è effettivamente scelto un metodo "organico", inserendo i nuovi reati in atti normativi autonomi; in altri casi, invece, tra cui rientra quello italiano, si è seguito un approccio definibile come evolutivo, inserendo i *cybercrime* in un tessuto normativo già esistente, in cui venivano di volta in volta inserite nuove disposizioni incriminatrici. Cfr. S. Pietropaoli, *Il crimine al tempo della rete. Reati informatici e*

legislativo di ampio respiro di cui è obbligo dare conto in questa sede è la legge n. 547/1993[5], imperniata su una triade di fattispecie costituita da danneggiamento informatico, attentato a sistemi, dati, informazioni o programmi informatici di pubblica utilità e condotte prodromiche al danneggiamento[6] e cui ha fatto seguito, dopo alcuni lustri, la legge n. 48/2008[7].
Ciò aveva portato alla realizzazione di un quadro regolatorio considerato valido, al punto che il governo italiano non ritenne di dover ulteriormente intervenire sulle disposizioni nostrane per adeguarle alla Direttiva 2013/40/UE[8] relativa agli attacchi contro i sistemi informatici. Pur permanendo inevitabili discrasie con il nuovo testo europeo, infatti, il pre-esistente apparato di tutela era stato valutato come complessivamente adeguato al fine di garantire gli obiettivi fissati in sede europea e conforme nella sostanza al contenuto della Direttiva stessa.
Tale sostanziale conformità di contenuto e di *ratio* non venne però ritenuta sufficiente dalla Commissione europea, che, infatti, aprì una procedura di infrazione[9], contestando all'Italia il non corretto recepimento della Direttiva con particolare

---

cybercrimes, in *Scienza giuridica e tecnologie informatiche*, Torino 2017, 240; R. Borruso, G. Buonomo, G. Corasaniti, G. D'Aietti (a cura di), *Profili penali dell'informatica*, Milano 1994, XII ss.

[5] Sulla spinta delle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, il legislatore ha infatti approvato la l. 23.12.1993, n. 547, «Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica» con la quale ha novellato il codice penale introducendovi nuove fattispecie di reato e modificando le fattispecie esistenti con riferimento ai beni informatici. Per una specifica e più approfondita trattazione del testo legislativo si rimanda a L. Cuomo, R. Razzante, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Torino 2009, 29 ss.
Invece, per un confronto analitico tra il testo della raccomandazione europea e quello della legge italiana del 1993 v. G. Taddei Elmi (a cura di), *La Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 9 settembre 1989 n. R (89) -9 e la Legge 23 dicembre 1993 n. 547 in materia di computer crimes: una analisi comparativa*, in *Informatica e diritto*, XXII annata, V, 1996, n. 1, 113 ss.

[6] L'articolo 4 introduce gli articoli 615-*ter*, 615-*quater* e 615-*quinquies* Cp.: acquisiscono, così, rilevanza penale le ipotesi di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, la detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso e la diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico. Gli articoli 5, 6, 7 e 8 hanno ad oggetto l'inviolabilità dei segreti e della corrispondenza. L'articolo 6, invece, aggiunge tre nuove fattispecie di reato: in primo luogo l'intercettazione, l'impedimento e l'interruzione illecita di comunicazioni informatiche e telematiche (art. 617-*quater*); in secondo luogo, l'installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617-*quinquies*); infine, la falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche e telematiche (art. 617-*sexies*).

[7] La l. 18.03.2008, n. 48, «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno», introdusse significative modifiche al Cp, al Cpp, nonché al D. lgs. n. 231/2001 e al cd. Codice della privacy. Tra queste, si segnalano in particolare l'inasprimento delle sanzioni contro i reati informatici, con la possibilità di irrogarle anche a carico delle società, l'introduzione della possibilità di chiedere al *provider* il congelamento dei dati telematici per sei mesi, nonché la previsione di maggiori tutele per la salvaguardia dei dati personali. Sul punto v. H. Belluta, *Cybercrime e responsabilità degli enti*, in L. Luparia (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano 2009, 83 ss.

[8] Tale Direttiva, intitolata «Attacchi contro i sistemi informatici», è stata emanata da Parlamento europeo e Consiglio, sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio. Con essa il legislatore europeo si propone di perseguire una maggiore armonizzazione tra gli ordinamenti membri in materia di contrasto alla criminalità informatica, soprattutto in merito ad accesso illegale ai sistemi informatici, interferenza illecita in relazione ai sistemi, interferenza illecita in relazione ai dati, intercettazione illecita. Proprio per una lotta efficace si richiede che gli stessi reati siano puniti penalmente in tutti gli Stati membri e che siano forniti alle forze di polizia i mezzi per agire e cooperare vicendevolmente.

[9] Procedura d'infrazione n. 2019/2033, voluta dalla Commissione.

riferimento ai tre profili del *quantum* della pena[10], della definizione della propria giurisdizione[11] e della rilevanza penale delle condotte[12].
L'*input* della modifica legislativa ai reati in materia di sicurezza e riservatezza informatica, operata con l'art. 19 l. 238/2021[13] è dunque "esterno", provenendo da indicazioni del legislatore europeo. Tali circostanze caratterizzanti il momento genetico di questa modifica ai reati in materia di sicurezza dei sistemi e delle comunicazioni si riflettono nel dettato stesso dell'art. 19, incentrato sull'innalzamento dei limiti edittali e sulla specificazione e ampliamento delle condotte materiali suscettibili di integrare le fattispecie delittuose.
Ne risulta un intervento nel suo complesso non particolarmente penetrante, una sorta di *maquillage* normativo. Le fattispecie interessate non hanno infatti subìto alcun intervento di natura sistematica, né le modifiche apportate rivelano una riflessione di più ampio respiro: al contrario, appare evidente che il legislatore si sia limitato a conformare pienamente la normativa interna al dettato della Direttiva, senza farne un'occasione per intervenire sui potenziali punti deboli della disciplina, evidenziati da molto tempo da parte della dottrina[14].

1.1. Prima di passare ad analizzare il contenuto concreto di questa riforma, meritevole di attenzione è il suo momento genetico, in quanto sia l'intervento, ispirato a severità punitiva, della Commissione sia le modifiche da essa sollecitate lasciano intravedere in filigrana alcuni potenziali sviluppi del diritto penale dell'informatica pregni di conseguenze per il modo stesso di concepire tale settore, con particolare riferimento all'intersezione tra competenze europee e prerogative nazionali e tra esigenze di sicurezza e aderenza ai principi penalistici.
Come si è detto in precedenza, ciò che ha indotto il legislatore a novellare il sistema è stata precisamente una procedura di infrazione aperta dalla Commissione, che ha rilevato come l'Italia non avesse applicato correttamente le misure contenute nella Direttiva 2013/40/UE, in particolare sotto il profilo sanzionatorio.

---

[10] La Direttiva, all'art. 9, par. 2 «Sanzioni», impone agli Stati di prevedere, per i reati di cui agli articoli da 3 a 7 della stessa (accesso illecito a sistemi di informazione; interferenza illecita relativamente ai sistemi; interferenza illecita relativamente ai dati; intercettazione illecita; messa a disposizione di strumenti utilizzati per commettere tali reati) «una pena detentiva massima non inferiore a 2 anni, almeno per i casi che non sono di minore gravità».
[11] All'art. 12, par. 1, lett. *b*, ove si impone agli Stati di affermare la propria giurisdizione relativamente ai reati di cui agli articoli da 3 a 8 della direttiva (ovverosia accesso illecito a sistemi di informazione; interferenza illecita relativamente ai sistemi; interferenza illecita relativamente ai dati; intercettazione illecita; messa a disposizione di strumenti utilizzati per commettere tali reati e connesse ipotesi di istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo), «quando il reato sia commesso da un loro cittadino».
[12] In questo senso l'art. 7, che impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché la fabbricazione, la vendita, l'approvvigionamento per l'uso, l'importazione, la distribuzione o la messa a disposizione in altro modo intenzionali di determinati strumenti (programmi per computer o password o codici d'accesso o simili), con l'intenzione di utilizzarli per commettere un reato di accesso illecito a sistemi di informazione, interferenza illecita in un sistema o a dati, intercettazione illecita, siano «punibili come reato, almeno per i casi che non sono di minore gravità».
[13] L'articolo, rubricato «Disposizioni per l'adeguamento alla direttiva n. 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio. Procedura di infrazione n. 2019/2033» è contenuto nel capo II (dedicato alle disposizioni in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia) della legge europea 2019-2020, contenente appunto le «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea».
[14] La letteratura riguardante la legge 547/1993 è ormai vastissima: in questa sede ci si limita quindi a suggerire alcuni interventi, come L. Picotti, *Commento all'art. 5 della legge 23-12-1993 n. 547*, in LP 1996, 109 ss; I. Salvadori, *Il microsistema normativo concernente i danneggiamenti informatici. Un bilancio molto poco esaltante*, in *RIDPP* 2012, 204 ss.; G. Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino 1999. Per un'introduzione esaustiva alle problematicità della materia v. C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, Padova 2006.

Nell'esaminare il testo della Direttiva in oggetto, è impossibile non accorgersi di come essa rifletta una forte volontà politica di «ravvicinare il diritto penale degli Stati membri nel settore degli attacchi contro i sistemi di informazione»[15] tramite la fissazione di norme minime circa la definizione dei reati e delle sanzioni rilevanti, migliorando in tal modo anche la cooperazione fra le autorità competenti. Addirittura, nel testo viene esplicitamente dichiarato l'obiettivo di giungere «a un approccio comune […] mediante l'introduzione dei reati comuni di accesso illecito a sistemi di informazione, di interferenza illecita relativamente ai sistemi, di interferenza illecita relativamente ai dati e di intercettazione illecita»[16].
Il legislatore europeo dimostra molto chiaramente la volontà di tracciare una linea d'azione condivisa a livello sovranazionale per il contrasto a forme di criminalità informatica, individuando in quest'ultima un ostacolo di rilevante entità per la creazione di uno spazio di sicurezza e giustizia che si estenda anche alla dimensione della rete[17]. Coerentemente con questo scopo, la Direttiva fornisce una serie di definizioni e di indicazioni volte a orientare l'azione dei singoli Stati, a cui spetta di tradurle in fattispecie incriminatrici che segnino il confine tra lecito e illecito[18]. Dunque, l'indagine sulla genesi di questa modifica, unitamente alla invalsa visione della criminalità informatica quale minaccia critica rendono più agevole capire la ragione di tale severità da parte delle autorità europee, altrimenti difficile a comprendersi: come si è già osservato, le previsioni nazionali previgenti ben rispondevano nella sostanza alle indicazioni espresse dalla Direttiva.
Residuano nondimeno alcuni interrogativi; in particolare, questa vicenda permette di rilevare possibili vie di interazione tra la dimensione puramente nazionale e quella europea del diritto penale, in un campo che non solo presenta un'innata resistenza ad essere irrigidito e ridotto entro predeterminati confini territoriali, ma che si lega a doppio filo con il concetto di sicurezza. In questo caso non si assiste alla predisposizione di «schemi di illiceità» da parte del legislatore sovranazionale nei confronti degli Stati, cui spetta poi la formulazione di fattispecie incriminatrici che nello stabilire la linea dell'illecito abbiano il fine di soddisfare esigenze di lotta al crimine internazionale. Viceversa, il legislatore europeo si atteggia nei fatti come un legislatore nazionale, a dimostrazione del fatto che ormai il baricentro delle scelte di politica criminale in materia di *cybercrime* deve essere individuato a Bruxelles.
Inoltre, considerando come, dopo il Trattato di Lisbona, sia stata riconosciuta in capo al legislatore europeo la competenza a porre veri e propri obblighi di penalizzazione, si profila la graduale emersione di beni giuridici originatisi nella dimensione europea e quindi fisiologicamente emanazione di tale orizzonte, così come l'affermazione di una specifica dimensione europea di beni giuridici in precedenza tutelati a livello nazionale[19]. In questo senso, il *cybercrime* è una delle aree d'elezione di questa attrazione centripeta dell'elaborazione di scelte di politica criminale.
Trattandosi di un processo ancora *in fieri* -che concerne un settore che sta conoscendo una tumultuosa espansione, tale da rendere difficile individuare un punto di approdo- non possono dirsi sciolti i dubbi su come si andrà a ricomporre il generale rapporto tra il livello europeo e quello degli Stati membri, ove si producono concretamente le conseguenze di aree di tutela assorbite dalla dimensione europea.

---

[15] Così il considerando 1.
[16] Così il considerando 8.
[17] Tale linea politica emerge da una lettura congiunta dei considerando 2, 3, 4, 5.
[18] Cfr. R. Sicurella, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall' "ossimoro polisenso" al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado.*, in *Archivio penale*, n. 1/2021, 7-11.
[19] Cfr. R. Sicurella, *ibidem*, 2.

2. Compiuto un primo inquadramento delle implicazioni della genesi della novella, è tempo di entrare maggiormente nel dettaglio analizzando precisamente come l'art. 19 l. 238/2021 modifichi gli articoli 615-*quater*, 615-*quinquies*, 617, 617-*bis*, 617-*quater* e 617-*quinquies* Cp, che costituiscono nel loro insieme una "cintura" di fattispecie incriminanti condotte di pericolo volte a preservare la sicurezza dei sistemi informatici.
Procedendo con ordine, il primo articolo del codice penale interessato dalla novella è il 615-*quater*, ora rubricato *Detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, codici e altri mezzi atti all'accesso a sistemi informatici o telematici*»[20]. La previsione di tale reato-ostacolo appare volta a fornire una tutela anticipata dell'integrità dei sistemi mediante l'incriminazione di condotte prodromiche a un più grave reato informatico (come l'accesso abusivo, ma anche danneggiamenti o frodi informatiche)[21].
Con il recente intervento il legislatore allarga il ventaglio delle condotte materiali *expressis verbis* indicate come integranti la fattispecie criminosa: alle condotte già previste vengono infatti aggiunte altre cinque, con l'evidente obiettivo di "coprire" l'intero panorama di condotte materialmente possibili, in ottemperanza alle indicazioni europee.
A questo proposito, oltre all'introduzione di una formula di chiusura quale «mette in altro modo a disposizione», si noti come la modifica sia suscettibile di comportare un arretramento della soglia del penalmente rilevante: difatti, l'inserimento della mera detenzione comporta la potenziale sanzione di condotte "statiche"[22]. Se prima il risultato era la rilevanza penale di ogni comportamento consistente nel procurare o nel mettere a disposizione, mediante qualsiasi modalità, di soggetti determinati le informazioni o le tecniche atte a introdursi abusivamente in un sistema informatico, l'attuale formulazione pare voler qualificare come illecita ogni condotta che possa astrattamente portare come risultato la possibilità di un accesso[23].
In ogni caso, già prima della riforma l'incriminazione della condotta consistente nel mero «fornire istruzioni atte a»[24] era sintomatica della scelta politico-criminale di stabilire una soglia di tutela molto elevata, incriminando un comportamento ulteriormente prodromico rispetto alle altre condotte enumerate dalla fattispecie.

---

[20] La rubrica precedente, assai più sintetica, si limitava a indicare la «Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici».
[21] Con riferimento alla precisa *ratio* di tutela soggiacente alla fattispecie in oggetto, la dottrina è divisa: alcuni esponenti la individuano nella necessità di fornire una tutela anticipata della riservatezza informatica (e in via mediata della sicurezza informatica); in questo senso I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Cybercrime*, Milano 2020, 693. Di diversa opinione V. Plantamura, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, Pisa 2017, 217, che invece individua la ratio della norma nella protezione del domicilio informatico, dando maggiore rilievo alla collocazione nella sistematica codicistica.
[22] Da un punto di vista testuale, si noti che tale modifica fa coincidere il dettato dell'articolo con la rubrica. Per quanto riguarda invece le conseguenze di tale inserimento, si segnala per completezza che alcuni autori ritenevano già *ante* novella la condotta della detenzione dotata di rilevanza penale: cfr. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte Speciale. I delitti contro la persona*[6], Vol. I, Milano 2016, 580, nota 93, per il quale la detenzione è il presupposto comune di tutte le condotte richiamate dal precetto.
[23] Le condotte suscettibili di integrare la fattispecie in oggetto possono essere suddivise a seconda della direzione: da un lato quelle volte a "far entrare" nella propria sfera di signoria "strumenti idonei a", dall'altro quelle viceversa tese alla messa a disposizione degli oggetti materiali. A questa suddivisione sfugge però la detenzione, che per definizione allude a una condotta non comunicativa ma semplicemente all'avere a disposizione da parte di un soggetto. In questo senso cfr. I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 695, per il quale la precedente esclusione della detenzione, secondo il principio di tassatività, fosse da ritenersi una «scelta legislativa consapevole, volta a escludere la rilevanza penale del fatto di chi si limiti a disporre, senza farne uso, né essersi procurato o aver prodotto dispositivi atti all'accesso ad un sistema informatico».
[24] Locuzione già presente nella formulazione precedenza dell'articolo 615-*quater*, co1.

Oltre all'ampliamento delle condotte, si è inciso anche sull'oggetto materiale, ricomprendendovi anche «apparati, strumenti, parti di apparati o strumenti»[25], operando una sorta di addizione specificativa al dettato dell'articolo. Tale intervento, se da un lato rende il precetto più chiaro ed esaustivo, dall'altro comporta però un appesantimento del testo, che non apporta alcuna modifica di carattere sostanziale e, nel complesso, una norma che incrimina ogni tipo di manipolazione o comunque di gestione di tali strumenti, laddove siano integrati i requisiti del dolo specifico di profitto o danno e dell'abusività.
Le previsioni edittali passano nel massimo da due e a tre anni di reclusione, rispettivamente per la fattispecie base e per il verificarsi di una circostanza aggravante. Ritorna anche qui un inasprimento, non solo in termini di *quantum* della pena prevista, dal momento che viene aggiunta tra le aggravanti quando il fatto sia commesso «da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato»[26].

2.1. Differente il discorso da farsi a proposito dell'art. 615-*quinquies* Cp: in questo caso, infatti, non si riscontrano significative modificazioni né in punto di formulazione del precetto (al cui proposito si segnala il solo inserimento dell'installazione tra le condotte incriminate) né a proposito dei limiti edittali, lasciati intoccati dalla novella.
In questo caso a spiccare è, invece, l'inserimento del requisito dell'abusività nel precetto (già presente nell'art. 615-*quater* Cp nella sua formulazione *ante* novella)[27], cui corrisponde un'analoga modifica della rubrica. Questa introduzione risulta particolarmente significativa in quanto ci troviamo di fronte a una fattispecie che incrimina condotte di per sé prive di un'effettiva carica offensiva[28]: l'inserimento espresso di tale avverbio potrebbe infatti fungere da argine all'eccessiva dilatazione della rilevanza penalistica di queste orientando la traduzione applicativa dell'articolo, dal momento che le condotte descritte apparirebbero in sua assenza "neutre".
Tuttavia, che la rilevanza penale delle condotte descritte dipenda da una loro realizzazione abusiva rappresenta non di meno un requisito problematico, soprattutto in virtù dell'estrema vaghezza di quest'ultimo[29]. Il predetto avverbio può, in effetti, al più essere inteso come un'indicazione normativa circa l'opportunità di verificare con attenzione il contesto operativo della norma[30]:

---

[25] Così l'art. 615-*quater* co. 1 nella nuova formulazione.
[26] Nella formulazione precedente era limitata alle «circostanze di cui ai numeri l) e 2) del quarto comma dell'articolo 617-*quater*», quindi per fatto commesso in danno a un sistema pubblico ovvero da un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio.
[27] A proposito dell'avverbio "abusivamente" già in precedenza presente nel testo dell'art. 615-*quater*, osserva L. Picotti, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in Dir. dell'Internet, n. 2, 2005, 189 ss. che «non si tratta dunque di constatare la mera assenza di cause di giustificazione, ma di riconoscere che si tratta di una clausola di antigiuridicità speciale, mediante la quale il legislatore ha opportunamente inteso rinviare a regole extra-penali di comportamento, desumibili anche dal contesto professionale, sociale, lavorativo, ecc., nel quale il soggetto agente opera, di cui è richiesta la violazione per circoscrivere la sfera di rilevanza penale».
[28] Tale problematicità si origina a partire dalla mancata richiesta, nella disposizione italiana, che tali "apparecchiature, dispositivi o programmi informatici" siano "principalmente adattati o disegnati" per commettere un reato informatico (come invece è previsto ex art. 6 della Convenzione Cybercrime).
[29] Come segnalato nella Relazione su novità legislativa. La legge 23 dicembre 2021, n. 238. Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea. Legge europea 2019-2020, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, p. 8, nota 12, già autorevole dottrina si è interrogata sul significato di tale avverbio, addivenendo alla conclusione che ogni volta che il legislatore ricorre a tale formulazione non è possibile sapere con certezza se si tratta di una "superfetazione normativa" o se invece si tratti di un richiamo finalizzato a un profilo di antigiuridicità speciale: cfr. F. Antolisei, *Manuale. Parte speciale*, Pisa 2008, I, 240.
[30] Realizzandosi quindi un effetto "positivo" simile a quello osservato per l'articolo 615-*quater* da L. Picotti, *Internet e diritto penale*, cit., 189.

guardando ai comportamenti suscettibili di essere sussunti nel suo ambito di applicazione, si può notare come tra la condotta di un criminale informatico e quella di un tecnico IT possa non esservi (e sovente non vi è) alcuna differenza.
In questo senso quindi, la comparsa *expressis verbis* del requisito dell'abusività non risponderebbe tanto all'esigenza di una specificazione in positivo della condotta criminosa sotto il profilo dell'offensività[31], ma sarebbe piuttosto la conseguenza della presa d'atto del legislatore di quanto la natura *dual use* degli strumenti informatici e telematici permei l'intero campo di materia, con la conseguente necessità di una ridefinizione del quadro sanzionatorio. Ad ogni modo, si ritiene che la punibilità a titolo di dolo specifico, presente *ante* novella, già permettesse di distinguere le diverse condotte e di perseguire tra esse solo quelle effettivamente mosse da intenti criminali, costituendo peraltro un'opzione legislativa più lineare e meno difficoltosa ad applicarsi per l'interprete, senza necessità di ricorrere a un requisito difficile da riempire di contenuto quale è quello dell'abusività.

3. Il secondo macro-gruppo in cui è possibile suddividere gli articoli interessati dalla riforma si compone di fattispecie rivolte specificamente a tutelare la riservatezza informatica, che formano nel loro complesso una sorta di microsistema rivolto alla tutela della riservatezza delle comunicazioni[32]. Anche in questo caso la l. n. 547/1993 ha inciso in modo importante sull'architettura di questo microsistema di tutela, inserendo tre nuove fattispecie dedicate specificamente a reprimere le condotte di intercettazione o impedimento di comunicazioni informatiche o telematiche e le condotte a ciò prodromiche[33], con ciò aggiornando l'ambito di tutela in risposta alla continua innovazione tecnologica (le norme precedenti si rivolgevano solamente al "mondo analogico").
La formulazione di queste fattispecie presenta profili di criticità da più punti di vista: innanzitutto, appare inadeguata la definizione del trattamento sanzionatorio «spesso illogico e spesso poco coerente rispetto all'effettivo disvalore lesivo dei fatti di reato»[34]. Un secondo aspetto che può dare adito a critiche è l'individuazione e definizione del bene giuridico, questione che peraltro attraversa in filigrana l'intero campo del diritto penale dell'informatica e che si traduce nell'oscillazione tra beni tra loro contigui, ma che conservano nondimeno sfumature di significato importanti[35].
La *ratio* che ispira più specificamente le fattispecie in esame è data dalla volontà di garantire e tutelare l'inviolabilità delle comunicazioni a distanza tra due o più soggetti, concretizzando così la

---

[31] Il connotare tali condotte come abusive si situa su un piano diverso da quello della dannosità o della pericolosità, lasciando che il disvalore della fattispecie continui a poggiare sul fine illecito.
[32] Il catalogo delle disposizioni inserite nella sezione V dedicata ai «delitti contro l'inviolabilità dei segreti» del capo III del c.p., è stato approntato con la l. 8.04.1974, n. 98, a tutela della riservatezza delle comunicazioni e conversazioni telefoniche o telegrafiche "tra persone" e poi ampliato con la l. n. 547/1993, con cui si è estesa la tutela penale alle comunicazioni tra sistemi informatici.
[33] La l. 547/1993, infatti, ex articolo 6 statuisce che: «Dopo l'articolo 617-ter del codice penale sono inseriti i seguenti: "Art. 617-*quater*. - (Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche) […]; Art. 617-*quinquies*. - (Installazione di apparecchiature atte a intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche) […]; Art. 617-*sexies*. - (Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche).»
[34] Così I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 705
[35] Si pensi solamente alla sicurezza informatica, riservatezza informatica, inviolabilità informatica. Tutte queste locuzioni, benché chiaramente vicine nell'oggetto di tutela individuato, non possono nondimeno essere considerate come interscambiabili, presentando delle sfumature di significato impossibili da ignorare; non possono collassare l'una sull'altra.

libertà e la segretezza delle stesse. Questo porta a individuare come bene giuridico ivi tutelato la riservatezza informatica, da intendersi però non come *privacy*, ma piuttosto come possibilità per i soggetti coinvolti di scambiare dati e informazioni in modo sicuro e protetto[36]. Un'accezione quindi strettamente collegata all'adiacente bene della sicurezza informatica, che pur ben attagliandosi all'attuale configurazione della rete, nondimeno accentua il rischio di confusione con le norme incriminatrici in materia di danneggiamenti informatici[37].
Passando a una disamina analitica, i quattro articoli novellati ben si prestano ad essere ricondotti a due aggregazioni, presentando un evidente parallelismo: se gli artt. 617 e 617-*quater* CP incriminano le condotte di illecito impedimento di comunicazioni o conversazioni (rispettivamente telefoniche o telegrafiche e informatiche o telematiche), gli artt. 617-*bis* e 617-*quinquies* Cp formano un corollario dell'articolo a loro immediatamente precedente, anticipando la tutela mediante l'incriminazione di condotte preparatorie alla commissione dei reati di impedimento illecito di comunicazioni, quali l'installazione o comunque la diffusione di apparecchiature atte a rendere tecnicamente possibile le condotte ex 617 e 617-*quater*.

3.1. La novella ha inciso sul trattamento sanzionatorio delle condotte incriminate agli artt. 617 e 617-*quater* Cp, elevando i limiti edittali che nella formulazione attuale arrivano a un possibile massimo di cinque anni di reclusione (e ben otto nel caso sia integrata l'aggravante). Pur costituendo la versione "telematica" dell'art. 617 Cp, l'art. 617-*quater* Cp non sanziona espressamente la specifica condotta consistente nel «prendere cognizione» del contenuto della conversazione: il legislatore, dunque, non ha utilizzato questa occasione per procedere a una piena equiparazione nella formulazione dei due precetti.

3.2. Un intervento decisamente più significativo è, invece, quello che ha interessato le ultime due norme incriminatrici: nell'art. 617-*bis* Cp, contrariamente a quanto si è osservato relativamente all'articolo immediatamente precedente, non sono ritoccati i limiti edittali, ma sono stati modificati sia la rubrica sia il primo comma, contenente il precetto. La rubrica, prima intitolata «*Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche*», viene ora denominata «*Detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche*», replicando pertanto nella rubrica le modifiche salienti che hanno interessato il precetto. Di conseguenza, già dall'intitolazione si può apprezzare la vasta gamma di condotte specificamente individuate come suscettibili di integrare la fattispecie in oggetto, così come il fine che le deve connotare.
Il precetto è stato quasi interamente sostituito, con la conseguente estensione del novero delle condotte suscettibili di integrare la fattispecie. La descrizione dei comportamenti passa dalla mera installazione a un'incriminazione ad ampio raggio di ogni condotta idonea a «intercettare, impedire o interrompere comunicazioni o conversazioni […]»[38]; a controbilanciare tale ampliamento dell'area del penalmente rilevante, che arriva a sanzionare anche in questo caso la mera detenzione,

[36] In questo senso C. Piergallini, *I delitti contro la riservatezza e la libertà delle comunicazioni (artt. 617*-bis, *617*-ter, *617*-quater, *617*-quinquies, *617*-sexies, *621)*, in Aa. Vv., *I delitti contro la persona. Trattato di diritto penale, PS*, Milano 2015, 838.
[37] Rischio peraltro paventato anche da I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica, cit*, 705.
[38] Così l'art. 617-*bis*, co. 1 in seguito alla recente modifica. In particolare, non solo la nuova formulazione elenca meticolosamente i comportamenti suscettibili di integrare la fattispecie incriminatrice, ma inserisce anche come clausola di chiusura la locuzione «mette in altro modo a disposizione», ad impedire ogni margine di elusione.

si segnalano però modifiche volte a delineare una fattispecie più rispettosa del principio di offensività.
Difatti, viene introdotto, con riferimento agli strumenti o apparati oggetto materiale delle condotte, il requisito dell'idoneità: è quindi espressamente stabilita la necessità che le apparecchiature tecniche di cui ci serve siano tali da poter effettivamente permettere al soggetto di riuscire nel proprio intento criminoso.
Anche dalla previsione del fine specifico che deve sorreggere le condotte penalmente rilevanti si può ricavare l'intento di delimitare l'area del penalmente rilevante, con l'effetto di escludere l'integrazione della fattispecie in tutti i casi in cui l'agente sia parte della conversazione intercettata. Difatti, la lettera dell'articolo parla chiaramente di prendere conoscenza o interrompere una «conversazione tra altre persone o comunque a lui non diretta»[39], statuendo quindi l'estraneità del soggetto agente rispetto alla comunicazione.

3.3. L'ultima delle fattispecie interessate dalla novella è prevista all'art. 617-*quinquies* Cp, anch'essa incentrata sulla formulazione del precetto, con un ampliamento sia delle condotte censurate sia degli oggetti materiali: al solo «installa» della versione precedente subentra una formulazione che prevede ben dieci possibili condotte alternative. Evidente è quindi la volontà di comprendere nella fattispecie la più ampia gamma possibile di comportamenti offensivi, al punto che secondo la lettera della formulazione attuale diviene quasi irrilevante, sotto il profilo dell'integrazione o meno del fatto tipico, quale sia stata la condotta effettivamente tenuta in atto dall'agente: ciò che conta è che sia stata realizzata con il fine di «intercettare comunicazioni […] ovvero impedirle o interromperle»[40].
L'analisi letterale della nuova formulazione induce a ritenere che si tratti senza ombra di dubbio di un reato a dolo specifico[41]: perché la condotta in esame sia incriminabile, infatti, dovrà necessariamente realizzarsi fuori dei casi consentiti dalla legge ed essere sorretta dall'intento preciso di "turbativa" delle comunicazioni[42]. Peraltro, il fine che deve essere sotteso alle condotte è indicato riproducendo mimeticamente il dettato dell'articolo precedente; rendendo in tal guisa immediatamente evidente la relazione "servente", di facilitazione, che intercorre tra gli artt. 617-*quinquies* e il 617-*quater* Cp.
A proposito del *quantum* sanzionatorio previsto, si noti come sia stato mantenuto lo divario dei limiti edittali previsto a seconda che la condotta sia realizzata in danno di un sistema pubblico o ad opera di un pubblico agente o meno[43]. Anche in questo caso emerge quindi manifestamente la volontà di tutelare in modo più incisivo le comunicazioni che possono essere trasmesse o ricevute dai sistemi che gestiscono servizi «pubblici», nonché la consapevolezza di una circostanza soggettivamente qualificata in capo all'agente che, per il suo ruolo di pubblico ufficiale o di

[39] Così l'art. 617-*bis*, co. 1 nella sua attuale formulazione.
[40] Così l'art. 617-*quinquies*, co1.
[41] La formulazione precedente aveva visto la dottrina divisa, con C. Pecorella, *op. cit*., 305, e R. Rella, *Art. 617-617 quater Cp*., 879, che sostenevano si trattasse già anteriormente di un delitto a dolo specifico, dovendo l'agente agire al fine di intercettare, interrompere o impedire. Di diverso orientamento G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*[4], Bologna 2013, vol. II, t. I, 309; I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 714.
[42] Anteriormente alla riforma ex art. 19 l. 238/2021 il *discrimen* tra comportamenti leciti ed illeciti era basato sulla clausola «fuori dai casi previsti dalla legge», mutuata dall'art. 617-*bis* Cp.
[43] Nello stabilire il *quantum* sanzionatorio l'art. 617-*quinquies* co2 rimanda infatti alla previsione di circostanze aggrevanti ex art. 617-*quater*; indicazione che peraltro rimarca lo stretto legame tra le due fattispecie, quasi l'art. 617-*quinquies* fosse costruito intorno al precedente, segnando un cerchio più esterno di tutela.

incaricato di pubblico servizio, non solo abbia maggiore facilità di accesso ma che sarebbe astrattamente tenuto, proprio per il ruolo che ricopre, a un dovere di correttezza e di tutela dell'affidamento dei consociati.

4. Esaurita la rassegna delle innovazioni apportate alle fattispecie incriminatrici, occorre, a questo punto, operare una valutazione di sistema dell'intervento, utilizzando sia il dato testuale sia quanto emerge dalla modalità attraverso cui si è proceduto a tale modifica sì da addivenire a una lettura tridimensionale.
La prima considerazione concerne la logica "di ritocco" che anima l'intervento, conseguenza della sua introduzione *obtorto collo*, sotto la pressione europea. Come da molti sottolineato[44], la scelta tradizionale del legislatore interno di inserire le fattispecie secondo una logica di "gemmazione", collocandole *a latere* di fattispecie già esistenti secondo il criterio del bene giuridico[45], ha portato a un quadro regolatorio frammentario e discontinuo, anche per le continue modifiche imposte dal progresso tecnologico. A fronte di tale esigenza immanente al campo di materia, non si può non notare come il legislatore non abbia utilizzato l'*input* europeo come spunto per una sistematizzazione più generale delle fattispecie in oggetto, limitandosi viceversa a un adattamento pedissequo del testo codicistico.
Al di là della mancata occasione di operare un ripensamento complessivo ed organico della materia, emerge ciò che nel paragrafo precedente si è indicato come attrazione centripeta delle decisioni di politica criminale in capo all'autorità europea: l'elaborazione di scelte di criminalizzazione circa il contrasto alla criminalità informatica non è assente, ma deve sovente rintracciarsi ad un altro livello, ossia quello europeo.
Tale assetto in divenire -per quanto quasi necessitato dalla natura transfrontaliera dei sistemi informatici e telematici e conseguentemente delle comunicazioni, renitente a ogni confinamento territoriale- impone nondimeno di prestare attenzione al modo con cui viene ivi impiegato il diritto penale: un ruolo funzionale alla costruzione di uno spazio di sicurezza e giustizia esteso alla rete. Lungi dall'essere impiegato come *extrema ratio*, il diritto penale è utilizzato come strumento cui ricorrere in via principale e immediata, come parte di un programma di salvaguardia e di estensione della potestà (regolatoria e punitiva) a un settore -di formazione relativamente recente e nondimeno vitale per gli ordinamenti- quale è il *cyberspazio*.
Tale impiego dello strumentario penalistico ha come effetto una valorizzazione del profilo finalistico della tutela; quindi, accanto a una logica improntata al «"ripiegamento" ermeneutico […] entro una logica strettamente collegata all'enunciato normativo astrattamente considerato»[46] ne emerge una completamente diversa, che indaga le circostanze in cui le condotte costituiscano anomalie o ostacoli rispetto all'obiettivo posto, in questo caso la creazione di una rete sicura. Del resto, essendo la rete e le sue implicazioni un fenomeno sociale complesso, cui si legano diversi interessi tra loro strettamente intrecciati, è difficile scomporne la tutela in una serie di fattispecie senza che in tale operazione si perda la "dinamica dell'insieme".
Queste considerazioni, a prima vista astratte e riferite semplicemente alla dimensione della *policy*, acquistano però un altro spessore quando le si raffronti alle *species facti* effettivamente vigenti:

[44] Cfr. I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, cit., 705.
[45] Differentemente da altri ordinamenti, tra cui ad esempio gli Stati Uniti, dove si è effettivamente scelto un metodo "organico", inserendo i nuovi reati in atti normativi autonomi; Cfr. S. Pietropaoli, *op. cit.*, 240; l'autore porta come esempio il *Counterfeit access device and computer fraud and abuse Act* del 1984.
[46] Così G. De Francesco, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino 2004, 19.

come evidenziato nei paragrafi precedenti, si tratta di un microsistema di tutela che poggia pressoché interamente su reati di pericolo[47].
In particolare, fatta salva l'eccezione costituita dagli artt. 617 e 617-*quater*[48], la formulazione letterale induce a ricondurre i reati in esame al modello dei reati di pericolo presunto[49]: siamo infatti di fronte a casi in cui la messa in pericolo dell'oggetto di tutela è data per assodata, laddove sia stata messa in atto la condotta tipizzata dal legislatore. Infatti, gli spazi che residuano per una valutazione "in concreto" della pericolosità della condotta sono assai limitati, potendosi rintracciare al più nella valutazione della idoneità degli strumenti utilizzati (uno spazio non sufficiente perché si possa parlare di reati di pericolo concreto).
La costruzione in tali termini si pone quindi in linea con una politica criminale tesa a ricercare un'accentuata anticipazione della tutela dell'interesse. Tale scelta pare stridere con il principio di offensività, rischiandosi per questa via di sanzionare condotte di mera disobbedienza. Tuttavia, alcune circostanze portano a ritenere la formulazione in oggetto corrispondente alle esigenze di tutela della rete, prima tra tutte l'importanza sempre crescente e la natura sovra-individuale dei beni. Non secondarie sono poi le considerazioni in punto di efficacia applicativa: difatti, ipotizzando una formulazione in termini di pericolo concreto, lo scenario che si prospetta vedrebbe una sostanziale neutralizzazione in concreto delle fattispecie, in virtù delle difficoltà in punto probatorio[50].
Viceversa, la formulazione adottata dal legislatore italiano ed europeo consente di realizzare un'anticipazione notevolissima della soglia di rilevanza penale, arrivando astrattamente a ricomprendere entro la soglia del penalmente rilevante condotte che, singolarmente considerate, si rivelano scevre da ogni offensività effettiva *uti singuli*, ed informate piuttosto a una logica di sicurezza preventiva[51].
Si tratta di una logica perfettamente in linea con le innegabili esigenze di tutelare spazi informatici individuali al pari delle attività sociali svolte con ausilio delle *Information and Communication Technologies*, sovente indicate con l'acronimo ICTs[52], che appare informata alla consapevolezza

---

[47] Fenomeno in continua espansione, soprattutto laddove l'ordinamento si debba confrontare con le sfide del progresso tecnologico; allo stesso tempo, pur trattandosi di una nozione che attraversa la teoria generale del reato al pari di quella di danno (ad essa simmetrica), il sempre maggiore ricorso che ne viene fatto tende a esasperare gli interrogativi che pone a livello non solo costituzionale, ma anche dommatico. Per una ricostruzione della nozione che riporti le principali riflessioni in materia si veda S. Canestrari, *Reato di pericolo* (voce), in EG, XXX, 1993, 1 ss.
[48] In cui il legislatore sanziona penalmente il danno alla riservatezza informatica che si produce in seguito alla violazione del sistema mediante condotte di intercettazione, interruzione o impedimento delle comunicazioni intercorrenti.
[49] Come appare dalla formulazione, la punibilità di chi detiene, diffonde o installa apparecchiature o altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni o conversazioni (si fa riferimento qui agli artt. 617-*bis* e 617-*quinquies*) è sancita sul presupposto che tale condotta comporti, nella normalità dei casi, la messa in pericolo dell'interesse, in questo caso la riservatezza informatica.
[50] Meritevole di particolare interesse è inoltre la lettura presentata da esponenti della dottrina, per cui molte delle fattispecie si configurerebbero come "reati di pericolo indiretto" (cfr. I. Salvadori, *I reati contro la riservatezza informatica*, *cit*, passim). Adoperando questa classificazione l'autore incentra l'attenzione sul passaggio logico del collegamento tra pericolo e lesione, che risulta in questo caso riferibile non direttamente al bene giuridico bensì a "un *quid* negativamente valutato, che però non consiste ancora nella lesione del bene protetto" (così S. Canestrari, *Reato di pericolo* (voce), cit, 7).
[51] Si pensi agli artt. 617-*bis* e 617-*quinquies*, ove la condotta incriminata consiste letteralmente in una messa a disposizione di strumenti atti a intercettare o interrompere comunicazioni o conversazioni a cui il soggetto è estraneo; quindi ciò che concretamente si persegue è «l'anticipazione di un'anticipazione».
[52] Si pensi soltanto alla digitalizzazione di servizi realizzatasi con la pandemia, durante la quale si è assistito a un'implementazione dell'uso delle ICTs nei più vari settori, dalla digitalizzazione del processo fino al settore sanitario,

del fatto che «nell'era dell'interconnessione e della comunicazione globale, nonché dell'accessibilità e della fruibilità delle risorse attraverso la rete» e che «qualsiasi strumento di comunicazione mobile […] è passato da una dimensione privata o singola a una "dimensione pubblica"»[53]. La predetta logica rischia di portare a un insieme di incriminazioni il cui significato politico-criminale può essere colto soltanto in una prospettiva d'insieme. La singola fattispecie incriminatrice perde, cioè, la propria autonomia e centralità, assumendo il ruolo di componente di un meccanismo di tutela il cui centro di gravità non è dato da un bene individuale, come la riservatezza informatica o il diritto a un corretto trattamento dei dati, ma, in un'ottica meta-individuale-da un *quid*, positivamente valutato, consistente nell'ordinato svolgersi dei traffici informatici (intendendo con traffici sia le comunicazioni sia la trasmissione dei flussi di dati).
Nell'ottica dei regolatori della moderna società della rete, ciò costituisce una «precondizione per la creazione di un ambiente virtuale affidabile per lo scambio di servizi su scala mondiale»[54]. Tale costruzione parrebbe coerente con l'architettura della rete, che per le sue caratteristiche di ubiquità e anonimità ha registrato l'allarmante incremento di condotte illecite, di fronte al quale gli stilemi tradizionali hanno palesato innumerevoli difficoltà[55].
L'introduzione di nuovi e diversi meccanismi punitivi, disegnati direttamente dal legislatore europeo con l'obiettivo di imporre una risposta omogenea a tutto il territorio dell'Unione e informati alla consapevolezza della complessità legata al mondo della rete, potrebbe in questo senso porre le basi per una risposta efficace. Ciò nondimeno, tenuto conto che «il solo computer sicuro è un computer spento»[56] , si impone una riflessione costante e attenta sugli sviluppi punitivi, finalizzata ad assicurare il contemperamento tra esigenze di tutela e principi di garanzia.

---

passando per la cd didattica a distanza e il sempre maggiore uso del digitale che si fa nell'amministrazione pubblica. Già solo considerando questi impieghi si capisce quale ruolo di primo piano abbiano ormai tali tecnologie nello svolgimento delle attività essenziali e l'importanza di proteggere l'integrità dei sistemi.

[53] Così R. Flor, *Voce "Riservatezza informatica"*, in Diritto on line Treccani - Approfondimenti enciclopedici, 2017, www.treccani.it

[54] Così C. Bigotti, *La sicurezza informatica come bene comune. Implicazioni penalistiche e politica criminale*, in R. Flor, D. Falcinelli, S. Marcolini (a cura di), *La giustizia penale nella "rete". Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di Internet*., Perugia 2014, 106

[55] Esemplificativo a tal proposito è la cd. cifra oscura che caratterizza i fenomeni criminali che coinvolgono la rete, con una grande disparità numerica tra le offese segnalate da vari enti di ricerca (Rapporto Clusit 2020 segnala al dicembre 2019 ben 10.087 attacchi noti di particolare gravità) e i casi effettivamente perseguiti.

[56] Affermazione ripresa da P. P. Casale, *Prima "legge" della sicurezza informatica: "un computer sicuro è un compoter spento*", in Archivio penale, n. 2/2021, il quale a sua volta rimanda alla "legge" enunciata da Eugene H. Spafford, che segue nella sua versione completa: «*The only truly secure system is one that is powered off, cast in a block of concrete and sealed in a lead-lined room with armed guards - and even then I have my doubts*».

3/2022

L'"ADEMPIMENTO TARDIVO" DEL LEGISLATORE ITALIANO IN TEMA DI TUTELA DELL'INTEGRITÀ PSICO-FISICA DEL MINORE: OBBLIGHI DI CRIMINALIZZAZIONE E NUOVE IPOTESI CIRCOSTANZIALI

di Daria Perrone
Dottore di ricerca, docente a contratto di diritto penale nell'Università di Pisa

In attuazione della Direttiva 2011/93/UE, il legislatore è tornato a disciplinare la materia dei reati sessuali su minori. L'art. 20 l. 23.12.2021 n. 238 ha introdotto due nuove fattispecie incriminatrici (l'accesso a materiale pedopornografico e il compimento di atti sessuali con ultraquattordicenni con abuso di fiducia, autorità o influenza), oltre a nuove aggravanti (la commissione del fatto con modalità particolarmente "insidiose" e il pericolo di vita per il minore). La riforma si inserisce nel solco di una tendenza "vittimo-centrica", emersa in primis in sede sovranazionale, volta ad implementare il sistema di tutela, nel senso di assicurare una piena copertura penale di tutte le aggressioni, attuali e potenziali, dell'integrità psico-fisica dei minori. Il rischio è che le scelte di politica criminale risultino, talvolta, difficilmente giustificabili sotto il profilo dell'offensività, sembrando ispirate dalla logica del diritto penale d'autore, più che da un approccio razionale e scientifico.
In implementation of Directive 2011/93/EU, the legislator has returned on criminal justice policies concerning sexual offenses on minors. Art. 20 l. 23.12.2021 n. 238 introduced two new crimes (access to child pornography and sexual acts with over 14-year-olds with abuse of trust, authority or influence), as well as new aggravating circumstances, like the danger to life for the minor. The reform is part of a "victim-centric" trend, which emerged primarily in the supranational context, aimed at implementing a protection system, in the sense of ensuring full criminal coverage of all offenses, current and potential, of the psycho-physical integrity of minors. The risk is that criminal policy choices are sometimes difficult to justify in relation to the offense principle, seeming inspired by emotional reasons, rather than by a rational and scientific approach.

SOMMARIO: 1. Inquadramento normativo: l'art. 20 l. 23.12.2021, n. 238. – 2. Una premessa sulle "ragioni" della riforma del 2021: la Direttiva 2011/93/UE e le procedure d'infrazione della Commissione europea. – 3. Il nuovo delitto di accesso a materiale pedopornografico. – 3.1. La *ratio* e l'oggettività giuridica della nuova fattispecie incriminatrice. – 3.2. Il presupposto dello "sfruttamento" del minore. – 3.3. Gli elementi della modalità della condotta: l'utilizzo di *internet* o altri mezzi di comunicazione. – 3.4. Il rapporto con il reato di detenzione di materiale pedopornografico. – 3.5. L'intenzionalità ed il requisito del «senza giustificato motivo». – 3.6. I dubbi di compatibilità con il principio del *nullum crimen sine iniuria*. – 4. Il nuovo delitto di atti sessuali con ultraquattordicenne commesso con abuso di fiducia, autorità o influenza. – 4.1. *Ratio* e oggettività giuridica della fattispecie incriminatrice. – 4.2. Il presupposto qualificante del rapporto di fiducia, autorità o influenza. – 4.3. La condotta "abusiva". – 5. Le nuove circostanze aggravanti: il pericolo di vita per il minore e la particolare "insidiosità" della condotta. – 6. Riflessioni a margine della riforma: l'approccio "olistico" e i rischi di un sistema "vittimo-centrico" in tema di tutela del minore.

1. Con l'obbiettivo dichiarato di completare l'opera di attuazione della Direttiva 2011/93/UE[1] al fine di garantire una protezione globale dell'integrità psico-fisica dei minori e del pieno e libero sviluppo della loro personalità, il legislatore italiano è tornato, attraverso l'art. 20 l. 23.12.2021 n. 238, «*Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea-Legge europea 2019-2020*», a disciplinare la materia dei reati sessuali su minori.
La disposizione in commento ha modificato gli artt. 600 *quater*, 602 *ter*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *undecies* Cp: per effetto dell'intervento normativo, sono state introdotte due nuove fattispecie incriminatrici (una nell'ambito della pedopornografia e l'altra relativa al compimento di atti sessuali con ultraquattordicenni) e alcune circostanze aggravanti.
Prima di esaminare tali previsioni, è opportuno ripercorrere - sia pur sinteticamente - le vicende che hanno preceduto l'intervento *de quo*, inducendo il legislatore alla riforma.

2. Sul finire del 2011, al fine di sostituire la Decisione-quadro 2004/68/GAI[2] ritenuta ormai "inadeguata" a fronte dell'incremento dello sfruttamento sessuale minorile a mezzo «*delle nuove tecnologie e di internet*»[3], il Parlamento e il Consiglio europeo hanno adottato la Dir. 2011/93/UE, in tema di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, con l'obbiettivo di "implementare" la tutela penale, attraverso la previsione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive[4]. Nello specifico, la Direttiva ha posto in capo agli Stati membri alcuni precisi obblighi di incriminazione rispetto al compimento di atti sessuali con minori (art. 3)[5], di reclutamento, sfruttamento e prostituzione minorile (art. 4)[6], di pedopornografia (art. 5)[7] e di adescamento per scopi sessuali (art. 6)[8]. La Direttiva ha disposto, inoltre, l'introduzione di sanzioni

---

[1] Dir. 2011/93/UE del 13.12.2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.12.2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, disponibile in lingua italiana in *www.eur-lex.europa.eu.*

[2] DQ 2004/68/GAI del Consiglio del 22.12.2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, disponibile in lingua italiana in *www.eur-lex.europa.eu.*

[3] Dir. 2011/93/UE, cit.

[4] In generale, con riferimento alla tutela della libertà sessuale di fronte alla diffusione delle nuove tecnologie informatiche e al fenomeno della "viralità", v. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter Cp e l'incriminazione della pornografia non consensuale,* in *RIDPP* 2019, 4, 2044 ss.

[5] In base all'art. 3 Dir. 2011/93/UE, «*gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punite»* le condotte di chiunque, per scopi sessuali induce un minore, che non ha ancora raggiunto l'età del consenso sessuale, ad assistere al compimento di atti sessuali ovvero a compierli egli stesso. Le pene sono aumentate nel caso di abuso di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza sul minore; di abuso di una situazione di particolare vulnerabilità del minore, dovuta soprattutto a disabilità fisica o psichica o a uno stato di dipendenza; di uso di coercizione, forza o minaccia; ovvero di costrizione con l'uso di violenza o minaccia.

[6] L'art 4 Dir. 2011/93/UE prevede la criminalizzazione delle condotte di chiunque «*induce un minore a partecipare a spettacoli pornografici, ovvero lo recluta o ne trae profitto o altrimenti lo sfrutta a tali fini»;* o *«consapevolmente assiste a spettacoli pornografici ai quali partecipano minori*»; o *«costringe o fa uso di violenza o minaccia nei confronti di un minore a fini di prostituzione minorile».* Viene punito anche il "cliente", ossia chiunque *«compie atti sessuali con un minore, ricorrendo alla prostituzione minorile».*

[7] L'art 5 Dir. 2011/93/UE stabilisce la rilevanza penale dell'acquisto e del possesso di materiale pedopornografico, fino ad arrivare con un'*escalation* di gravità, alla distribuzione, diffusione, trasmissione, offerta e produzione di tale materiale pedopornografico. Rientra, invece, nella discrezionalità degli Stati membri decidere se la rilevanza penale si estenda anche ai casi in cui «*la persona che sembra un minore abbia avuto in realtà diciotto anni o più al momento in cui è stata ritratta*» oppure se il materiale pornografico è stato realizzato «*unicamente a uso privato»* e «*purché l'attività non comporti alcun rischio di diffusione del materiale».*

[8] In base all'art 6 Dir. 2011/93/UE, si prevede l'obbligo di punire la condotta intenzionale di colui che «*propone, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a un minore che non ha raggiunto l'età del consenso*

penali per le condotte di istigazione, favoreggiamento e concorso nella commissione di tali reati (art. 7)[9], oltre che la previsione di specifiche circostanze aggravanti (art. 9)[10].
Nel nostro ordinamento, l'opera di recepimento della Dir. 2011/93/CE è avvenuta "per gradi".
Prima della Direttiva, com'è noto, l'impianto penalistico faceva leva sui reati contenuti nel Capo I del Titolo IX del Codice penale relativo ai reati contro la libertà sessuale, come riformati dalla l. 15.2.1996 n. 66[11] e sui reati di prostituzione minorile e pornografia minorile di cui agli artt. 600 *ter* e 600 *quater* Cp, introdotti dall'art. 3 l. 3.8.1998 n. 269. Successivamente, con la l. 6.2.2006 n. 38[12], il legislatore ha previsto l'inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto per i delitti di abuso sessuale e sfruttamento di minori, detenzione di materiale pedopornografico e c.d. turismo sessuale. Sempre in materia di tutela della libertà sessuale del minore, assume rilievo la l. 1.10.2012, n. 172[13], di ratifica e esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale firmata a Lanzarote il 25.10.2007[14], che - tra i vari interventi - ha introdotto il reato di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414 *bis* Cp) e di adescamento di minori (art. 609 *undecies* Cp).

---

sessuale di incontrarlo» con l'intento di commettere i reati di abuso sessuale e pornografia minorile. Ove tale proposta sia stata seguita da atti materiali finalizzati all'incontro, il fatto è punito con una pena detentiva massima di almeno un anno.

[9] L'art. 7 Dir. 2011/93/UE precisa che «*gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano puniti l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso nella commissione dei reati*» di abuso e sfruttamento sessuale su minori e di pornografia minorile.

[10] Ai sensi dell'art. 9 Dir. 2011/93/UE, le aggravanti riguardano i fatti commessi nei confronti di un minore in situazione di particolare vulnerabilità, quale un minore con una disabilità psichica o fisica o in uno stato di dipendenza o in uno stato di incapacità fisica o psichica; da un familiare del minore, da una persona che con il minore ha una relazione di convivenza o da altra persona che ha abusato della sua riconosciuta posi-zione di fiducia o di autorità; da più persone riunite; nel contesto di un'organizzazione criminale, da soggetto già condannato per reati della stessa indole; se l'autore del reato, deliberatamente o per negligenza, ha messo in pericolo la vita del minore; oppure con l'uso di violenze gravi.

[11] In commento, v. M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *SI* 1996, 408 ss.; A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova 2004; V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in *GP* 1996, II, 119 ss.; F. Romano, *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *DF* 1998, 1561 ss.

[12] V., tra gli altri, M. Helfer, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova 2007; L. Picotti, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in G. Forti-M. Bertolino (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli 2007, 1267 ss.

[13] La l. 1.10.2012, n. 172 ha introdotto il reato di cui all'art. 414 *bis* Cp (istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia), il quale punisce con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, con qualsiasi mezzo e con qualsiasi forma di espressione, pubblicamente istiga a commettere, in danno di minorenni, uno o più delitti previsti dagli artt. 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*quinquies* Cp. Alla stessa pena soggiace anche chi pubblicamente fa l'apologia di uno o più di tali delitti. La l. 172/2012 ha introdotto, altresì, nel codice la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 609-*undecies* di adescamento di minorenni. In forza di tale disposizione, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, viene punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque adesca un minore degli anni sedici, allo scopo di commettere i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne e violenza sessuale di gruppo.

[14] In commento, v. tra gli altri, F. Consulich, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (prima parte)*, in SI 2013, 7-8, 796 ss.; A. Mari, L*e principali novità introdotte dalla legge attuativa della Convenzione di Lanzarote*, in *CP* 2012, 12, 3956 ss.

Il primo provvedimento normativo che si è occupato di dare attuazione alla Dir. 2011/93/CE è il d. lgs. 4.3.2014 n. 39. In ossequio a quanto disposto dall'art. 9 della Direttiva[15], il legislatore ha introdotto, infatti, agli artt. 602 *ter*, 609 *ter* e 609 *quinquies* Cp, la circostanza aggravante del fatto commesso con violenze gravi e pregiudizio grave su minore quale effetto della reiterazione delle condotte.

Successivamente, con l'entrata in vigore della l. 19.7.2019 n. 69 (c.d. Codice rosso), il legislatore ha aumentato la pena prevista per il delitto di violenza sessuale nei confronti di minore di anni quattordici e di minore di anni dieci (art. 609 *ter* co. 2 Cp). Nel caso di atti sessuali con minorenne è stata introdotta, altresì, un'aggravante nel caso in cui il compimento degli atti sessuali con il minore degli anni quattordici avvenga in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi (art. 609 *quater* co. 4 n.1 Cp).

Nonostante gli interventi normativi appena citati, a seguito della procedura EU-Pilot n. 2018/9373[16] e della procedura di infrazione n. 2018/2335[17], in sede di verifica di conformità del quadro normativo nazionale, la Commissione europea ha contestato all'Italia il non corretto recepimento della suddetta Dir. 2011/93/UE.

Per l'esattezza, con la procedura EU-Pilot n. 2018/9373, la Commissione europea ha posto allo Stato italiano il seguente quesito: «*in che modo la legislazione nazionale garantisce la conformità con l'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva per quanto riguarda le situazioni in cui ottenere consapevolmente l'accesso alla pornografia infantile non implica il possesso di tale materiale (ovvero visitare regolarmente pagine web contenenti pornografia infantile senza scaricare alcuna immagine/pagare un abbonamento tassa per avere accesso alla pornografia infantile senza scaricare le immagini)?*».

In effetti, in base al cons. n. 18 della Direttiva, dovrebbe costituire reato, oltre che la detenzione, anche il mero "accesso" al materiale pedopornografico, realizzato mediante l'uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione[18]. Sotto il profilo comparatistico[19], peraltro, già da tempo

---

[15] L'art. 9 lett. *g* Dir. 2011/93/UE impone agli Stati membri di prevedere un aumento della pena quando «*il reato è stato commesso ricorrendo a violenze gravi o ha causato al minore un pregiudizio grave*».

[16] In generale, la procedura EU Pilot prevede un meccanismo di cooperazione tra la Commissione europea e gli Stati membri che consente di verificare se il diritto dell'Unione sia stato rispettato e correttamente applicato. La procedura mira a risolvere eventuali violazioni del diritto dell'Unione evitando, per quanto possibile, l'avvio formale di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE. Nel caso di specie, attraverso la procedura EU-Pilot n. 2018/9373, la Commissione europea ha espresso dei dubbi in merito alla possibilità di attribuire rilevanza penale nella legislazione italiana alla visione di immagini di minori *online* mediante l'accesso a siti pedopornografici, senza scaricarne il contenuto, in quanto tale condotta, non comportando l'atto di procurarsi o detenere il materiale vietato, non sembrerebbe essere punibile nell'ordinamento italiano, nonostante l'obbligo di criminalizzazione imposto dall'art. 5 par. 3 Dir. 2011/93/UE.

[17] Nel corso di tale procedura, sono emerse, tra i vari punti, alcune criticità attuative in tema di inclusione nella definizione di materiale pedopornografico del materiale che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure la rappresentazione per scopi prevalentemente sessuali degli organi sessuali di una persona che sembra un minore; in relazione alla previsione della circostanza aggravante dell'aver messo in pericolo, deliberatamente o per negligenza, la vita del minore.

[18] Dir. 2011/93/UE, cons. n. 18.

[19] Per una disamina comparatistica v. F. Costantini, *Le modifiche al codice penale introdotte dalla l. 238/2021 (c.d. legge europea) in materia di contrasto allo sfruttamento sessuale dei minori e alla pedopornografia*, in *www.sistemapenale.it* 24.3.2022, la quale rimanda per approfondimenti al rapporto redatto dalla *Associazione Missing children europe* nel 2015, sulla base di una indagine svolta nel 2014 ("*A survey on the transposition of directive 2011/93/eu on combating sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography*"). A titolo esemplificativo, in Svezia costituisce reato di pornografia infantile la condotta di colui che possiede o anche solo guarda immagini pedopornografiche. In Germania, sono punite non solo le condotte di diffusione, acquisizione e possesso di materiale pedopornografico, ma anche la condotta di chi si procura l'accesso a tale materiale. In Spagna,

la maggior parte degli Stati membri ha optato per la criminalizzazione autonoma non solo della detenzione, ma anche dell'accesso al materiale vietato, in ottemperanza alla citata Direttiva.
Con la procedura di infrazione n. 2018/2335, inoltre, la Commissione europea ha contestato all'Italia la mancata previsione della rilevanza del compimento di atti sessuali con minore ultraquattordicenne commesso con abuso di fiducia, autorità o influenza (come ad es. avviene nell'ambito del fenomeno del c.d. *child grooming online)*, oltre che la mancata previsione di un'aggravante nel caso di condotte abusive in grado di determinare un pericolo di vita per il minore.
Con l'art. 20 l. 238/2021, il legislatore ha inteso porre rimedio alle procedure di infrazione, completando l'opera di adeguamento alla Direttiva europea.

3. L'art. 20 co. 1 lett. *a* l. 238/2021 prevede, innanzitutto, una nuova fattispecie incriminatrice: l'accesso al materiale pedopornografico.
Oltre al fatto di procurarsi o detenere tale materiale, al nuovo terzo comma dell'art. 600 *quater* Cp è oggi punito - ancorché meno severamente rispetto alla detenzione - il mero accesso. Così, chiunque, fuori dei casi di cui al primo comma, «*mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, accede intenzionalmente e senza giustificato motivo a materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto*»[20] è punito con la pena congiunta della reclusione fino a due anni e della multa non inferiore ad Euro 1.000. Di conseguenza, è stata modificata anche la rubrica dell'art. 600 *quater* Cp, inserendo il riferimento, accanto alla detenzione, all'accesso a materiale pedopornografico.
Sotto il profilo della natura giuridica, si tratta di un titolo autonomo e non di un'ipotesi circostanziale attenuata rispetto alla detenzione di cui al primo comma dell'art. 600 *quater* Cp, come chiarito dallo stesso legislatore[21].

3.1. Al pari della detenzione[22], anche l'accesso configura un reato di pericolo presunto. Infatti, sulla base di una presunzione effettuata a monte del legislatore, si ritiene che la visione di materiale

---

dal 2015 l'art. 189 Cp punisce, tra le altre condotte, anche l'accesso consapevole mediante tecnologia dell'informazione e della comunicazione. In Francia, ancorché con una formulazione non chiarissima, è punito il fatto di consultare abitualmente o a pagamento, nonché di acquisire il materiale pedopornografico.

[20] Art. 600 *quater* co. 3 Cp.

[21] In questo senso, espressamente, v. *Dossier* 15.12.2021, *Legge europea 2019-2020, Elementi per l'esame in Assemblea,* del Servizio studi del Senato della Repubblica, in *www.astrid.it*.

[22] Dopo l'intervento delle S.U., è ormai pacifico in giurisprudenza che la detenzione di materiale pedopornografico configuri un reato di pericolo presunto: v. Cass. S.U. 15.11.2018 n. 51815, Mordino, in *DPP* 2019, 7, 961 ss. con *ivi* nota di A. Galante, *Le Sezioni unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione* e di G. Amarelli, *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione,* in *GI* 2019, 1207 ss. Nel caso di specie, la vicenda ha tratto origine dallo scatto di alcune foto a contenuto pornografico da parte di un sacerdote a minori ultraquattordicenni a fronte di un compenso in denaro e in ricariche telefoniche. Secondo le S.U., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario l'accertamento del pericolo di diffusione del suddetto materiale. In dottrina, v. F. Bacco, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale,* in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Volume I. Tutela penale della persona,* Torino 2019, I, 372; G. Cocco, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?,* in *RIDPP* 2006, 881 ss.; Id., *Il concetto di pornografia minorile e i principi del diritto penale liberale,* in *RCP* 2010, 2073 ss.; Id., *Il concetto di pornografia minorile,* in E. M. Ambrosetti-G. Cocco (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale,* Padova 2014, 303 ss.; A. Forza, L*a pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza,* in *RP* 2007, 481 ss., A.M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati,* in *RIDPP* 2020, 2, 908 ss.; R. Raffaelli, *La pedopornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla l. n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica,* in *CP* 2009, 2, 798, che definisce il reato di pericolo «*presunto ed ipotetico*»; E.

pedopornografico alimenti il c.d. processo di imitazione, incentivando la commissione di condotte direttamente lesive del bene giuridico dell'integrità psico-fisica dei minori (compimento di atti sessuali su minori, atti di violenza, prostituzione minorile, adescamento).
La punibilità prescinde, dunque, dall'accertamento - volta per volta - dell'effettiva pericolosità della condotta e dipende dall'idoneità (presunta appunto) «*in base ad una regola di esperienza, che al compimento di certe azioni si accompagni l'insorgere di un pericolo*»[23].
Inoltre, la condotta di accesso risulterebbe pericolosa rispetto al bene giuridico dell'integrità psico-fisica dei minori anche in quanto concretamente idonea ad incrementare la domanda di materiale pornografico, alimentando il mercato dello sfruttamento e degli abusi sessuali[24]. Indipendentemente dal rischio di emulazione, il disvalore della fattispecie sarebbe assorbito dalla potenzialità criminogena del materiale pedopornografico in sé, che giustificherebbe, sotto il profilo dell'offensività, l'anticipazione della soglia di rilevanza penale.
La scelta di politica criminale è, dunque, quella di colpire il circuito criminale della pedopornografia a tutti i livelli, incriminando sia coloro che si collocano dal lato dell'offerta (come chi produce, commercia o divulga il materiale), sia coloro che si trovano dal lato della domanda (come il consumatore che accede al materiale medesimo per appagare i propri impulsi), dato che la domanda rappresenta pur sempre l'indefettibile presupposto dell'offerta.
Si noti, tuttavia, che l'accesso è punito non solo nel caso di materiale relativo a minori realmente esistenti[25], ma anche di materiale "artificiale", relativo cioè a mere elaborazioni grafiche. Difatti,

---

Venafro, *Art. 600 quater,* in *LP* 1999, 88 che parla di reato di pericolo indiretto. Il reato di pedopornografia virtuale è stato definito, invece, dalla stessa relazione introduttiva al d.d.l. 4599 presentata alla Camera il 13.1.2004 dalla XIV Legislatura e consultabile in *www.camera.it* come un reato di pericolo astratto: «*si tratta di fattispecie incriminatrici i cui contorni appaiono essere quelli del reato di pericolo astratto, o del reato ostacolo - la produzione e la diffusione di siffatto materiale sono infatti tali da incentivare quei comportamenti devianti, tali, a loro volta, da originare ulteriori condotte lesive del bene giuridico finale della integrità fisico-psichica dei minori*».

[23] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale, parte generale*, Torino 2019, 204.

[24] Così, anche in senso critico, v. *amplius* le riflessioni di M. Bertolino, *Il minore vittima di reato. I diritti dei minori tra delicati bilanciamenti e principi costituzionali,* in *RIDPP* 2018, 21 ss.; M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile,* Torino 2019, 133 ss.; L. Ferla, *Art. 604 quater,* in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale,* Padova 2017, 1966 ss.; A.M. Maugeri, D*iritto penale del nemico e reati sessualmente connotati,* in *RIDPP* 2020, 2, 908 ss.; T. Padovani, *Art. 1 Modifiche al codice penale,* in *LP* 1999, 54 ss. Secondo G. De Francesco, *Beni offesi e logiche del "rischio" nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro,* in *LP* 2008, 2, 210 ss., secondo cui la punibilità di simili condotte non necessariamente riuscirebbe ad assolvere alla funzione dissuasiva rispetto alla richiesta di materiale nuovo.

[25] Per la definizione del materiale pedopornografico relativo a minori realmente esistenti, in giurisprudenza, si è sostenuto che non si può adottare il criterio anatomico puro, essendo piuttosto essenziale determinare quando la rappresentazione sia funzionale ad uno scopo sessuale. In altre parole, la qualificazione del materiale come "pedopornografico" richiede che la rappresentazione sia inserita in un contesto tale da rendere manifesta la finalità di concupiscenza (Cass. 8.6.2018 n. 33862 in *www.dejure.it*). In questo senso, v. anche Cass. 3.3.2010 n. 21392, in *www.dejure.it*: nel caso di specie di trattava di *books* fotografici che ritraevano una minore in pose equivoche, con difficoltà di distinguere il contesto artistico e commerciale da quello meramente sessuale. V., altresì, Cass. 2.4.2019 n. 41950, in *www.dejure.it,* secondo cui è essenziale valorizzare le modalità che connotano la rappresentazione, come il tipo di inquadratura o il contesto spaziale e temporale in cui essa è avvenuta. La valutazione del carattere pedopornografico del materiale compete al giudice, il quale può servirsi degli ordinari mezzi di prova previsti dall'ordinamento, senza dover necessariamente procedere ad un esame diretto del materiale medesimo (Cass. 20.11.2013 n. 3110, in *www.dejure.it*) e, comunque, ricorrendo a plausibili massime di esperienza (Cass. 21.7.2016 n. 24113, in *www.dejure.it*). In senso critico, in dottrina, v. M. Helfer, *Davvero indeterminato il concetto di pornografia, specie minorile,* in *DPP* 2004, 623 ss. Interessante segnalare anche Cass. 8.1.2020 n. 9354, in *GI* 2020, 1480 ss., con *ivi* nota in senso critico di O. Di Giovine, *La Cassazione torna sul concetto di pornografia minorile: ma è possibile interpretare un testo senza contesto?* Secondo quest'ultima sentenza, «*il riferimento alla "rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto" di cui all'ultimo comma dell'art. 600-ter c.p. ricomprende non solo gli*

in attuazione della Decisione-quadro 2004/68/GAI[26], il legislatore italiano del 2006 ha ricompreso nel concetto di pedopornografia anche le immagini virtuali "realistiche", realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate, in tutto o in parte, a situazioni reali[27]: in questi casi, però, la pena è diminuita di un terzo (art. 600 *quater 1* co 2. Cp). Tale scelta è conforme a quanto stabilito nella Dir. 2011/93/CE, che, a sua volta, offre una definizione assai ampia di materiale pedopornografico, comprensiva, oltre al materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, anche del materiale *«che ritrae visivamente una persona che sembra un minore in atteggiamenti sessuali espliciti»* e le «*immagini realistiche di un minore*»[28]. Tale fenomeno ricomprende una varietà di ipotesi, includendo l'accesso alla c.d. "pornografia apparente", relativa a rappresentazioni di adulti "reali" che per effetto di tecniche di fotoritocco sembrino minori; la c.d. "pornografia parzialmente virtuale", ossia i fotomontaggi e i *collages* ottenuti con la giustapposizione del viso del minore su di un corpo creato artificialmente od appartenente ad altro soggetto[29]; nonché la c.d. "pornografia totalmente virtuale", relativa ad immagini artificiali, ad eccezione delle rappresentazioni irrealistiche come i fumetti[30].
A fronte di una formulazione assai ampia del concetto di pedopornografia, viene di fatto demandato - come sostenuto anche dalla Cassazione[31] - al giudice penale il compito di apprezzare il carattere pornografico o meno del materiale.

3.2. Il presupposto applicativo della fattispecie incriminatrice di accesso è rappresentato dal fatto che il materiale pedopornografico sia stato realizzato «*utilizzando minori*».
Quest'ultimo concetto è stato chiarito già nel 2018 dalle S.U. con la sentenza Mordino[32], in base alla quale l'"utilizzazione" ricomprende qualsiasi forma di impiego che implichi «*un differenziale di potere tra il soggetto che realizza le immagini e il minore rappresentato, tale da generare una strumentalizzazione della sfera sessuale di quest'ultimo»*[33]. Il termine "utilizzo" è inteso in senso

---

organi genitali, ma anche altre zone erogene, come il seno e i glutei». La pronuncia conferma, dunque, che la rappresentazione degli organi sessuali di un minore comprende non solo gli organi genitali, ma anche le zone erogene.
[26] DQ 2004/68/GAI, cit.
[27] In base all'art. 600 *quater 1* co. 2 Cp, le fattispecie relative alla produzione, alla commercializzazione ed alla detenzione di materiale pedopornografico si applicano anche quando il materiale «*rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse*». In tali ipotesi, però, la pena è diminuita di un terzo. Per approfondimenti circa le ragioni addotte a sostegno dell'incriminazione della c.d. pornografia virtuale, v. A.M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *RIDPP* 2020, 2, 908 ss. Tra le varie ragioni, rientrerebbe il c.d. *grooming effect*, ossia il potenziale criminogeno di tali immagini virtuali, che si ritiene siano utilizzate dai pedofili per sedurre i minori. In argomento, v. *amplius* M. Bertolino, *Convenzioni, direttive e legislazione nazionale: un fronte comune di lotta contro i delitti a sfondo sessuale a danno di minori nella legge di ratifica n. 172/2012*, Torino 2014.
[28] Art. 2 Dir. 2011/93/UE.
[29] V. Cass. 24.11.2017 n. 15757, in *www.dejure.it*, secondo cui integra il reato di pornografia virtuale «*la produzione, mediante la tecnica del fotomontaggio, con l'utilizzo del programma "fotoshop", di un'immagine nella quale i volti reali di minori sono sovrapposti a corpi di adulti intenti a pratiche sessuali*».
[30] G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto Penale, parte generale*, Torino 2019, 161, secondo cui «*la necessità che l'immagine virtuale appaia reale elimina dall'area del penalmente rilevante almeno quei comportamenti che, al di là della tecnica di elaborazione seguita, non riescono a raggiungere quel grado di perfezione che produce nell'osservatore esterno quell'effetto di realtà. Si pensi ad esempio a quei* collages *o a quei fotomontaggi che tradiscono l'artificiosità della rappresentazione in essa contenuta*».
[31] Così, Cass. 9.6.2017 n. 38651, in *www.dejure.it.*
[32] Cass. S.U. 51815/2018, cit.
[33] Cass. S.U. 51815/2018, cit.

oggettivo, come una manipolazione del minore, a prescindere dalla percezione di quest'ultimo, il quale potrebbe anche non accorgersi di essere stato "utilizzato" per fini sessuali[34].
Il significato della nozione in esame è stato ulteriormente approfondito nel 2021 in un'ulteriore pronunzia delle S.U.[35], secondo cui si avrebbe utilizzazione del minore allorquando, all'esito di un accertamento complessivo che tenga conto del contesto di riferimento, dell'età, della maturità, dell'esperienza e dello stato di dipendenza del minore, si verifichino delle forme di condizionamento della sua volontà. Le S.U. sono arrivate, dunque, ad interpretare il concetto di utilizzazione come strumentalizzazione di un minore che, non avendo ancora raggiunto l'età del c.d. consenso sessuale, non ha (presuntivamente) ancora conseguito un livello di maturità tale da consentirgli «*una valutazione consapevole circa le ricadute negative della mercificazione del proprio corpo, attraverso la divulgazione delle immagini erotiche*»[36], anche in considerazione di un'eventuale circolazione protratta nel tempo del materiale prodotto.
Il risultato – non di poco conto – è stato quello di escludere la rilevanza penale *ex* art. 600 *ter* co. 1 Cp della c.d. pornografia "intima" o "domestica", ossia relativa al materiale autoprodotto e destinato *ab origine* a restare nella sfera strettamente privata dell'autore che abbia raggiunto l'età del consenso sessuale nell'ambito di un rapporto che, valutate le circostanze del caso, non sia caratterizzato da condizionamenti e sia frutto di libera scelta (come, ad es., nel caso di *selfie* di un sedicenne poi inviati al *partner*). Rimane fermo che l'eventuale successiva diffusione di materiale realizzato dal minore consenziente e, quindi, la rottura del patto di intimità (c.d. *sexting* secondario), possa essere sanzionata come diffusione di materiale pedopornografico[37].

3.3. Oltre ad implicare lo sfruttamento del minore, l'accesso al materiale pedopornografico deve essere compiuto secondo delle modalità ben precise, ossia «*mediante l'utilizzo della rete* internet *o di altre reti o mezzi di comunicazione*»[38].

---

[34] Cass. 24.9.2020 n.29826, in *www.dejure.it,* secondo cui il reato di pornografia minorile *«in quanto posto a tutela del bene giuridico della libertà sessuale e della dignità del minore, suscettibile di compromissione già per effetto della sola produzione del materiale pornografico, è configurabile anche a prescindere dalla percezione che il minore abbia di tale produzione».* La percezione del minore di essere stato o meno utilizzato per fini sessuali è tendenzialmente considerata irrilevante.
[35] Cass. S.U. 28.10.2021 n. 4616, in *GD* 2022, 7 ss., in base alla quale, in tema di reato di pornografia minorile, è lecita la produzione di materiale pornografico realizzata senza l'utilizzazione del minore e con il consenso espresso di colui che abbia raggiunto l'età per manifestarla. Nel caso di specie, è stato assolto un uomo condannato per aver utilizzato la minore quindicenne, con la quale aveva una relazione intima, per la produzione di materiale pornografico.
[36] Cass. S.U. 4616/2021, cit. Naturalmente, se la vittima ha meno di quattordici anni (oppure tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni *ex* art. 609 *quater* co. 5 Cp) la realizzazione di materiale pedopornografico è sempre abusiva perché l'età del minore coinvolto è inferiore a quella del consenso sessuale. Se la vittima ha tra i quattordici e i diciotto anni la realizzazione di materiale pedopornografico può essere abusiva qualora vi sia una posizione di supremazia del soggetto agente nei confronti del minore-vittima, per le peculiari modalità di realizzazione del materiale oppure per la destinazione commerciale dello stesso.
[37] Così, v. Cass. 21.11.2019 n. 5522, in *CP* 2020, 9, 3234 ss., relativo ad un caso in cui l'agente, entrato abusivamente nella disponibilità di foto pornografiche autoprodotte da una minore, ne aveva effettuato due copie, inviandole a terzi. In commento, v. C. Taccardi, *La Cassazione di fronte al difficile inquadramento normativo del sexting (secondario) a cavallo tra le norme in materia di pornografia minorile e la nuova fattispecie di diffusione illecita di immagini e video sessualmente espliciti,* in *RIMLDSan* 2020, 3, 1626 ss.
[38] Art. 600 *quater* co. 3 Cp. Il problema del maggiore disvalore insito nei fatti commessi mediante internet e le nuove tecnologie dell'informazione, oltre ad essere stato evidenziato dalla Dir. 2011/93/UE, in dottrina anche da P. Perri, *Profili informatico-giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico,* in *CP* 2008, 9, 3468, n. 8. In relazione al fenomeno dei c.d. "pedofili culturali", cioè di soggetti aggregati, soprattutto mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie e attraverso *internet,* in associazioni o gruppi e talvolta perfino in partiti, v. C. Giuli, *La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori,* in *RP* 2014, 3.

In relazione ai fatti commessi mediante l'utilizzo di internet, l'obbiettivo è quello di assicurare una specifica tutela nei casi in cui l'aggressione al bene giuridico della libertà morale e dell'integrità psico-fisica del minore avvenga secondo modalità idonee - in astratto - a recare un maggior pregiudizio, potendo raggiungere una molteplicità indifferenziata di destinatari (ad es., si pensi all'effetto virale delle condivisioni attraverso i *social network)*[39]. Evidente l'intento - sotteso anche alla Direttiva europea - del legislatore nazionale di fronteggiare la crescente diffusione di materiale pedopornografico *online*. Lo strumento informatico costituisce un veicolo di "propagazione" particolarmente insidioso, giacché offre «*un anonimato senza precedenti per gli utenti, che possono nascondere le proprie identità e le caratteristiche personali reali, come la loro età*»[40].
Con il riferimento agli «*altri mezzi di comunicazione*», invece, il legislatore ha inteso evitare possibili vuoti di tutela, assicurando la copertura penale dell'accesso al materiale pedopornografico compiuto con i mezzi di comunicazione più tradizionali, per quanto ormai desueti, come gli *sms* o la posta ordinaria.

3.4. Tra la fattispecie di detenzione e quella di accesso intercorre un rapporto di concorso apparente, emergente anche dalla clausola di riserva «*fuori dai casi indicati nel primo comma*», di cui all'art. 600 *quater* co. 3 Cp. Sotto tale profilo, diventa dunque essenziale chiarire l'elemento distintivo tra le due condotte, dato che l'accesso è punito meno severamente rispetto alla detenzione (reclusione fino a due anni e multa non inferiore ad Euro 1.000, in un caso, e reclusione fino a tre anni e multa non inferiore ad Euro 1.549, nell'altro).
Ebbene, per giurisprudenza costante[41], il reato di detenzione è ravvisabile nel caso in cui il materiale sia stato in qualsiasi modo conservato, sia pur temporaneamente: ciò può avvenire ad es. quando i *file* pedopornografici sono stati salvati nell'*hard disk* o in appositi supporti esterni, anche se successivamente cancellati. Ne possiamo dedurre – *a contrario* – che l'accesso implica la mancata conservazione e, più precisamente, nel caso di materiale digitale, il mancato *download* dei contenuti vietati. L'accesso risulta integrato solo nel caso in cui, alla visione, non sia seguita alcuna ulteriore attività volta alla conservazione del materiale. Le due condotte si pongono, quindi, in un rapporto di (non necessaria) successione cronologica: l'accesso è la condotta prodromica, mentre la conservazione del materiale è il *posterius* eventuale. Se all'accesso segue la

---

[39] Con particolare riferimento al fenomeno del cd. "*cyberstalking*", ne evidenzia il peculiare disvalore C. Minnella, *Atti persecutori dopo la separazione coniugale: inquadramento giuridico e tutela cautelare (nota a Cass. pen., sez. V, 27.4.2012, n. 23626),* in *Dfam* 2012, 4, 1589, secondo cui «*il* cyberstalking *può essere maggiormente invasivo dello* stalking *tradizionale perché l'interazione persecutore-vittima si sposta dal piano privato a quello pubblico, creando effetti di maggiore lesività nel soggetto perseguitato in ragione della più ampia e incontrollata diffusione dei contenuti tramite meccanismi informatici*».
[40] Dir. 2011/93/UE, cons. n. 19.
[41] V. ad es. Cass. 19.11.2021 n. 3275, in *D&G* 31.1.2022, secondo cui integra il delitto di detenzione l'accertato possesso di *files* pedopornografici successivamente cancellati dalla memoria accessibile del sistema operativo di *personal computer*, in quanto l'avvenuta cancellazione determina solo la cessazione della permanenza del reato e non, invece, un'elisione *ex tunc* della rilevanza penale della condotta per il periodo antecedente alla eliminazione dei *files* sino a quel momento detenuti. Nel caso di specie, veniva confermata la condanna di detenzione di materiale pedopornografico nei confronti di un imputato presso la cui abitazione era stato rinvenuto un *hard disk* in cui era stata trovata traccia di file pedopornografici cancellati dal computer in epoca antecedente all'istallazione di una nota applicazione per la cancellazione sicura dei dati "*CCleaner*". Da tale circostanza, i giudici di appello avevano ragionevolmente desunto che l'imputato avesse deciso di utilizzare tale sofisticata applicazione proprio al fine di evitare che rimanesse traccia di taluni *file* che egli deteneva, utilizzava e poi cancellava. Nello stesso senso, v. anche Cass. 3.3.2021 n. 24644, in *CP* 2022, 2, 696 ss., secondo cui non assume rilevanza il fatto che le immagini acquisite non siano immediatamente fruibili dall'agente perché cancellate o volontariamente accantonate in parti non più facilmente accessibili della memoria elettronica degli strumenti informatici.

conservazione del materiale, il reato di detenzione "assorbe" l'accesso, in forza della clausola di riserva iniziale.
Se una simile distinzione appare piuttosto lineare e intuitiva in astratto, tuttavia, esistono alcuni casi pratici che potrebbero destare dubbi.
La prima ipotesi riguarda l'eventualità in cui i *file* siano stati visionati e rimossi, pur rimanendo allocati nel "cestino" del sistema operativo. In questo caso, parte della giurisprudenza[42] ha ritenuto integrata la detenzione, sul presupposto che il materiale rimanesse comunque nella disponibilità dell'utente mediante la semplice riattivazione dell'accesso ai dati. In altre parole, per escludere la detenzione non basterebbe rimuovere i *file* mediante lo spostamento virtuale nel cestino (che in realtà, sul piano informatico, rappresenta pur sempre una cartella).
Un'altra ipotesi problematica ricorre allorquando i *file* siano rimasti nella *cache memory,* ossia quel "luogo" virtuale in cui affluiscono in via temporanea i dati provenienti dalla navigazione a seguito della consultazione di siti. Tale eventualità si può verificare nel caso in cui il *browser* sia stato impostato dai produttori, al fine di migliorare le prestazioni di navigazione, per effettuare una copia temporanea dei *file*, senza che l'agente abbia appositamente effettuato il loro *download.* Ebbene, sul punto, la giurisprudenza è divisa. In base all'orientamento più risalente[43], tale ipotesi non integrerebbe la detenzione; viceversa, secondo un altro orientamento[44], anche il rinvenimento dei *temporary internet file* allocati nella memoria *cache* costituirebbe detenzione, intesa quest'ultima come disponibilità per l'agente di prendere visione di immagini vietate e di scaricarle automaticamente attraverso i sistemi di salvataggio telematici.
A seguito dell'introduzione della nuova fattispecie di accesso, è forse possibile ipotizzare un "ripensamento" - da parte del legislator e- di quest'ultimo indirizzo interpretativo, volto ad escludere che la conservazione del materiale nella sola *cache memory* integri gli estremi della detenzione.
È possibile, infatti, che in futuro la giurisprudenza - non essendo più costretta a scegliere tra l'alternativa della punibilità per detenzione o dell'irrilevanza della condotta - propenda per una lettura meno rigorosa del concetto di "conservazione". Dato che, a seguito della riforma, la condotta di accesso è diventata penalmente rilevante, gli interpreti potrebbero essere indotti a restringere l'ambito applicativo della detenzione ai soli casi di conservazione consapevole del materiale, escludendo le ipotesi di conservazione involontaria, come quella relativa ai *temporary internet file.*

3.5. Al fine di "controbilanciare" il rigore della nuova fattispecie, che anticipa notevolmente la soglia della punibilità, il legislatore ha espressamente limitato la punibilità ai casi in cui l'accesso sia stato intenzionale e sia avvenuto senza giustificato motivo.

---

[42] Sul punto, v. Cass., 15.9.2017 n. 48175, in *RP* 2017, 12, 1053 ss., in base alla quale la prova del dolo del reato di detenzione di materiale pedopornografico «*può desumersi dal solo fatto che quanto scaricato sia stato collocato in supporti informatici diversi (ad es, nel "cestino" del sistema operativo), evidenziando tale attività una selezione consapevole dei "file", senza che abbia alcuna rilevanza il fatto che non siano stati effettivamente visionati*». Nello stesso senso, v. Cass. 17.5.2017, n.39458, in *GD* 2018, 2, 96 ss.
[43] V. Cass. 16.10.2008 n. 3194, in *RP* 2009, 6, 670 ss.: nel caso di specie si è esclusa la detenzione perché era stato accertato che i tre *file* dal contenuto pedopornografico si trovassero solo nella memoria *cache.* La Cassazione ha ritenuto che la detenzione fosse indubbiamente involontaria dato che i *file* erano solo temporanei e non si trovavano in una cartella apposita.
[44] V. Cass. 11.1.2017 n. 20890 e Cass. 24.11.2010 n. 45571, entrambe in *www.dejure.it*: la Corte ha ritenuto rilevante penalmente la detenzione dei *files* temporanei di Internet giacché «*potevano essere in qualsiasi momento richiamati in visione, anche da parte di un utente non particolarmente esperto*».

Il riferimento all'intenzionalità implica non solo che l'agente deve rappresentarsi ed essere consapevole della natura pedopornografica del materiale, ma anche che la visione di tale materiale debba costituire l'obbiettivo primario della condotta. Ciò vale, in primo luogo, ad escludere la rilevanza penale degli "accessi inconsapevoli", come nel caso in cui l'agente acceda accidentalmente ad un sito senza sapere che contiene materiale pedopornografico ovvero clicchi per sbaglio su un'icona che non voleva selezionare.
Occorre, poi, chiedersi se il riferimento all'intenzionalità implichi anche un *quid pluris* oltre all'irrilevanza degli accessi inconsapevoli.
Invero, il riferimento espresso all'"intenzionalità" non costituisce un *novum* nella materia penale: com'è noto, tale espressione ricorre anche in relazione al reato di abuso d'ufficio *ex* art. 323 Cp, che, dopo la riforma attuata dalla l. 16.7.1997, n. 234, è stato trasformato da reato a dolo specifico a consumazione anticipata a reato d'evento a dolo intenzionale, al fine di escludere la rilevanza del dolo eventuale. Come già chiarito a suo tempo dalla Cassazione[45], il requisito dell'intenzionalità esprime la necessità che l'agente non solo si sia rappresentato l'evento come conseguenza probabile o certa della propria condotta, ma che lo abbia perseguito come obbiettivo primario (c.d. dolo intenzionale).
Trasponendo tale interpretazione, elaborata nel contesto dell'abuso d'ufficio, al reato *de quo*, il dolo intenzionale esprimerebbe allora non solo la necessità della consapevolezza della natura pedopornografica del materiale visionato, ma anche che l'agente abbia eseguito l'accesso proprio con l'intenzione di visionare tale materiale. Il predetto requisito implicherebbe, dunque, che la condotta sia intenzionalmente orientata e finalizzata a raggiungere tale scopo. Ciò varrebbe ad escluderne la rilevanza, allorquando la volontà dell'agente sia diretta ad altri obbiettivi - ad es. la visione di materiale pornografico per adulti - e la presenza del materiale riguardante minori venga prefigurata solo come possibile (dolo eventuale) o probabile (dolo diretto).
Un'altra questione rilevante attiene al numero di accessi necessari ai fini dell'integrazione del reato: si tratta di capire se anche un solo accesso intenzionale sia sufficiente ai fini dell'applicabilità della disposizione di nuovo conio. In assenza di una specifica indicazione legislativa nel senso dell'abitualità della condotta, il numero degli accessi sembrerebbe irrilevante, nel senso che ipoteticamente anche un solo accesso, purché intenzionale, sarebbe idoneo ad integrare la condotta tipica. Eppure, il numero di accessi potrebbe essere considerato un elemento decisivo sotto il diverso profilo della prova dell'intenzionalità. Alla stessa stregua della detenzione, laddove la prova del dolo sia stata desunta da una serie di indicatori sintomatici -come la provenienza del materiale da siti a pagamento, la condivisione prolungata[46] o la creazione di un'apposita cartella[47]- il numero di accessi potrebbe costituire un elemento decisivo ai fini della prova del requisito soggettivo dell'intenzionalità. A dimostrazione del fatto che non si sia trattato di un solo accesso del tutto occasionale, come chiarito anche dalla stessa Direttiva europea, l'"intenzionalità" può desumersi, infatti, dagli accessi ricorrenti[48].

---

[45] Cass. 20.10.2010 n. 39371, in *D&G online* 2010, in base alla quale «*in tema di abuso d'ufficio, la presenza nell'art. 323 Cp dell'avverbio "intenzionalmente" limita l'ipotesi di dolo nella condotta del pubblico ufficiale che procura a terzi un ingiusto vantaggio patrimoniale (o un danno): l'abuso d'ufficio non si configura, pertanto, laddove il pubblico ufficiale si prefigga davvero di realizzare un interesse pubblico pur violando la legge e determinando il vantaggio al privato*».
[46] Cass. 14.12.2017, n. 14001. In ordine al requisito del dolo, v. L. Giordano, *L'evoluzione giurisprudenziale del reato di pornografia minorile*, in *DPP* 2019, 12, 1722 ss.
[47] Cass. 12.5.2015 n. 30465, in *CP* 2015, 11, 4050 ss.
[48] In questo senso, v. Dir. 2011/93/UE, cons. n. 18.

Diverso è il secondo requisito richiesto, ossia l'elemento del «*senza giustificato motivo*». A tal riguardo, viene in considerazione l'attività di accesso al materiale pedopornografico svolta per scopi scientifici ovvero per effettuare delle indagini *under cover* o di *cyberinflitration*, come ad es. in relazione all'attività svolta da associazioni private a tutela dei minori e di *parental control* come "BARK" o, in Italia, dall'Associazione Prometeo.

3.6. Già prima della riforma del 2021, il reato di detenzione di materiale pedopornografico aveva sollevato diverse perplessità in relazione alla compatibilità con i principi di offensività, laicità e materialità del diritto penale. Secondo attenta dottrina[49], la scelta di anticipare la soglia dell'intervento penale sino a ricomprendere condotte eccessivamente distanti rispetto alla lesione o messa in pericolo del bene giuridico dell'integrità del minore, come la detenzione appunto, sarebbe difficilmente giustificabile. Il rischio sarebbe quello di configurare dei "delitti-ostacolo"[50], con la conseguenza che, in questi casi - si è sostenuto[51] - il bene giuridico dell'integrità psico-fisica dei minori diventerebbe "rarefatto".
Finora, le questioni di costituzionalità (relative al reato di detenzione) sono state respinte dalla Cassazione, in considerazione dell'offensività potenziale della condotta, dato che la domanda di materiale pedopornografico di fatto alimenta il mercato della pedopornografia. Si ritiene, infatti, che «l*'attività organizzata ai fini della produzione, diffusione e messa in commercio di certe immagini (...) esiste e si perpetua solo perchè vi è a monte una domanda: un pubblico, cioè, di consumatori che intende acquistarle e detenerle*»[52]. Anche successivamente, nell'escludere i dubbi di costituzionalità, la Cassazione ha ribadito che il reato di detenzione «*si armonizza con gli*

---

[49] Senza pretesa di esaustività, v. M. Bianchi, *Pornografia virtuale (art. 600 quater1),* in A. Manna-M. Papa-S. Canestrari-A. Cadoppi (a cura di), *Trattato di diritto penale-Parte speciale,* Torino 2010, 515 ss.; M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile,* Torino 2019, 63 ss.; A. Cadoppi, *Commento all'art. 600-quater Cp.,* in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia,* Padova 2006, 223 ss.; A. Cadoppi, *Art. 1,* in Id. (a cura di*), Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova 1999, 432 ss.; G. Cocco, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?,* in *RIDPP* 2006, 881 ss.; L. Gizzi, *Detenzione di materiale pornografico,* in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali,* Torino 2007, 498 ss.; M. La Rosa, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio,* in *CP* 2008, 4169 ss.; G. Marra, La detenzione di materiale pornografico minorile, in *RIDPP* 2003, 410; L. Pistorelli, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *GD* 2006, 9, 51 ss. Secondo A.M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati,* in *RIDPP* 2020, 2, 908 ss. «*si avvicina, in particolare, alla logica del diritto penale del nemico, in luogo di quello di mera lotta, con forte anticipazione dell'intervento punitivo, la fattispecie prevista dall'art. 600 quater Cp, che incrimina la detenzione di materiale pedopornografico come sintomo del tipo d'autore*». V. anche A. Manna, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *DFam* 2012, 3, 1251 ss., il quale richiama specularmente alla questione della non punibilità della detenzione di stupefacenti per uso personale, a testimonianza del fatto che il diritto penale dovrebbe intervenire «"*a monte" e non già "a valle" nei confronti di chi, più che criminale, è da considerare, semmai, un malato*».

[50] Sulla non agevole definizione del bene giuridico tutelato dalla disciplina di contrasto alla pedopornografia, v. in dottrina, *ex multis,* L. Picotti, *Libertà sessuale e le nuove schiavitù,* in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri,* Milano 2001, 305, il quale avanza l'ipotesi di recuperare l'offensività delle condotte astraendo il bene giuridico tutelato al punto da ricondurlo alla dignità del minore. Per una ricognizione comparata del tema, v. M. Helfer, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica,* Padova 2007.

[51] Così, v. M. Bertolino, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *RIDPP* 2018, 1, 21 ss.

[52] Cass. 20.9.2007 n. 41570, in *CP* 2008, 7-8, 2888 ss. Nella sentenza, la Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma sanzionatoria sollevata dalla difesa per presunta violazione degli art. 2, 3, 24, 25, 27 e 111 Cost.

obblighi internazionali che definiscono un livello "minimale" di tutela e si inserisce in un sistema organico che punisce, in via decrescente, ogni condotta relativa allo sfruttamento sessuale dei minori»[53].
Oggi, tuttavia, con la criminalizzazione anche del mero accesso, i dubbi sono destinati ad aumentare: la soglia della tutela penale è stata ulteriormente anticipata allo stadio della mera visualizzazione del materiale pedopornografico. Le perplessità sono davvero molte soprattutto se si pensa al fatto che, in forza del combinato disposto dagli artt. 600 *quater* co. 3 e 600 *quater* 1 Cp, è punito anche l'accesso al c.d. materiale pedopornografico "realistico", relativo ad elaborazioni grafiche o fotomontaggi. Di fronte alla carente offensività delle condotte aventi ad oggetto simile materiale, che in effetti non coinvolge un minore realmente esistente, la scelta incriminatrice appare difficilmente giustificabile[54]: mai si era andati così vicino – come già evidenziato in tema di detenzione – «*alla repressione del nudo pensiero cattivo*»[55].

4. L'art. 20 co. 1 lett. *d* n. 1 l. 238/2021 ha modificato l'art. 609 *quater* Cp («*atti sessuali con minorenne*»), inserendo un nuovo terzo comma, ai sensi del quale è punito con la reclusione fino a quattro anni chiunque compia atti sessuali con minore ultraquattordicenne, «*abusando della fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità*».
Stante la clausola di riserva iniziale «*fuori dei casi previsti dai commi precedenti*», deve ritenersi che si tratti di una fattispecie residuale, punita meno severamente rispetto alle ipotesi già sanzionate dall'art. 609 *quater* co. 1 e 2 Cp. Ne discende che il presupposto applicativo dell'art. 609 *quater* co. 3 Cp sia dato dall'inesistenza di un rapporto qualificato tra l'agente ed il minore (in tale evenienza ricorrerebbe, appunto l'art. 609 *quater* co. 1 o 2 Cp): il minore non deve essere stato affidato all'agente per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia ovvero avere con lui una relazione di convivenza.

4.1. La *ratio* della fattispecie è quella di "completare" la tutela alla libertà sessuale del minore, prevedendo la rilevanza penale di un'ipotesi prima non ricompresa nel complesso impianto delineato dall'art. 609 *quater* Cp. Normalmente la capacità di disporre sessualmente del proprio corpo si consegue al compimento del quattordicesimo anno di età (*rectius* al sedicesimo nei casi di rapporti qualificati di parentela o affidamento ovvero al diciottesimo nei casi di abuso di tali rapporti).
Tuttavia, con la previsione in commento, nel caso di fatti commessi con abuso di fiducia, autorità o influenza l'età del c.d. consenso sessuale si innalza, conseguendosi solo al raggiungimento dei diciotto anni.
Attraverso l'introduzione di tale fattispecie incriminatrice, infatti, il legislatore ha cercato di superare le criticità emerse nel corso della procedura di infrazione n. 2018/2335, quanto alla

[53] Cass. 2.4.2014, 20429, in *www.dejure.it.*
[54] La scelta incriminatrice non è stata nemmeno bilanciata dai correttivi previsti nella maggior parte degli altri ordinamenti europei, come ad es. con l'art. 227.23 del CP francese; il *§* 184 *b*) StGB; l'art. 198.2 del CP spagnolo; la sect. 160 del *Criminal Justice Act* inglese del 1988, che ha eliminato dalla precedente fattispecie il requisito della finalità di distribuzione. Per approfondimenti, v. A.M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *RIDPP* 2020, 2, 908 ss.
[55] Così, anche se con riferimento alla detenzione, v. F. Piccicchè, *La pornografia minorile inquadramento e problematiche*, in *RP* 2009, 7-8, 787 ss., secondo cui, nei casi di pornografia virtuale, non esisterebbe un soggetto passivo, ossia una vittima reale da proteggere.

mancata previsione di rilevanza dell'abuso di fiducia in ipotesi diverse rispetto a quelle già contemplate dal codice penale. Anche con la procedura EU Pilot n. 2018/9373, la Commissione ha sottolineato che, pur essendo l'Italia dotata di norme volte a punire i reati commessi da chiunque compia atti sessuali con un minore (artt. 609 *ter* e 609 *quater* Cp), tale disciplina non comprendeva le situazioni in cui l'agente abusa di un rapporto di fiducia instauratosi con il minore tramite un'autorità non precostituita, ma "naturale" che gli permetta comunque di controllare, punire o premiare il minore sul piano emotivo, economico o anche fisico.
Per quanto riguarda la disciplina applicabile, si noti, poi, che, in forza dell'art. 609 *sexies* Cp in tema di *error aetatis,* l'agente non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa. Interrogata sulla legittimità costituzionale di quest'ultima disposizione, la Corte costituzionale[56] ha chiarito, infatti, che, tale rigorosa disciplina in tema di irrilevanza dell'errore sull'età del minore, è espressiva di una precisa scelta legislativa nel senso di accordare una protezione particolarmente energica al bene giuridico dell'integrità psico-fisica dei minori di diciotto atti. In ogni caso - a giudizio della Corte[57] - la disposizione non può essere interpretata in contrasto con le regole relative all'ignoranza inevitabile, per cui sul giudice grava l'obbligo di offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Il giudizio di inevitabilità postula in colui che si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età un "impegno" conoscitivo proporzionale all'importanza dei valori in gioco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore, dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, potrebbero anche essere mendaci.
Per la definizione di atti sessuali, si può ricorrere all'elaborazione giurisprudenziale in tema di violenza sessuale (art. 609 *bis* Cp) o di atti sessuali con minorenne (art. 609 *quater* Cp)[58]. Con il superamento del criterio puramente anatomico, l'individuazione del significato sessuale dell'atto non potrebbe prescindere dalla complessiva valutazione della dinamica del caso concreto. Indipendentemente dalla zona del corpo coinvolto, l'atto assumerebbe natura "sessuale" quando vi sia una "manifestazione esterna" (*äußeres Erscheinigungsbild)* della sua attinenza alla dimensione sessuale (*Sexualbezogenheit*). La natura dell'atto dovrebbe essere valutata secondo il suo significato "sociale", avuto riguardo al contesto in cui l'azione si svolge, ai rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte e ad ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una compromissione della libertà sessuale, oggettivamente e socialmente percepibile. In tal modo, si assicurerebbe la rilevanza di tutti quegli atti che, per quanto non direttamente indirizzati a zone

[56] C. cost. 11.7.2007 n. 332.
[57] C. cost. 11.7.2007 n. 332, cit.
[58] V. Cass. 26.11.2014 n. 964, in *www.italgiure.giustizia.it,* secondo cui «*non essendo possibile classificare aprioristicamente»* gli atti come sessuali, occorre tener conto «*del contesto in cui l'azione si è svolta, dei rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte ed ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo*». V., nello stesso senso, anche Cass. 12.2.2014 n. 10248, in *GD* 2014, 16, 94, in cui, per lo specifico contesto, è stata riconosciuta la natura di atto sessuale dell'abbraccio; Cass. 11.7.2006 n. 35242, in *RIDPP* 2007, 4, 1492 ss., con *ivi* nota di F. Macrì, *Costrizione 'ambientale' agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco*. Anche la Corte costituzionale in questo senso: v. C. cost. 22.6.2005 n. 325, in *www.dejure.it,* secondo cui gli atti sessuali «*abbracciano ora una gamma assai vasta di comportamenti, caratterizzati dall'idoneità a incidere comunque sulle facoltà della persona offesa di autodeterminarsi liberamente nella propria sfera sessuale*». La rilevanza penale è stata così estesa anche al compimento di atti difficilmente inquadrabili nella fattispecie sulla base di parametri meramente anatomici, ma comunque idonei a ledere la libertà sessuale. L'interpretazione estensiva è stata giustificata dalla giurisprudenza con la necessità di non escludere la punibilità di quelle condotte capaci di assumere un chiaro significato sessuale, alla luce delle circostanze e dell'eventuale contesto coartante concretamente verificatosi.

erogene – in considerazione delle specifiche circostanze contestuali – siano comunque idonei a compromettere il bene giuridico della libertà sessuale, come anche il bacio[59].

4.2. Il presupposto applicativo è che sussista tra autore e vittima un rapporto di fiducia, autorità o influenza.
Tale rapporto non deve derivare da un vincolo qualificato: l'agente non deve cioè essere l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, perché altrimenti ricorrerebbe la previsione di cui all'art. 609 *quater* co. 1 o 2 Cp. Escluse tali ipotesi, si comprende appieno la natura residuale della fattispecie, giacché è piuttosto insolito che, tra un adulto ed un minore, possa instaurarsi una relazione di fiducia, autorità o influenza, in assenza di un legame "qualificato", specie in considerazione dell'interpretazione assai estesa della giurisprudenza che vi include «*qualunque rapporto fiduciario, anche temporaneo od occasionale*»[60].
Più precisamente, l'ambito applicativo della fattispecie sembra essere riconducibile alle sole condotte di "adescamento", in presenza o *online*, da parte soggetti "estranei" alla cerchia di appartenenza del minore. Così, per quanto riguarda il rapporto di fiducia, sulla scorta dei più recenti studi della scienza psichiatrica[61], il rapporto di fiducia si creerebbe nelle fasi di *victim selection,* di *friendship, relationship* e *exclusivity forming stage*, ossia nel corso di quel processo posto in essere dal pedofilo volto a creare una relazione di affidamento del minore e a carpire la sua fiducia.
Quanto al concetto di autorità, la Cassazione ha precisato che l'autorità «*presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata*»[62]. Infatti, a partire dagli anni Duemila, si è

---

[59] V. Cass. 22.4.2021 n. 30270, in *D&G* 4.8.2021, relativa ad un caso di un soggetto che, dopo essersi precostituito un'occasione di gita in luogo lontano da quello della residenza di due minori, «*intratteneva plurimi contatti corporei con le stesse attraverso baci sulla guancia, oltre ad esibire un fallo di plastica con commenti sessualmente equivoci*». Sempre in considerazione del contesto, v. Cass. 30.10.2018 n. 17509 in *www.dejure.it,* in base alla quale integra gli atti sessuali la condotta di colui che chiede ad un minorenne, nel corso di una conversazione telefonica, di compiere atti sessuali, di filmarli e di inviarli immediatamente all'interlocutore.
[60] Cass. 24.9.2019 n. 43705, in *www.dejure.it.*
[61] In base ad uno studio condotto dall'Università del Lancashire (v. R. O'Connel, *A typology of cybersexploitation and online grooming practices,* Lancashire 2003, riportato da C. Giuli, *La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori,* in *RP* 2014, 3) esisterebbero cinque passaggi finalizzati all'adescamento del minore e propedeutici all'incontro sessuale. Il primo consisterebbe nell'attività di stabilire un contatto con il minore (c.d. *friendship forming stage*). Nella seconda fase, denominata *relationship forming stage,* l'adescatore intraprenderebbe discorsi riguardo la vita del minore, la scuola frequentata e la famiglia, al fine di far apparire la sua presenza come un supporto, comprensivo ed amichevole. Il terzo passaggio (c.d. *risk assessment stage*) sarebbe finalizzato ad ottenere informazioni utili, come gli orari di controllo da parte dei genitori, l'ubicazione del computer, il possesso di un cellulare ecc. La quarta fase consisterebbe nel simulare un rapporto esclusivo e confidenziale con il minore, al fine di completare l'opera di persuasione (c.d. *exclusivity stage*). Il quinto passaggio (c.d. *sexual stage*), infine, porterebbe l'adescatore all'approccio sessuale, invitando il minore a parlare e confidare le sue eventuali "esperienze", proprio in virtù di quella stessa relazione esclusiva e di totale comprensione di cui lo stesso minore si sente ormai di far parte. In generale, relativamente all'attività captativa volta all'adescamento di minori, v. G. Ponteprino, *La compatibilità del delitto di adescamento di minorenni con i principi costituzionali*, in *DPP* 2019, 4, 521 ss.; I. Salvadori, *L'adescamento di minori. Il contrasto al* child-grooming *tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia,* Torino 2018, 65 ss.; M. Vizzardi, *Art. 609-undecies. Adescamento di minorenni,* in *Codice penale commentato,* diretto da Dolcini - Gatta, Milano 2015, III, 504 ss.
[62] V. Cass., sez. III, 10.4.2013, n. 37135, in *www.dejure.it,* per cui «*vi è abuso di autorità se l'imputato (...) si è oggettivamente avvalso nei confronti delle parti offese della sua posizione apicale nel gruppo che si era costituito attorno alla sua attività di istruttore d'arti marziali»;* Cass., sez. III, 27.3.2014, n. 36704, in *www.dejure.it,* secondo

ritenuto integrato l'elemento dell'"abuso di autorità" a prescindere dalla natura pubblica del potere autoritativo esercitato dall'agente. L'abuso di autorità ricomprende tutte le posizioni autoritative, anche private, che implicano «*poteri di direttiva e di comando connessi alla sua posizione di supremazia*»[63].
L'influenza deve derivare - per espressa previsione - in ragione «*della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità*»: ancora una volta, come per il rapporto di fiducia e d'autorità, è difficile individuare l'ambito applicativo di un simile rapporto di influenza esercitato dall'agente sul minore che, tuttavia, non derivi dall'esistenza di un rapporto qualificato, già autonomamente rilevante *ex* art. 609 *quater* co. 1 o 2 Cp (genitore, tutore, insegnante, *baby-sitter*, ecc.).

4.3. Ai fini della rilevanza penale, gli atti sessuali devono essere commessi «*abusando*»[64] della fiducia, dell'autorità o dell'influenza esercitata sul minore.
Per individuare gli estremi della condotta abusiva è possibile fare riferimento a concetti già utilizzati dal legislatore nell'ambito del reato di adescamento di cui all'art. 609 *undecies* Cp, laddove si chiarisce che la condotta abusiva comprende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso «*artifici, lusinghe o minacce*»[65]. Si tratta di tecniche di adescamento poste in essere nell'ambito del c.d. *child grooming online*, da parte dell'agente al fine di manipolare e captare la volontà del minore e indurlo al compimento degli atti sessuali.
L'artificio è una «*manipolazione o trasfigurazione della realtà esterna, provocata mediante la simulazione di circostanze inesistenti o - per contro - la dissimulazione di circostanze esistenti*»[66], che potrebbe avvenire, ad es., se il soggetto attivo fingesse di avere un'età prossima a quella del minore (attraverso la predisposizione di un *fake* account, dell'inserimento di un gruppo *Telegram* o della partecipazione in una *chatbox* di un videogioco *online*).
Le lusinghe sono definibili come «*motivo di allettamento, costituito o sottolineato da espressioni carezzevoli o adulatorie*»[67] e ricomprendono l'uso di parole di convincimento e di adulazioni.
La minaccia, invece, secondo consolidata dottrina e giurisprudenza, consiste nella prospettazione di un male ingiusto e futuro dipendente dalla propria volontà: si potrebbe esemplificativamente richiamare il caso dell'adulto che, dopo aver ricevuto dal minore delle foto a sfondo sessuale raffiguranti lo stesso, minacci di renderle pubbliche.

5. Infine, il legislatore del 2021 ha introdotto alcune nuove circostanze aggravanti ad effetto comune.
La novità più significativa riguarda l'introduzione della c.d. aggravante del "pericolo di vita" per il minore nell'ambito dei reati di sfruttamento sessuale attraverso una modifica dell'art. 602 *ter* Cp (ossia con riferimento alle ipotesi di cui agli artt. 600 *bis* Cp di prostituzione minorile, 600 *ter* Cp di pornografia minorile, 600 *quater* Cp di detenzione e accesso a materiale pornografico e 600

---

cui l'abuso di autorità «*ricomprende non solo le posizioni autoritative di tipo pubblicistico, ma anche ogni potere di supremazia di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali*». *Contra*, tuttavia, per il perdurare del contrasto interpretativo v. Cass. sez. III, 24.3.2015, n. 16107, in *CP* 2015, 12, 4476 ss.
[63] Cass. 18.12.2020, n. 7140, in www.dejure.it*:* il caso di specie riguardava un soggetto che rivestiva, nei confronti del minore, la posizione qualificata di *tutor* durante lo svolgimento di uno *stage* lavorativo.
[64] Art. 609 *quater* co. 3 Cp.
[65] Art. 609 *undecies* Cp.
[66] Cass, 22.10.2020 n. 30637, in *www.dejure.it.*
[67] C. Giuli, *La Convenzione di Lanzarote e le nuove norme a tutela dei minori,* in *RP* 2014, 3.

quinquies Cp di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile). La medesima aggravante «*del pericolo di vita del minore*» è stata prevista anche in relazione ai delitti contro la libertà personale di cui agli artt. 609 *ter* Cp di violenza sessuale, 609 *quater* Cp di atti sessuali con minorenne, 609 *quinquies* Cp di corruzione di minorenne e art. 609 *undecies* Cp di adescamento di minorenni.
Con l'introduzione di tale aggravante, il legislatore ha inteso ottemperare alla previsione di cui all'art. 9 lett. *f* Dir. 2011/93/UE, la quale dispone che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché sia configurata, quale circostanza aggravante dei reati di pornografia minorile e abusi su minori, la condotta dell'avere, deliberatamente o per negligenza, messo in pericolo la vita del minore.
Prima della riforma, allorquando la condotta fosse idonea a porre in pericolo la vita del minore, la disciplina applicabile era quella del tentativo di omicidio (secondo il combinato disposto di cui agli artt. 56 e 575 Cp). Tuttavia, la Commissione europea, nella citata procedura di infrazione n. 2018/2335, ha evidenziato come l'esistenza della fattispecie di tentato omicidio non fosse idonea a recepire pienamente la Dir. 2011/93/UE. Per la precisione, si è evidenziato come i reati sessuali sui minori non comportino necessariamente l'intento di uccidere da parte dell'autore del reato, onde per cui nei casi in cui il soggetto agente si fosse rappresentato il pericolo per la vita del minore come mera eventualità, cioè a titolo di dolo eventuale, non sarebbe stata applicabile in concorso la fattispecie di tentato omicidio.
Con l'introduzione dell'aggravante del pericolo di vita per il minore, dunque, il legislatore nazionale ha inteso porre rimedio a tale lacuna: l'aggravante è applicabile nei casi in cui il pericolo sia conosciuto o ignorato per colpa ovvero ritenuto inesistente per errore determinato da colpa, in base al criterio di imputazione soggettivo delle circostanze *ex* art. 59 co. 2 Cp. L'ambito applicativo dell'aggravante è circoscritto ai casi di dolo eventuale o colpa; mentre nei casi di dolo diretto, accompagnati dal compimento di atti idonei e univoci, continuerà ad essere applicato il tentativo di omicidio in concorso con il reato-base commesso, come avveniva anche prima della riforma.
Infine, sia in relazione al reato di atti sessuali con minori che di adescamento, sono state previste, oltre alla già citata ipotesi del pericolo di vita, anche alcune aggravanti collegate alle specifiche modalità della condotta, in ragione della loro maggiore insidiosità, ossia: 1) se il reato è commesso da più persone riunite; 2) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività; 3) se dal fatto, a causa della reiterazione delle condotte, deriva al minore un pregiudizio grave.

6. La riforma introdotta con l'art. 20 l. 238/2021 si inserisce nel solco di una tendenza, promossa *in primis* dal Consiglio d'Europa, volta ad implementare il sistema di tutela dell'integrità psico-fisica dei minori, quale presupposto di un armonico sviluppo della loro personalità. In ragione della particolare vulnerabilità, anche per ragioni situazionali e/o relazionali, di determinate categorie "fragili" - tra cui appunto i minori – l'obbiettivo di assicurare un sistema di tutele è diventato

primario nei programmi comuni di politica criminale[68] tra cui, su tutti, la già citata Convenzione di Lanzarote del 2007[69].

Per quanto riguarda le caratteristiche di tale sistema, è stato privilegiato un approccio "*olistico*", in base al quale il minore - concepito quale soggetto debole - deve essere protetto in modo assoluto nell'intero processo di crescita, essendo portatore del fondamentale interesse ad un sereno e sano sviluppo psico-fisico. Per questo motivo, al di là della previsione degli strumenti preventivi di natura extra-penale e amministrativi - a carico degli Stati membri sono stati posti precisi obblighi di incriminazione[70]. Dato che «*reati gravi quali lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile richiedono un approccio globale che comprenda l'azione penale contro gli autori del reato, la protezione delle vittime minorenni e la prevenzione del fenomeno*»[71], la tutela deve passare attraverso un approccio integrato, diretto a prevenire, proteggere e «*perseguire i trasgressori*»[72].

In conformità dell'approccio sovranazionale, anche il legislatore italiano ha aderito all'impostazione di una tutela assoluta ed incondizionata del bene giuridico protetto, nel senso di assicurare, come si è visto, una piena copertura penale di tutte le aggressioni, attuali e potenziali, dell'integrità psico-fisica del minore, non di rado optando per una accentuata anticipazione della soglia di rilevanza penale. La scelta è stata quella di adottare un sistema "a tolleranza-zero" verso l'odioso fenomeno degli abusi e dello sfruttamento sessuale dei minori, colpendo l'intero circuito criminale, dall'adescamento al turismo sessuale, dalla produzione di materiale pedopornografico all'accesso per scopi personali, dalla prostituzione minorile al compimento di atti sessuali.

Tuttavia, di fronte a temi "eticamente sensibili" a vocazione assolutista, come quello della tutela dei minori, non è raro che sulla razionalità tenda a prevalere, per dirla con P. Nuvolone[73], l'"*emotionales Denken*", ossia quel condizionamento di carattere emotivo, idoneo a generare precomprensioni e fallacità di giudizio. In effetti, il sistema di tutela ha acquisito, specie negli

---

[68] Già nel lontano 1989, il principio del *best interest of the child* veniva affermato dall'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo di New York, ratificata in Italia nel 1991. Successivamente, tra le iniziative più significative rientrano la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989, la Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 1996 contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali. Nell'ambito dell'U.E.: v. la Racc. R(2006)8, che, al punto 3.4, invita gli Stati membri ad adottare misure speciali a favore delle vittime «*che sono particolarmente vulnerabili, in ragione sia delle loro caratteristiche personali sia delle circostanze del reato*»; la DQ 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale; la Dir. 2017/541/UE dedicata al contrasto del terrorismo; la Dir. 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato; la Racc. R(87)21 sull'assistenza delle vittime e sulla prevenzione della vittimizzazione. In argomento, v. S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano 2015, 3 ss.; M. Bertolino, *Il minore vittima di reato*, Torino 2008; V. Del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in G. Fiandaca-C. Visconti (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare - Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino 2009, 107 ss.

[69] Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, Lanzarote 25.10.200, cit.

[70] V., *amplius*, L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in *RIDPP* 2013, 1777 ss.; M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in Aa. Vv., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino 2012, 65 ss.; V. Masarone, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale per "tipo di vittima"?* in *AP* 2017, 3; S. Quattrocolo, *Vulnerabilità e* individual assessment, in M. Bargis - H. Belluta (a cura di), V*ittima di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino 2017, 301 ss.; M. Venturoli, *La tutela delle vittime nelle fonti europee*, in *DPenCont* 2012, 3-4, 101 ss.

[71] Dir. 2011/93/UE, cons. n. 6, cit.

[72] Scheda di sintesi Dir. 2011/93/UE, in *www.eur-lex.europa.eu*.

[73] V. P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1947.

ultimi anni, «*una chiara connotazione vittimocentrica*»[74] caratterizzandosi per una protezione quasi simbolico-espressiva del bene giuridico.
A titolo esemplificativo di simile tendenza, si pensi alla scelta legislativa di estendere la rilevanza penale anche a condotte prodromiche eccessivamente distanti rispetto all'offesa, come nel caso della visualizzazione di immagini "artificiali" non raffiguranti minori reali. In effetti, non si capisce come l'accesso a simili immagini, che fortunatamente non coinvolgono una persona realmente esistente, possa considerarsi pericoloso per l'integrità psico-fisica del minore. Paradossalmente, si tratterebbe di un "delitto senza vittime". In questi casi, il legislatore sembrerebbe voler stigmatizzare una condotta di vita ritenuta moralmente riprovevole, secondo la logica del diritto penale d'autore, più che il disvalore obbiettivo del fatto tipico: il "pedofilo" deve essere punito non perché autore di un fatto offensivo, ma in quanto tale, per la sua stessa perversione, per la sua malattia[75]. Come evidenziato anche da F. Palazzo, emerge il principale carattere identificativo del diritto penale del nemico, come teorizzato da G. Jakobs, ossia l'appartenenza dell'autore ad una specifica "categoria" ritenuta socialmente pericolosa.
Anche la scelta di ricorrere in questa materia allo schema dei reati di pericolo sembra esporsi a critiche. Si pensi alla relazione necessaria instaurata tra la circolazione di materiale pedopornografico e la commissione di reati direttamente abusivi nei confronti dei minori, che (come avevamo visto *retro* § 3.1) costituisce uno degli argomenti a sostegno dell'incriminazione dell'accesso a materiale pedopornografico. Il legislatore ha introdotto una fattispecie di pericolo presunto, basandosi sulla regola di comune esperienza secondo cui l'accesso al materiale pedopornografico può trasformare il consumatore passivo (pedofilo *hands-off)* in autore diretto di abusi sessuali su minori (pedofilo *hands-on*). Secondo una logica presuntiva, la fantasia sessuale indotta dal materiale precorrerebbe l'azione abusiva.
Eppure, una simile presunzione non risulta supportata da adeguati dati scientifici[76]. Le ricerche disponibili non individuano un nesso consequenziale tra il "consumo" di materiale pedopornografico e il compimento di atti sessuali su minori. Anzi, gli studi sul rapporto tra pedopornografia e abusi sessuali tendono ad escludere che le fantasie erotiche evocate dalla visione di simili immagini e/o video possano determinare il soggetto all'azione[77].

---

[74] M. Venturoli, *La vulnerabilità della vittima di un reato quale categoria a geometria variabile*, in *RIDML* 2018, 2, 553 ss.; v. anche Id, *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?,* Napoli 2015. In relazione alla posizione specifica dei minori: v. *amplius*, M. Bertolino, *Il minore vittima di reato*, Torino 2008; Id., *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi,* in *RIDPP* 2021, 1, 65 ss. Chiarisce l'A. che, con l'espressione "sistema penale vittimo-centrico" si fa riferimento ad un diritto penale fortemente sbilanciato alla tutela di persone considerate particolarmente deboli, vulnerabili, bisognose di una protezione rafforzata. Più in generale, v. M. Donini, *Integrazione europea e scienza penale,* in *RTrimDPenEc* 2020, 3-4, 531 ss., secondo cui il clima di "contrasto" o di "lotta" contro alcuni fenomeni (dalla pedopornografia al razzismo, dalla tratta di esseri umani ai reati di immigrazione, ecc.) «*è ormai esteso a tutti i campi di intervento della "giustizia penale" dell'Unione europea*».
[75] La pedofilia rientra tra le parafilie patologiche, v. Aa. Vv., *Manuale Statistico e Diagnostico dei Disturbi Mentali (DSM IV),* Milano 2001.
[76] Si rimanda a D. Howitt, *Pedofilia e reati sessuali contro i bambini,* Torino 2000, citato e ripreso anche da A. Forza, *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza*, in *RP* 2007, al quale si rinvia per eventuali approfondimenti sul tema. Uno studio effettuato da D. Howitt sullo specifico rapporto tra la fruizione del materiale pedopornografico e gli abusi su minori dimostrò che la maggior parte dei pedofili aveva espresso un interesse molto scarso e del tutto marginale per la pornografia infantile. Anzi, al contrario, qualcuno esprimeva una forte avversione per questo tipo di materiale.
[77] Nuovamente, si rinvia agli studi di D. Howitt, *Pedofilia e reati sessuali contro i bambini,* cit.

Addirittura, secondo un certo filone[78], consentire una qualche forma - ancorché minima - di soddisfazione delle pulsioni sessuali che la pedofilia genera (ad es. legittimando la visione di materiale pedopornografico artificiale ad uso personale) consentirebbe un certo appagamento delle pulsioni, riducendo il rischio di abusi effettivi. La visione di materiale pornografico per i pedofili consentirebbe, secondo tale indirizzo, di assolvere ad una funzione catartica, oltre che di feticcio sessuale. Secondo gli studi scientifici[79], il rischio di abusi verrebbe ad essere efficacemente ridotto, invece, solo attraverso una terapia farmacologica apposita, che permetterebbe l'abbassamento dell'ormone del testosterone e la soppressione dell'impulso sessuale, tanto che alcuni ordinamenti europei, come Germania e Francia, hanno già da tempo ammesso il ricorso alla c.d. castrazione chimica su base volontaria.

In definitiva, dall'attuale assetto legislativo emerge piuttosto chiaramente come alcune scelte compiute a tutela dell'intangibilità sessuale dei minori, come l'incriminazione dell'accesso al materiale pedopornografico o l'estensione della rilevanza penale alla pornografia artificiale, siano difficilmente compatibili con il principio di offensività e di ragionevolezza. Tali riforme sono state ispirate, oltre che da esigenze di adeguamento agli obblighi di penalizzazione sovranazionali, da comprensibili spinte "emotive" volte ad assicurare una protezione assoluta ed incondizionata dei minori, specie a fronte dell'inquietante diffusione dei fenomeni abusivi e di sfruttamento commessi a mezzo *internet.*

Eppure, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale con la pronuncia in tema di *error aetatis* inevitabile[80], l'integrità psico-fisica del minore, per quanto preminente, non costituisce un bene giuridico suscettibile di tutela assoluta e incondizionata. Il *best interest* dei minori va perseguito secondo un'attenta opera di bilanciamento con gli altri interessi primari degni di tutela[81], onde evitare il rischio di tratteggiare una politica criminale d'autore.

Per queste ragioni, *de iure condendo,* sarebbe preferibile che le opzioni di politica-criminale in questo ambito, al netto degli inevitabili condizionamenti emotivi e delle tendenze vittimo-centriche, tenessero maggiormente conto degli studi scientifici di settore condotti in ordine alle parafilie patologiche, come appunto la pedofilia, e dei relativi risultati, in modo da pervenire ad un'auspicabile razionalizzazione della disciplina.

---

[78] Così, S. Del Signore, I *reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale,* in G. Balbi-A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino 2011, 29 ss. V. anche gli studi scientifici di M. Strano, U*no studio clinico e criminologico dei pedofili* on-line, Relazione al Congresso internazionale della SOPSI (Società Italiana di Psicopatologia), Roma 26.2.2003, liberamente consultabile in *www.sopsi.it.*

[79] Nella letteratura di settore, v. E. Aguglia-A. Riolo, *La pedofilia nell'ottica psichiatrica*, Roma 1999; A. Berti-S. Firpo-L. Lavagna, *Proposte di trattamento degli abusatori sessuali,* in A. Berti-M. Acconci, *Grandi Reati, Piccole Vittime*, Genova 1999*; S.* Mungo-L. Lavagna-M. Prelati, *Il trattamento Farmacologico del Pedofilo,* in T. Bandini-B. Gualco, *Infanzia e abuso sessuale,* Milano 2000.

[80] C. cost. 11.7.2007 n. 332, cit., relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 609 *sexies* Cp.

[81] In questo senso, v. M. Bertolino, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali,* in *RIDPP* 2018, 1, 21 ss.

SEQUESTRI E LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ECONOMICA: TRA CONTAMINAZIONE TELEOLOGICA DEL PROCEDIMENTO PENALE E DISALLINEAMENTO DELLE GARANZIE DALLA PERVASIVITÀ DELLE ABLAZIONI

di Roberta Rizzuto
Dottore di ricerca, Università LUMSA di Palermo

Il presente contributo, dopo una breve disamina della contaminazione teleologica che il procedimento penale, da qualche anno oramai, subisce in conseguenza dell'imperversare della cultura della lotta alla criminalità, si sofferma sulle ricadute di tale fenomeno sulla quotidiana amministrazione della giustizia penale italiana. Particolare attenzione viene riservata alle ripercussioni della cd. lotta alla criminalità economica sull'operatività del sequestro preventivo disposto a fini di confisca (art. 321, co. 2, Cpp): più nello specifico, l'ablazione cautelare ordinata in funzione della successiva confisca, anche per equivalente, del prodotto o del profitto del delitto di riciclaggio (art. 648quater Cp) costituisce la lente attraverso la quale viene condotta l'analisi. I sequestri preventivi a fini di confisca ex art. 648quater Cp, difatti, anche per l'effetto dei punti oscuri che minano la funzionalità della disciplina dettata dal codice di rito in materia di misure cautelari reali, sembrano descrivere appieno la divaricazione che, purtroppo, si registra tra le garanzie procedurali riconosciute agli interessati e la pervasività che non di rado contraddistingue i provvedimenti cautelari reali adottati dalle competenti autorità giudiziarie.
This paper, after a brief examination of the teleological contamination that criminal proceedings, for some years now, have been undergoing as a result of the raging culture of fighting crime, focuses on the repercussions of this phenomenon on the daily administration of Italian criminal justice. Particular attention is paid to the repercussions of the so-called fight against economic crime on the application of preventive seizures ordered for the purpose of confiscation (art. 321 co. 2 of the Italian Code of Criminal Procedure): more specifically, the precautionary ablation ordered in function of the subsequent confiscation, including by equivalent, of the product or profit of the crime of money laundering (art. 648quater of the Italian Criminal Code) constitutes the lens through which the analysis is conducted. Preventive seizures for the purpose of confiscation under Article 648quater of the Italian Criminal Code, in fact, also due to the effect of the obscure points that undermine the functionality of the discipline dictated by the Italian Code of Criminal Procedure on real precautionary measures, seem to fully describe the gap that, unfortunately, exists between the procedural guarantees recognized to the interested parties and the pervasiveness that often marks the real precautionary measures adopted by the competent judicial authorities.

SOMMARIO: 1. La lotta alla criminalità e la (parziale) mutazione funzionale del procedimento penale – 2. La strumentalizzazione del sequestro a fini di neutralizzazione patrimoniale della criminalità economica. – 3. Dal *nulla poena sine iudicio* al *nullum crimen sine ablatione*. – 3.1. Il *fumus commissi delicti*. – 3.2. Il *periculum in mora*. – 4. Riflessioni conclusive.

1. È oramai invalso l'utilizzo di espressioni ("lotta alla criminalità organizzata", "lotta ai patrimoni criminali", "aggressione ai patrimoni illeciti", legge "Spazza-corrotti", ecc.)[1] che, sebbene esprimano finalità condivisibili, meriterebbero di essere gestite con maggiore parsimonia, se non addirittura di essere sostituite con formule meno propagandistiche ma parimenti efficaci.
Quella appena formulata, ad onta delle apparenze, non vuole essere un'osservazione puramente linguistica, poiché, in verità, scaturisce da riflessioni di ben più ampio respiro, correlate al diverso atteggiarsi negli ultimi decenni delle scelte politico-criminali, a livello sia nazionale sia sovranazionale. Non si può, difatti, negare che la politica criminale ha subìto, su scala globale, variazioni strutturali tali da far pensare a una sua, ancorché parziale, mutazione genetica: qui preme, però, porre l'accento soltanto su una delle modifiche che vanno guardate con maggiore circospezione, in quanto ben potrebbero, se malgovernate, avvicinare l'*enforcement* penalistico, sostanziale e processuale, al rischio di una involuzione. Ci si riferisce, nello specifico, alla tendenza ordinamentale a incentrare il funzionamento del sistema punitivo non più, come accadeva in passato, sull'azione di prevenzione e/o contrasto di *fatti* penalmente rilevanti, quanto piuttosto sulla repressione di *fenomeni* delittuosi[2].
Questo "passaggio del testimone" al fenomeno criminoso, congiuntamente ad altre circostanze, sta alla base del successo del *trend* – parecchio insidioso e di matrice efficientista – in forza del quale

---

[1] In argomento, risulta profondamente attuale il pensiero espresso da M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale* 2007, (2), 55, il quale poneva l'accento sul fatto che nel periodo a sé coevo erano «sempre più numerose» «le fonti internazionali che impegnano gli Stati a una "lotta" contro qualche forma di criminalità» e, altresì, «le ricerche finanziate dalla Comunità Europea, orientate a programmi di lotta contro la criminalità». Egli, infatti, notava come sia le politiche criminali nazionali sia la cultura degli operatori del settore fossero parecchio condizionate da tali impulsi. Ad oggi il successo di tali espressioni sembra essere ancora inarrestabile, così come dimostrato dalla loro ascesa in campo legislativo e, altresì, dogmatico. Non mancano, del resto, gli esempi di fonti sovranazionali relative alla lotta di qualche specifica forma di criminalità [si pensi, tra le tante, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005 nonché, nell'ambito dell'Unione Europea, alla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale nonché alla Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del Trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea; avuto riguardo, invece, alle Nazioni Unite, basti pensare all'art. 7 della Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale (meglio nota come "Convenzione di Palermo", poiché sottoscritta nel corso della conferenza svoltasi nel 2000 presso il capoluogo siciliano) rubricato «Misure per combattere il riciclaggio di denaro»]. Quanto, invece, alla produzione dottrinale, si segnalano, ma senza alcuna pretesa di esaustività, A. Balsamo-A. Mattarella-R. Tartaglia, *La Convenzione di Palermo: il futuro della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Torino 2020; R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico* jus in bello *del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino 2008; M. Donini, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 aprile 2018; Id., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, 131 ss.; G. Ducoli, *La lotta dell'Unione Europea al terrorismo. Un primo sguardo alla Direttiva UE/2017/541*, in www.lalegislazionepenale.eu, 27.7.2017; A.M. Maugeri (a cura di), *Sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione. Atti del Convegno. Catania, 19-20 gennaio 2007*, Milano 2008; T. Russo-A. Oriolo (a cura di), *La lotta alla corruzione nella legalità reticolare. Il sistema penale multilivello*, Milano 2021.

[2] M. Donini, *Diritto penale di lotta*, cit., 60, già qualche anno fa segnalava come le disposizioni incriminatrici minacciassero «un male e questo male è un'arma per raggiungere uno scopo. Lo scopo, però, oltre a quello specifico della singola incriminazione (per esempio, prevenire e reprimere le singole condotte riconducibili a fattispecie di associazioni criminali, di traffico di esseri umani ecc.), è nello stesso tempo *la vittoria contro un "fenomeno" dannoso o pericoloso*» [il corsivo è nostro].

gli strumenti utilizzati finiscono con l'«autolegittimarsi in funzione degli scopi perseguiti»[3]. L'osservazione della realtà giudiziaria italiana, sul punto, ci restituisce una panoplia di dati tutt'altro che sottostimabili. Volgendo lo sguardo al passato più o meno recente, si può, d'altronde, notare come l'attenzione crescente verso le categorie concettuali tipiche del cd. diritto penale di lotta[4] tenda a tradursi, già nel breve periodo, nel comune sentire secondo cui la criminalità va contrastata "a ogni costo" e, per di più, ancor prima di essere accertata come tale.

Detto altrimenti, per tal via si giunge a ritenere che l'apparato punitivo, ai fini della repressione dei fenomeni delittuosi, sia legittimato ad avvalersi dei mezzi più efficaci in assoluto, a nulla rilevando gli eventuali *vulnera* dai medesimi inferti alle garanzie e ai diritti fondamentali dei soggetti interessati dall'esercizio del potere giurisdizionale. Eppure, tali garanzie e diritti sono al singolo riconosciuti dall'ordinamento giuridico: *quid iuris*, dunque, della coerenza sistematica in presenza di un apparato penale che, in nome di una fuorviante (ancorché legittima) esigenza di "lotta alla criminalità", si spinge sino al punto di accettare che i vincoli garantistici, di rango costituzionale e convenzionale, subiscano non già un semplice contemperamento, bensì vere e proprie indebite obliterazioni?

Come può intuirsi dalle riflessioni appena formulate, la stretta complementarità esistente tra la componente sostanziale e quella processuale del diritto penale ha fatto sì che lo sbilanciamento del baricentro ordinamentale a tutto vantaggio dell'obiettivo politico-criminale perseguito, anziché delle modalità di intervento, si insinuasse pure tra le maglie dell'amministrazione della giustizia. Non v'è, difatti, chi non veda come quest'ultima, anche per effetto di quella che, provocatoriamente, potremmo definire un'abdicazione della legge processuale a favore delle dialettiche promosse dalla legge sostanziale, non di rado dismetta la propria veste tradizionale di "luogo di accertamento della *eventuale* penale responsabilità dell'indagato/imputato"[5], per atteggiarsi a "luogo di repressione della criminalità"[6].

---

[3] In questi termini si esprime D. Castronuovo, *Le confische tra principi costituzionali e convenzionali*, in D. Castronuovo-C. Grandi (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, Napoli 2021, 4. L'Autore si mostra critico sul punto, così come può evincersi dal tono lapidario con cui afferma che «nessun sistema giuridico d'ispirazione liberale può permettersi di *punire fenomeni invece che fatti*, per lo meno non senza tradire se stesso» (*ivi*, 5).

[4] M. Donini, *Diritto penale di lotta*, cit., 59-60, definisce il diritto penale di lotta come «una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto pur presenti nell'idea dello scopo e ancor meglio in quelle dell'orientamento alle conseguenze. […] è il diritto stesso, nella sua "progettualità" prima ancora che nella sua "funzione", ad essere concepito come il mezzo per uno scopo diverso dalla semplice tutela di beni o dalla "giusta" regolazione di rapporti. […] È […] la norma stessa a funzionare come strumento per scopi ad essa anche esterni». In argomento, v. anche A. Cavaliere, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico*, cit., 265-290.

[5] Il procedimento penale, affinché possa dirsi rispondente a quest'ordine di idee, deve riuscire a coniugare costantemente il proprio fine cognitivo con la tutela delle posizioni giuridiche soggettive di coloro i quali sono interessati dall'esercizio della *potestas puniendi* statale. A tal riguardo, v'è da puntualizzare che siffatto schema procedurale è cosa diversa rispetto anche a quel processo penale in cui un giudice "storico" è istituzionalmente deputato ad accertare non già la «verità processuale», bensì la verità dei fatti, per così dire, "assoluta".

[6] G. Pecorella, *Per un giudizio di «razionalità» sul processo penale vigente*, in *CP* 2022, 42, nell'analizzare tre differenti modi di concepire la giustizia penale, si sofferma sul pensiero oggi dominante e, a suo avviso, causa efficiente del «malessere della giustizia», vale a dire quello secondo cui il processo diventa «una delle forme di controllo sociale e viene collocato accanto a tutti i mezzi che consentono di mantenere l'ordine pubblico; il processo diventa nient'altro che l'uso diretto della forza, quando sia necessaria e legittima, unitamente a quelle misure, chiamate misure di prevenzione, che tendono a mantenere un certo assetto che risponde a principi politici o di altro genere». Nella vigenza del precedente codice di rito, l'idea del procedimento penale quale strumento per punire i colpevoli – così come efficacemente ricordato da O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura*

Del resto, la trasposizione della cultura della lotta in campo giudiziario, alla stregua di una goccia d'acqua che, riversandosi senza sosta sullo stesso punto di una pietra, finisce con lo scavare la medesima e, di riflesso, col modificarne la struttura, sta contribuendo, con un ritmo via via più incalzante, al verificarsi di una sostanziale alterazione della tradizionale fisionomia della giustizia penale. Le logiche ascrivibili a tale corrente di pensiero, infatti, una volta incuneatesi nei meandri del procedimento penale, hanno accelerato quel processo di svigorimento cui, purtroppo, oramai da qualche anno è assoggettata la funzione cognitiva dello stesso. Ma v'è di più, in quanto gli spazi liberati per tal via sono stati, contestualmente, occupati da quell'inedita funzione di difesa sociale che, promossa da siffatto ordine di idee, sino ad allora era perlopiù rimasta estranea all'architettura processuale penale italiana[7].

Tra l'altro, come già asserito *in limine*, le dinamiche innescate dalla cultura della lotta si rivelano, altresì, terreno fertile per l'affermazione di dialettiche che, ad onta di ogni formale qualificazione, costituiscono il portato di un'efficienza processuale efficientista[8]. Invero, quest'ultima e il diritto penale di lotta, condizionandosi e sorreggendosi reciprocamente, conferiscono maggiore forza all'idea secondo cui la funzione cognitiva del procedimento penale è, in qualche misura, "sacrificabile" in nome di ulteriori esigenze, quali, ad esempio, il bisogno di celerità definitoria oppure, ancora, la tutela della collettività dalla criminalità. Ecco, dunque, che tali due fattori, combinandosi fra loro in un gioco di influenze biunivoche, legittimano l'esistenza e l'operatività pratica di istituti e/o meccanismi che, anziché promuovere e rafforzare la capacità accertativa della macchina processuale, finiscono col trasfigurare quest'ultima in uno strumento di controllo sociale. Nell'ultimo periodo tutt'altro che sporadici sono stati i tentativi o, comunque, gli interventi normativi e giurisprudenziali tesi a provocare, in relazione a non poche figure procedimentali, una vera e propria metamorfosi funzionale[9]. È ragionevole, allora, ipotizzare che quel che oggi appare essere un parziale discostamento dalla loro originaria ispirazione cognitivo-accertativa possa, in futuro, trasformarsi in una frattura insanabile[10].

---

penale, in *AP* 2019, (2), 5-6, nella sua critica all'attuale imperversare, persino tra i magistrati, della retorica dell'efficienza processuale – era sostenuta da V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*[6], I, a cura di Pisapia, Torino 1967, 224, il quale riteneva che «il processo penale si presenta come un mezzo principalmente diretto a rendere possibile la punizione del colpevole, a realizzare la pretesa punitiva dello Stato». Conclusione, questa, a suo avviso, suggerita dal fatto che, alla luce sia della natura d'organo statale del pubblico ministero sia dell'assenza d'ogni interesse personale nell'esercizio, da parte del medesimo, della sua funzione, fosse «logico presumere che le imputazioni siano generalmente fondate sopra un sufficiente accertamento preliminare».

[7] Sul punto, si reputa opportuno citare G.D. Pisapia, *Introduzione*, in *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive*, Milano 1994, 27, ad avviso del quale «un codice di procedura penale può anche essere, indirettamente, uno strumento di difesa sociale», ma unicamente nel senso che lo stesso deve riuscire «a funzionare in modo tale da assicurare che i colpevoli siano puniti nel più breve tempo possibile (ed a maggior ragione siano assolti gli innocenti)». L'Autore sottolineava, infatti, come fosse «sempre vero ed attuale, a questo proposito, l'insegnamento di Cesare Beccaria, secondo il quale la sanzione, per essere efficace, deve essere soprattutto, pronta, oltre che giusta».

[8] In tema, v. A. Pulvirenti, *Dalla "riforma Cartabia una spinta verso l'efficienza anticognitiva*, in *PPG* 2022, 631 ss. Volendo, vedasi anche R. Rizzuto, *L'efficienza costituzionalmente orientata e la* digital transformation *della giustizia penale*, in *PPG* 2022, 769 ss.

[9] Un esempio per tutti: si pensi alla continua espansione della sfera di operatività dei riti speciali alternativi al dibattimento, registratasi negli ultimi decenni. Non sembra sottrarsi a questa svolta, per certi versi, anti-cognitiva neppure la recente legge-delega 27 settembre 2021, n. 134, la quale, in linea con le precedenti riforme, tende ad ampliare il campo di applicazione di tali riti.

[10] Eppure, come sostenuto da G. Pecorella, *Per un giudizio di «razionalità»*, cit., 44, la vera essenza del processo penale risiede nella sua natura di «presupposto della lotta alla criminalità», e non anche di «strumento di lotta alla criminalità». A suo avviso, infatti, «Si deve […] stabilire dopo il processo, e non all'inizio del processo, se un soggetto deve essere emarginato dal contesto sociale oppure no. *La lotta alla criminalità non si fa con il processo, bensì*

A questo dato si aggiunga che siffatta adulterazione funzionale, anziché esaurire la propria forza distorsiva lungo i corridoi dei Palazzi di Giustizia, giunge a intaccare anche la percezione sociale dell'attività svolta nelle aule giudiziarie e, ancor prima, durante la fase investigativa. Le diverse forme attraverso le quali si snoda l'esercizio della *potestas puniendi* acquisiscono, agli occhi dei consociati, una qualche connotazione "bellica". Segnatamente, l'intervento materiale dell'*enforcement*, alla stregua del diritto penale, è visto come un'arma della quale si avvale l'ordinamento statale allo scopo precipuo di contrastare e, soprattutto, reprimere la criminalità[11]. Quest'immagine della macchina processuale appare meritevole di censura, anche perché la sua affermazione nel comune sentire fa sì che l'adesione e la fiducia dei cittadini nelle istituzioni statali subiscano dei duri contraccolpi ogniqualvolta, ad esempio, al procedimento penale non segua l'inflizione di pene esemplari oppure, ancora, qualora un condannato in via definitiva per crimini caratterizzati da un'elevata recrudescenza, in presenza dei presupposti stabiliti dalla normativa (di non immediata intellegibilità per il consociato medio), acceda a un beneficio penitenziario.
In estrema sintesi, l'elevazione della lotta alla criminalità o, volendo utilizzare un'altra espressione, della difesa sociale al rango di costante epistemologica dell'apparato punitivo non sembra priva di conseguenze pregiudizievoli per la coerenza sistematica e la tenuta, anche costituzionale, dell'intero ordinamento giuridico[12]. D'altronde, la promozione del pensiero secondo il quale i fenomeni illeciti devono essere non già semplicemente contrastati, bensì "sconfitti" contribuisce, e non poco, al verificarsi di quella variazione fisiognomica del diritto penale nonché processuale penale[13] di dubbia legittimità, cui si assiste oramai da qualche anno e i cui segnali sono ora percepiti persino dal cittadino medio, con tutto quel che di negativo ne deriva in termini di adesione sociale ai dettami ordinamentali.

2. La cultura della lotta, come s'è visto, instilla nel diritto penale, sostanziale e processuale, e, per l'effetto, nell'esercizio pratico delle funzioni giurisdizionali talune componenti sintomatiche dell'intervenuta strumentalizzazione dello *ius* a fini di contrasto ed espunzione di fenomeni reputati socialmente pericolosi o dannosi. Parecchio significativo, in tal senso, risulta quello che oggi sembra essere diventato, su scala globale, un indiscusso *leitmotiv* della politica criminale, ovverosia l'idea secondo cui la criminalità va contrastata prendendone di mira i patrimoni. Ci si è astenuti dall'accostare al termine "patrimoni" l'aggettivo "illeciti", e lo si è fatto scientemente: l'assenza di tale aggettivazione riflette, infatti, la (assai discutibile) tendenza delle autorità

---

mettendolo in atto, realizzando i risultati del processo. Perciò […] non risponde alla tipica funzione del processo il concepirlo come strumento di lotta alla criminalità» [il corsivo è nostro].

[11] In proposito, M. Donini, *Diritto penale di lotta*, cit., 60, osserva come i destinatari dei dettami propri di un diritto penale proteso a "sconfiggere" un fenomeno delittuoso non coincidono con i soli autori di fatti illeciti ma, diversamente, inglobano anche «l'organo pubblico deputato ad applicare le norme: polizia giudiziaria, pubblico ministero, giudice. L'autore dei fatti, il trasgressore, è l'avversario che esprime o rappresenta in modo contingente il fenomeno contro il quale gli organi pubblici useranno le armi del diritto».

[12] Sul punto, non prive di pregio paiono le considerazioni espresse da O. Mazza, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, seppur con riferimento alla figura del cd. imputato pericoloso, che lo stesso non tarda a definire «*contradictio in adiecto* irriducibile alle regole del giusto processo» (*ivi*, 1). Nello specifico, l'Autore ivi sostiene che «Interpretando rigorosamente il dettato costituzionale, nessuno può seriamente dubitare che il processo debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri di difesa della società, di reazione esemplare, di repressione della devianza» (*ivi*, 2). Conf. O. Mazza, *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino 2020, 43 ss.

[13] Cfr. M. Donini, *Diritto penale di lotta*, cit., 60, ad avviso del quale «Lo scopo è vincere (non solo combattere) quel fenomeno, e tanto il diritto penale sostanziale quanto il processo ne sono direttamente coinvolti».

giudiziarie a far ricadere sotto i colpi di scure dell'ablazione, sia essa cautelare o sanzionatoria, beni ulteriori rispetto alle mere plusvalenze illecite generate dal reato. Sebbene possa apparire pleonastico, si reputa opportuno sottolineare come siffatta prassi, oltreché di ispirazione spiccatamente efficientistica, affondi le proprie radici e tutt'oggi tragga linfa dall'intento "egoistico" – giacché rispondente esclusivamente agli interessi dell'ordinamento statale – di ottenere una vera e propria neutralizzazione patrimoniale dei crimini. Il successo del *trend de quo*, che, com'era prevedibile, ha identificato nella confisca nonché nel «sequestro che la precede come un'ombra inquietante»[14] i suoi principali strumenti[15], è stato favorito dagli innumerevoli interventi, legislativi e non, a mezzo dei quali la prima delle due figure testé citate è stata, via via con maggiore frequenza, "depauperata" delle sue più tradizionali caratteristiche, ovverosia la facoltatività[16], la pertinenzialità[17] e la necessaria presenza di un giudicato (formale) di condanna[18].

---

[14] D. Castronuovo, *Le confische*, cit., 4.

[15] Negli stessi termini, S. Bolis, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca in materia di riciclaggio*, in D. Castronuovo-C. Grandi (a cura di), *Confische*, cit., 353, il quale sostiene che l'applicazione della confisca in materia di riciclaggio «ha avuto un evidente successo, almeno a giudicare dal sempre più diffuso ricorso dei giudici alla sua forma preliminare: il sequestro preventivo». Significativa risulta, inoltre, l'immagine utilizzata da V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione, in *RIDPP* 2015, 1265, per descrivere il ruolo rivestito dalla confisca negli ordinamenti giuridici: segnatamente, egli la definisce «barone rampante dell'attuale politica criminale contemporanea».

[16] In argomento, A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente* – ex *art. 322*-ter – *tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2011, 792, ritiene che la tendenza del legislatore a coniare nuove ipotesi di confisca obbligatoria del profitto «testimonia come la disciplina contemplata dall'art. 240 si presenta sotto diversi profili ormai inadeguata alle moderne esigenze di lotta contro il crimine».

[17] Si pensi all'istituto della cd. confisca allargata *ex* art. 12*sexies* d.l. n. 306/1992, attraverso il quale il legislatore dell'emergenza generata dalle "stragi della mafia" intendeva colpire i patrimoni facenti capo alla criminalità organizzata. Tale tipologia di confisca, più nello specifico, consente l'apprensione, financo in sede cautelare, di tutti i beni che hanno un valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dall'indagato/imputato, e per i quali quest'ultimo non ha saputo fornire una ragionevole giustificazione in punto di provenienza. È di tutta evidenza come questa peculiare forma di confisca prescinda dal requisito della pertinenzialità, in nome del quale il vincolo ablativo deve colpire beni collegati al reato. A ciò si aggiunga che anche il Supremo Consesso ha escluso espressamente, o meglio, definitivamente la rilevanza del requisito della pertinenzialità in materia di confisca allargata: cfr. Cass., Sez. Un., 17.12.2003, Montella, in *CP* 2004, 1182 ss., con nota di G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca* ex *art.* 12 sexies *l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*. In dottrina, in questa stessa direzione A. Macchia, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *CP* 2016, 2726, ha affermato che con questa tipologia di confisca «sfuma … il normale requisito del nesso di pertinenzialità tra l'oggetto dell'ablazione ed uno specifico reato, e si sostituisce ad esso una sorta di presunzione di illiceità di accumulo, denotata dalla condanna per determinati reati». V. anche A. Bargi, *"Processo al patrimonio" e principi del giusto processo*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Torino 2011, 18 ss.

[18] Il requisito in parola viene meno in svariate ipotesi, fra loro parecchio eterogenee: si passa, infatti, dalla confisca di prevenzione, che, per definizione, si fonda su indizi o sospetti, al caso in cui la sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione osta alla formazione di un giudicato (formale) di condanna. A quest'ultimo proposito, v'è da dire che nella fase antecedente all'introduzione dell'art. 578*bis* Cpp le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 26.6.2015, n. 31617, in *CP* 2016, 1362, con nota di F. Lumino, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*) avevano avuto modo di chiarire che il «giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre, a norma dell'art. 240, comma 2, n. 1, Cp, la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322-*ter* Cp, la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio». Principio di diritto, questo, che evidenzia come il Supremo Consesso, prudenzialmente, avesse escluso che, in caso di declaratoria della prescrizione del reato, potesse essere ordinata la confisca per equivalente, dato il suo carattere sanzionatorio e afflittivo. L'art. 578*bis* Cpp, discostandosi dal quadro delineato dalla citata sentenza

3. Le informazioni restituiteci dall'osservazione della prassi giudiziaria che si è venuta a formare in punto di esercizio del potere coercitivo, nell'ambito dei procedimenti instaurati ai fini dell'accertamento della penale responsabilità in ordine al delitto di riciclaggio (art. 648 *bis* Cp) non soltanto corroborano le riflessioni sin qui svolte ma, altresì, paiono confermare la fondatezza delle preoccupazioni testé espresse a proposito della contaminazione teleologica del processo penale.
Com'è noto, l'estensore della normativa di recepimento della terza direttiva antiriciclaggio[19] ha ritenuto di dovere completare il quadro normativo – d'impronta general-preventiva – delle fattispecie di riciclaggio con la previsione di una misura di natura special-preventiva, vale a dire con l'introduzione di un'ipotesi *ad hoc* di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prodotto o del profitto[20] del reato (art. 648*quater* Cp)[21].

---

nomofilattica, ammette finanche la confisca di valore nelle ipotesi elencate nell'art. 322*ter* Cp. In proposito, si segnala che, di recente, Cass., Sez. III, 16.3.2022, n. 15229, in *GD* 2022, 18, a fronte di un contrasto giurisprudenziale formatosi sul punto, ha sollecitato le Sezioni Unite a chiarire se, e quando, la statuizione di confisca per equivalente possa essere lasciata ferma, o debba invece essere eliminata, laddove il giudice dell'impugnazione pronunci, previo accertamento della responsabilità dell'imputato, sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato presupposto, ed il fatto sia anteriore all'entrata in vigore della l. 9 gennaio 2019, n. 3, che ha provveduto a innestare nel testo dell'art. 578*bis* Cpp le seguenti parole "o la confisca prevista dall'art. 322-ter c.p.". D'altra parte, si reputa opportuno specificare che Cass., Sez. Un., 30.1.2020, n. 13539, in *CP* 2020, 4041, in materia di lottizzazione abusiva ha precisato che «la confisca di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato determinata dalla prescrizione, purché la sussistenza del fatto sia stata già accertata, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il pieno contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio, in applicazione dell'art. 129, comma 1, c.p.p., non può proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento». Per un commento alla decisione nomofilattica da ultimo citata, si rinvia ad A.M. Maugeri, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale*, in *AP* 2020, (3). In argomento, si segnalano, infine, senza alcuna pretesa di esaustività, G. Felici, Confiscation non-conviction based*: un breve sguardo d'insieme sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in D. Castronuovo-C. Grandi (a cura di), *Confische*, cit., 115 ss.; F. Nicolicchia, *Dalla "confisca senza condanna" alla "confisca senza tempo": rilievi critici dalla prospettiva processuale*, in D. Castronuovo-C. Grandi (a cura di), *Confische*, cit., 203 ss.

[19] Ci si riferisce alla Direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, recepita con il d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231. Al riguardo, si segnala che oggi, a livello europeo, la disciplina anti-riciclaggio la si riviene all'interno della Direttiva 2018/843/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018, attuata dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, il quale, pertanto, è intervenuto a novellare la disciplina condensata nel d.lgs. n. 231/2007.

[20] In Cass., Sez. II, 7.12.2021, n. 7503, in *GD* 2022, 14, si legge che «il profitto del reato di riciclaggio è rappresentato dal valore delle somme oggetto delle operazioni dirette a ostacolare la provenienza delittuosa, poiché, in assenza di quelle operazioni, esse sarebbero destinate a essere sottratte definitivamente, in quanto provento del delitto presupposto, dovendosi, per l'effetto, non condividere la diversa tesi per cui la misura ablativa sarebbe applicabile solo con riferimento al valore del vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dal "riciclatore" (il "prezzo del reato", ossia la cosa data o promessa per indurre il soggetto a commettere il reato, quale ricompensa per la sua realizzazione)». La Corte approda a tale conclusione in considerazione del fatto che il profitto del riciclaggio «coincide con il denaro derivante dal reato presupposto, quindi con l'intero ammontare delle somme che sono state "ripulite", e non importa se, poi, il soggetto condannato per riciclaggio abbia goduto di questa somma solo in minima parte». In altre parole, «il valore del profitto del primo reato […] si identifica col valore del secondo, cioè del riciclaggio».

[21] Cass., Sez. Un., 27.5.2021, n. 42415, in *CP* 2022, 555, con nota di F. Compagna, *La confisca "diretta" dei valori numerari. dalla progressiva erosione della legalità all'esplicita negazione delle garanzie fondamentali*. In tale occasione, il Supremo Consesso ha specificato che la confisca del denaro costituente il profitto o il prezzo del reato oggetto del procedimento penale, «comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito, va sempre qualificata come diretta, e non per

L'innesto in parola si è subito rivelato una valida occasione per ricorrere, con sempre maggiore frequenza e a partire dalla primissima fase del procedimento penale, alla misura cautelare anticipatoria della confisca, ossia il sequestro preventivo *ex* art. 321, co. 2, Cpp. Sembra quasi che l'obbligatorietà dell'ablazione finale del prodotto o del profitto dell'illecito penale costituisca circostanza, di per sé, idonea a legittimare, per di più in qualsivoglia momento, il ricorso al sequestro preventivo. Detto altrimenti, la decisione del giudice cautelare, in questo specifico contesto, dacché rinviene la sua giustificazione nel mero proposito di scongiurare il verificarsi, in futuro, di accadimenti potenzialmente dannosi per l'efficacia del successivo provvedimento ablatorio definitivo, pare quasi essere diventata una sorta di automatismo. Il che, lo si specifica sin d'ora, è (stato) reso possibile anche dall'opera di graduale e sottile, ma, al contempo, continua, erosione cui l'interprete, da tempo oramai, sottopone i presupposti applicativi della coercizione reale in esame. A scanso di equivoci, corre l'obbligo di specificare che non si ignorano né, tantomeno, s'intendono sminuire le spinte verso una maggiore effettività delle garanzie procedurali afferenti all'esercizio del potere coercitivo reale, nel corso degli anni impresse da quegli interventi-chiave della giurisprudenza (costituzionale, di legittimità nonché convenzionale) che, aventi carattere generale, esplicano la loro forza anche in relazione alla peculiare forma di penalità selezionata ai fini della presente indagine. Diversamente, con la precedente affermazione si è voluto alludere a tutti i casi in cui è la stessa magistratura ad approdare, con riferimento a determinate categorie delittuose, a conclusioni che, a un tempo, indeboliscono la portata garantistica di siffatti, ben più importanti, approdi ermeneutici e, altresì, legittimano un uso del sequestro che potremmo definire "strumentale" al soddisfacimento non già delle logiche cui lo stesso, tradizionalmente, s'ispira, bensì ulteriori e spesso finanche estranee al fisiologico finalismo del sistema penale complessivamente inteso (si pensi, giustappunto, alla volontà *extra codicem* di ottenere una neutralizzazione patrimoniale del "fenomeno-riciclaggio").

Tornando a occuparci più da vicino del rapporto che s'instaura tra la confisca *ex* art. 648*quater* Cp e il prodromico sequestro preventivo (art. 321, co. 2, Cpp), non ci si può astenere dal segnalare come lo stesso sembri testimoniare sia l'influenza esercitata dai succitati assiomi efficientistici promossi (a onor del vero, anche, e non soltanto) dalla cultura della lotta sia, di riflesso, la poc'anzi censurata contrazione che, purtroppo, i vincoli costituzionali e convenzionali, posti a garanzia di un *giusto* esercizio del potere ablativo, *cotidie* subiscono in conseguenza di provvedimenti cautelari reali ai limiti della legittimità.

Il sequestro a fini di confisca per equivalente di cui all'art. 648*quater* Cp, in particolar modo, vale a evidenziare come oramai il sistema normativo, in forza di un tendenziale appiattimento sui corollari della cd. "lotta al crimine a ogni costo" e/o sul bisogno "di far cassa", acconsenta al fatto che l'ablazione a titolo cautelare, alla stregua della confisca, riguardi anche cose prive di qualsivoglia legame causale, sia pure soltanto indiretto, con la commissione di un reato. In tal senso, basti pensare che il provvedimento cautelare, ove disposto in funzione della confisca per equivalente del profitto del delitto di riciclaggio provvisoriamente contestato – commesso dopo il 29.12.2007 (data di entrata in vigore della l. n. 231/2007 a mezzo della quale l'art. 648*quater* Cp è stato inserito nella trama codicistica) –, può colpire pure beni che sono confluiti all'interno del patrimonio dell'indagato in epoca antecedente all'introduzione, in seno al nostro ordinamento giuridico, dell'ipotesi speciale di confisca *de qua*. La natura eminentemente sanzionatoria di

---

equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene», di talché non osta alla sua adozione «l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione». In argomento, v. anche A.M. Dell'Osso, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, in *DPP* 2022, 483.

quest'ultima, infatti, se, da un lato, in ossequio all'art. 2 Cp, comporta la sua inapplicabilità con riferimento a illeciti penali perpetrati anteriormente all'entrata in vigore della succitata legge, dall'altro, però, non osta a che la stessa involga cose retrodatate rispetto al predetto argine temporale[22]. Di talché il sequestro per equivalente può interessare, indistintamente, tutti i beni (denaro, cose mobili o altre utilità) di cui l'indagato sia in possesso al momento della sua disposizione, purché i medesimi, oltre ad avere un valore corrispondente al prodotto o al profitto del reato contestato, non siano passibili di confisca – e, quindi, correlativamente, di sequestro – in via diretta. A nulla rileva, dunque, ai fini del congelamento provvisorio, che tali beni o, comunque, alcuni di essi siano stati acquisiti in un momento antecedente al *tempus commissi delicti* e non abbiano, pertanto, per definizione, alcuna pertinenzialità con l'illecito penale addebitato[23].
Questo scenario sembra il naturale riflesso della tendenza, oggi condivisa da un numero sempre maggiore di operatori del diritto, ad accantonare il canone, di rilevanza costituzionale, del *nulla poena sine judicio*[24], a tutto vantaggio del diverso principio – frutto dell'influenza esercitata dalle logiche proprie del diritto penale di lotta di cui si è parlato – del *nullum crimen sine ablatione*.
Va, però, detto che anche la disciplina processuale, in forza delle zone d'ombra presenti al suo interno, finisce col concedere spazi potenzialmente illimitati all'esercizio del potere coercitivo, il quale, pertanto, già su un piano teorico-astratto non risulta essere perfettamente in linea con gli imperativi costituzionali e convenzionali. La qual cosa, come poc'anzi anticipato, non è stata arginata dalla giurisprudenza, quanto piuttosto è stata dalla stessa, in qualche misura, alimentata mediante la messa a punto e la promozione di esegesi che, anziché schiarire tali punti oscuri, tendono ad "annerirli" ulteriormente.
Già la Relazione al progetto preliminare del codice del 1988[25] si preoccupava di specificare che le misure cautelari reali possono presentare contenuti afflittivi analoghi, se non addirittura persino maggiori rispetto a quelli ordinariamente associati all'applicazione di determinate misure cautelari personali. Circostanza quest'ultima, che, lungi dall'essere disancorata dalla realtà effettuale e, dunque, frutto di una pura astrazione teorica, trova immediato riscontro nella realtà. Basta, infatti, dare un rapido sguardo all'empiria per scorgere come i vincoli reali, oltre a incidere in via diretta sul diritto alla proprietà, presidiato dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali[26], alla stregua

---

[22] L'idea secondo cui il vincolo ablativo può colpire beni che non presentano alcun nesso, neppure indiretto, con il reato per il quale si procede o è intervenuta la pronuncia di una sentenza definitiva si rinviene non di rado nella giurisprudenza di legittimità. Del resto, è in ossequio a essa che Cass., Sez. V, 18.1.2018, n. 5459, in *FI* 2018, 12, II, 745, giunge ad affermare che «Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto relativo al delitto di riciclaggio, ai sensi dell'art. 648-quater c.p. introdotto con l'art. 63 d.lg. n. 231/2007, è applicabile anche ai beni acquistati dall'indagato prima dell'entrata in vigore della norma, giacché il principio di irretroattività attiene solo al momento di commissione della condotta e non anche al tempo di acquisizione dei beni».
[23] Per una trattazione *funditus* del tema, si veda, *infra*, il par. 3.2.
[24] Cfr. L. Tavassi, *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata dei sequestri preventivi*, in *AP* 2022, (1), 6-7.
[25] *Relazione al progetto preliminare del Cpp*, in G.U., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. 80, 79. Ivi, più nello specifico, si legge che «La misura reale […] crea l'indisponibilità di cose o beni con una incisività analoga a quella che nasce dalla custodia cautelare e da altre forme di misure cautelari personali».
[26] S. Bolis, *Sequestro preventivo*, cit., 354, precisa che «A dire il vero la Costituzione italiana, eliminato ogni riferimento al carattere inviolabile del diritto alla proprietà, non assicura a quest'ultimo una vera e propria garanzia costituzionale: la dottrina e la giurisprudenza della Consulta riconducono la proprietà ai diritti patrimoniali e non invece ai diritti inviolabili dell'uomo. È nella Convenzione EDU che la proprietà trova una tutela più solida, riconosciuta espressamente nell'articolo 1 del Protocollo n. 1, il cui contenuto – come interpretato dalla Corte EDU – viene sostanzialmente acquisito al diritto eurounitario dalla Corte di giustizia». In dottrina, con riferimento all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, vedasi M.L. Padelletti, Sub *art. 1 prot. 1*, in S. Bartole-P. De Sena-V.

di quelli personali, si riverberino, talvolta pregiudicandoli irrimediabilmente, anche su ulteriori diritti fondamentali dell'individuo[27]. Ciononostante, la normativa codicistica sembra astenersi dal conferire la giusta rilevanza e, *a fortiori*, dal valorizzare l'attitudine delle cautele reali a danneggiare e talvolta financo travolgere la "sfera giuridica esistenziale" del singolo individuo. Il bisogno di una disciplina del sequestro preventivo che non sia impermeabile a un livello di garanzie analogo o, comunque, contiguo a quello, comunemente, associato al sistema applicativo delle misure cautelari personali è, infatti, sin qui rimasto del tutto inascoltato: d'altronde, il legislatore si è ad oggi sempre astenuto dall'innalzare gli *standard* probatori richiesti o, quantomeno, dal chiarire la portata dei presupposti che sorreggono l'operatività del sequestro preventivo, mediante la messa a punto di una riforma organica del segmento codicistico dedicatogli[28].

La giurisprudenza di legittimità, dal canto proprio, mossa dall'*horror vacui*, con una serie di pronunce d'impronta nomopoietica – e non anche puramente esegetica, così come, forse, avrebbe richiesto un più ordinario riparto di funzioni tra il potere legislativo e quello giurisdizionale – ha inteso, in qualche misura, ovviare alla perdurante inerzia dell'autore delle leggi. È stata, del resto, la Corte di legittimità ad avere individuato, *ante litteram* e non senza oscillazioni, i contenuti dei presupposti applicativi del sequestro preventivo (*fumus commissi delicti* e *periculum in mora*), di per sé parecchio sfocati e incerti e, altresì, ad avere implementato, sia pure in maniera sibillina, il livello di effettività delle garanzie poste a presidio degli interessati. Ciò che, comunque, non è

Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, Padova 2012, 791; Id., Sub *art. 1 prot. 1*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, 801. Di particolare interesse è, inoltre, lo scritto di A.M. Maugeri, *La tutela della proprietà nella C.e.d.u. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino 2017, 4 ss.

[27] In tal senso, D. Castronuovo, *Le confische*, cit., 6, asserisce che «misure patrimoniali come le confische non colpiscono soltanto… patrimoni, ma, come dei magli, sono capaci di travolgere l'esistenza stessa delle persone coinvolte».

[28] Anche la l. n. 134/2021 (cd. Riforma Cartabia) si è astenuta dal realizzare – o, comunque, dal porre le basi per un successivo – intervento teso a razionalizzare la disciplina del sequestro preventivo. Al suo interno si rintracciano, infatti, soltanto disposizioni che potremmo definire di dettaglio, poiché relative all'amministrazione dei beni attinti dal vincolo ablativo, sia esso cautelare o definitivo. Più nello specifico, in ossequio al comma 14 della legge-delega n. 134/2021, il Governo, entro un anno dalla sua entrata in vigore, è tenuto a predisporre una disciplina che sia rispettosa dei seguenti princìpi e criteri direttivi: «a) prevedere che l'esecuzione della confisca per equivalente, quando non ha a oggetto beni mobili o immobili già sottoposti a sequestro, avvenga con le modalità di esecuzione delle pene pecuniarie e che la vendita dei beni confiscati a qualsiasi titolo nel processo penale avvenga con le forme di cui agli articoli 534-*bis* e 591-*bis* del codice di procedura civile; b) disciplinare l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro e dei beni confiscati in conformità alle previsioni dell'articolo 104-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». Guardando al passato meno recente, si può notare come il Progetto Riccio (il cui testo è pubblicato in *RIDPP* 2008, 485 ss.), che nulla prevedeva sul punto, abbia fornito un'ulteriore conferma dell'atteggiamento tendenzialmente astensionista da sempre mostrato dal legislatore in materia di misure cautelari reali. Il progetto Dalia, invece, sottraendosi a tale *trend*, si era interessato alle coercizioni reali e lo aveva fatto nel senso qui auspicato, poiché prevedeva l'introduzione della seguente regola: «nessuna misura di cautela reale può essere adottata se non risultano a carico dell'indagato o dell'imputato gravi elementi di colpevolezza». Principio, questo, cui coerentemente s'ispirava anche il progetto di modifica della disposizione recante la disciplina del sequestro preventivo, dacché si stabiliva che il suo testo dovesse presentare l'esplicita indicazione dei «gravi elementi di colpevolezza a carico dell'indagato o dell'imputato» tra i presupposti applicativi di tale cautela reale. Il testo dell'articolato predisposto nel 2005 dalla Commissione presieduta dal Prof. Dalia nonché la relazione di accompagnamento possono leggersi in A. Pennisi (a cura di), *Verso un nuovo processo penale. Opinioni a confronto sul progetto di riforma Dalia*, Milano 2008, 231 ss.

valso ad alleviare la vaghezza di siffatta disciplina, stante la perdurante esistenza di non pochi disordini interpretativi.

3.1. Il dominio del *caos* in materia di sequestro preventivo sembra attenuarsi ogniqualvolta ci si focalizzi su quelli che null'altro sono se non degli indiscussi punti fermi, in grado, in quanto tali, di seminare un po' di ordine e stabilità. Tra di essi figura l'impossibilità di ricondurre nell'alveo della liceità tutti quei provvedimenti la cui materiale esecuzione si risolva nell'anticipazione di sanzioni patrimoniali, per ragioni marcatamente punitive: la loro illegittimità, più nello specifico, discende dal principio, immediatamente precettivo, della presunzione di non colpevolezza, sancito tanto dalla nostra Carta fondamentale (art. 27, co. 2, Cost.)[29] quanto dalla Cedu (art. 6 § 2)[30]. Da qui la regola generale in forza della quale il sequestro preventivo, incluso quello finalizzato alla confisca, può essere validamente ordinato con riferimento a beni che si pongono in rapporto di pertinenzialità, sia pure indiretta, rispetto al reato addebitato laddove siffatta ablazione sia giustificata dalla sussistenza, da un lato, del *fumus commissi delicti* e, dall'altro, di un *periculum in mora* non neutralizzabile per altra via. Questo, come detto, è lo schema generale, al quale naturalmente si sottrae, sotto il profilo della necessaria pertinenzialità, il sequestro per equivalente. Quanto al *fumus*, v'è da dire che la Corte di cassazione, sull'abbrivio della storica sentenza Gifuni[31], esclude l'estensibilità al sequestro preventivo dei gravi indizi di colpevolezza, richiesti dall'art. 273 Cpp ai fini della corretta applicazione di una misura cautelare personale, e contestualmente richiede l'esistenza di concreti e persuasivi elementi di fatto, almeno a carattere indiziario, che consentano di sussumere la condotta dell'indagato nella fattispecie *criminis* indicata nell'incolpazione provvisoria[32]. Conclusioni, queste, che, combinandosi con l'assunto secondo cui l'accertamento del *fumus commissi delicti* giammai dovrebbe esaurirsi nella verifica della astratta

[29] Per una disamina delle ricadute sul giudizio cautelare della operatività della presunzione di non colpevolezza si rinvia, quantomeno, a O. Dominioni, Sub *art. 27 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca, Rapporti civili. Art. 27-28, Bologna-Roma 1991, 197 ss.; G. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna 1974, 35 ss.; Id., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. (Atti del convegno Foggia Mattinata, 25-27 settembre 1998)*, Milano 2000, 15 ss.; Id., *La presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991; E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino 1994, 59 ss.; Id., *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 213; Id., *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in F. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano 2010, 314; O. Mazza, *Tradimenti di un codice*, cit., 43; D. Negri, Fumus commissi delicti. *La prova per le fattispecie cautelari*, Torino 2004, 8 ss.; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, *passim*; Id., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. pen.*, IX, Torino 1995, 670 ss. V. anche, in generale, C. Fiorio, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino 2007, *passim*.

[30] V., in argomento, D.J. Harris -M. O'Boyle-E.P. Bates-C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Oxford University Press 2018, 460-467.

[31] Cass., Sez. Un., 23.4.1993, Gifuni, in *RP* 1994, 402.

[32] Cass., Sez. Un., 31.3.2016, Capasso, in *CP* 2016, 3140. Gli ermellini, sebbene in detta occasione siano stati sollecitati a pronunciarsi su altro profilo, *incidenter tantum* hanno ritenuto di dovere confermare la soluzione prospettata dai giudici estensori della nota sentenza Gifuni: da qui la precisazione in ordine al fatto che il percorso motivazionale di un decreto di sequestro preventivo, da un lato, si discosta da quello seguito in sede di emissione di un'ordinanza cautelare personale sotto il profilo dell'accertamento, sia pure sommario, della penale responsabilità dell'indagato e, dall'altro, però, deve essere a esso affine «per quanto concerne il dovere di verifica - non più concepibile in termini solo astratti - della compatibilità e congruità degli elementi addotti dalla accusa (e della parte privata ove esistenti) con la fattispecie penale oggetto di contestazione».

configurabilità del reato[33], conducono alla emersione di un concetto ibrido, intermedio rispetto ai due poli opposti (gravi indizi di colpevolezza e giudizio di teorica riconducibilità del fatto contestato in un illecito penale), sulla cui efficacia è lecito avanzare qualche ragionevole dubbio. Tra l'altro, i suoi contorni, di per sé parecchio incerti, sono spesso resi ancora più sfumati dalle persistenti disomogeneità interpretative che si registrano sul punto: per effetto di queste ultime, infatti, la determinatezza contenutistica e la portata garantistica del presupposto applicativo in parola sembrano contrassegnate dallo stesso destino, dacché al diminuire della prima, quasi inesorabilmente e contro ogni auspicio, segue uno svilimento della seconda.
Maggiormente nel dettaglio, l'attuale scenario giurisprudenziale, sebbene sia dominato dalle pronunce che promuovono un giudizio "in concreto", ancorché allo stato degli atti, sulla ricorrenza del *fumus* del sequestro, sembra tutt'altro che soddisfacente. Reputandosi, infatti, sufficiente l'esistenza di elementi di fatto che consentano di ricondurre l'evento sanzionato dalla norma incriminatrice alla condotta dell'agente[34], ci si ritrova a dover constatare che siamo ancora ben distanti dalla configurazione di un accertamento circa la fondatezza dell'accusa e l'esistenza, o meno, di una ragionevole previsione di condanna[35]. Siamo, cioè, ancora parecchio lontani dalla predisposizione di una verifica che, caratterizzata da un maggiore livello di esaustività e affidabilità, di certo varrebbe a presidiare in maniera più efficace gli interessi giuridicamente rilevanti del soggetto interessato dalla coercizione reale.
A questo primo dato, di per sé passibile di aspre critiche, si aggiunga che la definitiva estirpazione della tendenza, ancora oggi rintracciabile in seno alla giurisprudenza di legittimità e di merito, a ridimensionare *in pejus* la categoria concettuale in parola, attraverso un uso, per certi versi, sapiente dei vari *escamotage* esegetici esistenti, si rivela operazione più ardua del previsto. Non poi così sporadici sono, del resto, i casi in cui allo snellimento contenutistico del *fumus*, operato dall'interprete, faccia seguito una semplificazione ulteriore della verifica giudiziale, la quale, pertanto, finisce col diventare più affine (se non addirittura, in taluni casi, sovrapponibile) a una delibazione in ordine all'astratta configurabilità del reato[36], piuttosto che a una valutazione, seppur sommaria, sulla fondatezza della *notitia criminis*.

---

[33] Invero, la Corte costituzionale, nelle due pronunce di cui di seguito si indicano gli estremi, ha sostenuto che al giudice è fatto carico di verificare che un reato esista, quantomeno nella sua astratta configurabilità: segnatamente, Corte cost., 17.2.1994, n. 48, in *CP* 1994, 1455; Corte cost., 4.5.2007, n. 153, in *Gcost* 2007, 3.
[34] Cass., Sez. III, 29.10.2020, n. 6715, in www.cortedicassazione.it; Cass., Sez. VI, 12.2.2020, n. 9776, in *FI* 2020, 7-8, II, 441; Cass., Sez. V, 11.12.2019, n. 3722, in *CEDCass.*, n. 278152-01. In questa direzione v. anche Cass., Sez. VI, 21.10.2015, n. 49478, in *D&G* 29.1.2016: ivi i giudici di legittimità hanno affermato che, ai fini dell'accertamento del *fumus commissi delicti*, «è necessaria non solo una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali in base alle quali vengono in concreto ritenuti esistenti il reato configurato e la conseguente possibilità di ricondurre alla figura astratta la fattispecie concreta ma anche la plausibilità di un giudizio prognostico alla luce del quale appaia probabile la condanna dell'imputato».
[35] Espressione, questa, mutuata dalla l. n. 134/2021 e, più nello specifico, dalle disposizioni della medesima che concernono la delega al Governo ai fini della modifica della regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione [art. 1, co. 9 lett. a)] e, altresì, per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere al termine dell'udienza preliminare [art. 1, co. 9 lett. m)].
[36] Cass., Sez. II, 10.7.2018, n. 34293, in *GD* 2018, (39), 82. Secondo Cass., Sez. VI, 26.4.2004, n. 25056, in *CEDCass.*, n. 229272, addirittura, è sufficiente che l'enunciazione dell'ipotesi di reato non sia manifestamente arbitraria. In dottrina, G. Biscardi, *Sequestro per confisca: morte (apparente?) di un paradosso*, in *PPG* 2022, 501, a proposito della configurabilità in astratto, sottolinea come essa stia a significare «"pareggio" tra il possibile avveramento e la possibile negatoria della previsione; il che, almeno in aderenza alla presunzione di non colpevolezza, impedisce il sacrificio, anche solo temporaneo, di diritti costituzionali». L'Autore prosegue, poi, asserendo che «a fronte di un requisito così labile ed ambiguo si verifica compromissione del diritto di difesa, non essendovi strumenti ed argomenti davvero efficaci per contrastarlo».

La casistica cautelare afferente al delitto di riciclaggio riflette appieno il testé denunciato andamento calante del *fumus commissi delicti*. Sembra, infatti, fornire una conferma sia della scarsa nitidezza di tale presupposto applicativo del sequestro sia del fatto che la magistratura italiana, mediante un utilizzo, per così dire, ragionato degli accorgimenti esegetici disponibili, a volte si rende autrice di una "truffa delle etichette". D'altronde, dietro l'assunto secondo cui la sussistenza del reato presupposto[37] non deve essere accertata con sentenza definitiva di condanna, richiedendosi, più semplicemente, che *il fatto costitutivo dello stesso non sia stato giudizialmente escluso*, e, sotto altro profilo, che il giudice procedente per l'ipotesi di riciclaggio ne abbia *incidentalmente ritenuto l'esistenza*, vi è proprio un'accezione "contratta" del *fumus*. La qual cosa, tra l'altro, diviene ancora più manifesta laddove si consideri che, ad avviso delle pronunce ascrivibili a quest'orientamento, «la circostanza che alcuni reati non siano ancora oggetto di indagini preliminari, in difetto della necessaria iscrizione nell'apposito Registro delle notizie di reato, […] non impedisce di accertarne incidentalmente la configurabilità ai fini della cautela reale»[38].

Quanto appena detto a proposito della verifica giudiziale sulla sussistenza del reato presupposto evidenzia come il rigore accertativo del *fumus* risulti, in questo specifico contesto, ancora più debole, sicché si compiono dei passi indietro, anziché in avanti, nel percorso, di per sé tortuoso, che s'auspica possa condurre alla operatività in ambito cautelare reale dei gravi indizi di colpevolezza.

Le esegesi di tal tipo, nella misura in cui contribuiscono ad alimentare l'incompletezza cognitiva in sede cautelare – e, di conseguenza, ad ampliare la sfera di operatività delle ablazioni –, dimostrano, in maniera non poi così tanto velata, di non conferire il giusto peso alla veemenza con cui un sequestro preventivo può riverberarsi sulla sfera personale del suo destinatario, talvolta compromettendola irrimediabilmente. Ciò che, a nostro avviso, costituisce il vero anello debole di siffatto *trend* ermeneutico: l'allentamento del *fumus* ivi operato si rivela, infatti, circostanza che palesa l'inadeguatezza di siffatta interpretazione, la quale, oltreché vetusta, risulta oramai essere pure un po' disancorata dalla realtà effettuale e, soprattutto, disallineata rispetto al cuore pulsante del nostro ordinamento costituzionalmente orientato e garantista, vale a dire l'esigenza di assicurare piena ed efficace tutela a ciascun essere umano.

A quest'ultimo proposito, una precisazione è d'obbligo. Com'è noto, il fatto che le misure cautelari reali incidano sul patrimonio e quelle personali direttamente sulla libertà individuale, ovverosia su due beni che, nella gerarchia tracciata dalla Costituzione italiana, occupano due posizioni diverse, è stato da sempre posto a fondamento della differenziazione dei presupposti applicativi di tali due tipologie di coercizioni. Tuttavia, l'asserto è ampiamente smentito dalla prassi, ragion per cui è lecito chiedersi se tale circostanza fattuale possa continuare a giustificare una divaricazione tra le due discipline o se, viceversa, sia necessaria un'accurata rivisitazione di quella riguardante il sequestro preventivo.

Si ritiene che sia, innanzitutto, giunto il momento di smussare, non anche di annullare *in toto*, la rigida classificazione dei beni costituzionalmente rilevanti operata dalla nostra Carta

---

[37] In proposito, si segnala che il d.lgs. 8.11.2021, n. 195 ha esteso il novero dei reati presupposto dei delitti di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio includendovi sia i delitti non colposi (che, in verità, in precedenza già rilevavano per i reati di ricettazione e reimpiego) sia le contravvenzioni, purché, però, punite in una certa misura. In dottrina, G.M. Palmieri, *Note "a prima lettura" sul d.lgs. n. 195/2021 recante attuazione della Direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, in *PDP* 21.4.2022; G. Pestelli, *Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195*, in *SP* 2021, (12), 49 ss., si soffermano sulle novità introdotte dal d.lgs. n. 195/2021.

[38] Così Cass., Sez. VI, 23.1.2020, n. 14800, in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 2020, (2), 344.

fondamentale, e di porre al centro del sistema la sfera giuridica del singolo individuo in tutta la sua complessità ed eterogeneità strutturale. In tale rinnovato contesto, la dimensione giuridica di ciascun soggetto dovrebbe essere, poi, preservata da ogni forma di degradazione, indipendentemente da quale sia, in concreto, il valore costituzionale intaccato per primo. A nulla, in altre parole, dovrebbe valere che la libertà personale – bene sulla cui centralità non può porsi dubbio alcuno – sia scalfita soltanto in via mediata, per il tramite delle ripercussioni generate dai *vulnera* inferti, in prima battuta, alla libertà di iniziativa economica del singolo (art. 41 Cost.) e/o alla proprietà privata del medesimo (art. 42 Cost.), laddove i pregiudizi prodottisi si rivelino tali da far retrocedere la condizione personale dell'individuo coinvolto a un livello, anche soltanto gradatamente, inferiore. Bisogna, dunque, superare la comune associazione logica "libertà personale-libertà da forme di coercizione fisica", la quale, in verità, riesce a cogliere soltanto una delle sfumature della prima, dovendosi, viceversa, fare spazio alla tesi secondo cui lo scudo protettivo dell'art. 13 Cost. mira a salvaguardare la capacità del singolo di autodeterminarsi con riferimento alla propria dimensione individuale[39].

Non di rado, inoltre, nella prassi accade che il sequestro preventivo disposto a fini di confisca *ex* art. 648*quater* Cp sia provvisorio nella forma, e non anche nella sostanza. Il riferimento, ovviamente, non è all'eventualità in cui il processo penale successivamente si concluda con la pronuncia di una sentenza di condanna passata in giudicato che ordini l'ablazione definitiva, quanto piuttosto alla capacità di tale misura cautelare reale di generare, attraverso il congelamento di beni di varia natura, una sostanziale abiezione della dimensione giuridica del soggetto nei cui confronti interviene il provvedimento ablatorio a titolo cautelare.

Se ne arguisce che la diversità, finanche di rango costituzionale, dei valori coinvolti non è circostanza che, di per sé, può valere a giustificare la netta chiusura sin qui manifestata verso la possibilità di arricchire il *fumus* con una qualche connotazione soggettiva – se proprio si ritiene non percorribile la via di una sua sovrapposizione alla diversa categoria dei gravi indizi di colpevolezza –. Una base cognitiva comprensiva al suo interno anche di elementi atti a dimostrare la riconducibilità del fatto alla penale responsabilità dell'indagato potrebbe, tra l'altro, facilitare il giudice cautelare nell'adempimento del suo compito principale, che è quello di incanalare l'esercizio del potere ablativo, quantunque funzionale a garantire la successiva confisca, entro gli argini del "costituzionalmente consentito".

Ma v'è di più, in quanto il fatto che le misure cautelari reali incidono formalmente sul patrimonio e quelle personali sulla libertà individuale giammai potrà valere a conferire una patente di legittimità alle tesi che ravvisano nella differenziazione dei loro presupposti applicativi una *chance* per elidere, svilire ulteriormente le garanzie riconosciute dal sistema processual-penalistico italiano a colui il quale subisce gli effetti di un decreto di sequestro preventivo.

Per tutte queste ragioni, l'avvio di una seria riflessione, che muova nella direzione di un radicale ripensamento dell'esistente, non sembra possa essere rinviato. Bisogno quest'ultimo, che si rende

[39] Corte cost., 7.4.2022, n. 127 (dep. il 26.5.2022), in www.cortecostituzionale.it, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità degli artt. 1 co. 6, e 2 co. 3, del d.l. 16.5.2020, n. 33 (*Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*), conv., con modif. nella l. 14.7.2020, n. 74, sollevata, in riferimento all'art. 13 della nostra Carta fondamentale, ha ritenuto di dovere ribadire quale sia il raggio di azione del principio costituzionale condensato in tale disposizione costituzionale. Nello specifico, il giudice delle leggi ha confermato che la libertà personale viene in considerazione sia a fronte di restrizioni mediate dall'impiego della forza fisica sia, altresì, in presenza di restrizioni che comportano l'«assoggettamento totale della persona all'altrui potere», nel senso, cioè, che attraverso di esse la libertà morale degli individui subisce dei *vulnera* oppure, ancora, il singolo patisce «una sorta di degradazione giuridica» (espressione quest'ultima, che si rinviene in Corte cost., 3.7.1956, n. 11, in www.cortecostituzionale.it).

ancora più tangibile allorché si sposti l'attenzione sul piano delle impugnazioni cautelari e, in particolar modo, sulla regola sancita dall'art. 325 Cpp, in forza della quale il ricorso per cassazione è circoscritto ai soli motivi di violazione di legge [art. 606, lett. *a*), *b*) e *c*), Cpp]. Gli effetti, indubbiamente, pregiudizievoli per il diritto alla difesa dell'interessato (art. 24 Cost.) prodotti dalle interpretazioni minimali del *fumus* qui criticate sembrano, difatti, ingigantirsi o, comunque, accrescersi ulteriormente in forza della predetta prescrizione codicistica, la quale, in buona sostanza, preclude la formulazione di doglianze in ordine all'ineffettività della motivazione del decreto di sequestro, che non siano riconducibili ai diversi e ben più radicali vizi della mancanza grafica o dell'apparenza del corpo argomentativo posto a fondamento della decisione cautelare (art. 125, co. 3, Cpp)[40].
Dinanzi a questo stato delle cose appare ragionevole invocare la realizzazione di una riforma che, ponendo fine all'oramai assordante silenzio normativo, riesca, a un tempo, a rendere la nozione di *fumus commissi delicti* meno nebulosa e, soprattutto, ad allineare – o quantomeno ad approssimare – la medesima ai "gravi indizi di colpevolezza" necessari in vista della valida emissione di un'ordinanza cautelare personale. Eppure, come s'è visto, quello appena espresso è un pensiero che stenta a imporsi nel sentire giudiziario, essendo la sua affermazione aprioristicamente ostacolata dal dogma costituzionale della diversa gerarchia dei valori in gioco.

3.2. Le tracce di una diversa sensibilità verso i temi fin qui trattati, in verità, non mancano, così come dimostrato, sia pure collateralmente, dal recente arresto nomofilattico, a mezzo del quale il Supremo Consesso ha affermato che in caso di sequestro preventivo disposto a fini di confisca[41], sia essa facoltativa od obbligatoria, il giudice cautelare è tenuto a motivare, in maniera puntuale, anche sul *periculum*. Quest'onere, sempre ad avviso delle Sezioni Unite, non opera nel solo caso in cui sia ordinata l'ablazione di cose *mala in se* (art. 240, co. 2 n. 2, Cp), ovverosia di beni la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato: in tale ipotesi, infatti, la parte motiva può esaurirsi in un mero richiamo all'appartenenza della cosa al novero di quelle confiscabili *ex lege*[42].

---

[40] Secondo orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, il ricorso per cassazione (art. 325 Cpp) è ammesso soltanto per far valere quei vizi della motivazione così tanto radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del *decisum* del tutto mancante o, comunque, privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, quindi, inidoneo a esplicare l'*iter* logico seguito dal giudice. Così, di recente, Cass., Sez. III, 2.7.2020, n. 25991, in *GD* 2020, (39), 65. Conf. Cass., Sez. V, 13.10.2009, n. 43068, in *CEDCass.*, n. 245093; nonché Cass., Sez. Un., 29.5.2008, n. 25932, Ivanov, in *CEDCass.*, n. 239692.

[41] In generale, sul sequestro preventivo a fini di confisca si veda P. Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano 1991; R. Belfiore, *Il sequestro preventivo – Tra esigenze impeditive e strumentalità alla confisca*, Torino 2019; L. Capriello, *Sequestri e confische*, Bologna 2020; A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit.; O. Mazza, *Sequestro e confisca*, in *Rass. trib.* 2016, (4), 1021; M. Rampioni, *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca: un istituto senza "confini"*, in *PPG* 2019, 1327. In argomento, v. anche, da ultimo, F. Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova 2021.

[42] Cass., Sez. Un., 11.10.2021, n. 36959, in *CP* 2022, 532, con nota di R. Belfiore, *Le Sezioni Unite sul* periculum in mora *nel sequestro preventivo strumentale alla confisca*. Invero, la produzione dottrinale formatasi attorno alla sentenza *de qua* risulta parecchio ampia, ragion per cui ci limiteremo a menzionare soltanto taluni dei contributi soffermatisi sul percorso logico-argomentativo seguito dagli ermellini in detta occasione: cfr. G. Biscardi, *Sequestro per confisca*, cit., 492 ss.; G. Murone, *Necessarietà della motivazione sul* periculum in mora *in ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *DPP* 2022, 777; L. Tavassi, *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata*, cit. Prima del citato intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sul tema si registrava un acceso contrasto giurisprudenziale. A chi riteneva che il *periculum in mora* fosse da considerarsi implicito alla mera confiscabilità del bene [v., tra le tante, Cass., Sez. II, 10.12.2020, Zaccari e altri, *inedita*; Cass., Sez. II, 24.10.2019, Farese, *inedita*;

La composizione di vertice della Cassazione ha, in particolar modo, affermato che «soltanto una soluzione che vincoli il sequestro preventivo funzionale alla confisca ad una motivazione anche sul *periculum in mora*» è in grado di garantire «coerenza con i criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare reale, evitando un'indebita compressione dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica, e la trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio»[43].

Procedendo con ordine, il sequestro strumentale alla confisca è figura specifica e autonoma rispetto al sequestro preventivo cd. impeditivo, il quale, disciplinato dal primo comma dell'art. 321 Cpp, involve *res* in sé pericolose perché pertinenti al reato per cui si procede. Questa distinzione ci consente di pervenire, in via subitanea, a una prima conclusione, sulla cui correttezza non è dato dubitare: valorizzando tale *discrimen* si giunge, cioè, ad asserire che il giudice cautelare, in sede di emissione di un provvedimento ablatorio volto ad assicurare la proficua esecuzione della futura misura definitiva, non è tenuto ad apprezzare il pericolo di aggravamento o protrazione delle conseguenze del reato né, tantomeno, quello di agevolazione della commissione di ulteriori illeciti penali, quali possibili conseguenze della libera disponibilità della *res*. Il *periculum in mora*, infatti, nello specifico contesto di nostro principale interesse, si tinge di altri colori e significati, giacché consiste nel rischio concreto che la cosa possa essere modificata, dispersa, deteriorata, utilizzata o alienata e, per l'effetto, sottratta all'eventuale futura ablazione definitiva. Impossibile non scorgere un'analogia tra il *periculum* così inteso e il pericolo di fuga che, ai sensi dell'art. 274, lett. *b*), Cpp, acquisisce rilevanza in materia di misure cautelari personali. In entrambi i casi, del resto, s'intende scongiurare la possibilità che la materiale esecuzione della (invero, eventuale) futura sanzione penale sia in qualche modo, durante lo svolgimento del procedimento penale, messa a repentaglio o, addirittura, resa impraticabile[44].

Il Supremo Consesso, così statuendo, ha posto le basi affinché la motivazione possa assolvere la sua funzione tipica, vale a dire fungere da reale, e non solo teorica, garanzia della legittimità dell'esercizio, nel singolo caso concreto, del potere ablativo. In ragione di ciò non può che apprezzarsi il disegno delle Sezioni Unite: il principio di diritto enunciato in tale occasione, salvo che in futuro subisca un sostanziale annichilimento nella prassi giudiziaria, dà l'*input* a un innalzamento del tasso di effettività funzionale della motivazione che ben potrebbe, nel prosieguo, sprigionare tutta la portata garantistica insita nella stessa e, per l'effetto, veicolare numerosi effetti benefici. Fatta eccezione delle criticità correlate all'art. 325 Cpp – le quali, fintantoché non si provvederà a una sua riscrittura, comunque persisteranno –, è indubbio che gli ermellini hanno, per tal via, contribuito a consolidare la (per certi versi, traballante) tenuta costituzionale e convenzionale del sequestro disposto a fini di confisca.

Cass., Sez. VI, 1.3.2018, Terzulli, *inedita*; Cass., Sez. III, 15.4.2015, n. 20887, in *CP* 2016, 1677 (con nota di D. Potetti, *Confisca tributaria e sequestro preventivo alla luce del nuovo art. 12* bis, *comma 2, del d.lg. n. 74/2000*); Cass., Sez. III, 17.9.2014, Mannino, in *CEDCass.*, n. 261242; Cass., Sez. VI, 21.10.1994, Giacalone, in *CEDCass.*, n. 200654; Cass., Sez. I, 23.6.1993, Cassanelli, in *CEDCass.*, n. 194824; Cass., Sez. VI, 25.9.1992, Garofalo, in *CEDCass.*, n. 192682] si contrapponeva chi promuoveva il diverso orientamento esegetico secondo cui il giudice era tenuto a specificare, nell'apparato argomentativo del provvedimento ablatorio, le ragioni di fatto e di diritto in forza delle quali l'adozione della misura cautelare reale risultava necessaria (v., *ex multis*, Cass., Sez. V, 22.7.2020, Pensabene, *inedita*; Cass., Sez. V, 10.11.2017, n. 2308, in *CEDCass.*, n. 271999; Cass., Sez. II, 21.9.2016, Mastrodomenico, *inedita*; Cass., Sez. II, 9.11.2011, De Biase e altro, *inedita*; Cass., Sez. VI, 17.3.1995, Franceschini, in *CEDCass.*, n. 201943; Cass., Sez. IV, 19.1.1994, Pompei, in *CEDCass.*, n. 198258).

[43] Cass., Sez. Un., 11.10.2021, n. 36959, cit.

[44] In questi termini si esprime anche L. Tavassi, *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata*, cit., 8.

Quanto appena asserito va, però, colto in tutta la sua problematicità. Siamo, infatti, ancora parecchio distanti dal traguardo finale, ragion per cui non pare lecito concedersi a facili entusiasmi. V'è, innanzitutto, la necessità di attendere le informazioni che, in punto di motivazione sul *periculum in mora*, ci verranno restituite dai Palazzi di Giustizia. Impossibile, difatti, prevedere *ex ante* come verrà adempiuto siffatto onere motivazionale dalle competenti autorità giurisdizionali e, in particolar modo, se le speranze riposte in tale principio di diritto verranno rese vane dall'imperversare di motivazioni per nulla esplicative delle ragioni giustificatrici l'esistenza del *periculum* nel singolo caso concreto.
È ragionevole presumere che il citato arresto nomofilattico, sebbene, in dipendenza dell'oggetto del giudizio cautelare di riferimento, si riferisca all'art. 240 Cp, esprima un principio di portata generale. Di talché si ritiene che i dubbi appena prospettati nel prossimo futuro saranno riferibili anche ai decreti di sequestro preventivo a fini di confisca *ex* art. 648*quater* Cp. Ecco perché da adesso in poi, invertendo l'ordine degli addendi, si cercherà di articolare le rimanenti riflessioni ponendo particolare attenzione su tale specifica figura ablativa. Quest'ultima, in altre parole, sarà la lente attraverso la quale si provvederà a osservare e scandagliare gli aspetti di dubbia opportunità che, purtroppo, neppure il recente *dictum* delle Sezioni Unite può riuscire a eliminare.
Il vero *punctum dolens*, ad avviso della scrivente, risiede in un quesito che ha tutto il sapore di un amaro interrogativo retorico, per comprendere il quale si reputa opportuno soffermarsi, preliminarmente, sulla figura del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di cui all'art. 648*quater* Cp[45].

---

[45] In generale, sulla confisca per equivalente v'è da dire che la giurisprudenza interna, costituzionale e di legittimità, nonché quella convenzionale concordano nel ritenere che la medesima abbia non già finalità preventiva, bensì una connotazione eminentemente sanzionatoria. Al di là di Corte Cost., 2.4.2009, n. 97 (in *Gcost.* 2009, 984, e di Corte Cost., 4.6.2010, n. 196, in *CP* 2011, 528, con nota di V. Manes, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*), in questa direzione muove anche la Corte di Cassazione (si pensi, tra le tante, a Cass., Sez. Un., 31.1.2013, n. 18374, Adami, in *CEDCass.*, n. 255037). Come testé anticipato, questa tesi la si rinviene anche nella giurisprudenza a mezzo della quale i giudici alsaziani, muovendo dall'applicazione dei cd. "*Engel criteria*", hanno avuto modo di chiarire che la confisca per equivalente ha natura sanzionatoria: C. edu, Grande Camera, 28.6.2018, G.I.E.M. srl e altri c. Italia, Ric. nn. 1828/06, 34163/07, 19029/11 (per un'analisi della sentenza si rinvia, tra gli altri, a G. Civello, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *AP* 2018, (3), 2 ss.; T.E. Epidendio, *La Grande Camera della Corte EDU sulla confisca senza condanna: 'oltre l'urbanistica la guerra tra le corti', l'interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche*, in *Gcost* 2018, 2154; A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.7.2018; A. Pulvirenti-M. Lo Giudice, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *PPG* 2019, 122); C. edu, 20.1.2009, Sud Fondi c. Italia, in *GI* 2009, 2398; C. edu, 29.10.2013, Varvara c. Italia, in *DPP* 2014, 246; C. edu, 4.3.2014, Grande Stevens c. Italia, in *CP* 2014, 2304. Cfr., sia pure con riferimento ad altri ordinamenti giuridici, C. edu, 9.6.2016, Sismanidis c. Grecia, in www.hudoc.echr.coe.int; C. edu, 27.11.2014, Den c. Svezia, in www.hudoc.echr.coe.int; C. edu, 20.5.2014, Nykanen c. Finlandia, in www.hudoc.echr.coe.int. Ma v'è di più, in quanto alle citate indicazioni giurisprudenziali va a sommarsi anche il fatto che il legislatore e, precisamente, l'estensore del d.lgs. n. 231/2001 ha svelato la reale natura (punitiva) della confisca per equivalente del profitto o del prodotto del reato, nel momento in cui ha provveduto ad annoverarla tra le sanzioni che possono essere irrogate nei confronti dell'ente (art. 19). A tal riguardo, si rinvia, quantomeno, a P. Balducci, *L'ente imputato. Profili di efficienza e di garanzia nel processo* de societate, Torino 2013, 107 ss.; F. Lattanzi, *Le cautele reali*, in F. Lattanzi-P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti, Vol. II, Diritto processuale*, Torino 2020, 191 ss.; L. Rapetti- A. Torri, *La prova del* fumus delicti *nel sequestro preventivo* ex *artt. 19 e 53 d.lgs. 231/2001*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.10.2013; G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti ammnistrativi dipendenti da reato*, Milano 2012, 187. Per una panoramica d'insieme sulla confisca per equivalente, v. M.S. Amisano Tesi, *Confisca per equivalente*, in *Dig. pen.*, IV, I, Torino 2008, 193-216; P. Auriemma, *La confisca per equivalente*, in *AP* 2014, (1); L. Baron, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.5.2018, 37 ss.; P. Balducci, *La*

Tale tipologia di ablazione, che entra in gioco quando il vincolo di indisponibilità non può essere apposto direttamente sul profitto, risponde al proposito di privare colui che, in verità, è un presunto non colpevole (*rectius*, innocente), dei beni di cui ha la disponibilità fino a concorrenza del valore delle plusvalenze illecite dal medesimo conseguite, stando alla prospettazione accusatoria, attraverso la commissione del delitto di riciclaggio contestatogli. L'irreperibilità materiale del profitto del reato, dunque, non è causa ostativa all'adozione di un provvedimento cautelare reale, ben potendo quest'ultimo, analogamente alla confisca, assumere la veste di un sequestro preventivo per equivalente. Figura quest'ultima, che, a differenza dell'ablazione di beni surrogati dotati di un legame anche soltanto indiretto col reato per cui si procede, è perennemente in bilico tra il "costituzionalmente consentito" e ciò che tale non è.

Del resto, fintantoché il sequestro a fini di confisca viene ordinato con riferimento a cose che presentano un nesso, ancorché indiretto, con l'ipotesi di riciclaggio provvisoriamente ascritta alla penale responsabilità dell'indagato/imputato, *nulla quaestio*: l'esistenza di un rapporto di derivazione causale dal reato addebitato, seppur debole, rende ravvisabile quel pericolo di dispersione la cui presenza vale a giustificare l'ablazione e, di riflesso, ad allontanare ogni dubbio circa una sua sotterranea vocazione repressiva[46]. All'opposto, il sequestro per equivalente di beni di sicura provenienza lecita, che, in quanto tali, nulla hanno a che vedere, neppure indirettamente, con l'illecito addebitato, suscita non poche perplessità in punto di compatibilità con il dettato costituzionale e, in particolar modo, con la presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.). Non v'è, d'altronde, chi non veda dietro questa peculiare forma di sequestro preventivo una vera e propria anticipazione degli effetti della pena[47]. Un provvedimento ablatorio di tal tipo, infatti, sebbene sul piano formale abbia natura dichiaratamente cautelare, dacché tende a neutralizzare il solo *periculum* configurabile in tal caso, che è quello di depauperamento del patrimonio

---

confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative, in *DPP* 2011, 230-236; D. Fondaroli, *La poliedrica natura della confisca*, in *AP* 2019, (2), 1 ss.; S. Furfaro, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *GI* 2009, (8-9), 2079-2084; A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente* - ex *art. 322* ter - *tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP* 2011, 791-837; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *RIDPP* 2015, (2), 716 ss.; E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino 2012, 45-50; L. Puccetti, *La confisca per equivalente*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, cit., 409 ss.; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano 2009, 37 ss. V., infine, anche S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *DPC* 2020, (3), 322 ss.

[46] Per evitare indebite estensioni della sfera di operatività della confisca diretta, A. Alessandri, (Voce) *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino 1989, 39, promuove la tesi secondo cui tale tipologia di ablazione può aversi soltanto con riferimento ai beni che sono stati acquisiti mediante il primo reimpiego del profitto del reato contestato.

[47] A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *PPG* 2016, (3), 5, con toni critici sottolinea che «il decreto interinale 'per equivalente' è una figura che semplicemente anticipa una sanzione». Su questo aspetto, cfr. anche A. Bargi, *"Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale*, cit., 45; A. Bassi, *I sequestri preventivi ai fini di confisca*, in T. Epidendio-G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische*, Milano 2018, 1180; R. Belfiore, *Il sequestro preventivo*, cit., 26; F.R. Dinacci, *Le cautele per equivalente tra Costituzione, obblighi europei e positivismo giuridico*, in A. Bargi-A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale*, cit., 335; G. Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca*, cit., 1182 ss.; P. Gualtieri, Sub *art. 321*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. II, Milano 2017, 60; F. Porcu, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale*, in *DPP* 2013, 1468; G. Varraso, *Il sequestro ai fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in www.dirittopenalecontemperaneo.it, 12.1.2018; Id., *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *CP* 2014, 2809.

dell'indagato/imputato, nella sostanza sembra assumere dei tratti tipici delle sanzioni patrimoniali o, meglio, connaturati alla vocazione repressiva cui rispondono queste ultime. Da qui, come preannunciato, l'individuazione in esso del germe di una forma di espropriazione anticipata rispetto all'eventuale successiva sentenza di condanna definitiva alla corrispondente pena.
Se così è, allora non si può fare a meno di constatare che a cambiare è solo il *nomen* (sequestro da un lato, e confisca dall'altro), non anche la sostanza. Eppure, nel nostro sistema processuale penale nessun provvedimento cautelare può porsi come obiettivo quello di precorrere la pena. La qual cosa, tra l'altro, trova conferma nella regola che àncora l'applicazione delle misure cautelari, siano esse personali o reali, alla sussistenza di (almeno) un'esigenza processuale legislativamente predeterminata e, poi, in taluni casi meglio precisata nei suoi contenuti dalla Cassazione. Ecco, dunque, che i dubbi sulla compatibilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente con i vincoli garantistici che discendono sull'esercizio del potere ablatorio dalla presunzione di non colpevolezza, sancita dall'art. 27, co. 2, Cost.[48], sembrano acquisire una consistenza tale da non potere essere più ignorati.
A fronte di quanto fin qui illustrato, è logico chiedersi – ed è questo il quesito cui poc'anzi si faceva riferimento – sino a che punto una motivazione sul *periculum in mora* incentrata sul rischio di dispersione patrimoniale e, quindi, sull'esigenza meramente anticipatoria della confisca possa costituire una valida ed efficace garanzia della legittimità dell'esercizio del potere ablativo, ogniqualvolta quest'ultimo dovesse estrinsecarsi in un ordine di sequestro a fini di confisca per equivalente *ex* art. 648*quater* Cp di beni privi di un nesso di pertinenzialità, anche soltanto indiretto, con il delitto di riciclaggio contestato.
Il giudice cautelare, in ossequio al disegno delle Sezioni Unite, dovrebbe motivare in ordine all'esistenza, fra i beni attinti dal vincolo ablativo e la fattispecie di riciclaggio per cui si procede, di un legame non occasionale e, altresì, tale da rendere non più procrastinabile nel tempo l'emissione del decreto di sequestro. La mancanza di siffatto nesso di derivazione causale, inevitabilmente, obliterebbe la pericolosità della *res* e, di riflesso, proverebbe l'insussistenza di un'esigenza cautelare da neutralizzare, sempreché non voglia ritenersi sufficiente un richiamo generico a un asserito pericolo di depauperamento patrimoniale. Il che, se osservato da un altro angolo focale, sembrerebbe confermare, in maniera non poi così velata, che il provvedimento ablatorio, in tale peculiare ipotesi, assume le vesti di un'anticipazione della corrispondente sanzione penale, se del caso, successivamente irrogata con sentenza definitiva di condanna.
Detto altrimenti, la verifica del rapporto di pertinenzialità bene surrogato-delitto di riciclaggio per cui si procede pare destinata ad avere esito negativo in tutti i casi in cui il sequestro dovesse riguardare, *naturaliter* fino a concorrenza dell'entità del profitto, non già beni legati, anche soltanto indirettamente, alla trasformazione del profitto originario, bensì beni ulteriori presi in considerazione per il sol fatto di avere un valore equivalente al profitto. Ci si chiede, pertanto, se il *favor* con cui si guarda alla sentenza nomofilattica fin qui richiamata non sia destinato a dissolversi dinanzi a un sequestro a fini di confisca per equivalente che determini il congelamento provvisorio di cose di indubbia liceità.

---

[48] Come acutamente osservato da A. Scalfati, *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo*, cit., 2, «l'art. 27, comma 2, Cost., vieta di utilizzare la disciplina cautelare per anticipare un trattamento penale. Non vale replicare, per dissolvere una simile conclusione, che l'art. 27, comma 2, Cost., richiamando le figure dell'imputato e della colpevolezza, attiene solo alla tutela delle libertà personali in senso stretto ed esula dal campo operativo dell'intervento penale volto a incidere sul patrimonio; […]». A suo avviso, «il principio espresso dall'art. 27, comma 2, Cost. – peraltro ribadito esplicitamente o implicitamente da più di una fonte sovranazionale – funge da criterio-guida per l'esercizio del potere giudiziario in ambito penale, indipendentemente dal fatto che siano in gioco libertà strettamente individuali o diritti di altra natura».

È pur vero, però, che tale fervore potrebbe non spegnersi per altra via e, precisamente, perché la motivazione sul *periculum* non è escluso che possa fornire un qualche contributo ai fini del superamento dell'*impasse*, che si viene a determinare ogniqualvolta si parli di rispondenza del sequestro per equivalente agli imperativi costituzionali. Nello specifico, il nesso bene surrogato-delitto di riciclaggio contestato o è ravvisato e allora il giudice è tenuto a predisporre una puntuale motivazione sul *periculum in mora* (*id est* quel che, di regola, accade nel caso di sequestro a fini di confisca diretta), o manca – a meno che si voglia continuare a reputare sufficiente un generico pericolo di impoverimento patrimoniale – e, quindi, ci si ritroverà dinanzi a una chiara dimostrazione della connotazione (illegittimamente) sanzionatoria che, purtroppo, acquisisce il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente *ex* art. 648*quater* Cp (o, comunque, in generale, *ex* art. 240 Cp). Insomma, delle due l'una. È per questo motivo che l'autonoma valutazione del *periculum* da parte del giudice cautelare, così come cristallizzata nella parte motiva del decreto di sequestro preventivo, nel prosieguo, potrebbe comunque rivelarsi un'occasione per verificare, una volta per tutte, il livello di coerenza, organicità e tenuta (anche costituzionale) di un sistema, quale è quello delle ablazioni a titolo provvisorio e, in misura ancora maggiore, delle ablazioni disposte a fini di confisca – per di più se per equivalente – che, comunque, necessita di essere sottoposto a un'opera legislativa di ristrutturazione razionale e complessiva.
La discesa in campo dell'autore delle leggi in materia *de qua* non è più rinviabile, essendo i tempi oramai maturi sia per interrompere la supplenza della giurisprudenza sia per restituire logicità, efficacia e ragionevolezza a una disciplina che, nella sua versione attuale, fatica ad assicurare congrua tutela agli individui interessati dall'esercizio del potere coercitivo reale, giacché presta il fianco alla diffusione di prassi illegittimamente vessatorie e sanzionatorie.

4. Oggi imperante è il bisogno di razionalizzare l'esistente, avviando una seria riflessione sul rapporto, allo stato dell'arte dubbio, che intercorre tra le esigenze di lotta alla criminalità e il sistema di garanzie delineato dalla Costituzione nonché, stante l'esistenza di un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, anche da numerose fonti sovranazionali, prima fra tutte la CEDU.
Occorre, nello specifico, che il legislatore ponga fine alla propria inerzia e, per l'effetto, alla egemonia nel corso degli anni conquistata dalla giurisprudenza e, in particolar modo, dalle Sezioni Unite. Una volta recuperata la penna, l'autore delle leggi dovrebbe poi lasciarsi ispirare, durante la pianificazione e l'elaborazione di una riforma organica del sequestro preventivo, dal proposito di raggiungere, previo bilanciamento fra le istanze di difesa sociale e la tutela della dimensione giuridica soggettiva del singolo individuo, un punto di ragionevole raccordo tra "lotta e garanzie". Ciò che, in particolar modo, presuppone un'opera di epurazione del sistema delle ablazioni cautelari da ogni traccia di quell'atteggiamento culturale che ravvisa nell'apposizione di un vincolo di indisponibilità sui beni dell'indagato/imputato uno strumento di deterrenza e, altresì, di repressione della criminalità, se non addirittura un meccanismo da utilizzare in funzione dell'abusiva coartazione di scelte processuali non perfettamente rispondenti all'interesse del soggetto considerato. Recuperando un'espressione provocatoria poc'anzi adoperata, può dirsi che occorre arrestare l'ascesa dell'assai pericoloso principio del *nullum crimen sine ablatione*.
Il ripristino dello *status quo ante* all'imperversare della cultura penale della lotta e degli assiomi efficientistici a essa (e non soltanto, in verità) correlati potrà valere ad allontanare quelle logiche che oggi tendono a deturpare il volto del sequestro preventivo. È l'indubbia indispensabilità di quest'ultimo in qualsivoglia sistema processuale, del resto, a richiedere (*rectius*, imporre) che lo stesso venga sottoposto a quella serie di migliorie strutturali necessarie ai fini del recupero della

sua tradizionale funzionalità. Le riflessioni sin qui svolte mirano, infatti, a sottolineare la doverosità di un'innovazione legislativa dell'architettura complessiva del sequestro preventivo – ivi compreso, dunque, il segmento afferente all'ablazione finalizzata alla confisca diretta e per equivalente –, che sia rivolta a restituirle, e al contempo rinvigorire, la sua essenza primaria e, altresì, a far fare all'impianto di garanzie a essa correlate quel salto di qualità e di effettività, che è a gran voce richiesto dalla nostra Carta fondamentale.

Limitatamente al sequestro preventivo disposto allo scopo di assicurare l'eseguibilità della confisca, si ritiene che, affinché possa dirsi scongiurato – o, comunque, ridimensionato – il rischio di un contrasto con la Costituzione italiana, bisogna procedere a un rafforzamento dei relativi presupposti applicativi, senza mai però perdere di vista lo stadio procedimentale in cui lo stesso interviene, ben potendo quest'ultimo coincidere con la fase primigenia del procedimento penale. È per questa ragione che si reputa essenziale la trasposizione nel settore delle cautele reali dei gravi indizi di colpevolezza, i quali, come più volte asserito, integrano uno dei presupposti tipici delle misure cautelari personali. L'auspicio nasce dal fatto che tale condizione di applicabilità, nella misura in cui contrae il rischio di un esercizio del potere coercitivo in concreto vessatorio o, comunque, di stampo sanzionatorio, varrebbe ad assicurare all'interessato una maggiore protezione.

Nondimeno, nella consapevolezza che i tempi forse non sono ancora maturi per un'innovazione così radicale, si reputa opportuno formulare un'ulteriore proposta gradatamente inferiore in termini di tutela del destinatario del provvedimento ablativo: nello specifico, una valida alternativa potrebbe essere rappresentata dalla configurazione dell'accertamento del *fumus commissi delicti* secondo uno schema d'impronta oggettiva che non si discosti, però, particolarmente dagli *standard* fissati dall'art. 273 Cpp in materia di misure cautelari personali e che, al contempo, tenda lo sguardo alle componenti tipiche del giudizio di rimproverabilità soggettiva del fatto illecito, senza mai sovrapporsi a esso.

Anche in questo caso il sequestro funzionale alla confisca, diretta e per equivalente, *ex* art. 648*quater* Cp si rivela una valida fonte di *input* per l'avvio di una riflessione consapevole sull'argomento. Come s'è visto, infatti, esso risponde a una funzione anticipatoria della successiva confisca, ragion per cui non può che condividerne, previo adattamento al segmento procedurale, di volta in volta, preso in considerazione, i relativi presupposti. In linea con quest'ordine di idee, il giudice cautelare, affinché la valutazione del *fumus* del sequestro possa dirsi effettuata nel rispetto del dettato costituzionale e convenzionale, dovrebbe quindi accertare, sia pure sommariamente e allo stato degli atti, tanto la riferibilità del delitto di riciclaggio all'indagato quanto l'acquisizione, da parte del medesimo, di un'utilità in conseguenza dell'attività illecita portata a termine. Con ciò s'intende evidenziare che talvolta sono le stesse peculiarità strutturali della fattispecie *criminis* addebitata all'indagato/imputato a richiedere che la verifica del giudice cautelare non si arresti sul piano oggettivo ma, diversamente, inglobi anche una qualche componente tipica del giudizio di addebitabilità soggettiva del fatto.

Non è il caso di tornare sul *periculum* e sui possibili risvolti pratici del *dictum* delle Sezioni Unite in materia di motivazione puntuale su tale presupposto applicativo, anche perché si ritiene che l'innalzamento dello *standard* probatorio richiesto ai fini dell'accertamento del *fumus* possa rivelarsi circostanza, di per sé, idonea a comprimere il rischio, oggi elevato, di una trasfigurazione dell'ablazione finalizzata alla successiva confisca per equivalente *ex* art. 648*quater* Cp in un'arbitraria espropriazione anticipata rispetto alla condanna definitiva, in aperto conflitto con l'art. 27, co. 2, Cost. Ciò è tanto più vero laddove si consideri la tendenza della giurisprudenza a circoscrivere la sfera di operatività della confisca per equivalente, a tutto vantaggio di quella

diretta[49], attraverso l'allentamento del concetto di rapporto pertinenziale fra la *res* e l'illecito addebitato. Siffatto atteggiamento, difatti, facilitando l'esplicazione dell'itinerario logico seguito dal giudice, potrebbe in futuro ridurre le *chance* di ottenere, per il tramite della motivazione sul *periculum*, una chiara dimostrazione dell'assenza di un legame di derivazione causale tra il bene e il reato realmente qualificabile come tale: assenza, questa, che, attesterebbe la deviazione funzionale che, purtroppo, colpisce il sequestro per equivalente di cose di indubbia liceità, tanto nell'ipotesi di cui all'art. 648*quater* Cp quanto in quella generale prevista dall'art. 240 Cp.

[49] Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 27.5.2021, n. 42415, cit. Dalla lettura di tale arresto nomofilattico si ricava, agevolmente, che va sempre qualificata come diretta, e non anche per equivalente, la confisca del denaro costituente il profitto o il prezzo del reato per cui si procede, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'agente, che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito.

LA COLPA PENALE DEL MEDICO IN FORMAZIONE SPECIALISTICA

di Marina Di Lello Finuoli
Assegnista di ricerca, Università Cattolica del Sacro Cuore

SOMMARIO: 1. La condizione *insicura* del medico specializzando. – 2. La formazione specialistica dei medici. – 3. L'autonomia vincolata. – 4. Posizione di garanzia e competenza per il rischio. – 5. L'accoglimento "eccezionale" nella *cerchia dei pari*… – 6. …e la nuova causa di esonero da responsabilità. – 7. Diligenza "su misura" e conoscenze inferiori: il problema della colpa per assunzione. – 8. Semplificazioni probatorie e complicazioni casistiche. – 8.1. Primo scenario: il dovere (cautelare?) di astensione. – 8.2. Secondo scenario: cenni alla responsabilità d'*équipe* e considerazioni sulla esigibilità del dissenso. – 8.3. Terzo scenario: assenza dei poteri impeditivi e irrilevanza dell'attività di appoggio. – 9. Uno sguardo oltre confine: il momento soggettivo della colpa per assunzione e la prevenzione degli errori. – 10. Proposte per una più equilibrata definizione della responsabilità penale dei medici in formazione.

Per fronteggiare la pandemia da Covid-19, il legislatore ha ridotto l'ambito di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie per i reati colposi di omicidio e lesioni maturati nel contesto emergenziale, a meno che non lambiscano la soglia della colpa grave; contestualmente, ha richiamato il giudice penale al "dovere" di tenere conto, tra i fattori che possono escludere la gravità della colpa, «del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza» (art. 3-*bis* d.l. 1.4.2021 n. 44). A dispetto del tentativo di contenimento della responsabilità penale dei sanitari, il medico in formazione specialistica si trova ancora in una *posizione* alquanto *insicura*. La giurisprudenza ne vaglia con particolare severità l'operato, attribuendogli la responsabilità di tutte le attività compiute, anche di quelle rispondenti alle direttive inappropriate del tutore o del personale specializzato (c.d. autonomia vincolata). Il saggio si propone di esplorare i criteri di attribuzione della responsabilità penale ai medici specializzandi, tenendo conto del frequente ricorso, in giurisprudenza, allo schema della colpa per assunzione. Saranno esaminati, nello specifico, i seguenti temi: la posizione di garanzia del medico in formazione (anche in rapporto agli obblighi di astensione); i fattori che possono incidere sulla scelta di seguire le indicazioni inappropriate del tutore (profili di colpa relazionale) ovvero sul potere di riconoscere la propria inadeguatezza alla gestione del caso clinico (anche sul piano della c.d. misura soggettiva della colpa). Si illustreranno, infine, alcune proposte per ridurre, al ricorrere di certe condizioni contestuali, l'esposizione al "rischio penale" degli esercenti dotati di un minor grado di esperienza e conoscenza, in un certo senso "comandati" all'erogazione di prestazioni per le quali non hanno completato l'*iter* formativo.
To deal with the Covid-19 pandemic, the legislator has reduced the area of medical liability for patient harms committed in the emergency context, unless in case of gross negligence; at the same time, he recalled the judge to the "duty" to consider "the lesser degree of experience and technical knowledge possessed by non-specialized personnel employed to deal with the emergency" (art. 3-bis d.l. 1.4.2021 n. 44). In spite of the attempt to contain the criminal medical liability, the doctor in training is in an unfavourable position. The jurisprudence assesses his behaviour with particular severity, for all the activities he performs, even those compliant with the inappropriate directives of the tutor (so-called bound autonomy). The essay aims at studying the criteria for attributing criminal liability to the trainees, taking into account the frequent recourse to the category of "guilt for hiring". Specifically, the following themes will be examined: the position of guarantee of the

trainee (also in relation to the duty of abstention); the factors that may affect the trainee's choice to obey tutor's instructions or the power to recognize his own inadequacy to manage the clinical case. In the end, the Author will describe some proposals to reduce the criminal liability of young doctors, in a certain sense "commanded" to provide services for which they have not completed the training process.

1. Negli ultimi anni, le riforme in materia di responsabilità medica hanno provato a preservare l'autonomia dei sanitari nelle decisioni riferibili al miglior interesse di cura del paziente e, insieme, la sicurezza delle condizioni di erogazione delle prestazioni terapeutiche. Ciò è avvenuto, anzi tutto, attraverso la limitazione della rilevanza penale dell'errore medico, valorizzando l'osservanza delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (c.d. decreto Balduzzi) e tipizzando un modello separato di colpa per morte o lesioni in ambito sanitario (art. 590-*sexies* Cp)[1]. In tempi più recenti, tramite il varo di una nuova incriminazione e di un aggravamento di pena per le "violenze" perpetrate ai danni dei professionisti sanitari e socio-sanitari, vittime (privilegiate) di nuove manifestazioni di intolleranza e aggressività[2]. Da ultimo, per fronteggiare l'emergenza pandemica, il legislatore: *i)* ha escluso la punibilità del personale vaccinatore per i fatti di cui agli artt. 589 e 590 Cp «verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria»[3]; *ii)* ha ridotto l'ambito di responsabilità degli esercenti le professioni

[1] Il riferimento è, *in primis*, all'art. 3 co. 1 d.l. 13.9.2012 n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), conv. in l. 8.11.2012 n. 189 e, poi, alla l. 8.3.2017 n. 24, che ha introdotto la causa di non punibilità di cui all'art. 590-*sexies* Cp. Sul c.d. decreto Balduzzi, *ex multis*, P. Piras, In culpa sine culpa, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26.11.2012; A. Manna, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *RTrimDPenEc* 2013, 91 ss.; G. Iadecola, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la cd. legge Balduzzi*, in *RIML* 2013, 549 ss.; A. Vallini, *L'art. 3 del "decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *ivi*, 736 ss.; L. Nocco, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, *ivi*, 782 ss.; F. Giunta, *Protocolli medici e colpa penale secondo il «decreto Balduzzi»*, *ivi*, 820 ss.; L. Risicato, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189/2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *DPP* 2013, 691 ss.; O. Di Giovine, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, 3 ss. Sulla c.d. legge Gelli-Bianco, G.L. Gatta, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge "Gelli-Bianco"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.3.2017; S. Aleo, *Considerazioni critiche sull'art. 6 della legge Gelli in materia di responsabilità sanitaria*, in *IP* 2017, 593 ss.; G.M. Caletti, M.L. Mattheudakis, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *DPenCont* 2017, 105 ss.; F. Centonze, M. Caputo, *La risposta penale alla* malpractice*: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *RIML* 2016, 1361 ss.; C. Cupelli, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della Legge Gelli-Bianco*, in *CP* 2017, 1765 ss.; F. D'Alessandro, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *DPP* 2017, 573 ss.; P. Piras, Imperitia sine culpa non datur. *A proposito del nuovo art. 590* sexies *c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1.3.2017; L. Risicato, *Il nuovo statuto della colpa medica: un discutibile progresso nelle valutazioni della responsabilità del personale sanitario*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.6.2017.

[2] Si fa riferimento alla l. 14.8.2020 n. 113, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell'esercizio delle loro funzioni*». In tema, M. Caputo, *Nessuno tocchi Ippocrate. Il contrasto penale alle violenze commesse ai danni del personale sanitario*, in *www.archiviopenale.it*, 30.9.2020. Sulla vulnerabilità dei soggetti impegnati nel contrasto alla diffusione del virus, A. Bernardi, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *DPP* 2020, 445; F. D'Alessandro, *Le vittime vulnerabili all'epoca del coronavirus. Dalle vittime di violenza domestica agli operatori sanitari esposti al contagio*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi, tra letteratura e diritto*, Milano 2020, 102.

[3] Art. 3 d.l. 1.4.2021 n. 44, recante «*Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*», conv. in l. 28.5.2021, n. 76. In tema: E. Penco,

sanitarie per i reati colposi di omicidio e lesioni maturati nel contesto emergenziale, a meno che non lambiscano la soglia della colpa grave[4]; *iii)* ha richiamato il giudice penale al "dovere" di tenere conto, tra i fattori che possono escludere la gravità della colpa, «della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da Sars-Cov-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza»[5].
A dispetto dei tentativi di contenimento delle ipotesi di responsabilità derivanti dall'esercizio delle professioni sanitarie[6], il medico in formazione si trova in una *posizione* tutt'altro che *sicura*[7]. La giurisprudenza ne vaglia con particolare severità l'operato, di fatto estromettendolo dai benefici dell'attuale «tendenza politico-criminale di progressiva decriminalizzazione della colpa dei sanitari»[8].
Lo specializzando – si afferma – non è presente nella struttura ospedaliera ai soli fini della formazione specialistica, né può essere considerato un mero esecutore d'ordini del tutore o dei professionisti sovraordinati; avendo conseguito la laurea in medicina e chirurgia, e potendo esercitare una certa autonomia d'intervento, è responsabile delle attività compiute, anche se rispondenti alle direttive del personale strutturato[9].
Il tema, per la verità, esigerebbe l'elaborazione di soluzioni maggiormente articolate, che tengano conto del ruolo degli specializzandi nella struttura ospedaliera, del rapporto con i superiori gerarchici, delle tipologie di attività affidate alla loro osservazione/esecuzione, delle capacità dei singoli di riconoscere e fronteggiare i rischi insiti nell'apprendimento delle tecniche e, in generale, nell'erogazione di prestazioni che *non possono* – sul piano normativo e fattuale – gestire in totale autonomia. I giovani camici bianchi *partecipano* alle attività terapeutiche *in funzione* della formazione, ossia dell'acquisizione di capacità e cognizioni di cui sono (ancora) privi. Come è stato osservato, il loro inquadramento giuridico «richiede pertanto di operare delicati bilanciamenti fra i diversi interessi in gioco per poter salvaguardare, ad un tempo, l'adeguatezza della formazione

---

"Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2, in *www.sistemapenale.it*, 13.4.2021; P. Piras, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *www.sistemapenale.it*, 23.4.2021; A. Massaro, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2: gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale*, in *RIML* 2021, 683 ss.; D. Micheletti, *Lo scudo penale a favore dei vaccinatori nel quadro delle norme dichiarative di atipicità*, in *disCrimen*, 7.3.2022.

[4] Art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021. In tema: C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *www.sistemapenale.it*, 1.6.2021; P. Piras, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *www.sistemapenale.it*, 1.6.2021; M. Caputo, Il puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1171 ss.

[5] Ancora: art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021.

[6] Per un quadro aggiornato dei profili di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie: A. Oliva, M. Caputo (a cura di), *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, Torino 2021 (Parte IV).

[7] La figura dello specializzando è stata esaminata approfonditamente da A. Vallini, *Lo specializzando*, in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano 2021, 390 ss.

[8] M. Caputo, Il puzzle *della colpa medica*, cit., 1180.

[9] C 17.11.1999 n. 2906; C 20.1.2004 n. 32901; T. Torino 2.5.2005, in *GM* 2005, 2440; C 10.12.2009 n. 6215; C 22.2.2012 n. 6981; C 17.10.2019 n. 26311.

impartita e la qualità e l'appropriatezza delle cure comunque prestate da questi professionisti all'interno del Servizio sanitario»[10].
Il presente contributo si propone di esplorare i criteri di attribuzione della responsabilità penale ai medici in formazione, tenendo conto del frequente ricorso, in giurisprudenza, allo schema della colpa per assunzione. Saranno esaminate, nello specifico: le competenze e la posizione di garanzia dello specializzando; le condizioni che possono incidere sulla scelta, da parte del giovane sanitario, di prendere in carico il paziente ovvero di aderire (anche acriticamente) alle indicazioni dello specialista; le proposte per ridurre, al ricorrere di certe condizioni contestuali, l'esposizione al "rischio penale" degli esercenti non specializzati.

2. La formazione specialistica dei medici è regolata dal d. lgs. 17.8.1999 n. 368, teso all'adeguamento dell'ordinamento interno alla dir. 93/16/CEE in tema di libera circolazione dei medici e reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli. Sul testo del decreto il legislatore è intervenuto a più riprese, per l'armonizzazione della disciplina italiana alle successive indicazioni euro-unitarie e l'attuazione di un generale riordino delle specializzazioni (per esempio, in tema di procedure di ammissione, trattamento economico, durata dei corsi).
Secondo quanto disposto dagli artt. 37 e 38 d. lgs. n. 368/1999, all'atto dell'iscrizione alla scuola di specializzazione il medico stipula un contratto di formazione-lavoro, sia con l'Università ove ha sede la scuola sia con la Regione nel cui territorio si trovano le aziende sanitarie che compongono la rete formativa. Il contratto ha durata annuale, rinnovabile di anno in anno per l'intera durata del corso di specializzazione, ed è finalizzato «esclusivamente» all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata di attività teoriche e pratiche/assistenziali funzionali al progressivo conseguimento delle competenze previste dall'ordinamento didattico della scuola.
Per ciò che concerne le caratteristiche dell'impegno, invero vincolante («a tempo pieno»), il d. interm. 4.2.2015 n. 68, «*Riordino delle scuole di specializzazione di area sanitaria*» – che ha apportato modifiche alla struttura e agli ordinamenti delle scuole di specializzazione[11] –, ha previsto che almeno il 70% delle attività formative vada riservato allo svolgimento di attività professionalizzanti pratiche e di tirocinio[12], da considerarsi, pertanto, prevalenti. Nello stesso senso si esprimono gli artt. 38 d. lgs. n. 368/1999 e 16 d. lgs. 30.12.1999 n. 502 che, nel descrivere i contenuti dei programmi di formazione, fanno riferimento a «partecipazione guidata o diretta alla totalità delle attività mediche», «esecuzione di interventi», «attività teoriche e pratiche», «attività formativa e assistenziale», «interventi pratici che [gli specializzandi] devono aver personalmente eseguito per essere ammessi a sostenere la prova finale annuale», ecc.[13].
Gli articoli richiamati valgono a tratteggiare a grandi linee la posizione dello specializzando: 1) ammesso alla frequenza di un corso di studi volto alla acquisizione delle conoscenze e competenze superiori tipiche dello specialista; 2) dipendente dalle determinazioni delle istituzioni universitarie

[10] A. Carminati, *I medici in formazione specialistica tra disciplina quadro statale, normativa regionale, e interventi di riforma. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 2018 sulla L. Reg. Lombardia n. 33 del 2017*, in *www.cortisupremeesalute.it*, 1/2019, 4.
[11] Tra le principali modifiche: riduzione degli anni necessari per conseguire il diploma, in conformità a quanto previsto dagli altri Paesi europei; riforma degli ordinamenti didattici; ridefinizione degli obiettivi formativi.
[12] V. anche art. 20 co. 1 lett. *b* d. lgs. n. 368/1999.
[13] Le modalità di svolgimento delle attività pratiche prevedono, in ogni caso, una «rotazione tra le strutture inserite nella rete formativa», al duplice fine di assicurare l'acquisizione di un'esperienza maggiormente articolata ed evitare il radicamento dei medici in formazione specialistica nell'organico della struttura per l'intero periodo di durata della specializzazione. Sul tema, A. Carminati, *op. cit.*, 13-14.

e del personale strutturato in relazione a numero e tipologie di prestazioni che è tenuto a eseguire con gradi crescenti di responsabilità e autonomia. Nei fatti, tempi e modi (e *percezione*…) della sua progressione sono dettati dalle indicazioni dei responsabili della formazione, tenendo conto, ai fini dell'attribuzione di compiti gradualmente più complessi, della sua maturazione professionale.
Dal tenore letterale delle previsioni, in ogni caso, si ricava che il medico in formazione sia non solo autorizzato all'intervento diretto sul paziente, ma altresì *tenuto ad agire* per la cura delle persone assistite e, assieme, per affinare le abilità manuali e le capacità decisionali caratterizzanti il personale strutturato del settore di riferimento, seppure *nei limiti* di cui subito appresso si dirà.

3. Le norme che descrivono la condizione dei giovani medici, utili all'inquadramento di compiti, doveri e responsabilità, sono contenute negli artt. 16 d. lgs. n. 502/1999 e 20 co. 1 lett. *e* d. lgs. n. 368/1999[14]. L'art. 16, nell'ambito del riordino della disciplina sanitaria, chiarisce che la formazione medica «comporta l'assunzione delle responsabilità connesse all'attività svolta». L'art. 20, nell'elencare i presupposti per l'ottenimento del diploma di medico chirurgo specialista, precisa che la formazione debba attuarsi tramite la «partecipazione personale del medico chirurgo candidato alla specializzazione, alle attività e responsabilità proprie della disciplina».
A dispetto della formale collocazione della formazione specialistica nel contesto universitario o, comunque, di un «corso di studi»[15], il riferimento alla *partecipazione personale* e alle *responsabilità proprie della disciplina* o *connesse all'attività svolta* segnala senza equivoci l'esposizione dello specializzando ai rischi legali connaturati allo svolgimento dell'attività medica, sul piano civile, penale ed erariale. Il medico in formazione non è uno «spettatore esterno, un discente estraneo alla comunità ospedaliera»[16], ma un "attore" al quale potranno essere imputati i fatti lesivi cagionati per colpa a danno dei pazienti nello svolgimento di attività clinico-assistenziali, nonché gli altri fatti illeciti legati all'esercizio delle professioni sanitarie (violazione del consenso informato del paziente, falsità, reati contro la p.a., ecc.).
Ai fini che più interessano, l'attribuzione di responsabilità allo specializzando, in relazione agli episodi di *malpractice* che lo coinvolgano, discende, anzi tutto, dal *contributo fattivo* del medico alle prestazioni erogate dalla struttura ospedaliera dalle quali origini una offesa alla salute dei pazienti. L'art. 38 co. 3 d. lgs. n. 368/1999, nel dettare le modalità di svolgimento delle attività teoriche e pratiche finalizzate alla formazione, impone: *i)* la «partecipazione guidata» del tirocinante «alla totalità delle attività mediche dell'unità operativa presso la quale è assegnato»; *ii)* «la graduale assunzione di compiti assistenziali»; *iii)* e «l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal tutore»[17].
La norma, da un lato, esplicita il coinvolgimento diretto dello specializzando nelle attività espletate all'interno dell'organizzazione (attribuzione di compiti); dall'altro, subordina la sua partecipazione e i termini del suo intervento alla guida (e al controllo) del tutore, ponendolo in una condizione di *autonomia vincolata*.

---

[14] D. lgs. n. 368/1999, «*Attuazione della direttiva 93/16/CEE in materia di libera circolazione dei medici e di reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli*», che ha abrogato il d. lgs. 8.8.1991 n. 257, «*Attuazione della direttiva n. 82/76/CEE del Consiglio del 26 gennaio 1982, recante modifica di precedenti direttive in tema di formazione dei medici specialisti, a norma dell'art. 6 della legge 29 dicembre 1990, n. 428*».
[15] Cfr. art. 37 co. 5 lett. *a* d. lgs. n. 368/1999.
[16] C 10.12.2009 n. 6215.
[17] Nello stesso senso si esprime l'art. 16 d. lgs. n. 502/1999.

L'espressione "autonomia vincolata", invero ossimorica[18], spiega il fondamento degli addebiti a carico dello specializzando per le attività clinico-assistenziali che svolge o cui coopera. Fermo restando il dovere di agire in conformità alle direttive del tutore (autorizzazione all'azione e adattamento delle istruzioni d'esecuzione), lo specializzando interviene in forma tutt'altro che passiva, in ausilio – mai in sostituzione[19] – del personale di ruolo.
In base al livello di complessità delle prestazioni svolte durante il tirocinio, le attività del medico in formazione possono essere così distinte:
a) attività di appoggio: quando assiste il personale medico strutturato nello svolgimento delle sue attività;
b) attività di collaborazione: quando svolge direttamente procedure e attività assistenziali specifiche sotto il diretto controllo di personale medico strutturato;
c) attività autonoma: quando svolge autonomamente specifici compiti che gli sono stati affidati; fermo restando che il tutor deve essere sempre disponibile per la consultazione e l'eventuale tempestivo intervento[20].
Nell'economia del presente lavoro, la classificazione assume una certa importanza in relazione alla diversificazione dei ruoli attribuibili allo specializzando nell'ambito dell'organizzazione sanitaria ovvero nel contesto (più ristretto) di una *équipe*.

4. A partire dall'esame della disciplina sulla formazione specialistica dei medici, la dottrina prevalente riconosce in capo allo specializzando una posizione di garanzia nei confronti del malato[21]. Seppur sottoposto alla sorveglianza del personale strutturato e alle direttive del tutore, il medico in formazione entra in *contatto* col paziente e si assume l'impegno di proteggerne il benessere psico-fisico. Il margine di autonomia valutativa di cui gode lo rende personalmente responsabile di ogni determinazione da cui derivi un pregiudizio alla salute della persona *affidata* alle sue cure (ancorché non esclusive).
Tale attribuzione, ampiamente confermata nella prassi[22], è coerente con la qualifica e gli obblighi professionali del medico in formazione, anche in considerazione della disciplina sul consenso. A mente dell'art. 1 l. 22.12.2017 n. 219, il paziente ha diritto di essere informato sulla composizione

---

[18] L. Risicato, *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013, 62.
[19] Art. 38 co. 3 ultima parte d. lgs. n. 368/1999: «In nessun caso l'attività del medico in formazione specialistica è sostitutiva del personale di ruolo». Sul punto, Federspecializzandi (Associazione nazionale dei medici in formazione specialistica) sostiene che «tutto ciò che viene svolto dallo specializzando dovrebbe sempre essere supervisionato dai tutor» (cfr. il parere del 10.6.2008, pubblicato sul sito *www.federspecializzandi.it*). V. nota successiva in relazione alle attività autonome.
[20] Art. 34 co. 2 l. Reg. Lombardia 30.12.2009 n. 33 («*Partecipazione dei medici in formazione specialistica alle attività assistenziali*»), come modificato dalla l. Reg. Lombardia 12.12.2017 n. 33. L'affidamento di compiti specifici e la disponibilità del tutore alla consultazione e all'intervento tempestivo valgono a escludere che vi sia una autentica sostituzione del personale di ruolo; si tratterebbe, cioè, di attività accessorie o di assistenza.
[21] A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 404. Volendo anche M. Di Lello Finuoli, *La posizione del medico specializzando*, in A. Oliva, M. Caputo (a cura di), *Itinerari di medicina legale*, cit., 407 ss. Più in generale, sulle posizioni di garanzia dei sanitari, L. Fornari, *La posizione di garanzia del medico*, in S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Milano 2011, 835 ss.; E. Greco, *La posizione di garanzia dell'esercente la professione sanitaria*, in A. Oliva, M. Caputo (a cura di), *Itinerari di medicina legale*, cit., 383 ss.; in senso critico, G. Iadecola, *Qualche considerazione a margine della Nota in data 15.6.2020 del PG della Cassazione (avente a oggetto: "Informativa in tema di indagini sulla responsabilità sanitaria nella emergenza da Covid-19")*, in *RIML* 2020, 2181 ss.
[22] Sul punto la giurisprudenza è unanime. Si vedano, per esempio, C 4.3.2020 n. 10175; C 20.1.2004 n. 32901; C 10.12.2009 n. 6215.

dell'*équipe* e sulle attività che saranno eseguite, in tutto o in parte, dallo specializzando[23]. Non solo a fini di completezza dell'informazione, ma anche per consentire l'instaurarsi di un'autentica *relazione di cura e di fiducia* con tutti i componenti dello *staff*, che vi *contribuiscono* «in base alle rispettive competenze»[24].
L'assegnazione di compiti di intervento autonomo o di collaborazione avvisa la persona assistita dell'idoneità del giovane dottore all'erogazione in via diretta della prestazione assistenziale. La comunicazione segna il momento dell'insorgere dell'affidamento e, corrispondentemente, dell'assunzione del rischio, in quanto manifesta l'impegno del sanitario, di fronte al malato e ai colleghi, allo svolgimento dell'attività terapeutica con la diligenza propria della categoria professionale di riferimento[25].
Le norme in materia di consenso informato, da "leggere" in relazione alle diverse modalità partecipative dello specializzando alle attività della struttura sanitaria, concorrono, dunque, a fondare la sua posizione di garanzia. Occorrono, però, talune puntualizzazioni.
Per un significativo lasso di tempo la giurisprudenza in materia di responsabilità medica (e non solo) ha inteso la posizione di garanzia come premessa sufficiente per l'affermazione di responsabilità ogni volta che fosse rinvenibile il nesso di causalità tra il contegno (in specie omissivo) dell'operatore sanitario e il danno alla salute del malato[26]. A fronte dell'obbligo di agire per impedire la verificazione di eventi avversi e/o il reato altrui, secondo il modello dell'art. 40 cpv. Cp, i giudici tendevano ad avallare l'esistenza di una sorta di responsabilità "da posizione", radicata sulla partecipazione dell'esercente – *a qualsiasi titolo* – alla vicenda terapeutica[27].
Più recentemente, l'ermeneutica giudiziaria ha colto l'opportunità di diversificare le posizioni di garanzia dei vari soggetti coinvolti, tenendo conto delle specifiche competenze attribuite alla responsabilità dell'agente, della connotazione attiva od omissiva della condotta contestata e della disponibilità di effettivi poteri impeditivi[28]. La sentenza sul caso *ThyssenKrupp* e, poi, la sentenza sulla strage di Viareggio hanno contribuito a ridescrivere la figura del garante, invitando l'interprete all'indagine sulla ripartizione dei compiti tra i componenti dell'organizzazione e sulle cautele utili (in concreto) a scongiurare la realizzazione dell'evento[29].
Anche in tema di responsabilità medica, segnatamente in relazione agli interventi d'*équipe*, la giurisprudenza di legittimità sta progressivamente rinunciando all'attribuzione "al gruppo" dell'errore del singolo; richiede, al contrario, che il giudice del merito accerti il ruolo

---

[23] F. Mantovani, *La responsabilità nella partecipazione degli specializzandi negli interventi medico chirurgici*, in F. Mantovani (a cura di), *Umanità e razionalità nel diritto penale*, Padova 2008, 1513.
[24] Art. 1 co. 2 l. n. 219/2017.
[25] L'importanza del momento comunicativo - che costituisce «tempo di cura» - è segnalata sia dal co. 8 dell'art. 1 l. n. 219/2017, sia dal successivo co. 10, dedicato alla «la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente, di terapia del dolore e di cure palliative».
[26] Sul tema, approfonditamente, A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano 2012, 102 ss.
[27] *Ex multis*: L. Cornacchia, *Colpa d'*équipe, in *ED, I tematici II* 2021, diretto da M. Donini, 49; A. Massaro, *Omissione e colpa, ivi*, 877; M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *RIDPP* 2018, 1238.
[28] Sul tema, I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 70 ss.
[29] Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343, § 13; C 8.1.2021 n. 32899, 291 ss. Sulla sentenza *ThyssenKrupp, ex multis*, G. Fiandaca, *Le Sezioni unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *RIDPP* 2014, 1938 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp), ivi*, 2015, 623 ss.; sul tema delle posizioni di garanzia, in senso critico, A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc* 2017, 533.

dell'imputato, il dovere di diligenza e la rilevanza causale della condotta contestata[30]. È vero, cioè, che lo specializzando è un garante del paziente, tenuto ad attivarsi positivamente per evitare che l'assistito patisca danni e sofferenze. Di più. È un *gestore del rischio clinico*, responsabile per gli eventi determinati dalla sua mancata attivazione (art. 40 cpv. Cp) e per i danni causati dal suo agire (anche nella forma della mancata astensione, *i.e.* assunzione) o cooperare colposo[31]. D'altra parte, *contenuto e limiti* dei suoi obblighi vanno ricostruiti in rapporto alla disciplina di riferimento e ai termini dell'incarico espressi (anche) nel consenso; fonti che *vincolano tempi e modi* dei suoi poteri d'intervento a tutela del beneficiario[32].
A fronte della verificazione di un danno alla salute del malato, certamente rientrante nel novero dei rischi specifici affidati (anche) alla gestione dello specializzando, la giurisprudenza non consente che l'attribuzione di responsabilità si fondi sul mero riscontro della violazione del dovere di diligenza, ma esige un'attenta ricognizione delle modalità comportamentali attraverso le quali l'esercente in formazione avrebbe dovuto adempiere tale dovere, del «ruolo effettivo» nella situazione concreta (appoggio, collaborazione, conduzione "autonoma"), delle mansioni affidate alla sua esecuzione (riparto di competenze)[33].
Si badi: l'osservazione delle condizioni (personali, fattuali, organizzative) di erogazione della prestazione sanitaria non incide, in linea di massima, sull'esistenza della posizione di garanzia[34]. Ciò nondimeno richiama l'interprete all'individuazione delle contromisure che l'agente avrebbe dovuto azionare nella situazione concreta[35]; così restituendo alla posizione di garanzia il ruolo di premessa (necessaria, ma non sufficiente) per l'attribuzione della responsabilità colposa.

5. Precisa l'art. 37 co. 1 ultima parte d. lgs. n. 368/1999 che il contratto di formazione specialistica «non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell'università» o ad alcun rapporto di lavoro con gli altri enti coinvolti[36]. Per tale ragione, il trattamento economico si sostanzia in un assegno esente da tassazione sul reddito; una sorta di borsa di studio, in conformità alla prevalente finalità formativa del contratto[37].

---

[30] C 22.1.2019; C 29.5.2018; C 20.4.2017 n. 27314.
[31] Sul mutamento della nozione di posizione di garanzia, anche rispetto alla responsabilità commissiva, F. Consulich, Errare commune est. *Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28.3.2022, 17. Sui limiti ai poteri di impedimento, anche se con riferimento ad altra casistica, si veda la puntuale ricerca di E. Greco, *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa*, Torino 2021, 49 ss.
[32] G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2021, 14-15, osserva: «garante […] non è colui cui venga affidato un impegno svincolato dalla situazione in cui è tenuto ad attivarsi, bensì colui che venga chiamato ad intervenire, *secondo le possibilità obiettivamente esistenti*, nella maniera più consona all'interesse da tutelare».
[33] C 12.2.2019 n. 30626, in *www.ilpenalista.it*, 14.7.2020. Di nuovo: C 8.1.2021 n. 32899, 293.
[34] A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 404, opportunamente distingue la posizione del medico in formazione che abbia instaurato una relazione di cura effettiva e dedicata con il paziente dalla posizione dello specializzando che sia intervenuto per un consulto o supporto occasionale. Sul punto, *infra*, § 8.3.
[35] Sulla necessità che il giudice rispetti la tipicità del reato colposo, facendo uso di regole cautelari predeterminate, F. Giunta, *La legalità della colpa*, in *Crim* 2008, 149 ss.
[36] Cfr. anche C 19.11.2008 n. 27481; C 4.7.2014 n. 15362.
[37] D'altra parte, non può negarsi la compresenza di elementi tipici del rapporto di lavoro subordinato: l'impegno «a tempo pieno sotto il controllo delle autorità o enti competenti» (art. 20 co. 1 lett. *c*); il versamento dei contributi previdenziali; la corresponsione di una remunerazione economica. In merito a quest'ultimo punto, al fine di escludere l'esistenza di un autentico rapporto di lavoro subordinato, la legge vieta alle strutture sanitarie ospitanti di integrare il trattamento economico del medico specializzando con indennità o compensi ulteriori rispetto a quanto previsto dal contratto di formazione specialistica.

A dispetto di tali previsioni, non sono mancate negli ultimi anni talune "deroghe" alle regole sull'accesso ai ruoli del SSN, dovute principalmente alla carenza di risorse umane nelle strutture di certe realtà territoriali.
Il d.l. 30.4.2019 n. 35, recante «*Misure emergenziali per il servizio sanitario della Regione Calabria e altre misure urgenti in materia sanitaria*» (c.d. decreto Calabria)[38], aveva previsto all'art. 12 («*Disposizioni sulla formazione in materia sanitaria e sui medici di medicina generale*») la possibilità di ammettere alle procedure concorsuali per l'accesso alla dirigenza i medici in formazione specialistica iscritti all'ultimo anno del corso di formazione specifica in medicina generale (ovvero, in caso di durata quinquennale, al penultimo anno). La norma, nata da un'esigenza della Regione Calabria di reclutare personale, è stata successivamente estesa all'intero territorio nazionale e consente, nei fatti, previo superamento del concorso per la dirigenza medica, l'assunzione di medici specializzandi presso le aziende ospedaliere del SSN. Per l'intera durata dell'incarico, i medici restano iscritti alla scuola di specializzazione universitaria, con conseguente passaggio della formazione al regime di tempo parziale.
Per completare il quadro normativo di riferimento, va segnalato che, allo scopo di consentire l'assunzione dei medici specializzandi inseriti nelle graduatorie di concorso, le Regioni e le Università hanno siglato specifici accordi volti ad assicurare uniformità e coerenza applicativa della nuova disciplina sulle assunzioni in tutto il Paese[39].
Il problema della scarsità di risorse umane nelle strutture sanitarie italiane, come noto, è prepotentemente emerso all'indomani dei primi dati sui contagi da Covid-19, unitamente a quello dell'inadeguatezza degli ambienti ospedalieri e dell'insufficienza dei posti per il ricovero dei pazienti nei reparti di terapia intensiva[40]. Da qui la «leva obbligatoria» dei medici neo-laureati[41], che ha ratificato l'accostamento – *ope legis* – dei sanitari (ancora) sprovvisti di specializzazione agli esercenti sanitari esperti.
L'art. 1 d.l. 9.3.2020 n. 14, recante «*Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*», ha espressamente consentito ad aziende ed enti del SSN l'assunzione «di medici specializzandi, iscritti all'ultimo e al penultimo anno di corso delle scuole di specializzazione, anche ove non collocati nelle graduatorie [di concorso per l'accesso alla dirigenza], conferendo incarichi di lavoro autonomo, anche di

[38] Conv. in l. 25.6.2019 n. 60, di modifica della l. 30.12.2018 n. 145 (c.d. legge finanziaria per il 2019).
[39] Tra questi, l'accordo del Tavolo tecnico interregionale «*Area Risorse Umane Formazione e Fabbisogni Formativi*» del 23.1.2020 ha individuato taluni contenuti minimi: *i)* il riconoscimento, da parte delle Università, delle attività formative pratiche svolte dal medico specializzando nell'azienda sanitaria presso la quale è assunto quale parte integrante e sostanziale dell'intero ciclo di studi che conduce al conseguimento del diploma di specializzazione; *ii)* lo svolgimento, da parte dei medici specializzandi assunti dalle aziende sanitarie, di attività assistenziali coerenti con il livello di competenze e di autonomia raggiunto e correlato all'ordinamento didattico di corso, alle attività professionalizzanti nonché al programma formativo seguito e all'anno di corso di studi superato.
[40] Aspetto particolarmente sottolineato da A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "*rischio penale*" in ambito sanitario*, in *DPP* 2020, 893; A. Zilli, *Il reclutamento emergenziale del personale sanitario, alla ricerca della sanità "che verrà"*, in *RIML* 2020, 1801 ss. Sulla responsabilità delle strutture per la scarsità di risorse si legga l'interessante lavoro di M. Scoletta, *Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli enti sanitari*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche*, Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11.12.2020), in *Quad. Dip. Jonico*, 18/2021, 185.
[41] L'espressione è di M. Caputo, Il puzzle *della colpa medica*, cit., 1187. Si rammenta, in proposito, che l'art. 102 d.l. 17.3.2020 n. 18, recante «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*» (c.d. decreto Cura Italia), conv. in l. 24.4.2020 n. 27, ha previsto che la laurea magistrale in medicina e chirurgia (classe LM/41), unitamente all'idoneità conseguita al termine del tirocinio pratico-valutativo (svolto nell'ambito del corso di laurea) costituisce abilitazione all'esercizio della professione di medico-chirurgo.

collaborazione coordinata e continuativa, di durata non superiore a sei mesi, prorogabili in ragione del perdurare dello stato di emergenza»; previsione confermata anche nel c.d. decreto Cura Italia[42]. Anche in questo caso, gli specializzandi restano formalmente iscritti alla scuola universitaria e il periodo di attività lavorativa viene loro riconosciuto ai fini del conseguimento del diploma, previo «recupero delle attività formative, teoriche e assistenziali, necessarie al raggiungimento degli obiettivi formativi previsti».
L'ingresso dei medici in formazione nel *ruolo* dei professionisti esperti è destinato a incidere sulla loro posizione e, di conseguenza, sul perimetro delle loro responsabilità. Si è osservato, in proposito, che quando opera per mezzo dell'assunzione di cui ai decreti legge citati, «le vesti giuridiche proprie del medico in formazione […] sono del tutto medesime a quelle di qualsiasi medico specialista dipendente del Servizio Sanitario Nazionale in quanto, per le attività e competenze certificate per cui esso viene valutato completamente autonomo, il suo inquadramento normativo è quello di un dirigente medico»[43].
In queste ipotesi, lo specializzando ha ormai varcato la soglia del gruppo sociale dei medici strutturati, *assumendosi* i compiti e le responsabilità propri della comunità di riferimento. Da qui: l'innalzamento dell'aspettativa di diligenza, perizia e prudenza dell'ordinamento, da calibrare sugli schemi comportamentali di un agente modello appartenente alla comunità dei professionisti[44].

6. Anche il reclutamento "straordinario" degli specializzandi per il conferimento di incarichi di lavoro autonomo ha contribuito a convincere il legislatore dell'opportunità di limitare ulteriormente la responsabilità penale dei sanitari chiamati a fronteggiare l'emergenza da Covid-19[45].

---

[42] Art. 2-*bis* d.l. n. 18/2020 (c.d. decreto Cura Italia), la cui legge di conversione (l. n. 27/2020) ha abrogato il citato d.l. n. 14/2020, confermandone però i contenuti in relazione al reclutamento degli specializzandi.
[43] G. Fassina, G. Viel, M. Montisci, *Riflessioni medico-legali sulla responsabilità professionale del medico in formazione specialistica*, in *Resp. medica*, 2/2020, 203. La disciplina di riferimento è, dunque, la l. n. 24/2017. In giurisprudenza: C 2.3.2021 n. 10152, in *Dejure*, di condanna di un giovane medico, assunto in deroga per lo svolgimento di attività di anestetista, per aver cagionato la morte del paziente, poiché «sebbene non ne avesse la competenza professionale e l'esperienza, aveva deciso di operare come un anestesista strutturato».
[44] Sul modello di diligenza e la teoria dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *La colpa. Studi*, Milano 2013, 154-155; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 237 ss.; F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Studi in onore di Mario Pisani, III*, Piacenza 2010, 209 ss.; S. Preziosi, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in *CP* 2011, 1985 ss.; V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 142 ss.; C. Piergallini, *Colpa (Diritto penale)*, in *ED, Annali X* 2017, 231 ss.; G.P. Demuro, Homo eiusdem professionis et condicionis *(profili storici)*, in *ED, I tematici II* 2021, cit., 607 ss.
[45] L'art. 3-*bis* si riferisce espressamente al «personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza». Sull'opportunità di tutelare i sanitari chiamati a fronteggiare l'emergenza pandemica, C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *www.sistemapenale.it*, 30.3.2020, § 4: «Da parte loro, in queste evenienze vi è un'assunzione volontaria del rischio, di norma punibile a titolo di colpa perché riconducibile alla violazione di una regola cautelare prudenziale, che dovrebbe condurre all'astenersi dall'attività. Senonché, è evidente che in questi casi la rimproverabilità di tali medici andrebbe esclusa, dal momento che il loro coinvolgimento, pur in assenza della richiesta qualificazione specialistica, è volto a prevenire il verificarsi di un evento avverso altrimenti non fronteggiabile per la carenza di soggetti adeguatamente qualificati disponibili in quel momento».

Preclusa l'applicabilità dell'art. 590-*sexies* Cp[46], per *rassicurare* gli esercenti dal rischio-penale derivante dal trattamento di casi per i quali non esistono raccomandazioni, *guide-lines* o buone pratiche clinico-assistenziali[47], il legislatore ha affidato il contenimento della responsabilità penale all'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021: «*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19*»[48].
In base alla nuova disposizione, «Durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, […] i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave». La valutazione del grado della colpa, a mente del co. 2, dovrà tenere conto della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, nonché – ed è l'aspetto che più interessa in questa sede – «del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza».
Com'è stato efficacemente osservato, «trattasi di una "prima assoluta": la misura soggettiva della colpa, intesa come considerazione delle capacità del singolo agente di conformarsi alla misura di cautela, fa capolino in una cristallizzazione normativa, e promuove l'idea dell'intollerabilità di un rimprovero per la violazione di una regola preventiva che, in base al livello personale di conoscenze ed esperienze, il soggetto non era in grado di osservare, pena il cedimento alla logica della responsabilità oggettiva»[49]. La norma, dunque, richiama il giudice alla valutazione delle capacità dell'agente concreto (esigibilità/colpevolezza) quali "indici" della non gravità della colpa (tipicità), a «conferma dello stretto legame tra graduazione della colpa e c.d. misura soggettiva della colpa stessa, perché tutti gli aspetti problematici contemplati sarebbero in ogni caso valutabili sul piano della effettiva rimproverabilità del fatto»[50].

---

[46] G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 14.4.2020, 8-9; L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in V. Plantamura, G. Salcuni (a cura di), *Liber Amicorum Adelmo Manna*, Pisa 2020, 556; C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit. (§ 4.1); Id., *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit. (§ 5); R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *www.sistemapenale.it*, 10.7.2020, 98; M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22.6.2020, 5; A. Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica e la colpa grave declinata secondo la limitatezza di conoscenze e risorse*, in *RIML* 2021, 708.
[47] Sulla straordinarietà della situazione, che ha chiamato gli esercenti sanitari a fronteggiare un rischio sconosciuto e a operare in un contesto "senza regole", F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *www.sistemapenale.it*, 24.4.2020. Sul tema anche L. Eusebi, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, C. Roxin, A.M. Stile, K. Volk (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino 2020, 425 ss.; R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in *www.sistemapenale.it*, 24.4.2020. Sulla tentazione di additare medici o dirigenti sanitari quali responsabili degli eventi avversi derivanti dal contagio, G. Forti, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Il Sole 24 Ore*, 9.3.2020.
[48] In tema, P. Piras, *La fattispecie di non punibilità della legge n. 76 del 2021*, in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano 2021, 675 ss.
[49] Di nuovo, M. Caputo, Il puzzle *della colpa medica*, cit., 1186-1187. Si veda anche C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., § 6, secondo il quale il legislatore ha introdotto «una definizione *orientativa* di colpa grave, nella quale sono elencati gli indici in base ai quali il giudice deve operare l'accertamento (sottratto quindi alla sua assoluta discrezionalità)».
[50] M.L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma 2021,

Nella considerazione del giudice, dunque, dovranno rilevare sia i *deficit* organizzativi del SSN, o l'impossibilità – alla data di commissione del fatto – di rintracciare una terapia appropriata, sia il livello (inferiore) di esperienze e conoscenze esibito dal singolo medico arruolato (anche) nei reparti Covid-19 e sfornito, alle volte, del titolo di specialista[51].
Si badi: la limitazione della responsabilità concerne i soli fatti di omicidio e lesioni personali colpose *che trovino causa* nella situazione di emergenza. Ciò non esclude, tuttavia, che la condotta da cui derivino gli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 Cp consista, a monte, *nella presa in carico del paziente* (anche non Covid) da parte di uno specializzando impreparato, magari in «una situazione d'impellenza, di "fretta clinica", che altera il normale processo d'azione»[52]. L'interpretazione contraria escluderebbe dal favore della norma i medici in formazione e gli altri professionisti che siano stati "comandati" al trattamento di patologie estranee alla specializzazione/reparto di competenza (circostanza verificatasi con frequenza in corso di pandemia), ai quali si rimproveri lo svolgimento di un'attività assistenziale non consentita. Da questo punto di vista, anche il riferimento alla «scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare» (art. 3-*bis*) pare adattarsi alle condizioni operative dei giovani sanitari che, in taluni casi, "a causa della situazione di emergenza", hanno dovuto fare a meno del consulto e dell'intervento tempestivo dello specialista[53].

7. Gli studiosi della colpa penale, per la verità, avevano da tempo richiamato l'interprete alla necessità di individualizzare la misura della diligenza, sì da modulare il dovere di riconoscimento dei pericoli cui è esposto il bene su un modello di uomo (sì) avveduto (ma, talvolta) dotato di un «minor grado di conoscenze ed esperienze»[54].

---

168. A favore di una diversa qualificazione della norma, quale causa di esclusione della punibilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, A. Roiati, *La responsabilità penale in ambito sanitario durante l'emergenza epidemiologica*, cit., 715.

[51] C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., § 7.

[52] In relazione al limite causale dell'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021, P. Piras, *La fattispecie di non punibilità della legge n. 76 del 2021*, cit., 665, sottolinea l'opportunità di ricomprendere nell'ambito di operatività della norma le situazioni di emergenza, in ossequio alla sua *ratio*. In senso analogo, P. Veneziani, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *www.sistemapenale.it*, 28.4.2022, 14. In generale, sull'importanza del contesto operativo, magari emergenziale, e la sua valorizzazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione *ex* art. 2236 Cc, M. Caputo, *Colpa medica*, in *ED, I tematici II* 2021, cit., 167; e, con specifico riferimento alla pandemia da Covid-19, Id., *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit. Sul tema più generale anche, D. Castronuovo, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1723 ss.; M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.5.2019. Sull'opportunità di valorizzare la misura soggettiva della colpa e, assieme, le eventuali carenze strutturali d'organizzazione, si leggano le osservazioni di F. Palazzo, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *DPP* 2009, 1061 ss.; A. Gargani, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 892-893; M. Grotto, *Scusanti della colpa*, in *ED, I tematici II* 2021, cit., 1163.

[53] A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 393, sottolinea la complessità delle gestione della nuova casistica da parte dei medici in formazione: «situazioni, insomma, in cui quegli stessi medici che dovrebbero assumere il ruolo di "docenti" soffrono di un *deficit* di scienza ed esperienza, e di un *surplus* di stress che li espone viepiù a *bias* operativi e valutativi, e per le quali, non a caso, il legislatore ha avvertito l'urgenza di prevedere un apposito "scudo penale", quale quello di cui all'art. 3-*bis* l. 28 maggio 2021, n. 76».

[54] Formula utilizzata dall'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021. Sulla differenziazione delle regole di condotta in relazione alla categoria di appartenenza dell'agente, G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *La colpa. Studi*, cit., 463 («Si tratta, ovviamente, di modelli *ideali* di uomo, che però sono tratti dall'esperienza: tipi "sperimentati e sperimentabili" ai quali si attribuiscono certe conoscenze, certe facoltà, certe abilità, necessarie per riconoscere e sventare i pericoli di realizzazione dei fatti penalmente rilevanti»); Id., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 154;

È vero, cioè, che la ricerca della regola cautelare va condotta sulla base dei saperi nomologici ed esperienziali posseduti dalla comunità di riferimento dell'agente (i medici), tenendo conto degli elementi che caratterizzano la situazione concreta[55]; le qualità della cerchia dei pari (*homines eiusdem*), però, devono ricalcare le note distintive delle persone che vi appartengono[56], tenendo dunque in conto anche la maturità professionale[57]. Nel nostro caso: i medici specializzandi, categoria di esercenti sanitari adeguatamente regolata, riconoscibile e radicata nella società[58].
Come anticipato, tuttavia, dottrina e giurisprudenza tendono a escludere il "beneficio" della individualizzazione allorquando la colpa del medico alle prime armi consista, per l'appunto, nell'*assunzione di un compito che non è capace di assolvere*[59]: «È tale assunzione che "garantisce" e, dunque, per ciò che riguarda più specificamente il campo penale, crea l'affidamento che il soggetto si adeguerà alla misura di diligenza richiesta dal circolo di rapporti e che avrà le capacità per farlo»[60].
L'orientamento muove dalla preoccupazione di preservare l'aspettativa dei terzi nella condotta osservante di chi intraprenda un'attività (pericolosa) subordinata al possesso (comprovato) di conoscenze e abilità specialistiche. Nel contesto delle professioni sanitarie, regolate in funzione dei diversi ruoli e livelli di specializzazione degli operatori, l'iniziativa del singolo *segnala* all'esterno (pazienti, colleghi) l'attitudine all'erogazione della prestazione, al governo dei rischi, alla tenuta di condotte conformi allo standard tipico del circolo di rapporti di riferimento (i tirocinanti, gli specialisti, gli infermieri, gli operatori socio-sanitari).
Come si è detto, però, i «*deficit*» dell'agente, le carenze individuali che segnano il grado della sua (im)preparazione, non sono del tutto irrilevanti[61]. L'interprete tiene conto delle lacune intellettuali, culturali e di esperienza dello specializzando *già sul piano oggettivo/normativo*[62], per ricollegare l'agente concreto al gruppo sociale più prossimo. Alla luce delle difficoltà che affliggono la categoria, il *tipo* "specializzando" risulta destinatario di regole cautelari *ad hoc*[63], regole che, di

---

G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 239; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 468; F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *RIDPP* 1999, 95; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 331 ss.; F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., 209 ss.; S. Preziosi, *op. cit.*, 1985 ss.; M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 148; C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli – Bianco)*, Milano 2017, 317; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 67 ss.

[55] G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 272.

[56] F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit.

[57] In giurisprudenza: C 10.12.2009 n. 6215; C 15.11.2018 n. 53455; C 6.3.2019 n. 20270; C 11.2.2020 n. 15258.

[58] G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 246. Sull'opportunità di tenere conto del «*diverso tipo di attività* svolta all'interno di un settore genericamente individuato», T. Padovani, *Diritto penale*[12]., Milano 2019, 265.

[59] «Non si può tener conto dell'assenza nell'agente delle conoscenze o delle capacità psico-fisiche necessarie per fronteggiare i più diversi pericoli della vita di relazione quando si tratti di attività che esigono il possesso di abilità e conoscenze indispensabili per operare nella vita di relazione». Così G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 473.

[60] G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 241.

[61] Sul tema, approfonditamente, F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., 231 ss. In particolare sulla distinzione tra i *deficit* di esperienza che affliggono l'agente concreto *in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi* e i *deficit* derivanti da carenze *individuali* di preparazione, informazione o lacune *personali*.

[62] Non è escluso che, poi, in sede di accertamento, i limiti dello specializzando possano rilevare anche ai fini della valutazione sull'esigibilità della condotta. Si tratterà, in ogni caso, di caratteristiche personali e situazionali *non standardizzabili*, che già dovrebbero rilevare per ricostruire la figura differenziata di agente modello. In questo senso, D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 565.

[63] Sottolinea il mutamento delle regole cautelari A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 425 ss.: «Ciò non significa certo che lo specializzando sia autorizzato ad agire sciattamente. Piuttosto, la regola cautelare sarà costituita da quanto di meglio uno specializzando ideale di analoga formazione, confrontandosi con quella tipologia di caso clinico, avrebbe

volta in volta, lo vincolano alle direttive del tutore, all'osservazione dell'operato altrui o all'agire controllato e – a certe condizioni – *all'astensione* dalle prestazioni che esorbitano dalle sue competenze.
Da qui: il rimprovero per il mancato adeguamento allo standard di diligenza dello specializzando-modello; per la violazione delle regole di condotta che, alle volte, vietano l'erogazione autonoma di talune prestazioni[64]; per l'intrapresa di compiti espressamente preclusi e/o che lo "studente" prevedeva (o poteva prevedere, con la dovuta diligenza) di non poter assolvere.
Non sorprende, dunque, che nella casistica di riferimento ricorra con frequenza la condanna dello specializzando *per la mancata astensione* dalle attività clinico-assistenziali rispetto alle quali – *ex post* – sia risultato incompetente. La responsabilità penale del giovane sanitario viene cioè inscritta nello schema della *colpa per assunzione* o *assunzione colposa di attività*[65], ossia «la situazione nella quale l'agente ha intrapreso un'attività senza possedere le necessarie conoscenze o capacità», riconoscendo o potendo individualmente riconoscere «il proprio difetto rispetto allo *standard* di diligenza oggettiva»[66].
Il medico in formazione che causi un danno al paziente per essersi cimentato in un intervento che, prevedibilmente, non era nelle condizioni di gestire, se ne assume la responsabilità; lo stesso vale nel caso in cui si accorga solo in corso d'opera di non possedere la capacità per fronteggiare la situazione pericolosa, e ciò nondimeno abbia omesso di invocare l'intervento del personale di ruolo[67]. La colpa dello specializzando risiede nell'assunzione di un compito per il quale non era preparato, nella consapevolezza (o nell'ignoranza non scusabile) di non possedere le capacità necessarie ad assolverlo: «assunzione del rischio correlato al ruolo, definito dal modello di agente, che il soggetto reale abbia scelto, suo malgrado, di impersonare»[68].
L'ingresso in un dato circolo di rapporti (i medici specializzati), così come *l'esercizio delle attività corrispondenti* (l'esecuzione autonoma di un atto medico che richiede conoscenze specialistiche), *impegna* l'operatore al rispetto della misura di diligenza propria degli altri componenti[69], in ispecie

---

saputo fare per evitare un pregiudizio altrimenti da lui prevedibile (considerando che potrebbe anche non essere esattamente la specializzazione più adatta alla bisogna, come nel caso […] della gestione dei reparti Covid 19). Una valutazione, dunque, destinata a distanziarsi anche significativamente dalla miglior scienza ed esperienza, pur dovendo rimanere ancorata ad azioni utili, in qualche misura, a fronteggiare quella tipologia di rischio (non potendo mai assurgere a "regola cautelare" un comportamento inadeguato o pernicioso)».

[64] M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 469. E ancora G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 157.

[65] Sulla colpa per assunzione si leggano, anzi tutto, i lavori di N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli 2012; Id., *Colpa per assunzione*, in *ED, I tematici II* 2021, cit., 233 ss.; E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, in S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli 2010, 513 ss. Si vedano altresì G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 290 ss.; F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *RIDPP* 1999, 113-115; D. Piva, *Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione*, in A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, C. Roxin, A.M. Stile, K. Volk (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, cit., 1275 ss.; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 177 ss. Nella manualistica, M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 469; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*^{2}., Bologna 2017, 480; T. Padovani, *Diritto penale*^{12}., cit., 261; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*^{11}., Milano 2020, 372 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*^{9}., Torino 2021, 294; F. Palazzo, *Corso di Diritto penale. Parte generale*^{8}., Torino 2021, 441 s.

[66] G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 291.

[67] C. Limone, *Sulla colpa del medico specializzando*, in *GI* 2013, 162.

[68] M. Caputo, *Colpa penale del medico*, cit., 115.

[69] «Basta dunque inserirsi in un determinato tipo di attività, in un dato circolo di rapporti, per assumere obiettivamente i doveri di diligenza, di prudenza e di perizia propri dell'uomo *eiusdem professionis et condicionis*». Così G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 162.

in relazione al dovere di prevedere ed evitare gli eventi lesivi derivanti dallo svolgimento dell'attività (sanitaria) pericolosa. La colpa del medico in formazione, allora, consiste nel mancato adeguamento allo standard degli specialisti, segnatamente per l'incapacità (quantomeno prevedibile) di avvedersi dei rischi insiti nell'erogazione della prestazione specialistica[70].

8. Nei procedimenti penali che vedono imputati gli specializzandi *sembrerebbe* discutersi, per lo più, della dimensione soggettiva della colpa, ossia delle capacità dei sanitari "alle prime armi" di riconoscere i pericoli per la salute dei pazienti, prevenirne la concretizzazione ed eseguire correttamente le prestazioni assistenziali. I medici in formazione, da un lato, non possiedono ancora le nozioni teoriche e tecniche necessarie a fronteggiare tutte le situazioni di rischio che caratterizzano il settore specialistico di riferimento, e sono ammessi nella struttura sanitaria anche a fini didattici. Dall'altro lato, partecipano personalmente alle attività ospedaliere, operano anche in contesti emergenziali (per esempio, nei reparti Covid-19 o di pronto soccorso)[71] e in condizioni lavorative discutibili, assumendosi le responsabilità legali del proprio operato. La questione principale, dunque, consiste nello stabilire se i loro limiti professionali possano essere considerati favorevolmente da parte del giudice penale.
Al problema, come si è detto, la giurisprudenza risponde con rigore. A leggere talune pronunce (quasi tutte di condanna), lo specializzando sarebbe tenuto a conformarsi al medesimo livello di cautela dei professionisti esperti, senza che insufficienze tecniche o esperienziali possano comportare una più benevola valutazione[72]. Solo in certi casi la Cassazione ha affermato

[70] Un chiarimento. Il presente lavoro si propone di approfondire le premesse degli addebiti di responsabilità agli specializzandi a titolo di colpa per assunzione, non anche di escludere la rilevanza dei *deficit* esperienziali e culturali nell'ambito delle valutazioni sulla doppia misura della colpa (sul tema, approfonditamente, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *IP* 2012, 21 ss.; sulla necessità di assumere la prospettiva dell'agente concreto e personalizzare, quanto più possibile, il rimprovero per colpa, F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *RIDPP* 2018, 1626 ss.; sulla rilevanza delle note intellettuali dell'agente, le sue abilità operative e il suo stato fisico ai fini di un adeguamento della misura soggettiva della colpa, T. Padovani, *Diritto penale*[12]., cit., 265). Al contrario, come si illustrerà a breve, è nostra convinzione che, nell'attuale contesto della *pratica* medica, siano proliferati i fattori idonei a falsare, soprattutto negli specializzandi, la percezione dei pericoli insiti nell'assunzione di iniziative terapeutiche autonome, percezione normalmente utile ad attivare i necessari rimedi preventivi degli eventi avversi, *in primis* la chiamata in causa dello specialista. Lo stesso art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021, da parte sua, si muove nella direzione di escludere, per ragioni d'opportunità, la punibilità degli esercenti "impreparati". La personalizzazione del giudizio, però, a nostro modo di vedere, non potrà spingersi sino al punto di abbracciare *qualsiasi condizione personale* dell'agente (M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 138; G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. Donini, R. Orlandi [a cura di], *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 119); tanto più quando il rimprovero si appunti sulla mancata astensione di chi *sa* di non aver completato il processo di specializzazione, ossia di non aver maturato un corpo di conoscenze adeguato alla gestione del rischio clinico.

[71] G. De Francesco, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, in *RIML* 2020, 991, riflette sull'opportunità di caratterizzare, sul piano della tipicità, la posizione di garanzia del sanitario chiamato a esercitare le funzioni in un contesto segnato da urgenze, scarsità dei mezzi disponibili e pressioni, quali elementi di influenza della sfera delle attribuzioni proprie del garante.

[72] C 24.11.1999 n. 2453, in *DeJure*: «In tema di colpa professionale del medico chirurgo specializzando, la circostanza che la partecipazione all'attività operatoria […] si svolga sotto le direttive del docente, non esclude l'assunzione di responsabilità diretta da parte dello specializzando nella sua posizione di garanzia nei confronti del paziente, pur condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce. Ne segue che, poiché anche sullo specializzando incombe l'obbligo della osservanza delle *leges artis*, ove egli non sia ancora in grado di affrontare le difficoltà del caso specifico, ha l'obbligo, piuttosto che mettere a rischio la vita e l'incolumità del paziente, di astenersi dal direttamente operare». In senso analogo: C 24.11.1999 n. 13389; C 20.1.2004 n. 32901, in *RIML* 2006, 195; C 10.7.2008 n. 32424, in *DeJure*; C 10.12.2009 n. 6215, in *CP* 2011, 191; C 22.2.2012 n. 6981, in *RIML* 2012, 1247, con nota di S. Pazienza.

l'opportunità di tenere conto, ai fini dall'accertamento della colpevolezza, delle effettive cognizioni del medico in formazione, sì da ricostruire lo schema comportamentale cautelare che avrebbe consentito di riconoscere ed evitare il pericolo per il paziente in base alla realtà dell'autore fisico e alle condizioni nelle quali si è materializzato il fatto, e non con riferimento allo specialista "navigato".

Si badi: l'impostazione, in apparenza indulgente, non conduce affatto, nella prassi, alla assoluzione degli specializzandi; al contrario, trattandosi di professionisti abilitati, laureati in medicina e chirurgia, in possesso di conoscenze teoriche e pratiche avanzate, la giurisprudenza esige l'adeguamento a uno standard di perizia elevato, nei fatti assimilabile a quello dei medici di ruolo[73]. In presenza dell'autorizzazione o dell'ordine ad agire, in relazione a un'attività che corrisponde al grado di preparazione conseguito/atteso, lo specializzando è tenuto a conformarsi alle regole cautelari sagomate sulla figura dell'agente (differenziato, ma pur sempre) *modello*[74].

Si tenga presente, da questo punto di vista, che la distinzione tra le tipologie di attività affidate allo specializzando – *a)* attività di appoggio, *b)* di collaborazione o *c)* autonome –, distinzione che influisce sulle modalità di gestione dell'attività, sulla presenza del personale strutturato e, dunque, *sulle diverse cautele* di volta in volta attivabili da parte dell'agente, andrebbe «comunque sempre» riferita «alla specifica capacità del medico in formazione, desumibile dalle valutazioni del tutor, anche a prescindere dall'anno di corso»; una idoneità per di più «temporanea e vincolata ad una verifica periodica», al fine di raffinare ulteriormente l'individualizzazione dello spettro delle capacità raggiunte dallo specializzando sulla base del quale tarare lo standard di diligenza[75].

Come detto, la circostanza che il giovane sanitario rivesta, nel contesto gerarchico, il ruolo del "discente" agevola l'assorbimento delle vicende che lo coinvolgono nelle logiche della colpa per assunzione[76], con conseguente *arretramento del giudizio di responsabilità* al momento di valutazione e decisione sull'intraprendere o meno l'attività assistenziale da cui è derivata l'offesa penalmente rilevante.

Nella prassi, tuttavia, l'arretramento del giudizio veicola talune semplificazioni probatorie. Alla luce della materiale causazione di un evento lesivo da parte dello specializzando, laddove si sia accertata una mancata tenuta della condotta doverosa, si dà per scontata l'inadeguatezza dello "studente" alla gestione del caso clinico e, a seguire (schema *post hoc, ergo propter hoc*), la (colpevole) assunzione di un compito evidentemente superiore alle sue capacità[77]. Delle due l'una: se lo specializzando fosse stato in grado di governare correttamente l'attività sanitaria l'evento

---

[73] In altri termini: le conoscenze inferiori non giustificano né scusano interventi inadeguati. Sul punto, A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 411: «Ciò non significa certo che lo specializzando sia autorizzato ad agire sciattamente. Piuttosto, la regola cautelare sarà costituita da quanto di meglio uno specializzando ideale di analoga formazione (che potrebbe anche non essere esattamente la specializzazione più adatta alla bisogna: si pensi a quanto accaduto in rapporto alla gestione dei reparti Covid 19), confrontandosi con quella tipologia di caso clinico, avrebbe saputo fare per evitare un pregiudizio altrimenti da lui prevedibile: una valutazione, dunque, destinata a distanziarsi anche significativamente dalla miglior scienza ed esperienza, pur dovendo rimanere ancorata ad azioni capaci in qualche misura di utilmente fronteggiare quella tipologia di rischio (non potendo mai assurgere a "regola cautelare" un comportamento inadeguato o pernicioso)».

[74] M. Caputo, *Colpa penale del medico*, cit., 90.

[75] Cfr., per esempio, il Regolamento per la formazione specialistica medica e sanitaria delle scuole di specializzazione della Facoltà di medicina e chirurgia dell'Università degli Studi di Milano (art. 16), elaborato in conformità alla citata l. Reg. Lombardia n. 33/2017. Si tratta di formule ricorrenti anche nei Regolamenti delle scuole di specializzazione di altri atenei.

[76] A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della* malpractice, Torino 2012, 235.

[77] Sul punto, N. Pisani, *Colpa per assunzione*, cit., 325.

avverso non si sarebbe verificato; se non si è dimostrato capace di condurre a buon fine il compito avrebbe dovuto rifiutarlo[78].
Non tutti gli errori che coinvolgono gli specializzandi, però, corrispondono al *cliché* della colpa per assunzione. Come considerare i casi in cui il riconoscimento delle conoscenze e capacità di cui lo specializzando dispone venga ostacolato dall'intervento di fattori esterni? Allorquando la percezione della distanza tra agente-concreto e agente-modello venga "falsata" dalle condizioni di erogazione dell'attività o dall'affidamento nelle indicazioni altrui?
Proveremo allora a descrivere taluni scenari operativi che chiamano in causa sia i *deficit* individuali di preparazione, sia l'interazione colposa con i professionisti di ruolo. Discuteremo, in particolare:
1) delle attività assistenziali che lo specializzando esegue in via diretta, sotto il controllo del medico tutore oppure in autonomia;
2) del caso in cui l'errore dello specializzando dipenda da indicazioni inappropriate del medico di ruolo;
3) degli errori materialmente commessi dal medico tutore o da altro specialista, nel caso in cui lo specializzando assista alla condotta colposa altrui.

8.1. Dalla casistica sulla responsabilità dello specializzando emerge l'esistenza, a suo carico, di *obblighi di astensione*. Non discutiamo ancora del dovere di sospendere l'esecuzione delle direttive di cui ha riconosciuto l'erroneità, ma della astensione dalle attività per le quali non è o non si sente sufficientemente competente. Seppure autorizzato (dalla scuola, dal tutore, dal paziente), il medico in formazione deve preliminarmente esaminare le caratteristiche del caso clinico, studiarne le potenziali evoluzioni, misurare la rischiosità della prestazione al metro delle sue personali conoscenze; allo scopo di decidere *se e come* intervenire, tenendo conto della possibilità, niente affatto remota, che il compito affidatogli o con il quale si ritrovi a confrontarsi sia superiore alle sue capacità gestionali.
L'esistenza di divieti d'intervento appare *prima facie* incompatibile con la titolarità di una posizione di garanzia (di protezione), per di più in un contesto, quello sanitario, ove la perpetrazione di offese al paziente è sovente associata – a torto o a ragione – all'*omissione* della condotta necessaria a tutelare la salute del malato[79].
Il discorso, per questa via, incrocia il dibattito sull'ammissibilità di regole cautelari d'astensione. Non rientra nelle ambizioni del presente lavoro risolvere la questione. Lo studio della posizione dello specializzando, però, può contribuire a isolare talune cautele di tipo (apparentemente) "astensivo", anche per spiegare la *ratio* del rimprovero per "assunzione" di un'attività *doverosa*[80].

---

[78] C 24.11.1999 n. 5311, di condanna di uno specializzando chiamato a intervenire manualmente nel corso di un intervento di settoplastica nasale: «Quanto alla richiesta abilità, in riferimento al caso concreto, o egli [lo specializzando] tale esperienza non aveva ancora gradatamente maturato, ed avrebbe allora dovuto astenersi dal prestare la sua opera in quel frangente; o quella esperienza aveva di già maturato ed ancor più gravemente avrebbe allora proceduto in maniera affatto impropria, sì da provocare con le sue manovre le lesioni che condussero a morte la donna». Sul «pericolo di cortocircuiti argomentativi fatalmente orientati verso responsabilità per posizione», A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 403. Sul tema si legga altresì lo studio di V. Fineschi, P. Frati, C. Pomara, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica il ruolo del capo-équipe e dell'assistente (anche in formazione) alla luce della recente giurisprudenza*, in *RIML* 2001, 261.
[79] Sull'inammissibilità dell'astensione del garante dalle attività legate alla cura della salute, G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 17. Sul momento omissivo della colpa e la distinzione tra agire e omettere, A. Massaro, *Omissione e colpa*, cit., 869.
[80] Sul punto, F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 114, osserva: «Ebbene, in questi casi, per via del rapporto che si instaura tra il dovere di azione e quello di diligenza, si viene a delineare una situazione del tutto

La dottrina che nega la valenza cautelare degli obblighi di astensione distingue, in generale, tra attività pericolose vietate e attività pericolose lecite (perché consentite ovvero doverose)[81], affermando che le regole cautelari, di carattere modale, rilevano solo rispetto alle seconde[82].
Posta la liceità dell'attività sanitaria, a patto che l'agente sia in possesso dei requisiti per il suo esercizio, lo specializzando è autorizzato al trattamento dalla legge e dal paziente, nei limiti del consenso e delle direttive del tutore[83]. Tuttavia, le cautele specificamente dettate per la sua figura (di garanzia), allo scopo di provvedere alla salute del malato, gli attribuiscono il potere/dovere di sollecitare l'intervento del personale specializzato.
Per tale ragione, tutte le volte che intraprende di propria iniziativa un'attività assistenziale a lui preclusa (l'esecuzione di un esame invasivo, la medicazione di una ferita, l'ingessatura di un arto, ecc.), sostituendosi indebitamente al personale strutturato, incorre in colpa specifica per aver disatteso il regolamento della scuola o un ordine espresso del docente/affidatario (art. 43 Cp)[84], a patto – s'intende – che l'evento sia causalmente collegato alla condotta[85].

---

particolare. […] In breve: in queste situazioni l'ordinamento crea le premesse per una responsabilità da posizione, alla quale il soggetto, che viene a trovarsi nel ruolo di garante, non può sottrarsi avvalendosi della facoltà di non agire, né eccependo la propria incapacità di conformarsi alle *leges artis*, ma solo agendo diligentemente in modo da impedire l'evento».

[81] F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 195 ss.; Id., *La legalità della colpa*, cit., 149 ss.; Id., *La normatività della colpa penale*, cit., 88-89. Si leggano anche le osservazioni di G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 9-10, il quale nega che vi sia corrispondenza tra il dovere di astensione da un'attività rispetto alla quale l'agente non è all'altezza e le regole cautelari di diligenza che, nel caso, ne guiderebbero lo svolgimento. Sul tema del dovere cautelare di astensione anche P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 18-19; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[11]., cit., 366; C. Piergallini, *Colpa (Diritto penale)*, cit., 228; D. Micheletti, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Crim* 2008, 179.

[82] Sono considerate regole cautelari di carattere modale quelle che dettano le modalità di svolgimento dell'attività e le regole che richiedono la preventiva informazione e preparazione dell'agente per lo svolgimento dell'attività pericolosa. In questo senso anche C 8.1.2021 n. 32899, 293, ove si afferma che i contenuti concreti della posizione di garanzia, «il come fare, risultano descritti da regole cautelari, ovvero da prescrizioni che hanno necessariamente contenuto modale [peraltro, che la regola cautelare debba necessariamente avere carattere "modale", "cioè indicare con precisione le modalità e i mezzi ritenuti necessari ad evitare il verificarsi dell'evento (ovviamente la regola cautelare che impone l'astensione dall'attività pericolosa non ha carattere modale)" era già stato affermato nella stessa sentenza n. 16761/2010]».

[83] S. Baraldi, *La responsabilità del medico in formazione specialistica: i "dottorini" italiani e la colpa per assunzione*, in *RIML* 2020, 1473.

[84] Sulle direttive del primario delegante, A. Vallini, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *DPP* 2000, 1632, secondo il quale «assumono, evidentemente, un carattere prettamente tecnico: esse definiscono, infatti, linee di condotta presumibilmente tese a garantire il miglior esito possibile di un problema, per l'appunto, tecnico-professionale. Questa loro natura e funzione, peraltro, consente di classificarle agevolmente, secondo autorevole dottrina, come "regole cautelari", attinenti allo svolgimento di un'attività caratterizzata da un coefficiente di rischio consentito. Non pare allora azzardato, in conclusione, identificare nelle "istruzioni" del primario delle vere e proprie regole cautelari "positivizzate"; ovvero, utilizzando una categoria legislativamente più precisa, delle "discipline", ai sensi dell'art. 43 c.p.». Si veda anche Id., *Lo specializzando*, cit., 415-416. L'attività medica, peraltro, è caratterizzata dalla massiccia presenza di regole cautelari formali, per rendere meno aleatoria l'individuazione del comportamento doveroso (contesto iper-normato). Sulla proliferazione delle indicazioni di comportamento sanitario, F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, cit. Sulla costruzione della definizione legale della colpa, *ex multis*, D. Castronuovo, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *RIDPP* 2012, 495 ss.

[85] La colpa per assunzione è inoltre esclusa nei casi in cui l'intervento della persona incompetente risulti socialmente accettato per la presenza di una causa di giustificazione, «ovvero quando l'inserimento in un circolo di rapporti generale, pur in assenza delle capacità o cognizioni corrispondenti, sia consentito sulla base di disposizioni di legge

Indipendentemente dalla violazione di un divieto espresso, esiste una più generale cautela comportamentale che impone allo specializzando-modello, coscienzioso e avveduto, di commisurare tipologia e difficoltà dell'intervento terapeutico alle proprie capacità[86]. Al sanitario che decida di cimentarsi in un compito superiore alle sue "forze", che si riveli inadeguato a gestire la situazione pericolosa, si rimprovera non solo la violazione delle regole cautelari di carattere modale (preparazione all'intervento ed esecuzione conforme alla *lex artis*), ma anche l'inosservanza della «regola cautelare "oggettiva" che imponeva l'astensione in difetto del prescritto bagaglio di conoscenze e quindi l'agire informato»[87].
Prima precisazione, valida a stemperare l'equivocità di una regola cautelare d'astensione. A fronte di un caso clinico particolarmente complesso, *il medico in formazione non è tenuto alla mera astensione*, ma deve adoperarsi per ottenere l'intervento tempestivo del tutore o di altro specialista[88]; non può limitarsi al *non facere* – condotta pur sempre foriera di pregiudizi per la salute del paziente – ma deve attivarsi per la protezione dei beni giuridici affidati alla sua garanzia, rispondendo secondo diligenza alle aspettative dell'ordinamento[89].
Seconda precisazione. In ogni caso, non versa in colpa per inosservanza delle direttive del tutor o del regolamento della scuola lo specializzando che cagioni un evento lesivo quando, in assenza delle necessarie abilità, si assume in condizioni di urgenza indifferibile un compito riservato a soggetti qualificati[90] (per esempio, la rianimazione cardiopolmonare, l'assistenza al parto o l'estrazione di un proiettile da una ferita d'arma da fuoco). Gli obblighi di astensione non trovano applicazione nelle situazioni in cui non vi siano altri medici reperibili (secondo il modello delle cause di giustificazione[91] ovvero delle cause di esclusione della colpevolezza determinate da fattori esterni[92]).

---

e, dunque, abbia un fondamento normativo […] tale da costituire una figura modello più ristretta rispetto a quella generale». Così G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 290.

[86] Sul superamento del carattere sincretistico della colpa penale e la valorizzazione delle distinte forme di colpa contemplate dall'art. 43 Cp, F. Palazzo, *La colpa medica: un work in progress*, in *www.giustiziainsieme.it*, 11.11.2020.

[87] N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, cit., 15.

[88] «A parte i casi di urgente necessità di intervento va rilevato che chi svolge una funzione che comporta obblighi di protezione di altre persone, se ravvisa la necessità di interventi da parte di terze persone che dispongono delle necessarie competenze e capacità, vede trasformato l'obbligo di astensione in un obbligo di fare di natura diversa che consiste nell'indirizzare la persona a chi è in grado di affrontare il problema». Così C. Brusco, *La colpa penale e civile*, cit., 324.

[89] È vero, cioè, che il dovere di diligenza può «comportare la totale astensione dall'agire o dalla prosecuzione dall'agire» (G. Marinucci, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, cit., 469-470). Ciò nondimeno, alla regola di astensione si affiancherà un nuovo dovere, viepiù valido per l'agente incapace che abbia però riconosciuto il pericolo insito nel suo eventuale agire impreparato, ossia la richiesta di intervento del personale specializzato. Ancora, Id., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 158: nell'attività medico-chirurgica, chi occupa i posti più bassi nella scala del sapere dovrà affidare il paziente alle mani esperte degli specialisti. Sul carattere modale della regola cautelare, G. Forti, *Colpa (dir. pen.)*, in *DizDirPubbl* 2006, 947. Si veda anche F. Palazzo, *Corso di Diritto penale*, cit., 317-318, che distingue tra *regole cautelari modali*, che riguardano le modalità di esercizio dell'attività pericolosa, e *regole cautelari la cui osservanza si impone in un momento anteriore all'esercizio dell'attività*. Solo da queste ultime origina il dovere d'astensione a carico del soggetto privo della capacità di uniformare la condotta all'osservanza delle regole modali; e in caso di sua violazione: *colpa per assunzione*.

[90] C 3.4.2008 n. 13942.

[91] G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 290.

[92] A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 237, secondo il quale la rilevanza della colpa per assunzione potrebbe essere annullata dall'urgenza e/o emergenza della prestazione richiesta, che renderebbero «scusabile l'assunzione, in prima persona, di un *quid pluris* di rischio non consentito».

Residua, come si vedrà, il problema della «adempibilità»[93] della condotta da parte dell'agente concreto, che dipende dalla riconoscibilità della situazione di rischio e dalle cause idonee a scusare l'"imprudenza".

8.2. Occorre considerare, a questo punto, la posizione dello specializzando nel caso in cui il suo errore venga propiziato dalle direttive inappropriate del medico di ruolo. Lo scenario intercetta il tema – più generale – della colpa relazionale, della ripartizione delle responsabilità nei rapporti gerarchici di tipo verticale, allorquando l'attività in *équipe* comporti la cooperazione di professionisti aventi un diverso grado di specializzazione, competenze ed esperienze.
Secondo i già citati artt. 37 e 38 d. lgs. n. 368/1999, lo specializzando partecipa alle attività formative e assistenziali (attività di appoggio, di collaborazione ovvero autonome) sotto la guida del tutore, un medico specialista designato dal consiglio della scuola sulla base di requisiti di elevata qualificazione scientifica, di adeguato *curriculum* professionale e di documentata capacità didattico-formativa. In qualità di tutor, l'esercente di ruolo risulta dunque gravato di una ulteriore posizione di garanzia, caratterizzata da obblighi di *controllo*[94]. In particolare, è tenuto a verificare che lo specializzando abbia compreso le direttive impartite e che vi si attenga; in quanto responsabile della formazione, è chiamato altresì a valutare periodicamente l'idoneità del tirocinante in relazione ai compiti che intende affidargli, indipendentemente dall'anno di corso.
Come noto, per i fatti lesivi occorsi ai danni del paziente, derivanti dalla condotta colposa dello specializzando, il tutor potrà incorrere in *culpa in vigilando* oppure *in eligendo*, a seconda che si sia fatto inopinatamente sostituire o abbia impartito indicazioni generiche o non conformi alle regole dell'arte medica, ovvero abbia affidato allo specializzando manovre e accertamenti che richiedono competenze che ancora non possiede, commettendo un errore sulle capacità dello studente affidato alla sua supervisione[95], magari su pazienti compromessi o con un quadro clinico complesso[96].

---

[93] F. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 86.
[94] A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 405, che sottolinea come il medico tutore sia anzi tutto *garante dell'investitura* dello studente coinvolto nella cura del paziente e rispetto al quale ha assunto un impegno didattico. Sull'esistenza di compiti di controllo dell'operato altrui nella cooperazione medica dipendenti dalla posizione gerarchica, G. Marinucci, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *La colpa. Studi*, cit., 280; Id., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, *ivi*, 466. Anche A. Roiati, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *IP* 2007, 727 ss.; M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme"*, cit., 1229, sull'obbligo di controllo dell'operato altrui da parte del capo *équipe*.
[95] C 2.3.2021 n. 10152, in *Dejure*: condanna per l'anestetista strutturato, per aver consentito l'utilizzazione da parte di uno specializzando di una apparecchiatura obsoleta, «rischiosa per il paziente» e per aver omesso di «vigilare affinché il D., semplice laureato in medicina e privo di una qualunque competenza specialistica in anestesia e di limitatissima esperienza sul campo, non ne facesse uso». Sul tema, A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli 2016, 161. V. anche A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 306, secondo il quale la colpa del tutor è «da ritenersi *concorrente* con quella (per assunzione) dello specializzando, o in alternativa, *esclusiva* […] a seconda che il medico in formazione avesse o meno, nel caso concreto, la possibilità di rendersi conto della (di riconoscere la) propria inadeguatezza: in ciò consistendo, per l'appunto, il momento soggettivo della colpa»; D. Guidi, *L'attività medica in* équipe *alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerini, T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 224.
[96] E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, cit., 534-535. Sul tema anche F. Mantovani, *La responsabilità penale nella partecipazione dei medici specializzandi negli interventi medico-chirurgici*, cit., 1513.

Il problema, ai nostri fini, non concerne tanto l'operatività del principio di affidamento a favore del tutore nelle ipotesi in cui l'esecutore materiale del fatto sia il medico in formazione[97]; si tratta di un tema ampiamente indagato dalla dottrina, sul quale non indugeremo[98]. Appunteremo invece l'attenzione sulla responsabilità dello specializzando per le offese derivanti dall'esecuzione delle direttive inappropriate impartite dall'esercente di ruolo[99], e sul *potere-dovere di dissentire e astenersi dall'agire* allo scopo di impedire la causazione di un pregiudizio alla salute della persona garantita e/o andare esente da responsabilità penale per non aver "partecipato" alla realizzazione del fatto.

Nel caso in cui l'evento infausto derivi da direttive *ab origine* inesatte, a causa delle quali, come si è detto, il tutore risponderà personalmente del danno occorso al malato ("*let the master answer*"), la responsabilità potrà ricadere anche sull'assistente che abbia materialmente cagionato l'offesa penalmente rilevante; purché fosse in grado di avvedersi dell'errore del superiore gerarchico facendo ricorso alla diligenza dovuta da un professionista del suo grado di specializzazione (evidenza e riconoscibilità dell'errore da parte del *medicus eiusdem professionis et condicionis*).

Anche in giurisprudenza, l'attribuzione della responsabilità penale allo specializzando non discende dalla sola causazione dell'evento lesivo, ma (1) dal riscontro della posizione di garanzia o di gestione del rischio, che lo vincola alla protezione del paziente dai pericoli derivanti dalle condotte altrui (art. 40 cpv. Cp) e dal suo stesso agire colposo, pure in esecuzione di indicazioni terapeutiche del medico tutore; (2) nonché dal riscontro di poteri impeditivi effettivi. Mutuando

---

[97] È noto, peraltro, che al principio di affidamento sono concessi spazi assai ristretti nel settore sanitario. In generale, sul principio di affidamento, M. Mantovani, *Il principio di affidamento della teoria del reato colposo*, Milano 1997; e anche Id., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *RIDPP* 1997, 1051 ss.; Id., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *IP* 1999, 1095 ss. Sul principio di affidamento nell'attività medica d'*équipe*: G. Marinucci, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, Tomo II: I delitti colposi*, in G. Marinucci, E. Dolcini (Dir.), *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, Padova 2003, 205 ss.; A.R. Di Landro, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'*équipe, in *RTrimDPenEc* 2005, 225 ss.; D. Guidi, *op. cit.*, 209 ss.; A. Massaro, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in* équipe, in *CP* 2011, 3857 ss.; L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 827; Id., *Responsabilità penale da attività sanitaria in* équipe, in *RIML* 2013, 1219 ss.; Id., *Colpa d'*équipe, cit.; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 240 ss.; L. Risicato, *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, cit.; A. Palma, *op. cit.*; M.L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme"*, cit., 1220 ss. (in particolare, sul disconoscimento giurisprudenziale del principio di affidamento, 1236 ss.); A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 270; P.F. Poli, *Attività medica in* équipe*: c'è spazio per il principio di affidamento?*, in *GI* 2021, 1204 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*[10]., Milano 2021, 423.

[98] La responsabilità dello specializzando per gli eventi dannosi a lui imputabili sul piano oggettivo (nesso di causalità) e soggettivo (colpevolezza) non esclude l'esistenza di una responsabilità *concorrente* in capo al tutore, in quanto titolare, insieme al giovane sanitario, di una posizione di garanzia *condivisa* nei confronti del paziente (protezione). Indipendentemente, dunque, dal grado di autonomia riconosciuto al medico in formazione nell'erogazione delle prestazioni, il medico strutturato resta il principale garante della salute del paziente. Si leggano, però, le interessanti osservazioni di L. Risicato, *L'attività medica di* équipe *tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, cit., 62: «la circostanza che lo specializzando sia un medico ancora *in fieri*, non ancora preparato ad agire in piena autonomia, affievolisce ragionevolmente l'operatività del principio di affidamento ma *non dovrebbe* escluderla *in toto*, quanto meno nei casi in cui le mansioni a lui delegate siano semplici (salva, beninteso, la difficoltà di definire le attività mediche *di routine*) o meramente esecutive, ovvero gli siano state impartite con direttive precise, chiare e puntuali».

[99] Sul punto, A. Vallini, *Lo specializzando*, cit., 431 ss., il quale sottolinea l'esistenza di un (contrario) *dovere* di affidamento; anche L. Cornacchia, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, cit., 1224, secondo il quale la responsabilità del collaboratore per omessa vigilanza sull'operato del superiore gerarchico (*ex* art. 40 cpv. Cp) presuppone l'esatta individuazione di poteri impeditivi.

gli orientamenti sul medico in posizione subalterna, le pronunce sulla responsabilità del medico in formazione confermano che lo specializzando non è costretto a una passiva acquiescenza agli ordini del superiore gerarchico; a dispetto della (comprensibile) accondiscendenza psicologica alle indicazioni del personale di ruolo, ha l'obbligo e il potere di attivarsi per verificare dialetticamente se l'opzione prescelta sia adeguata[100], e di dissentire e astenersi dall'agire ove rilevi (o avrebbe potuto rilevare) l'imperizia dello specialista[101]; diversamente, se non rifiuta l'esecuzione dell'atto, se ne assume la responsabilità[102].

Si tratta di una impostazione rigorosa, influenzata dall'alto valore degli interessi coinvolti (vita, salute, incolumità individuale, libertà di autodeterminazione), per scoraggiare la deresponsabilizzazione dei medici in formazione rispetto al momento valutativo sull'azione/astensione.

Allo scopo di promuovere soluzioni ermeneutiche più miti, una parte della dottrina ha invocato l'inesistenza di obblighi di controllo sull'operato, anche organizzativo e gestionale, del superiore gerarchico[103]; l'operatività del principio di affidamento nella migliore scienza ed esperienza del docente (se non di un autentico "dovere"); la necessità della verifica dell'*evidenza e riconoscibilità* dell'errore dello specialista, tenendo conto delle caratteristiche dell'agente reale, in particolare della maturazione delle competenze necessarie per cogliere l'inappropriatezza delle direttive nel caso concreto; l'inesigibilità (soggettiva) di una contestazione, da parte dello specializzando, delle indicazioni del medico tutore, nella forma del dissenso e dell'astensione dal compimento dell'atto medico richiesto.

Non si riepilogheranno gli argomenti che nutrono le posizioni di cui sopra. Si tratta di considerazioni condivisibili, che colgono la sensibilità della materia, il difficile contemperamento tra gli interessi coinvolti (formazione della classe medica, sicurezza delle cure, salute dei pazienti,

---

[100] Sul potere della comunicazione tra i componenti dell'*équipe*, quale fattore di produzione del senso di partecipazione e di responsabilità che "incoraggia tutti a dire la loro", M. Caputo, *Filo d'Arianna o flauto magico? Linee guida e* checklist *nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *RIDPP* 2012, 912-913. Sul dialogo e il coordinamento tra informazioni, valutazioni e percorsi 'in comune', v. anche G. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *RIML* 2012, 974. Sul mancato coordinamento nella genesi organizzativa degli errori, C. Iagnemma, Error in deliberando. *Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, Pisa 2020, 174.

[101] Si veda, per esempio, C 12.6.2019 n. 39727; C 13.12.2017 n. 7667; C 29.1.2018 n. 2060. Sul tema, P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., 215.

[102] Così, per esempio, C 17.11.1999, in *DPP* 2000, 1626, con nota di A. Vallini, che conferma la condanna di un assistente ospedaliero per non aver impedito, in concorso con il primario, il decesso di una paziente coinvolta in un incidente stradale, omettendo colposamente l'esecuzione dei trattamenti sanitari adeguati. Si legge: «L'art. 63 d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 non attribuisce al medico in posizione iniziale il ruolo di mero esecutore di ordini, ma ne valorizza invece l'autonomia professionale, di talché l'assistente ospedaliero ha il dovere di contribuire dialetticamente alla selezione del trattamento sanitario da intraprendere, così come di verificare la validità delle istruzioni ricevute, astenendosi dall'attuazione di quelle intrinsecamente colpose, residuando a carico del primario soltanto il potere finale di imporre le proprie scelte». Nello stesso senso anche C 10.12.2009 n. 6215.

[103] Sul tema, approfonditamente, P. Frati, G. Montanari Ergallo, E. Feby, N.M. Di Luca, *La responsabilità penale degli specializzandi e dei tutors*, in *RIML* 2010, 617 ss., i quali sottolineano: «attribuire allo specializzando una posizione di garanzia non limitata all'obbligo di segnalazione […], bensì estesa fino al dissenso/diniego rispetto alla direttiva del *tutor*, appare in contrasto con il d.lgs. n. 368/1999, che in nessuna disposizione prevede per lo specializzando un ruolo di correzione, e quindi di controllo, dell'operato del *tutor*. Inoltre - come già accennato - un aspetto che contraddistingue la riforma del 1999, rispetto al precedente d.lgs. n. 257/1991, è proprio il vincolo dello specializzando alle direttive ricevute. Tale vincolo risulterebbe completamente svuotato di contenuto, se il medico in formazione potesse non tenere in alcuna considerazione le indicazioni imposte dal *tutor*». In argomento altresì G. Losappio, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari 2012, 306 s., in merito alla diversa posizione tra dirigente medico direttore e non direttore.

ecc.) e le implicazioni politico-criminali del problema (medicina difensiva). Le soluzioni valgono a ribadire la necessità di recuperare l'individualizzazione del rimprovero, affinché il reato colposo non si riduca alla mera inosservanza delle cautele[104], ma si possa rinvenire, nel fatto colposo (comunque) "tipico", anche la colpevolezza[105].
È vero: fintanto che la diagnosi e le indicazioni dello specialista risultino plausibili, e non vi siano segnali d'allarme sulla loro contrarietà alla *lex artis*, lo specializzando può confidare nella diligenza del personale di ruolo. Quando, invece, emergano circostanze che facciano dubitare (o avrebbero dovuto far dubitare) della correttezza della procedura, l'affidamento cede il passo al dovere di neutralizzare le conseguenze dell'errore del tutor[106]. Da qui *la colpa* del medico in formazione che avrebbe dovuto *i)* riconoscere il pericolo, *ii)* prevedere la realizzazione del fatto, *iii)* ed eventualmente, nonostante il predetto riconoscimento, *iii)* abbia scelto di farsi "strumento" dell'offesa, proseguendo nell'esecuzione del compito[107].
Una parte della dottrina, nel tentativo di rintracciare ulteriori argomenti a favore dell'inesigibilità della condotta, ha invitato gli interpreti alla considerazione della condizione psicologica dello specializzando di fronte al comando del medico tutore: il timore di dissentire, di tradire la fiducia e le aspettative del maestro, di subire ritorsioni lavorative o di carriera in caso di rifiuto della prestazione, ecc.
Al netto della scarsa sensibilità dei giudicanti al tema della misura soggettiva della colpa, a noi sembra che i limiti caratteriali del medico in formazione non valgano a scusare il mancato impedimento ovvero la causazione di mano propria di un'offesa alla vita e all'incolumità personale del paziente[108]. Vengono evocate, nei fatti, note morali assimilabili all'indifferenza, svogliatezza, superficialità[109]; connotati personali legati all'emotività, tradizionalmente esclusi dal novero degli elementi valutabili a favore dell'agente; meglio: del garante, gravato da obblighi giuridici di protezione della persona assistita, tenuto a rispettare l'affidamento del paziente e dei colleghi; *anche* del docente, che dal confronto dialettico sulla correttezza della direttiva potrebbe trarre l'occasione per emendare il proprio errore[110]. A ben vedere, allo specializzando non è richiesto di sconfessare lo specialista, contestare pubblicamente le istruzioni e chiedere l'annotazione del dissenso nella cartella clinica[111]; ma di stimolare l'interlocuzione didattica, la comunicazione e il

---

[104] Sui rischi di una iper-oggettivizzazione della colpa, D. Castronuovo, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1723 ss.
[105] Sul punto, M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.5.2019, 11: «La *violazione delle cautele* […] – dato che l'inosservanza di cautele non è automaticamente colpa, in quanto si richiede la possibilità di accertamenti ulteriori, di verifiche ulteriori, di prevedibilità e di esigibilità – altro non è che *un indizio della colpa soggettiva, o meglio: della colpa come elemento soggettivo*».
[106] M. Mantovani, *Il principio di affidamento nel reato colposo*, cit., 155; Id., *Affidamento (principio di)*, cit., 15-17; G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 258; Id., *Colpa (dir. pen.)*, cit., 952.
[107] In quest'ultima situazione, peraltro, dovrebbe riconoscersi la circostanza aggravante della colpa con previsione. Sul punto, M. Mantovani, *Sui limiti del principio di affidamento*, cit., 1204.
[108] Sul fondamento delle scusanti, M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP* 1990, 61.
[109] M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 468; C. Piergallini, *Colpa (Diritto penale)*, cit., 244.
[110] C 10.12.2009 n. 6215: «È vano ricercare nella legge una norma che confermi la tesi della ricorrente che lo specializzando è presente in reparto esclusivamente per ragioni formative: anche se il tutore detta una ricetta o una prescrizione medica lo specializzando che scrive sotto dettatura, nei limiti delle sue competenze, deve segnalare eventuali errori od omissioni e rifiutare di avallare terapie che, secondo il livello di perizia e diligenza da lui esigibile, appaiano palesemente incongrue».
[111] Sulla rilevanza processuale della cartella clinica, F. Bocchini, *Le cartelle cliniche. Funzioni, documento, prova*, in *RIML* 2018, 35 ss.

confronto; *soprattutto* nelle situazioni in cui, al contrario, è stato ipotizzato il dovere di affidamento nella migliore scienza ed esperienza del tutore, ossia quando il tirocinante è coinvolto nel trattamento di quadri clinici complessi, malattie poco sconosciute, o nell'adattamento di tecniche innovative o ancora poco sperimentate[112].
Si dirà che la "disobbedienza", in simili situazioni, può risultare particolarmente gravosa sul piano umano, anche in considerazione dei rapporti personali che si instaurano nell'ambito di una organizzazione gerarchica di tipo verticale[113]. Le distorsioni "patologiche" che caratterizzano le dinamiche ospedaliere, tuttavia, non meritano di "legittimare" la deresponsabilizzazione degli specializzandi, o di esentarli dall'esercizio della professione «in libertà e indipendenza di giudizio e di comportamento rifuggendo da ogni indebito condizionamento»[114].
I fattori che, invece, possono valere a scusare l'inosservanza del medico in formazione vanno rintracciati nelle *condizioni fattuali, contestuali e organizzative* che intralciano il confronto dialettico con il medico tutore (scenario 2), ovvero l'astensione e la richiesta di intervento del personale esperto (scenario 1). A queste guarderemo in sede di esposizione delle proposte per mitigare la risposta punitiva alle offese che maturino in contesti di "abbandono" degli operatori inesperti.

8.3. Per quanto concerne, da ultimo, l'attività di appoggio dello specializzando («quando assiste il personale medico strutturato nello svolgimento delle sue attività»), non pare corretto estendere anche alla sua figura la responsabilità per i danni materialmente cagionati dal medico tutore o da altro professionista specializzato. Nelle predette situazioni, il medico in formazione si limita a

---

[112] Contro: A. Vallini, *Gerarchia in ambito ospedaliero*, cit., 1636: «Ogni volta in cui, invece, l'attività sia stata compiuta in ottemperanza di un'istruzione superiore che si prospetti come connotata da un significato più accentuatamente innovativo, ovvero marcatamente educativo (anche con riferimento a tecniche la cui complessità si evidenzi sul piano meramente operativo), la sua inosservanza dovrebbe ritenersi, in linea di massima, inesigibile. Il mancato *Anlaß* dell'inferiore gerarchico rispetto alla colposità dell'attività intrapresa dovrebbe ritenersi scusabile, perché determinato da una fiducia nei confronti del ruolo scientifico-formativo del superiore assolutamente ragionevole, in quanto (tra l'altro) asseverata dalla legge».
[113] C. Cupelli, *Gerarchia in ambito ospedaliero*, cit., 1630: «il medico in posizione iniziale è un soggetto affidato al primario ed agli aiuti perché essi provvedano a fargli conseguire l'esperienza pratica necessaria ad assumere, in un futuro, ruoli di maggiore autonomia e responsabilità. In tale contesto, il preteso rapporto "dialettico" tra primario e assistente assume evidentemente i contorni di un'astrazione, di una *fictio iuris* (in *malam partem*, quando se ne vogliano ricavare conseguenze sul piano delle responsabilità penali) dimentica, nella sua assolutezza, del fatto che l'esercizio delle professioni sanitarie abbisogna di una preparazione culturale in egual misura teorica e pratica. Anche ammessa, a tutto concedere, un'equivalenza tra le cognizioni scientifiche del medico subalterno e di quello sovraordinato, rimarrebbe comunque inevitabile un divario di esperienza "sul campo", tale da rendere ben poco razionale qualunque pretesa di controllabilità, almeno in linea di principio, delle scelte del primario da parte del medico ancora inesperto». Sulla inevitabile «condizione di soggezione» dello specializzando «verso figure istituzionalmente e professionalmente più elevate», R. Blaiotta, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *La resp. civ.*, 2009, 263. A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 290, evidenzia che il rigoroso indirizzo della giurisprudenza che considera anche lo specializzando responsabili per gli errori del personale strutturato «poggi più su affermazioni di principio che sulla reale comprensione del concreto atteggiarsi del rapporto gerarchico tra medici ospedalieri, in quanto il sanitario sotto-ordinato, da una parte è sottoposto al potere direttivo del medico in posizione apicale, dall'altra, pur avvalendosi di un elevato grado di preparazione tecnico-scientifica, non necessariamente dispone dell'*esperienza pratica* idonea a porlo su un piano paritetico con il suo superiore ed a consentirgli una valutazione critica e sistematica sul suo operato». Di recente, sulle interazioni psichiche tra i coagenti nel concorso colposo, in specie nel contesto di strutture caratterizzate da una dimensione gerarchica interna, F. Consulich, *op. cit.*, 25 ss.
[114] Giuramento di Ippocrate.

osservare l'operato altrui, magari in relazione a una singola fase dell'attività assistenziale, a scopi puramente didattici.
L'esclusione della responsabilità può affermarsi già sul piano oggettivo: manca la presa in carico del paziente dalla quale origina la posizione di garanzia/protezione (e, a cascata, l'obbligo giuridico di impedire l'evento cui assiste); mancano gli obblighi di controllo/sorveglianza sull'operato altrui (in caso contrario: attribuzione di una nuova area di governo del rischio ovvero di una nuova posizione di garanzia/controllo nei confronti dei superiori gerarchici)[115]; manca la disponibilità di poteri impeditivi effettivi[116], in quanto lo specializzando non è legittimato ad agire ed è esentato dall'esprimere valutazioni diagnostiche/terapeutiche; manca il contributo causale, pure marginale, alla realizzazione del reato, che consenta di attribuire l'offesa "collettiva" all'osservatore esterno, anche solo a titolo di cooperazione colposa (in caso contrario: responsabilità per fatto altrui)[117].
Gli orientamenti della giurisprudenza sul presunto dovere, a carico di tutti i componenti dell'*équipe*, di prestare una «presenza professionalmente informata», non possono essere estesi allo specializzando che si limiti alla mera osservazione di interventi e procedure che non conosce, che esorbitano dalle sue specifiche conoscenze e capacità, per l'intervento diretto nelle quali non è stato ancora dichiarato "idoneo"[118]. Da qui, volendo passare anche al piano soggettivo, il difficile accertamento della evidenza e del potere di riconoscimento, da parte dell'agente, dell'errore altrui[119].
È vero, come si è detto poc'anzi, che la dialettica e la richiesta di chiarimenti contribuisce all'emersione degli errori, anche di quelli pertinenti alle competenze "superiori" dello specialista; ma non anche nell'attività di appoggio, dove non vi è spazio o tempo per la formazione ed espressione del dissenso (comportamenti moralmente auspicabili, ma non doverosi sul piano penale); pena l'"esasperazione dei doveri di diligenza"[120] degli "spettatori".

9. Uno dei temi di maggior interesse per la dottrina, e che vale a distinguere la posizione processuale dello specializzando o di altro soggetto non qualificato da quella del professionista esperto, è la misura soggettiva della colpa, sia in relazione alla capacità e al potere di opporsi al comando inappropriato del superiore gerarchico, sia in relazione al dovere cautelare di astensione (la capacità e il potere di rendersi conto della propria inadeguatezza)[121]. La mancata previsione del

---

[115] F. Consulich, *op. cit.*, 29 insiste sulla necessità che la compartecipazione psichica alla negligenza altrui presupponga «non solo una generica relazione *causale* […], ma una relazione *cautelare* inadempiuta, cioè si deve basare su prescrizioni o indicazioni errate impartite dal superiore al subordinato nell'ambito di una relazione di dipendenza o da un soggetto che ha un qualche potere di influenza (basata su competenze tecniche, maggiore esperienza, ascendenza carismatica e così via) su colui che compie la violazione penalmente rilevante».
[116] Sui poteri impeditivi quali doveri giuridici impeditivi propri del garante: I. Leoncini, *op. cit.*, 74. Manca, cioè, la posizione di garanzia, intesa quale «signoria nei confronti del processo di produzione dell'evento dannoso». M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 383.
[117] A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, cit., 293.
[118] L'insussistenza della posizione di garanzia va ribadita anche di fronte alla violazione di una regola cautelare appartenente al bagaglio professionale ed esperienziale di tutti gli operatori sanitari (dovere comune), per esempio l'ubriachezza del capo *équipe*. Per quanto auspicabile una sua attivazione, lo specializzando "osservatore" non rientra tra i soggetti sui quali ricade l'obbligo giuridico – penalmente rilevante *ex* art. 40 Cp – di impedire l'avvio dell'intervento.
[119] In questo senso: C 21.10.2021 n. 824, in *DeJure*.
[120] Sulla esasperazione dei doveri di diligenza del medico nell'attività medico-chirurgica in *équipe*, G. Marinucci, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit., 276.
[121] Sottolinea C. Brusco, *La colpa penale e civile*, cit., 327, che «il tema della colpa per assunzione riguarda anche, e in misura non marginale, il problema della misura soggettiva della colpa soprattutto per quanto attiene ai limiti della

rischio concretizzatosi nello svolgimento dell'attività va imputata ai *deficit* informativi ed esperienziali del singolo specializzando o è legata, piuttosto, alle carenze formative "tipiche" della sua posizione, o ancora alle condizioni che lo hanno determinato all'intervento[122]?
Sulla irrilevanza dei limiti caratteriali dello specializzando si è già detto, in ispecie in tema di esigibilità/rimproverabilità soggettiva dell'acquiescenza alle direttive errate del tutore. Ci concentreremo, ora, sui margini di scusabilità dell'iniziativa del medico in formazione rivelatasi, *ex post*, imperita.
Quando si discute della misura soggettiva della colpa per assunzione va tenuto presente che la regola cautelare che si assume violata *non concerne* – almeno in prima battuta – l'esecuzione del trattamento sanitario (regola d'azione), ma il dovere di astenersi dallo svolgimento di una attività pericolosa in assenza delle competenze necessarie a fronteggiarla (regola di legittimazione)[123]. Com'è stato osservato, «se pure è corretto retrocedere il giudizio di rimprovero soggettivo all'incauta intrapresa di un compito per il quale non si avevano sufficienti conoscenze, esperienze e capacità, il processo di soggettivizzazione dell'addebito si completerà solo valutando la possibilità dell'agente di riconoscere la propria inettitudine ad affrontare la particolare situazione di pericolo»[124]. Per intendersi: la necessaria personalizzazione del rimprovero (art. 27 Cost.) non ammette che dall'errore d'azione si deduca la violazione (colpevole) della norma comportamentale sulla legittimazione all'azione[125].
La giurisprudenza, come si è detto, non pare incline a riconoscere alle "conoscenze inferiori" dell'*homo eiusdem* un'efficacia scusante del malgoverno di attività complesse[126]. In dottrina, anzi,

---

esigibilità dell'obbligo di astensione quando l'agente non sia in grado di comprendere, in determinate situazioni o per le esperienze conoscitive pregresse, la sua inadeguatezza ad affrontare certe situazioni di rischio (in definitiva, in queste ipotesi, il comportamento alternativo lecito potrebbe essere non esigibile dall'agente sempre che l'ignoranza sia incolpevole)». In tema, A. Canepa, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011 (sull'inquadramento nella dottrina italiana, 49 ss.; sulla casistica in materia di responsabilità medica, 115). Sulla misura soggettiva della colpa con riferimento alla conoscenza-conoscibilità della situazione di rischio e alla prevedibilità dell'evento in concreto, R. Bartoli, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica. Punti fermi e tendenze evolutive in tema di causalità e colpa*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impres*a, Firenze 2009, 127.

[122] S. Baraldi, *op. cit.*, 1467 ss., segnala che i programmi di formazione specialistica dei medici non dedicano attenzione al momento valutativo. In materia di diritto penale del lavoro, sull'imputazione soggettiva delle carenze strutturali o sulla mancata acquisizione delle competenze necessarie a fronteggiare i pericoli insiti nello svolgimento dell'attività lavorativa pericolosa, si rinvia ancora a N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro*, cit. (sulla posizione dello specializzando: 13-18).

[123] Secondo E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, cit., 514, «il sostrato fenomenico di riferimento, in materia di colpa per assunzione, è rappresentato dall'esercizio di attività pericolose ma giuridicamente autorizzate, ancorché le norme cautelari violate, che definiscono l'area del rischio consentito, attengano, prima ancora che alle modalità di espletamento, agli stessi presupposti necessari per compiere correttamente tali attività: può dirsi, in proposito, che la misura oggettiva della colpa per assunzione è rappresentata dalla contrarietà a *regole di legittimazione ad agire*; laddove, generalmente, le cautele, la cui inosservanza è alla base dell'illecito colposo, si atteggiano invece, più propriamente, a *regole di azione*». Si veda anche A. Palma, *op. cit.*, 128: sul medico che si trova ad affrontare un intervento che non è in grado di svolgere secondo diligenza sorge una *nuova* regola cautelare che impone l'obbligo di astensione o, comunque, di il dovere di richiedere l'intervento di colleghi con maggiore esperienza.

[124] A.R. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., 236.

[125] Chiarissimo, sul punto, E. Mezzetti, *Colpa per assunzione*, cit., 515: «Va scongiurato», cioè, «il rischio che l'incapacità di conformarsi alle regole cautelari d'azione, da parte dell'agente concreto, valga a dimostrare *in re ipsa* la sua inadeguatezza allo svolgimento dell'attività pericolosa posta in essere, e determini, quindi, in ogni caso, una contestazione dell'evento lesivo verificatosi, a titolo di colpa per assunzione».

[126] Sulla differenza tra agente modello e *homo eiusdem* e il recupero della umanità della colpa, M. Grotto, *op. cit.*, 1159-1160, con la seguente precisazione: «Peraltro è bene ribadire che tale tipo di giudizio, sebbene "modernamente individualizzato", pertiene ancora la dimensione oggettiva della colpa (quindi il fatto illecito, non ancora colpevole),

si precisa che è proprio l'incapacità fisico-intellettuale a dover avvisare lo specializzando della necessità di astenersi dalla presa in carico del paziente[127]. «Presente questa situazione oggettiva di c.d. colpa per assunzione, bisogna però ammettere che soggettivamente l'imputazione potrà aversi soltanto se l'incapacità era nota al soggetto (o poteva comunque essere da lui conosciuta nella situazione data)»[128].

Quali sono, allora, i fattori – diversi dalle caratteristiche di categoria, ma anche da impreparazione, svogliatezza, indifferenza – idonei a falsare/forzare il processo valutativo dell'agente sull'opportunità di sollecitare il consulto e l'intervento del personale esperto e, dunque, sulla sua legittimazione ad agire in autonomia?

Dalla casistica di riferimento emerge che il disorientamento dello specializzando trova causa, non di rado, nelle situazioni di mancata supervisione dell'attività e/o di assenza del personale specializzato cui rivolgersi, anche nei contesti "emergenziali".

Il tema è oggetto d'attenzione negli ordinamenti anglofoni, in particolare negli U.S.A., in seno ai quali la dottrina ha isolato le peculiarità delle vicende che coinvolgono i c.d. *licenced physicians engaged in graduate medical education*; in particolare, in relazione alle prestazioni che richiedono conoscenze e capacità superiori al grado di quelle possedute dal *trainee*, il quale, però, viene incaricato di operare in autonomia; oppure in relazione a casi clinici la cui "speciale difficoltà" emerge in un secondo momento, quando ormai non è possibile rintracciare tempestivamente un operatore esperto[129].

Anche oltre confine la questione concerne, anzi tutto, l'individuazione dello *standard of care* al quale deve adeguarsi il *physician in training*[130]. Sul punto, gli orientamenti della giurisprudenza sono piuttosto ondivaghi. La misura di diligenza richiesta è, alle volte, quella dei medici generali; oppure quella di un *trainee* "ideale", dello stesso anno e della stessa classe di specializzazione dell'agente concreto; in molti casi, invece, il giudicante esige il rispetto di uno standard più elevato, corrispondente a quello dello specialista che ha supervisionato (o avrebbe dovuto supervisionare) l'opera dell'agente[131]. La *ratio* sottesa a quest'ultimo filone va rintracciata nella tutela del miglior interesse di cura del malato e, assieme, della qualità del servizio assistenziale, tutela che non può essere subordinata alle esigenze organizzative dell'ospedale o alla necessità di sopperire alla carenza di organico privando gli specializzandi della necessaria consultazione, a detrimento della formazione dei medici «del domani»[132].

---

in quanto, appunto, le particolari condizioni del soggetto non sono valorizzate al fine di condurre un giudizio di accertamento, positivo o negativo, circa la concreta possibilità o impossibilità, per l'agente concreto, di rispettare la regola cautelare violata, bensì per identificare, su base ancora oggettiva, quale sia il comportamento che l'ordinamento assume per prudente, diligente e perito e quindi per condurre quel giudizio, oggettivo, di confronto tra lo *standard* comportamentale atteso ed il comportamento poi effettivamente tenuto».

[127] Di nuovo, D. Castronuovo, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1752; v. anche M. Grotto, *op. cit.*, 1161.

[128] M. Romano, *Commentario sistematico*, cit., 469.

[129] A. Kachalia, D.M. Studdert, *Professional Liability Issues in Graduate Medical Education*, in *www.jamanetwork.com*, 1.9.2004, v. 292 (9), 1051 s.

[130] J.H. King, *The standard of care for residents and other medical school graduates in training*, in *American University Law Review* 2006, v. 55 (3), 688.

[131] B. Wegman, J. P. Stannard, B. S. Bal, *Medical Liability of the Physician in Training*, in *Clinical Orthopaedics and Related Research* 2012, v. 470 (5), 1379-1385.

[132] A. Gawande, *Complications: a surgeon's notes on an imperfect science*, New York 2002, 24.

Esiste, poi, un ulteriore criterio di giudizio, basato sulla *Informed Consent and Other Information-Based Liability Theory*[133]: quando il medico non rivela al paziente il suo limitato livello di esperienza, deve comunque garantire quello superiore (in certo senso "millantato"[134]; o, volendo, *colpevolmente assunto*).

La maggiore attenzione che l'ordinamento statunitense mostra nei confronti del problema della responsabilità del *physician in training* si coglie nell'influenza esercitata dai *leading cases* sulla programmazione istituzionale della formazione specialistica. Tra i contenuti, in particolare, figura la *preparazione all'errore*, non solo a fini preventivi. La prospettiva didattica, naturalmente, non è quella di "spaventare" gli specializzandi, ma di promuovere l'impegno del singolo verso il paziente, incentivare la collaborazione con i colleghi e la struttura sanitaria, rafforzare il momento comunicativo con i supervisori[135].

Anche la *World Health Organization*, su questo punto, ha pubblicato nel 2009 il documento «*Patient Safety Curriculum Guide for Medical Schools*», per favorire l'aggiornamento dei programmi di formazione dei medici, tradizionalmente limitati alle c.d. *clinical skills*[136], nel senso dell'integrazione di nuove componenti (*team working*, *quality improvement*, ecc.). Il *topic* 5 della guida, nella prospettiva di ridurre le offese alla salute dei pazienti cagionate dagli stessi operatori sanitari, è espressamente dedicato al tema: «*Understanding and learning from errors*».

Non vi è spazio, nel presente lavoro, per soffermarci sugli innumerevoli benefici della *medical errors disclosure*. La questione interseca, peraltro, il tema dell'allestimento di *clinical risk management systems* e l'adozione di *compliance programs* per la prevenzione e la gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie[137].

In questa sede ci limiteremo a sottolineare che l'integrazione di meccanismi di emersione degli errori nei programmi di formazione specialistica dei medici favorisce la riduzione dei *patient harms* e la preparazione dei giovani dottori alle conseguenze derivanti dalla causazione di un evento avverso[138]: crolli psicologici, episodi di vittimizzazione secondaria[139], perdita di fiducia; e ancora: attivazione di meccanismi di neutralizzazione che comportano la minimizzazione del danno, la negazione dell'errore, la colpevolizzazione del tutore, dei colleghi, della struttura e del paziente[140]. La "preparazione all'errore", inoltre, avvisa i giovani medici della causa più comune

---

[133] E.O. Iheukwumere, *Doctor, Are You Experienced? The Relevance of Disclosure of Physician Experience to a Valid Informed Consent*, in *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 2002, 18 (2).

[134] J.H. King, *op. cit.*, 717.

[135] C.A. Thiels, A.J. Choudhry, M.D. Ray-Zack, R.A. Lindor, J.R. Bergquist, E.B. Habermann, M.D. Zielinski, *Medical Malpractice Lawsuits Involving Surgical Residents*, in *JAMA Surgery* 2018, v. 153 (1), 8-13; H. Singh, E.J. Thomas, L.A. Petersen, D. M. Studdert, *Medical Errors Involving Trainees. A Study of Closed Malpractice Claims From 5 Insurers*, in *Arch Intern Med* 2007, v. 167 (19), 2030 ss.

[136] Per esempio: *diagnosis of illness*, *treatment of disease*, *after-care and follow-up*. Il documento è consultabile all'indirizzo: https://apps.who.int/iris/handle/10665/44091.

[137] Sul tema, M. Caputo, *Prevenire è meglio. Uno sguardo interdisciplinare sull'organizzazione sanitaria quale fonte di rischi e garante della sicurezza delle cure*, in *RIML* 2020, 1955 ss., introduzione al *Focus* sui profili legali del *risk management* in sanità.

[138] L.C. Kaldjian, V.L. Forman-Hoffman, E.T. Jones, B.J. Wu, B.H. Levi, G.E. Rosenthal, *Do faculty and resident physicians discuss their medical errors?*, in *Journal of Medical Ethics* 2008, v. 34 (10), 717-722.

[139] A.W. Wu, R.C. Steckelberg, *Medical error, incident investigation and the second victim: doing better but feeling worse?*, in *BMJ Quality & Safety* 2012, v. 21 (4), 267-270.

[140] J. Klein, C. Delany, M.D. Fischer, D. Smallwood, S. Trumble, *A growth mindset approach to preparing trainees for medical error*, in *BMJ Quality & Safety* 2017, v. 26, 771-774; E. Venus, E. Galam, J.P. Aubert, M. Nougairede, *Medical errors reported by French general practitioners in training: results of a survey and individual interviews*, in *BMJ Quality & Safety* 2012, v. 21, 279-286; T. Mizrahi, *Managing medical mistakes: Ideology, insularity and accountability among internists-in-training*, in *Social Science & Medicine* 1984, v. 19 (2), 135-146.

dalla quale originano le offese alla salute dei pazienti[141]: non tanto (o non solo) l'inesperienza, anche nel senso di una minor sopportazione della fatica fisica e mentale dei turni di lavoro, ma anche l'inferiore propensione all'ascolto dei malati[142] e al dialogo con i supervisori, ai fini di una richiesta di intervento/sostituzione[143].

10. A partire dalle peculiarità della posizione del medico in formazione, in particolare autonomia vincolata e individualizzazione del dovere di diligenza, il presente lavoro ha provato a conciliare complessivamente le tematiche della colpa per assunzione e della colpa relazionale con i problemi dei limiti ai poteri impeditivi e dell'esigibilità soggettiva di astensione e dissenso.
Le carenze del SSN hanno autorizzato le aziende ospedaliere a conferire lo svolgimento di funzioni ordinarie agli esercenti in corso di formazione; a loro è attribuita la facoltà (meglio: la responsabilità) di erogare attività assistenziali in modo autonomo e, in ogni caso, in condizioni scarsamente sorvegliate. Il "modello" dei decreti c.d. Calabria e Cura Italia, peraltro, non può dirsi "straordinario". Il «permanente *deficit* di candidati»[144], soprattutto nelle specializzazioni collegate a medicina d'urgenza e rianimazione[145], consente di assumere medici privi del diploma di specializzazione.
A fronte delle fatiche degli operatori sanitari, il legislatore si è inoltre convinto a introdurre la causa di non punibilità della colpa non grave di cui all'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021[146]. L'opzione normativa è stata accolta positivamente dagli studiosi secondo i quali «l'emergenza assume un

---

[141] K.W. Eva, *Diagnostic error in medical education: where wrongs can make rights*, in *Advances in Health Sciences Education* 2009, v. 14, 71-81; K. Kyoungja, L. Insook, *Medication error encouragement training: A quasi-experimental study*, in *Nurse Education Today* 2020.
[142] *Patient Safety Curriculum Guide for Medical Schools*, 141 ss.
[143] H. Singh, E.J. Thomas, L.A. Petersen, D. M. Studdert, *Medical Errors Involving Trainees. A Study of Closed Malpractice Claims From 5 Insurers*, in *Arch Intern Med* 2007, v. 167 (19); O.C. Myers, R.M. Gartland, J. Skillings, L. Heard, E.A. Bittner, J. Einbinder, J.P. Metlay, E. Mort, *An Examination of Medical Malpractice Claims Involving Physician Trainees*, in *Academic Medicine* 2020, v. 95 (8) 1215-1222.
[144] C. cost. 11.1.2022 n. 36, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 co. 2 l. Reg. Veneto 28.12.2018 n. 48 («*Piano socio-sanitario regionale 2019-2023*»), promosso dal TAR Veneto nel procedimento tra ANAAO-Assomed Veneto (Associazione sindacale medici dirigenti del Veneto) e la Regione Veneto. La norma è stata considerata illegittima nella parte in cui prevede che, per garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie comprese nei livelli essenziali di assistenza, «le aziende sanitarie possono, in via eccezionale, conferire ai medici incarichi individuali, con contratto di lavoro autonomo, per lo svolgimento di funzioni ordinarie». Il Piano socio-sanitario regionale prevede altresì che, qualora non si possano reperire medici in possesso della specializzazione richiesta, la selezione possa estendersi a medici con specializzazione equipollente o affine; e inoltre dispone che, qualora anche i suddetti medici non siano reperibili, l'incarico individuale possa essere conferito a medici privi del diploma di specializzazione, sulla base di linee di indirizzo regionali che definiscono le modalità di inserimento dei medici all'interno di strutture aziendali e di individuazione di ambiti di autonomia esercitabili con tutoraggio del personale strutturato. Il PSSR stabilisce, infine, che le Regioni possono organizzare o riconoscere percorsi formativi per l'acquisizione di competenze teorico-pratiche negli ambiti di potenziale impiego dei medici privi del diploma di specializzazione. Le questioni sono state ritenute inammissibili dalla Consulta in considerazione della evoluzione della normativa statale che, da tempo, consente di sopperire alla carenza del personale di ruolo tramite la contrattualizzazione degli specializzandi, sul "modello" del c.d. decreto Calabria (*supra*, § 5).
[145] Si vedano, per esempio, i seguenti articoli: *Test Specializzazioni, restano non assegnate le borse per Urgenza e Rianimazione*, in *www.sanitainformazione.it*; *I giovani medici non vogliono specializzarsi in medicina d'urgenza e rianimazione: persa una borsa di studio su 10*, in *www.corriere.it*.
[146] Sulla natura di causa di non punibilità dell'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2020, si veda la «Relazione n. 35/2021 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione su novità normativa: Artt. 3 (Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2) e 3-*bis* (Responsabilità penale per morte o lesioni personali in ambito sanitario durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19) del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, in legge 28 maggio 2021, n. 76» (in particolare, 18 ss.).

ruolo scusante perché ha autorizzato l'assunzione di rischi gravata da *deficit* di competenza»[147]. Al netto della qualificazione e dei termini operativi della clausola, si tratta, in ogni caso, di «una *norma di buon senso e di garanzia*, a tutela di chi sta operando – in condizioni critiche, di estrema difficoltà e di incertezza scientifica – a tutela della salute pubblica»[148].
Di più: un criterio orientativo per ripensare in generale i criteri di attribuzione della responsabilità per colpa al «personale non specializzato», "normalmente" accolto nella cerchia dei professionisti contrattualizzati per sopperire alle carenze d'organico.
Di seguito, dunque, alcune proposte per una più equilibrata valutazione della responsabilità penale dei medici dotati di un minor grado di esperienza e conoscenza, in relazione ai fatti colposi di omicidio e lesioni personali commessi in danno dei pazienti.
Sul piano meramente interpretativo, nella prospettiva di definire in termini ragionevoli la punibilità dei giovani sanitari, la giurisprudenza dovrebbe diversificare contenuto e limiti della posizione di garanzia in ragione delle tipologie di attività svolte; financo escludere l'esistenza di obblighi di protezione nei confronti del paziente quando lo specializzando assiste il personale strutturato nello svolgimento delle sue attività («appoggio») ovvero in modo occasionale (scenario 3).
In sede di accertamento della colpa, ai fini dell'individuazione della regola cautelare, la ricostruzione dell'agente modello andrebbe condotta tenendo conto della disciplina della formazione specialistica, del conseguimento progressivo delle competenze, delle forme di partecipazione all'attività assistenziale. Andrebbero inoltre valutati gli aspetti soggettivi e oggettivi di erogazione della prestazione (carichi e turni di lavoro, sovraffollamento del reparto, ecc.), con particolare riferimento al contesto organizzativo e alla disponibilità del personale di ruolo per il consulto e l'intervento tempestivo. Lo scopo è quello di personalizzare quanto più possibile il rimprovero, verificando l'incidenza di fattori che possano scusare l'errore dello specializzando sulla presa in carico del paziente e la mancata osservanza dell'astensione (scenario 1). In relazione all'esecuzione di direttive inappropriate del medico tutore (scenario 2), tralasciando l'emotività quale causa di esclusione della colpevolezza per il loro adattamento, dovrebbero essere valutate a favore del tirocinante le circostanze fattuali e contestuali che abbiano inciso sulla riconoscibilità dell'errore del superiore e/o falsato la decisione sulla prosecuzione dell'attività non ostante l'impreparazione sul caso clinico (percezione di insostituibilità della collaborazione per carenza di personale specializzato o maggiormente idoneo all'esecuzione del compito; inesigibilità del confronto dialettico sulla direttiva e/o del dissenso e l'astensione per l'urgenza di proseguire l'intervento, ecc.).
Si tratta, come noto, di elementi apprezzati dalla dottrina che sostiene la necessità di una maggiore valorizzazione della regola di giudizio di cui all'art. 2236 Cc[149]; oppure di tenere in debito conto le condizioni biografiche e personali del soggetto (le conoscenze inferiori "tipiche" di un gruppo), l'incidenza della disorganizzazione o di altri *deficit* strutturali[150].
Si tratta, ancora, di accorgimenti interpretativi che consentirebbero di valutare, a favore dell'agente concreto, l'intervento di fattori di "disturbo" del processo di riconoscimento delle proprie capacità,

---

[147] M. Caputo, Il puzzle *della colpa medica*, cit., 1187.
[148] C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.
[149] *Ex multis*: L. Risicato, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, cit.; M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit.; G. Iadecola, *Qualche considerazione a margine della Nota in data 15.6.2020 del PG della Cassazione*, cit.
[150] G.M. Caletti, *La responsabilità penale per carenze organizzative e strutturali in ambito sanitario*, in *RIML* 2016, 740; R. Bartoli, *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, *ivi*, 2018, 793 ss.; O. Di Giovine, *Imperizia e colpa professionale*, in *ED, I tematici II*, cit., 655.

ossia della distanza che lo separa dall'agente modello (tra questi fattori, per esempio: l'assunzione in deroga, l'ordine del tutore, le condizioni organizzative del reparto, ecc.); in altri termini: ostacoli alla percezione del divario dallo standard di diligenza richiesto per l'esercizio dell'attività, validi a scusare – sul piano della misura soggettiva – la colpa per assunzione.

Da questo punto di vista, passando alle proposte *de lege ferenda*, anche la figura dello specializzando si gioverebbe di una riforma orientata alla «*ricerca di un limite*»[151] alla colpa penale del medico, così come di un ripensamento della responsabilità individuale che tenga conto delle difficoltà operative di erogazione delle prestazioni determinate da carenze organizzative[152], con particolare riferimento alla cattiva gestione dei reparti e della supervisione dei *trainees*[153].

In prospettiva di riforma, allora, si dovrebbe riflettere sul tracciato dell'art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021, che impone di considerare il livello di esperienze e conoscenze dell'esercente (livello rilevante, di norma, nell'ambito della misura soggettiva) ai fini della determinazione del grado della colpa[154]. La norma, nata nel contesto della gestione della pandemia, esprime un'esigenza di contenimento della responsabilità penale degli operatori sanitari inseriti (forzatamente) in un circolo di rapporti pur in assenza delle capacità o cognizioni corrispondenti. Ma non solo.

La limitazione della responsabilità penale degli esercenti in formazione, rispetto ai fatti di cui agli artt. 589 e 590 Cp che trovino causa nella scarsità di personale di ruolo disponibile al consulto e all'intervento tempestivo o in altre disfunzioni organizzative, contribuirebbe a rassicurare i giovani medici e scoraggiare atteggiamenti di medicina difensiva, che già si manifestano nella fuga dalle specializzazioni più esposte al rischio-penale. La responsabilità concorrente del medico tutore e, eventualmente, quella aggiuntiva della struttura, servirebbero a prevenire la preordinata attribuzione di incarichi a professionisti potenzialmente "irresponsabili" e, dunque, l'indebolimento della tutela di beni giuridici di rilevanza primaria (salute, vita, autodeterminazione, dignità del paziente).

---

[151] F. Basile, P.F. Poli, *La responsabilità per "colpa medica" a cinque anni dalla legge Gelli-Bianco*, in *www.sistemapenale.it*, 17.5.2022, 2.

[152] Sul punto, G. Forti, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, cit. Si veda, inoltre, sul sito dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto penale, tra i Materiali per la riforma dei delitti contro la persona, il documento sui reati colposi contro la vita e l'incolumità fisica pubblicato dal sottogruppo coordinato dal Prof. Sergio Seminara e composto dai Proff. Domenico Pulitanò e Matteo Caputo: *Il regime di responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria*, a firma di M. Caputo. Si veda anche Id., *Colpa penale del medico*, cit., 417-420, dove propone di intervenire direttamente sull'art. 43 Cp. Si leggano, inoltre, le interessanti proposte formulate da P.F. Poli, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di* extrema ratio *ed effettività della tutela penale*, Milano 2021, 414 ss.

[153] Tra le carenze organizzative andrebbero dunque ricomprese quelle relative alla inadeguata copertura dei reparti da parte del personale di ruolo, anche ai fini della supervisione delle attività degli specializzandi.

[154] Sulla commistione tra i gradi della misura oggettiva e la c.d. misura soggettiva della colpa, M. Caputo, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16.12.2021.

IL CALUNNIATORE CHIAMATO A TESTIMONIARE: FRA *NEMO TENETUR SE DETEGERE*, ESIGENZE DI ACCERTAMENTO PROCESSUALE E RITRATTAZIONE. POSSIBILI SOLUZIONI E PROFILI DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

di Andrea Matteoni
Borsista di ricerca presso l'Università di Pisa

Attraverso il presente lavoro si intende mettere a fuoco, passando in rassegna i principi costituzionali e convenzionali che s'impongono in materia, i rischi penali in cui incorre il soggetto che, dopo aver calunniato taluno, sia chiamato a rendere sommarie informazioni o a testimoniare in udienza. Si darà conto, dunque, di un contrasto giurisprudenziale e dottrinale alla luce del principio del *nemo tenetur se detegere*, rispetto al quale appare doveroso prendere posizione, tentando di far dialogare istanze di garanzia e tutela della genuinità del materiale probatorio. Infine, ampia riflessione sarà dedicata alla mancata menzione dell'art. 368 fra i reati cui l'art. 376 Cp annette i benefici della causa di non punibilità della ritrattazione. Si metteranno in luce, così, alcuni profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza, estrinseca ed intrinseca, ai quali appare necessario porre rimedio.
This paper, by taking into consideration the constitutional and conventional principles that are imposed in the concerned matter, aims at reviewing the criminal risks incurred by who, after having slandered someone, is called to make summary information or to testify in court. It will be given account, therefore, of a jurisprudential and doctrinal contrast in the light of the principle *nemo tenetur se detegere*, with respect to which it seems right to take a position, trying to bring together both the instances of guarantee and the protection of the authenticity of the evidentiary material. Finally, a broad reflection will be devoted to the failure to mention article 368 of the Italian Criminal Code among the crimes to which article 376 of the Italian Criminal Code attaches the benefits of the cause of non-punishability of retraction. Moreover, some profiles of unconstitutionality for violation of the principle of extrinsic and intrinsic reasonableness will be highlighted, which seems necessary to remedy.

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. Il calunniatore chiamato a testimoniare: confessione imposta o diritto di mentire? – 2.1. Il principio del *nemo tenetur se detegere*. – 2.2. *Quid iuris* con riguardo al calunniatore chiamato a testimoniare? – 2.2.1. Esiti problematici. – 3. La sorte punitiva del reato di calunnia in caso di ritrattazione. – 3.1. La ritrattazione concomitante alla calunnia. – 3.2. La ritrattazione tempestiva, ma non contestuale alla calunnia. – 3.2.1. La storia dell'elencazione tassativa dell'art. 376 Cp – 3.2.2. L'irragionevole esclusione del reato di calunnia dall'art. 376 Cp – 3.2.3. Qualche considerazione sparsa in punto di opportunità politica e di irragionevolezza intrinseca. – 3.3. Prospettive future.

1. Nelle pagine che seguono si tenterà di analizzare due principali questioni poste dal caso particolare del calunniatore che si trovi a deporre in tribunale in qualità di testimone[1].

[1] Questo rappresenta – almeno nella logica del discorso che si tenta di condurre – l'esempio paradigmatico, benché tutte le considerazioni che si svolgeranno varranno, *mutatis mutandis*, per il caso di colui che, dopo aver commesso il reato di calunnia, sia escusso a sommarie informazioni dal Pubblico Ministero o dalla P.G. delegata nel corso delle indagini oppure ancora dal difensore dell'indagato/imputato.

In primo luogo, sarà necessario affrontare i problemi connessi alla sanzionabilità della condotta di colui che, dopo aver commesso il reato di calunnia formale (art. 368, comma I, prima parte, Cp), perseveri nelle false dichiarazioni innanzi all'Autorità giudiziaria che lo ascolta in qualità di testimone.
In secondo luogo, si intenderà approfondire la rilevanza della ritrattazione rispetto al reato di calunnia formale, con particolare riferimento alla questione della mancata menzione, nell'art. 376 Cp, dell'art. 368 Cp fra i reati che possono beneficiare della relativa causa di non punibilità.
I temi posti sul tavolo consentono di ragionare, pur partendo da un'ipotesi specifico-concreta, sui vari principi costituzionali e del sistema processualpenalistico che concernono i diritti dell'imputato (e del possibile imputato), l'interesse generale dello Stato al corretto esercizio dell'azione punitiva e alla repressione dei reati, la discrezionalità legislativa in materia punitiva e, infine, le istanze della vittima del reato, nel tentativo di farli dialogare fra di loro.

2. La posizione sostanziale e processuale del calunniatore chiamato a deporre in qualità di testimone è particolarmente problematica, poiché pone in una sorta di rapporto antagonistico il divieto di confessioni imposte, da una parte, e l'incompatibilità con l'ordinamento processuale di un teste – che possa dirsi tecnicamente tale – che goda del diritto di mentire.
Si tratta di un contrasto che deve essere risolto dall'interprete dimodoché nessuno di questi due assunti ne risulti annientato. Il divieto di confessioni imposte, come si dirà meglio nel prosieguo, discende dal diritto inviolabile ad una difesa effettiva e dal principio del giusto processo: entrambi valori di fondamentale rilievo costituzionale, convenzionale ed eurounitario. L'inconcepibilità di un testimone cui sia riconosciuto il diritto di mentire, invece, è legata sia alle fondamenta del nostro sistema processuale che vede nella prova testimoniale il momento centrale dell'accertamento della verità, sia al regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia, anch'essi valori di rilievo costituzionale[2].

2.1. Il principio espresso dal brocardo *nemo tenetur se detegere* pone il divieto ai pubblici poteri (legislativo, esecutivo-amministrativo e giudiziario) di pretendere una collaborazione auto-incriminante da parte del cittadino. Si tratta di un fondamentale approdo di civiltà, rappresentando un corollario indispensabile delle prerogative difensive del cittadino, che deve trovare garanzia e rispetto con riferimento a tutti i rischi punitivi[3].
Il principio in parola impedisce, anzitutto, che la legge possa prevedere delle ipotesi di c.d. "confessione obbligatoria". Di conseguenza, sono messe al bando sia le previsioni che più direttamente prevedono a carico del cittadino obblighi collaborativi con l'Autorità giurisdizionale (o para-giurisdizionale) dall'assolvimento dei quali possa derivare un'auto-incolpazione, sia tutte quelle disposizioni che comunque hanno l'effetto di determinare una coartazione morale verso la confessione.
Tanto anticipato, in via di prima approssimazione, è utile individuare il fondamento costituzionale del principio in esame. Pur non trovando espressa codificazione, infatti, la dottrina e la giurisprudenza, anche costituzionale, hanno rinvenuto vari riferimenti costituzionali idonei a

[2] Sul tema dell'accertamento di una verità autentica come fine del processo e come presupposto di legittimità dell'esercizio della potestà punitiva v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 2011, 43. Sulla centralità della prova testimoniale si tornerà nel trattare quanto espresso dalle Sezioni Unite del 2008 (Cass. Pen., Sez. Un., 14 febbraio 2008 n. 7208).
[3] Il primo accoglimento di questo principio nell'Italia preunitaria lo si deve al Codice di rito Romagnosi del 1807, vigente nel Regno italico napoleonico.

ritenere accolto nel nostro ordinamento il principio del *se detegere*. Si è fatto riferimento alla libertà morale (artt. 2 e 13, specie con riferimento al quarto comma, Cost.), ma anche, e soprattutto, al principio dell'equo processo (art. 111 Cost.), al dovere costituzione a che sia l'accusa a trovare in autonomia le fonti di prova (art. 27, comma 2, Cost.), al diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), al principio di libertà individuale (art. 23 Cost.), nonché al diritto alla riservatezza[4]. Obbligare il cittadino a confessare mina alle fondamenta la possibilità di rispettare il principio del giusto processo accusatorio, ledendo, evidentemente, anche l'ulteriore principio-corollario della parità delle armi, dunque, il diritto inviolabile di difesa[5].

Di recente, la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi del principio del *nemo tenetur*, interessandosi primariamente dei suoi fondamenti costituzionali, eurounitari e convenzionali e della latitudine del perimetro di applicazione[6].

Saldi addentellati costituzionali sono stati rintracciati negli artt. 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art 6 C.E.D.U.[7] e all'art. 14, comma 3, lettera *g*, del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York dall'Assemblea Generale con Risoluzione 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966, nonché negli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., con riferimento agli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza[8].

I riferimenti all'ordinamento convenzionale ed unionale risultano di grande interesse tenuto conto del fatto che, con riferimento al principio del *nemo tenetur se detegere*, si è assistito ad un virtuoso dialogo fra Corti, segnatamente fra la Corte costituzionale, la Corte di Giustizia e la Corte di Strasburgo. Quest'ultima, in particolare, ha contribuito in modo preponderante alla costruzione ermeneutica del principio in parola con la sua giurisprudenza sulla legalità processuale e sul principio del giusto processo, di cui all'art. 6 C.E.D.U., nonché sul diritto al silenzio dell'incolpato[9].

La Corte costituzionale, con pronuncia n. 170 del 2019, ha adottato un'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo affinché questa si pronunciasse sulla compatibilità comunitaria del riconoscimento, da parte dell'ordinamento nazionale – per come influenzato anche

---

[4] Per una disamina articolata dei vari pilastri su cui poggia il riconoscimento costituzionale del principio si rinvia, con i relativi riferimenti bibliografici, a D. TASSINARI, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 244-260.

[5] Giova rammentare come la Corte costituzionale abbia annoverato il diritto di difesa fra i valori supremi dell'ordinamento, non derogabile da alcun potere costituito e che si oppone, dunque, anche all'ingresso di fonti super-primarie come le consuetudini internazionali generalmente riconosciute e il diritto eurounitario (cfr. Corte cost. n. 238 del 2014).

[6] Corte cost., ord. n. 170 del 2019; sent. n. 84 del 2021.

[7] In particolare, come interpretato dalla Corte di Strasburgo con le sentenze 25 febbraio 1993 n. 10828/84 e 17 dicembre 1996 n. 19187/91.

[8] Ancorché, infatti, l'art. 51, par. 1, C.D.F.U.E. limiti l'ambito di applicazione della medesima Carta di Nizza alle materie in cui gli Stati danno attuazione al diritto unionale, ormai è in corso il superamento della logica "a compartimenti stagni" quanto alla tutela dei diritti inviolabili della persona. L'europeizzazione del diritto costituzionale impone, al di là della c.d. tutela multilivello, una lettura congiunta, armonica, ove possibile, dei diritti fondamentali della persona, a prescindere dal campo di azione, come conferma anche la più recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost. sentt. nn. 269 del 2017, 20 del 2019, 63 del 2019 e 11 del 2020); in argomento cfr. F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino 2005; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 4, 2010.

[9] Sul tema del "dialogo" fra Corti v. M. MICHETTI, *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosegue sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, in *Giur. cost.*, III/2021, 764 ss.

dalla Convenzione europea –, di un pieno diritto a non contribuire alla propria incolpazione, rispetto alle istanze repressive che provenivano dall'Unione Europea circa taluni illeciti[10].
La Corte di Giustizia del 2021, pronunciatasi sul tema, ha chiarito come la normativa comunitaria non possa ostare ad un ampio e pieno ambito di applicazione del principio del *nemo tenetur se detegere* atteso che, detta prerogativa difensiva fondamentale, trova piena cittadinanza e tutela anche nell'ordinamento eurounitario[11].
Per tali ragioni, di fronte al rischio di essere puniti[12] v'è sempre il diritto a non contribuire alla propria incolpazione, ossia il diritto a sottrarsi alle richieste di collaborazione con l'autorità investigativa, il diritto al silenzio e, finanche, il diritto di mentire per evitare di autoincriminarsi[13].

---

[10] Segnatamente, con tale pronuncia la Corte costituzionale ricostruisce il perimetro del principio del *nemo tenetur se detegere*, affermando che «la Corte di Strasburgo ha in plurime occasioni affermato che il "diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione" (Corte EDU, sentenza 25 febbraio 1993, *Funke contro Francia*, paragrafo 44) si colloca al cuore della nozione di "equo processo" proclamata dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU (*ex multis*, Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz contro Svizzera*, paragrafo 52). Tale diritto è, infatti, finalizzato a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità volte a provocarne la confessione (sentenza 8 febbraio 1996, *John Murray contro Regno Unito*, paragrafo 45). Nella valutazione della Corte EDU, inoltre, il diritto in questione è strettamente connesso alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, CEDU (sentenze 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinnes contro Irlanda*, paragrafo 40; 17 dicembre 1996, *Saunders contro Regno Unito*, paragrafo 68). Il diritto in esame è stato, d'altra parte, più volte ritenuto violato in relazione a soggetti sanzionati dall'ordinamento nazionale per non avere fornito risposte ad autorità amministrative nell'ambito di procedimenti di accertamento di violazioni di natura amministrativa (Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon contro Regno Unito*, paragrafi 38-41; sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz contro Svizzera*, paragrafi 50-58). In particolare, è stata riscontrata la violazione dell'art. 6 CEDU in un caso in cui un soggetto, nei cui confronti era pendente un'indagine amministrativa relativa a illeciti tributari, aveva reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dall'autorità che stava conducendo l'indagine, ed era stato punito per questa sua condotta con sanzioni pecuniarie (Corte EDU, sentenza 3 maggio 2001, *J. B. contro Svizzera*, paragrafi 63-71). In quest'ultimo caso, decisiva è stata la considerazione della natura "punitiva", secondo i criteri Engel, delle sanzioni applicabili dall'autorità amministrativa alle violazioni tributarie oggetto dell'indagine. Secondo l'apprezzamento della Corte, tale natura "punitiva" chiamava infatti in causa l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale, compresa quella del "diritto al silenzio" da parte di chi sia incolpato di avere commesso un illecito. Pare pertanto che, anche secondo la Corte EDU, il diritto a non cooperare alla propria incolpazione e a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria, riconducibile all'art. 6 CEDU, comprenda il diritto di chiunque sia sottoposto a un procedimento amministrativo, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere "punitivo" nei propri confronti, a non essere obbligato a fornire all'autorità risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità, sotto minaccia di una sanzione in caso di inottemperanza». Si tratta di argomentazioni rincarate, poi, con sentenza sent. n. 84 del 30 aprile 2021 in sede di applicazione delle coordinate ermeneutiche fornite dalla adita Corte di Giustizia.

[11] Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, la quale fa ampio richiamo anche alla giurisprudenza convenzionale (fra le altre, Corte EDU, sentenza 25 febbraio 1993, *Funke contro Francia*; sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz contro Svizzera*; sentenza 8 febbraio 1996, *John Murray contro Regno Unito*; sentenze 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinnes contro Irlanda*; sentenza 17 dicembre 1996, *Saunders contro Regno Unito*; sentenza 4 ottobre 2005, *Shannon contro Regno Unito*; sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz contro Svizzera*).
A livello di addentellato positivo nell'ordinamento eurounitario deve aversi riguardo anche alla Direttiva 2016/343/UE (con particolare riferimento all'art. 7), oggetto di recente recepimento da parte dell'Italia, mediante la legge di delegazione europea 2019-2020 (legge 22 aprile 2021, n. 53).

[12] Il rischio punitivo, pacificamente, v'è sia nel caso di minaccia di sanzione penale sia nel caso di prospettazione di una sanzione amministrativo-punitiva, ma non si ravvisano valide ragioni per non estendere l'ambito di applicazione del principio difensivo in esame nell'ambito del plesso punitivo civile, rappresentato dalle sanzioni previste dal d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 e forme assimilate, ma fors'anche estendibile alle ipotesi di c.d. "danno punitivo", ove la funzione riparatoria cede il passo a quella più schiettamente sanzionatoria e punitiva.
In tema, si rinvia in generale a L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 210 ss.

[13] C. TAORMINA, *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi precedenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, 1454.

Il diritto di difesa del reo e il principio del giusto processo postulano il rispetto di queste prerogative che fanno parte integrante delle guarentigie difensive della persona. Questo specifico fondamento costituzionale fa sì che il principio in analisi rilevi primariamente in una dimensione oggettiva, strutturale, ordinamentale; solo in secondo luogo emerge la dimensione soggettiva, legata all'istinto di conservazione di sé[14].

Tratteggiata la matrice fondamentale del principio in scrutinio, e prima di procedere oltre, giova sinteticamente precisare il contenuto precettivo del principio del *se detegere*, oltre che la sua rilevanza non esclusivamente endoprocedimentale[15].

Quanto al primo profilo d'indagine può osservarsi come, al netto di una certa «instabilità concettuale» del principio in scrutinio, sia possibile individuarne un contenuto minimo certo: il diritto al silenzio[16]. È riconosciuto al cittadino, dunque, un diritto dal contenuto omissivo, consistente nella facoltà di non rispondere, di non collaborare, di non produrre materiale probatorio a proprio carico[17]. Tuttavia, la dottrina prevalente ha sostenuto che, affianco ad un sicuro *ius tacendi*, faccia parte del principio anche un vero e proprio *ius mentiendi*, giacché senza di esso i diritti difensivi dell'individuo risulterebbero inevitabilmente monchi[18].

Con riguardo, invece, al secondo profilo, benché rimanga un tema in parte aperto, è possibile evidenziare come, nonostante il campo d'elezione di operatività del principio sia quello endoprocessuale, esso debba trovare garanzia anche in fase esoprocedimentale[19]. Invero, la giurisprudenza costituzionale, adottando un'interpretazione strettamente letterale, ha più volte affermato che il diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost. trova spazio solo nell'ambito di un procedimento avviato a carico di un soggetto individualizzato[20]. Cionondimeno, è stato

---

[14] D. TASSINARI, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, cit., 230, 253 e 278.

[15] Si rinvia, al fine di non realizzare un fuor d'opera e, al contempo, difettare irrimediabilmente di sintesi, all'opera di D. TASSINARI, *ult. op. cit*.

[16] Quanto alla storicità della cogenza del principio del *nemo teneter se degere* e alla sua mutevolezza sul piano dogmatico, cfr. M. S. Green, *The privilege's last stand: the privilege against self-incriminatrion and the tight to rebeal against the state*, in *Brooklyn law review*, 1999, p. 628 e 637 ss.

[17] A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma,* Cp*)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., I, 2010, 178.

[18] Si v. M. A. PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio*, Torino 2020, 273, nota 87; D. TASSINARI, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, cit., 274 ss., spec. 284-287, per il quale «la combinazione dell'aspetto attivo [diritto di mentire] e di quello passivo [diritto al silenzio] dell'autodifesa, che ne costituiscono fattori autonomi e complementari, pare l'unica in grado di riflettere appieno il quantum di libertà morale implicito al *se detegere*».

[19] Il tema si lega anche alla questione della rilevanza sostanziale e non meramente processuale del principio del *nemo tenetur se detegere*. In tal senso devono essere rammentate le non recenti, e non scevre da critiche, posizioni di E. INFANTE, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 831 ss. e M. ZANOTTI, Nemo tenetur se detegere. *Profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989, 188. Quest'ultimo Autore, in particolare, interessandosi della portata e del fondamento dell'art. 384 c.p., osserva come tale disposizione altro non sia che un'esemplificazione di un più ampio principio di inesigibilità (e di ciò sembrano essere convinte anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sent. n 10381 del 16 marzo 2021), il quale è complementare e connesso al canone del *nemo tenetur se detegere*. Così opinando, l'elencazione (che è tassativa per l'impostazione maggioritaria) dell'art. 384, comma I, c.p. non può essere intesa come limite al principio del *nemo tenetur se detegere*, potendo, in concreto, essere integrati anche altri fatti tipici in ragione dell'inesigibilità di una condotta alternativa; ciò è quanto avverrebbe, per l'appunto, anche nel caso del soggetto che testimoni il falso al fine di non confessare un precedente reato commesso. Da ultimo, si v. M. MANTOVANI, *Profili attuali del* nemo tenetur se detegere *in senso sostanziale*, in *Discrimen*, 14 ottobre 2021, il quale assegna anche all'art. 384 Cp una funzione centrale nella rilevanza extra-procedimentale del principio in scrutinio.

[20] *Ex multis*, Corte cost., sent. n. 149 del 1969.

osservato come «le violazioni del *privilege* operate, utilizzando lo strumento del diritto penale sostanziale, in momenti antecedenti al processo […] sono evidentemente in grado di annichilire i valori processuali che il principio tutela»[21].
A ciò deve aggiungersi che la necessità di far operare le guarentigie derivanti dal principio in esame anche in fase esoprocedimentale deriva, a ben riflettere, dalla considerazione per cui il diritto di difesa sia solo uno dei principali fondamenti costituzionali del principio. Anzitutto il principio del giusto processo, cui si accompagnano i vari addentellati costituzionali sopra richiamati (artt. 2, 13, 23, 27, comma 2, 111 Cost.), consente una lettura più ampia del principio, che non si incagli nelle strette maglie testuali dell'art. 24, comma 2, Cost. Così opinando sarebbe possibile estenderlo almeno a tutte quelle situazioni preprocessuali o extraprocessuali in cui l'adempimento dell'obbligo di collaborazione svilisca il successivo esercizio del diritto di difesa[22].
In questa sede giova anche segnalare come attenta dottrina abbia avuto modo di osservare che il diritto al mendacio si fa ancor più forte proprio in fase preprocedimentale. In questi momenti, infatti, il mero silenzio diviene una calamita per i sospetti dell'Autorità inquirente; pertanto, la falsa dichiarazione rappresenta spesso l'unica alternativa possibile per evitare l'avvio di un procedimento a proprio carico[23].
Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, affiorano in superficie momenti di frizione fra il generale dovere di verità cui è tenuto il testimone e le istanze di garanzia che pretende anche l'autore della falsa incolpazione. È ben vero che la confessione – ossia, nel caso che qui interessa, la ritrattazione delle precedenti dichiarazioni calunniose – è utilizzabile come prova del fatto solo se preceduta dagli avvertimenti di legge (*ex* art. 64 Cpp) e se rilasciata nel corso di un'escussione che presenti i crismi dell'interrogatorio dell'indagato o dell'esame dell'imputato; ciononondimeno la mera inutilizzabilità, non accompagnata da altri strumenti di prevenzione o di tutela dei diritti del reo, rischia di frustrare le esigenze sottese al principio del *nemo tenetur se detegere*.
La previsione dell'eventuale inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali ai fini della prova del *primum delictum* calunnioso non appare del tutto sufficiente. Ferma, infatti, l'inutilizzabilità per la prova del fatto in dibattimento, la giurisprudenza riconosce ad altri fini una certa utilizzabilità degli elementi probatori raccolti in violazione di un divieto probatorio, così da vulnerare irrimediabilmente la pienezza del diritto di difesa[24]. In definitiva, la confessione coartata produrrà pure un materiale inutilizzabile, ma dà avvio al procedimento penale a carico di chi l'ha resa.

---

[21] Prendendo a prestito le parole di D. TASSINARI, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, cit., 289, nota 150.
[22] D. TASSINARI, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, cit., 289 ss. spec. 294-296, il quale richiama importanti indicazioni della Corte costituzionale in tal senso (Corte cost., ord. n. 186 del 1996; sent. n. 85 del 1983). Sul punto si v. anche M. A. PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio*, cit., 273 per la quale il fondamento costituzionale del principio del *nemo tenetur se detegere* in fase pre-procedimentale risiede nell'art. 27, comma 2, e 111 Cost., segnalando, inoltre, che, infatti, l'art. 24, comma 2, Cost. e l'art. 384 Cp presentano oggettività giuridiche solo parzialmente sovrapponibili.
[23] D. TASSINARI, *ult. op. cit.*, 297-298
[24] Se è vero che l'inutilizzabilità delle "confessione" degrada il materiale raccolto da prova del fatto a mera *notitia criminis*, vero è anche che la giurisprudenza di legittimità pacificamente ammette l'impiego della *notitia criminis* – specie se particolareggiata –, ad esempio, come elementi probatori ai fini del soddisfacimento dei presupposti di cui agli artt. 266 ss. Cpp (cfr. Cass. Pen., Sez. II, 16 aprile 2013, n. 19483; Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 12252). Pertanto, il fatto che un certo materiale probatorio non sia utilizzabile in dibattimento ai fini della prova del fatto contro colui che ha rilasciato le dichiarazioni confessorie, lungi dall'essere *tamquam non essent* nel procedimento penale. Coerentemente, infatti, lo stesso art. 63 Cpp prevede che la persona che ha rilasciato dichiarazioni autoincriminanti dovrà essere avvertita «che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti» e sarà invitata a nominare un difensore. Siffatta impostazione, d'altro canto, non risulta smentita nemmeno dalle Sezioni Unite del 2020 (Cass. Pen., Sez. Un., 2 gennaio 2020, n. 51), chiamate ad affrontare l'annosa questione

In secondo piano, peraltro, può anche osservarsi una certa distonia del sistema: l'inutilizzabilità patologica segue la violazione di un divieto probatorio da parte del magistrato, mentre qui segue l'ottemperanza ad un dovere giuridico da parte del futuro imputato, la cui osservanza dovrebbe addirittura essere intimata dal giudice *ex* art. 207, comma 1, Cpp[25]. Non pare che la legge possa – a pena di entrare in diretto contrasto con i diritti costituzionali del reo – prevedere per *tabulas* delle situazioni in cui il reo si trovi di fronte ad una scelta che contempli, in ultima istanza, due opzioni: confessare il precedente reato oppure andare incontro a conseguenze negative ulteriori rispetto a quelle previste per il fatto di reato già commesso. Queste ulteriori conseguenze negative (*rectius*, sanzioni punitive) avrebbero, evidentemente, l'effetto di piegare la libertà morale del reo fino a coartare la sua confessione del precedente illecito penale. È, invece, necessario che sia consentita una terza via, che permetta al teste (precedentemente reo di calunnia) di non integrare un ulteriore reato di falso e che gli consenta, allo stesso tempo, di salvaguardare le proprie istanze di difesa[26].

2.2. Le considerazioni svolte in punto di operatività del principio del *nemo tenetur se detegere* sono di cruciale importanza per affrontare il problema della posizione giuridica – sotto il profilo sostanziale e processuale – del calunniatore che si accinge, per evitare di confessare, a commettere l'ulteriore reato di falsa testimonianza.
Si tratta, più chiaramente, della frequente ipotesi in cui colui che abbia falsamente incolpato taluno sia poi chiamato in dibattimento, sotto giuramento e senza codificate facoltà di astensione dall'ufficio testimoniale, a reiterare le proprie dichiarazioni[27].
Com'è evidente, la sua posizione pone, innanzitutto, dei problemi di compatibilità costituzionale fra l'incriminazione *ex* art. 372 Cp ("falsa testimonianza") e il diritto a non collaborare alla propria incolpazione con riferimento al precedente reato di calunnia. Il dichiarante, infatti, si trova davanti ad un'alternativa drammatica: confessare la commissione del precedente reato, adempiendo all'obbligo di verità cui è soggetto in qualità di testimone, oppure persistere nella propria mendacità, integrando l'ulteriore reato di falsa testimonianza[28].
Il dato irretrattabile da cui si deve partire sta nella non sanzionabilità della falsa testimonianza, perché, diversamente opinando, si finirebbe per mettere in profonda crisi lo statuto defensionale che è riconosciuto al reo dalla Costituzione, dalla C.E.D.U. e dall'ordinamento dell'Unione.
Lo spazio in cui argomentare, invece, resta per quanto attiene al percorso e alla modalità tecnica che si voglia sostenere per mandare esente da pena un soggetto che testimonia il falso al fine di

---

dell'utilizzabilità delle intercettazioni autorizzate con riferimento ad un procedimento penale diverso (art. 270, comma 1, Cpp). Tuttavia, ciò non pare del tutto conforme ai vincoli europei (il riferimento va, in particolar modo, all'art. 7 della Direttiva 2016/343/UE e ai considerando nn. 24-28 della medesima direttiva).

[25] L'inutilizzabilità patologica, che è la conseguenza dell'acquisizione della prova *contra legem*, si distingue dall'inutilizzabilità fisiologica, essendo questa espressione del principio di separazione delle fasi processuale (oltre che di oralità ed immediatezza della prova), che trova deroga nei giudizi a prova contratta. In tema cfr. *amplius* F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; in tema v. anche E. LA ROCCA, *Regola di esclusione*, in *Dig. disc. pen*., Torino 2016, 627 ss. Sul connesso tema del diritto al silenzio (dell'imputato/indagato) e all'inutilizzabilità come conseguenza del principio del *nemo tenetur se detegere*, v. F. GIUNCHEDI, *Interrogatorio*, in Dig. disc. pen., Torino 2004, *passim*, spec. 498.

[26] L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. Cost*., 1965 314, ove l'A. si occupa anche del tema dell'illegittimità costituzionale di norme di legge siffatte.

[27] Non essendo la denuncia/querela direttamente utilizzabile dal giudice di merito ai fini della decisione, salvi i casi del giudizio abbreviato, irripetibilità oggettiva delle dichiarazioni o morte delle denunciante/querelante.

[28] Si parla di falsa testimonianza come esempio emblematico, ma tutte le considerazioni valgono *mutatis mutandis* con riferimento alle false informazioni al P.M. o al difensore (punite, rispettivamente, dagli artt. 371-*bis* e 371-*ter* Cp).

salvarsi dall'incriminazione per il reato di calunnia. Sul punto si prospettano almeno tre possibili strade[29].

Potrebbe darsi applicazione all'art. 384, comma 1, Cp, il quale prevede una scusante per colui che abbia «commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

Questa, in effetti, è la via che pare essere stata prescelta nei pochi pronunciamenti in tema da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, sulla scorta di una risalente dottrina[30]. La Suprema Corte, infatti, ha osservato come la successiva falsità, commessa per non confessare il precedente reato di calunnia, sia da considerare alla stregua di un "*post factum*" irrilevante, rispetto alla falsa incolpazione[31].

Più in particolare, è stato sostenuto come sia «necessario, al riguardo, approfondire, all'esito di una scrupolosa valutazione delle emergenze processuali, la sussistenza […] di una stretta ed inscindibile connessione tra i fatti oggetto della denunzia ipotizzata come calunniosa e quelli oggetto della falsa testimonianza. Risolto positivamente tale accertamento, deve tenersi conto del seguente principio di diritto al quale conformare la relativa decisione: non è punibile per il reato di cui all'art. 372 Cp il testimone che abbia reso false dichiarazioni al fine di sottrarsi al pericolo di essere incriminato per reato in precedenza commesso e in ordine al quale, al momento in cui è stato sentito, non v'erano indizi di colpevolezza a suo carico. Non rileva che il teste renda false dichiarazioni nel procedimento che trova la sua genesi in una denunzia da lui stesso sporta e rivelatasi, poi, calunniosa. In tal caso, non può revocarsi in dubbio che ricorra per il delitto di falsa testimonianza la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 Cp, comma 1. Diversamente opinando, si violerebbe il principio fondamentale *nemo tenetur se detegere*, nel senso che colui che abbia formulato una falsa accusa, chiamato poi a deporre come teste nel processo instaurato a carico dell'incolpato, sarebbe costretto a confessare la calunnia antecedentemente commessa; consegue, quindi, che, in tale specifica situazione, il persistere nel mendacio non può essere sanzionato penalmente»[32].

Non possono, tuttavia, sottacersi talune ragioni di tensione che emergerebbero dall'accoglimento di siffatta soluzione con i riferimenti costituzionali summenzionati (artt. 2, 11, 24, comma 2, 27, comma 2, 111 e 117 Cost.). L'orientamento ormai maggioritario considera l'art. 384, comma 1, Cp una scusante che ha, come tale, per presupposto operativo circostanze soggettive, inerenti al

---

[29] Invero, vi sarebbe pure una quarta via, patrocinata da parte della dottrina, che farebbe applicazione del criterio sostanziale dell'assorbimento (A. ALBERICO, *Frode in processo penale e depistaggio. Contributo a uno studio sulla tutela della prova nel processo penale*, Roma 2018, 245, ancorché con riguardo ai rapporti fra calunnia e depistaggio dichiarativo) al fine di non rendere applicabile l'ulteriore delitto di falsa testimonianza. Questa impostazione, tuttavia, non pare convincere pienamente alla luce del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, ribadito a più riprese anche dalle Sezioni Unite, secondo cui l'unico criterio ammissibile per risolvere il problema del concorso fra norme è il criterio di specialità unilaterale, non potendo trovare cittadinanza criteri soggettivi e valoristici privi di base legislativa (*ex multis*, Cass. Pen., Sez. Un., 28 aprile 2017, n. 20664; Sez. Un., 19 gennaio 2011, n. 1235; Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164).

[30] Cfr. Corte di Appello di Taranto, 20 marzo 2017, n. 163; Cass. Pen., Sez. VI, 26 gennaio 2009 n. 3427; Sez. VI, 19 dicembre 2012, n. 49364; Sez. IV,16 luglio 2013, n. 30830. V., per quanto attiene al riferimento dottrinario, P. CURATOLA, *voce «Calunnia (dir. pen.)»*, in *Enc. Dir*., V, Milano 1959, 818.

[31] Cass. Pen., Sez. IV,16 luglio 2013, n. 30830.

[32] Così, testualmente, la prima pronuncia della Suprema Corte che si è occupata *ex professio* del tema, Cass. Pen., Sez. VI, 26 gennaio 2009 n. 3427.

conflitto interiore, l'inquinamento del processo deliberativo o, comunque, la controspinta motivazionale rappresentata dall'aspirazione di salvamento[33].

[33] Sulla qualificazione giuridica della figura dell'art. 384, comma 1, Cp si sono registrati almeno tre differenti orientamenti, i quali riconoscono rilievo alla disposizione da ultimo citata, variamente, come causa di esclusione dell'antigiuridicità, come causa di esclusione della colpevolezza e, infine, come causa di esclusione della sola punibilità. La tesi dominante, e che appare ampiamente preferibile, è quella che sostiene la natura scusante dell'art. 384, comma 1, Cp, la quale fa leva, per rinnegare la tesi della natura scriminante, soprattutto sull'argomento assiologico. Si osserva, al riguardo, come non sia possibile reputare prevalente per l'ordinamento generale l'interesse individuale del dichiarante tanto su quello pubblico dell'amministrazione della giustizia, tanto su quello dell'indagato/imputato del procedimento penale attivato dalla calunnia. Per altro verso, poi, si opina che il riferimento testuale alla costrizione psichica, generata dalla necessità di salvare sé o un congiunto, imporrebbe di ritenere che la codificazione della figura in commento sia mossa non già da una mera ragione di opportunità politico-criminale, ma dalla volontà di dare riconoscimento specifico ad una situazione di colpevolezza grandemente scemata; ne risulterebbe, così, esclusa anche la qualificazione in termini di causa di esclusione della mera punibilità. È stato efficacemente osservato, infatti, come il *proprium* delle scusanti sia la tipizzazione del motivo che ha indotto il soggetto ad agire in senso violativo del precetto penale, dunque l'esplicitazione di un conflitto fra interessi, non nell'ottica dell'ordinamento generale, ma per come percepito dall'angolo visuale dell'agente (v. E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino 2002, 173-178). Queste, in estrema sintesi, le conclusioni cui perviene la dottrina maggioritaria, per la quale, infatti, il fondamento della disposizione è rappresentato dal riconoscimento dell'ancestrale istinto di conservazione della libertà e dell'onore (in cui, almeno in parte, è ascrivibile il *nemo tenetur se detegere*), oltre che dalla valutazione di prevalenza, esclusivamente soggettiva, dei sentimenti familiari legata ad una situazione di inesigibilità o, più propriamente, di contrasto fra interessi tale da incidere sul processo deliberativo; v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna 2021, 436; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2000, 134; M. PISANI, *Casi di non punibilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. CATENACCI, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO – C. E. PALIERO, Torino 2015, 602; M. ZANOTTI, Nemo tenetur se detegere. *Profili sostanziali*, cit., 174 e 184 ss.; F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Torino 2013, 457 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, 355 ss. Cfr., quanto agli ultimi pronunciamenti giurisprudenziali, Cass. Pen., Sez. VI, 30 novembre 2018, n. 53939; ma anche Sez. V, 24 aprile 2018, n. 18110 secondo la quale «deve dunque ritenersi che l'art. 384 comma 1 Cp non designi affatto una preferenza per l'interesse individuale a scapito di quello pubblico, ma, più riduttivamente, uno spazio di impunità dipendente dalla irragionevolezza della pretesta di un comportamento conforme alle aspettative. In altri termini esso tipicizza una situazione di alterazione del normale processo motivazionale del soggetto, spinto ad agire per lo scopo di salvamento indicato dalla norma. L'esimente configurata dalla disposizione in oggetto deve pertanto essere correttamente qualificata come una causa di esclusione della colpevolezza e non già dell'antigiuridicità della condotta, apparendo evidente la scelta del legislatore di attribuire rilevanza, nei confini segnati dalla previsione normativa, alla particolare situazione soggettiva in cui si è venuto a trovare l'agente, che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate nel citato comma primo dell'art. 384, pur non escludendo il disvalore oggettivo del fatto tipico realizzato»; sulla stessa linea si ponevano le Sezioni Unite del 2008 (Cass. Pen., Sez. Un., 14 febbraio 2008 n. 7208, *Genovese*) e un meno recente filone della Prima Sezione, v. Cass. Pen., Sez. I, 28.4.1976; Sez. I, 30.6.1975; Sez. I, 11.2.1991; v. *contra* Cass. Pen., Sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1401; Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 3879; Sez. VI, 18 luglio 2007, n. 28631. Ritiene, invece, non percorribile individuare un fondamento giuridico unitario, nemmeno di natura cumulativo-sintetica, A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, Cp)*, cit., 145-181, spec. 175 per quanto di spiccato interesse in questa sede; l'A. svolge ampi rilievi critici in punto di natura giuridica, fondamento e coerenza sistematica della vasta area di operatività della norma in commento.

L'orientamento minoritario, e meno recente, che qualifica la causa di esclusione della pena in parola come scriminante, invece, faceva anche leva sull'argomento secondo cui l'art. 384, comma I, c.p. costituirebbe forma speciale dello stato di necessità; cfr. M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano 1959, 240; G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli 1974, 289; P. SUCHAN, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 Cp*, in *Cass. pen.*, 1976, 675; ID., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 Cp*, in *Cass. pen.*, 1977, 66; F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, ed. integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, vol. II, Milano 2016, 672 ss. In argomento si v. anche B. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I (artt. 1 – 84), Milano 2004, 51 ss.; nella giurisprudenza risalente v. Cass. Pen. Sez. VI, 23 marzo 1983, n. 2537; v.

Tuttavia, il diritto di difesa del reo non dovrebbe consentire la possibilità di subordinare la punibilità dello stesso per il delitto di falsa testimonianza alla condizione della presenza di una effettiva pressione sul processo motivazionale. Qualora questa scemata colpevolezza non dovesse

---

contra, A. MAZZONE, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 Cp*, Napoli, 1992., 69 ss. e G. FORNASARI, *Art. 384 – Casi di non punibilità*, in *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di G. FORNASARI – S. RIONDATO, Torino 2013, 259, per i quali è doveroso affrancare l'art. 384, comma 1, Cp dall'art. 54 Cp; in argomento si v. anche M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, I, 1991, 40-54, spec. 47-48 ove si evidenziano le differenze di fondamento e di qualificazione giuridica che intercorrono fra l'art. 54 Cp e l'art. 384 Cp. Tuttavia, nell'interpretazione più recente lo stato di necessità pare avere sempre più la consistenza di una scusante piuttosto che di una causa di giustificazione; più precisamente, ad oggi, risulta prevalente la c.d. "teoria della differenziazione", la quale patrocina il doppio carattere scriminante e scusante dello stato di necessità: qualora il bene giuridico leso dal reato sia subvalente rispetto a quello salvaguardato dall'agente verrà meno l'antigiuridicità del fatto, mentre quando tale presupposto manchi, il fatto potrà essere scusato tutte le volte in cui l'aspirazione di salvare il bene di minor valore abbia inciso sul processo di formazione motivazionale del soggetto in presenza di circostanze eccezionali; sul punto v. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, 56 ss.; G. DE FRANCESCO, *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris*, 2000, 271 ss. Più in generale cfr. anche G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli 1978.

Anche accogliendo la tesi della differenziazione – e non quella della qualificazione in termini di scusante *tout court* in ossequio alla c.d. teoria della solidarietà – l'art. 384, comma 1, Cp delineerebbe un'ipotesi in cui l'ordinamento reputa subvalente l'interesse del singolo su quello del corretto funzionamento della giustizia, ma nondimeno il timore di un grave nocumento alla persona consente di scusare il fatto poiché la colpevolezza dell'agente è fortemente scemata da questa controspinta.

Un terzo filone giurisprudenziale, maturato soprattutto nell'ambito della Sesta Sezione della S. C., infine, ha affermato la natura di causa di non punibilità soggettiva dell'art. 384, comma 1, Cp ritenendo che la fattispecie codificata dal legislatore non rappresenti un'ipotesi in cui il processo motivazionale viene stravolto a tal punto da poter discorrersi di esclusione della colpevolezza (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 20 settembre 2013, n. 39022; Sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46247; Sez. VI, 31 ottobre 2008, n. 40975; Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 35967; Sez. VI, 2 agosto 2006, n. 27614; Sez. VI, 18 giugno 2003, n. 26097).

Sul tema sono intervenute nel 2021 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, occupandosi specificatamente dell'estensibilità analogica dell'art. 384 Cp al caso dei conviventi *more uxorio*. Seppur in una prospettiva in parte diversa da quella delineata dal primo orientamento surrichiamato, la disposizione in scrutinio viene individuata chiaramente come scusante sul presupposto dell'inesigibilità della condotta doverosa; v. Cass. Pen., Sez. Un., 17 marzo 2021, n. 10381, con commento di F. PALAZZO, *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem: *prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita. A margine di Cass., Sez. un., sent. 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, Pres. Cassano, rel. Fidelbo, ric. Fiavola*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2021; A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, Cp. Nota a Cass., Sez. un., sent. 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, Pres. Cassano, rel. Fidelbo, ric. Fiavola*, in *Sistema Penale*, 22 giugno 2021. In argomento v. anche G. DI BIASE, *Analogia* in bonam partem *e cause di esclusione della colpevolezza: sull'applicabilità dell'art. 384, comma 1, Cp ai conviventi* more uxorio. *Riflessioni a margine di una recente ordinanza di rimessione alle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2020, 2830. La Suprema Corte in questo caso amplia le maglie e, affermando la vigenza generale di un principio di inesigibilità, finisce per ritenere non essenziale l'intermediazione legislativa, attraverso fattispecie *ad hoc*, affinché operi sul piano penalistico siffatto principio generale; così è stata data la stura ad un'operazione dichiaratamente analogica. L'orientamento assolutamente prevalente sino a questo arresto, al contrario, riteneva che, seppur meritevole di accoglimento sul piano generale, il principio di inesigibilità dovesse necessariamente passare per l'intervento codificatore della legge.

Per una lettura dell'inesigibilità legata agli scopi della sanzione penale cfr. T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., IV, 1987, spec. 806 ss., il quale ripercorre con rara perizia la ricostruzione oggettivo-normativa della colpevolezza della dottrina dogmatica tedesca, figlia del pensiero di Claus Roxin; secondo questa impostazione «in presenza di una situazione scusante [...] il fondamento della non punibilità non poggia sulla impossibilità di agire diversamente (dato che il soggetto potrebbe, in linea di principio, lasciarsi motivare dalla norma), ma sul venir meno di ogni esigenza di prevenzione generale o speciale».

essere ritenuta sussistente nel caso concreto, infatti, si aprirebbe la strada per una lesione intollerabile dei diritti difensivi[34].

A questa conclusione che propone l'applicazione della scusante dell'art. 384, comma 1, Cp, dunque, si opporrebbe, anzitutto, la già menzionata valenza e rilevanza oggettiva del principio del *nemo tenetur se detegere*, il quale non pare possa subire limitazioni nel suo operare in ragione di circostanze soggettive, afferenti all'ambito dell'esigibilità o del perturbamento del processo deliberativo. È essenziale, allora, individuare nel sistema delle soluzioni che consentano di ritenere lecito, o comunque non punibile sulla base di elementi eminentemente oggettivi, l'operato dell'agente[35].

In tale contesto gioca un ruolo primario la norma-valvola dell'art. 51, comma 1, Cp, la quale consente di far dialogare anche norme promananti da fonti di rango differente senza necessità d'interpellare il monopolista del sindacato di legittimità costituzionale. In altri termini, la scriminante dell'esercizio del diritto, presupponendo come già risolto dall'ordinamento il giudizio di prevalenza fra diritto ad "agire" del singolo e divieto penale, fa sì che la rilevanza dell'anzidetto corollario del diritto di difesa transiti sul piano della liceità penale del fatto, consentendo, così, di ritenere la mendace dichiarazione testimoniale *ab origine* lecita, dunque non antigiuridico il fatto[36]. Del resto, se il principio più volte citato di non contribuire alla propria incolpazione è diretto corollario del diritto di difesa, oltre che del principio del giusto processo e della presunzione di innocenza, allora, ragioni di ordine logico-giuridico imporrebbero di ritenere il fatto scriminato e, quindi, di non occuparsi della sua scusabilità. Non avrebbe senso, infatti, interrogarsi sulla rimproverabilità, alla luce dell'art. 384, comma 1, Cp, di un fatto che non è antigiuridico, non è illecito[37].

Parte della dottrina, tuttavia, ha osservato come il principio del *nemo tenetur se detegere* trova massima forza garantista con riguardo alle omissioni collaborative del reo, più che con riferimento a quelle attività deliberatamente preordinate a nascondere le proprie colpe[38]. Inoltre, come già

---

[34] In verità, si potrebbe anche argomentare che, in casi siffatti, il timore di un grave pregiudizio alla persona sia *in re ipsa*, ma si tratta di un dato empirico-statistico, poco soddisfacente sul piano dogmatico-costituzionale.

[35] Attesa la qualificabilità dell'art. 384, comma 1, Cp in termini di causa scusante, infatti, si renderebbe necessario applicare la norma citata solo laddove sia accertato in concreto che l'agente – il calunniatore chiamato a rendere testimonianza nel caso di specie – abbia percepito il pericolo, si sia rappresentato in qualche misura quel conflitto fra interessi che è sotteso alla scusante in parole; anche a ritenere non necessario l'accertamento effettivo ostano all'applicazione dell'art. 384 Cp altre ragioni di ordine logico-giuridico (v. *infra*). Sull'argomento v. E. VENAFRO, *Scusanti*, cit., *passim*, spec. 178. La circostanza che il calunniatore chiamato a rivestire l'ufficio testimoniale sovente si renda conto dei pericoli che corre è, come già evidenziato, poco soddisfacente sul piano dogmatico.

[36] In argomento v. D. TASSINARI, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, cit., 253, per il quale «ne discende una valenza del *se detegere* di carattere sistematico, d'impronta oggettiva, la quale va evidentemente ben al di là della sua possibile operatività quale causa di esclusione della colpevolezza. Il principio, proprio in quanto rappresenta un valore inscindibile dai suoi fondamentali attributi del processo penale moderno, costituisce, non meno dei primi, un suo carattere ontologico. Essendo una nota irrinunciabile del processo, il *nemo tenetur* non può non essere considerato come un principio di carattere generale, espressivo di una valenza "dell'intero ordinamento" e, dunque, in grado non solo di assumere una eventuale valenza scusante, ma di sorreggere un meccanismo di giustificazione». Quanto all'applicabilità dell'art. 51, comma 1, Cp e 24 Cost. in caso di delitto contro l'Amministrazione della giustizia per salvare sé da un'accusa penale v. A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, Cp)*, cit., 173, il quale riconoscerebbe nell'art. 384, comma 1, Cp – letto dall'Autore in forma scriminante e non scusante – una sorta di "norma interpretativa" o di "specificazione" di un diritto già rintracciabile nel sistema costituzionale.

[37] Allontanarsi dall'art. 384, comma 1, Cp consentirebbe, inoltre, di attenuare l'eccessiva polifunzionalità di questa disposizione. Sul punto v. D. TASSINARI, *ult. op. cit.*, 299 e, soprattutto, A. SPENA, *ult. op. cit.*, 178, il quale parla di "chimera" e di "mostro" giuridico.

[38] A. SPENA, *ult. op. cit.*, 175.

chiarito, l'opinione dominante elide dai fondamenti costituzionali del citato principio il diritto di difesa quando ci si trovi in fase extra-processuale; in virtù di questi rilievi la tesi che propugna l'opzione della scriminante dell'esercizio del diritto tende a perdere di forza.
A ben riflettere, nonostante le difficoltà di immaginare un testimone con il diritto di mentire – come meglio si dirà nel prosieguo –, il reclamato esito oggettivo di liceità, limitato alla reticenza e alla menzogna indotta, sembrerebbe trovare accoglimento negli artt. 384, comma 2, Cp (così come modificato dall'art. 21, l. 1 marzo 2001, n. 63) e 198, comma 2, Cpp. L'interpretazione congiunta dei citati dati normativi consentirebbe, inoltre, di risolvere la questione in esame a monte, sul piano della tipicità, mediante il riconoscimento del privilegio contro l'autoincriminazione, in ragione del quale sarebbe consentita al testimone la reticenza e, specie se fosse forzato o indotto a rispondere, la menzogna[39].
L'art. 198, comma 2, Cpp, infatti, codifica un divieto probatorio, stabilendo che «il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale»[40]. L'art. 384, comma 2, Cp, invece, interviene in fase patologica, ossia quando quel divieto venga violato oppure quando il teste comunque risponda dicendo il vero, non rendendosi conto di star rilasciando dichiarazioni auto-indizianti, oppure dicendo il falso per evitare di confessare; la disposizione in tal caso stabilisce che: «Nei casi previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge […] non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere […]». Ne deriva un privilegio contro l'autoincriminazione che assume, secondo un'ermeneutica, la consistenza di "diritto" di non rispondere o di mentire, il cui esercizio scrimina il fatto di cui all'art. 372 Cp[41].
Secondo altra e preferibile tesi, viceversa, il privilegio opererebbe in questo caso come delimitatore dell'obbligo di verità cui è soggetto il testimone, cosicché, nonostante la reticenza e la mendacità,

---

[39] Questa impostazione appare preferibile se si considera che l'efficacia giustificante, liceizzante, scriminante del principio del *nemo tenetur se detegere* è stata circoscritta da attenta dottrina al caso di conflitto fra interessi omogenei: difesa del reo e pretesa punitiva dello Stato. Viceversa, ove l'obbligo di collaborazione – nel caso di specie: il dovere di verità del testimone – sia posto anche a tutela di interessi alieni, allora il conflitto fra valori rischia di non potersi risolvere a favore del mendace che tenta di salvarsi; sul punto v. D. TASSINARI, *ult. op. cit.*, 304-305; in giurisprudenza v. anche Cass. Pen., Sez. V, 5 dicembre 1995, n. 742. Proprio nell'ipotesi del calunniatore chiamato a testimoniare nel processo cui ha dato avvio, allora, si ravvisa questa ultra-bilateralità di interessi. Vengono in rilievo, infatti, anche le prerogative costituzionali del calunniato, il quale vede posti in discussione onere e libertà personale. Risolvere, allora, la questione a monte, sul piano della tipicità, olea il ragionamento anche sul piano dogmatico.

[40] La disposizione fa espresso riferimento all'ufficio testimoniale, tuttavia si tratta di una disposizione espressione di un principio generale e che comunque trova espressa conferma con riferimento agli altri affini dichiaranti, ossia ai c.d. "possibili testimoni" o "persone informate sui fatti" che siano assunti a sommarie informazioni dal P.M., dalla polizia giudiziaria delegata o *ex officio* oppure dal difensore. In particolare, l'art. 362, comma 1, ultima parte, Cpp estende l'operatività dell'art. 198 Cpp alle informazioni rese al P.M., mentre gli artt. 351, comma 1, e 391-*bis*, comma X, rinviano ai fini della disciplina applicabile all'art. 362 Cpp, rispettivamente per quanto attiene alle informazioni rese alla P.G. e al difensore. Conseguentemente, giova sottolineare che tutte le osservazioni che si svolgeranno in tema di falsa testimonianza valgono parimenti per gli altri analoghi reati di falso all'Autorità giudiziaria.

[41] Se, infatti, si ha, da una parte, il *privilege against self-incrimination* che dà diritto alla reticenza, e, dall'altra, la codificazione di una scriminante che soccorre in caso di menzogna, risultano facoltizzate tutte quelle condotte che l'art. 372 c.p. incrimina. Tuttavia, ciò sembra assumere, più propriamente, le sembianze di un privilegio, non già di un diritto soggettivo; in argomento v. P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 43, per il quale se il teste decide di rispondere è soggetto all'obbligo di dire la verità. Ciò risulta in sintonia, in primo luogo, col tenore letterale dell'art. 198, comma 2, Cpp, che non parla di diritto di mentire, bensì di venuta meno dell'obbligo di rispondere, e, in secondo luogo, con la scriminante dell'art. 384, comma 2, Cp, la quale opera a valle. «Il privilegio [infatti] è una garanzia eccezionale riconosciuta al testimone, che ha un obbligo di verità; viceversa, il diritto al silenzio è espressione regolare del diritto di difesa dell'imputato, che non ha obblighi di verità», così testualmente P. TONINI., *Diritto al silenzio e tipologia dei dichiaranti*, in AA. VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano 2001, 71.

il delitto di falsa testimonianza non potrebbe essere integrato nella sua tipicità[42]. Del resto, tutti i reati di falso dipendono, quanto alla loro integrazione sul piano del fatto tipico, dal contenuto e dal perimetro dell'obbligo di verità. Per cui, se l'art. 198, comma 2, Cpp fa venir meno il generale dovere di verità con riferimento alle domande inerenti a certi fatti, qualora il soggetto seduto al banco dei testimoni non risponda o risponda falsamente non potrà integrare il reato di falsa testimonianza. Rispetto a quelle domande, difatti, il dichiarante non ricopriva un vero ufficio testimoniale, giacché il teste è tale solo quando ha l'obbligo di dire la verità. Di conseguenza, non vi sarebbe ragione per sondare la forza scriminante del principio del *se detegere*, se il fatto già risulta, proprio in virtù dell'accoglimento legislativo di quel principio, atipico.
Invero, l'adozione dell'una o dell'altra tesi non comporta importanti differenze né sul piano sostanziale né su quello processuale; per di più, per coloro i quali sostengono la tesi bipartita nello studio della struttura del reato anche le diversità sul piano teorico scemano grandemente.
Quel che più rileva è che, di fronte alle domande del P.M. e delle Parti circa la conferma o la smentita delle dichiarazioni contenute nell'atto col quale è stata integrata precedentemente la calunnia (ad es., nella denuncia/querela), il teste potrebbe legittimamente rifiutarsi di rispondere.
Il divieto probatorio preveduto dalla disposizione appena citata si rivolge al giudice, il quale avrà solo il compito di vagliare sommariamente – sulla base di succinti elementi forniti dal teste – la non pretestuosità del rifiuto di rispondere e, quindi, la sussistenza anche di una semplice probabilità che dalla risposta emergano indizi di reità a suo carico[43]. Quand'anche il giudice reputasse arbitraria la sollevazione del privilegio da parte del teste, sarebbe ben possibile e legittimo che il rifiuto di rispondere da parte dell'escusso persista anche al cospetto di un rinnovato ammonimento a dire la verità da parte del magistrato a norma dell'art. 207, comma 1, Cpp.
Per tali ragioni, nel caso in cui il testimone, sotto l'influenza dell'ammonimento del giudice, si determini a rispondere dicendo il vero – ammettendo, quindi, il precedente reato di calunnia – non commette, evidentemente, l'ulteriore reato di falsa testimonianza e, inoltre, le sue dichiarazioni saranno inutilizzabili per violazione di un divieto probatorio (art. 191 Cpp). Viceversa, ove il testimone persista nel rifiuto di rispondere oppure decida di mentire, reiterando le precedenti affermazioni calunniose, si profilano due alternative, a seconda della tesi cui si acceda. Ritenendo l'art. 198, comma 2, Cpp come mero divieto probatorio, il teste reticente o mendace dovrà andare esente da pena *ex* art. 384, comma 2, Cp e non ai sensi del primo comma della medesima disposizione[44]; mentre, riconoscendo all'art. 198, comma 2, Cpp anche un ruolo di delimitatore della tipicità del reato di falsa testimonianza, il teste andrà giocoforza esente da pena per insussistenza del fatto.
L'art. 384 Cp, rubricato "Casi di non punibilità", delinea due figure "esimenti" molto diverse fra di loro. Il primo comma, come già chiarito, prevede una scusante, dunque una causa di esclusione della colpevolezza che incide sulla rimproverabilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, benché a colpevolezza scemata. Il secondo comma, invece, codifica una causa *oggettiva* di

[42] V. B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2016, 286; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2014, 235, il quale evidenzia, infatti, come l'art. 384, comma 2, Cp in generale si occupi dell'ipotesi del c.d. "testimone apparente", ovvero del soggetto che assume illegittimamente la veste di teste oppure che perde quella qualifica tecnica con riferimento a fatti sui quali non poteva essere obbligato a deporre o a rispondere.
[43] P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2019, 301.
[44] A tale soluzione, scartata dalla giurisprudenza assolutamente maggioritaria, era pervenuta in un'occasione anche la Suprema Corte in tempi non recenti; cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 16 settembre 2003, n. 35554, per la quale «Non è punibile, per il principio *nemo tenetur se detegere* di cui all'art. 384, cpv. Cp, la persona che sia stata costretta a rendere falsa testimonianza nel procedimento promosso su sua querela, così sostenendo l'accusa al fine di evitare l'incriminazione per calunnia».

esclusione della pena, qualificata dall'orientamento maggioritario in termini di causa di non punibilità, mentre, altro orientamento, la qualifica in termini di scriminante[45].
Pertanto, sia il testimone che non solleva il privilegio contro l'autoincriminazione e risponde immediatamente, sia, analogamente, il testimone che, pur avendo inizialmente invocato il privilegio, decide di rispondere secondo verità, vedranno il loro esame interrompersi, rivolto loro l'avviso che a seguito delle dichiarazioni potranno seguire attività di indagine e, infine, verranno invitati a nominare un difensore di fiducia. Ferma, in ogni caso, l'inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni.
Questa terza impostazione, che, anziché applicare la scusante dell'art. 384, comma 1, Cp, richiama l'attenzione sul divieto di obbligare il teste a rispondere a domande da cui possano derivare elementi di reità a suo carico, è coerente anche con quella giurisprudenza di legittimità che sostiene l'inapplicabilità dello stesso art. 384, comma 1, Cp nel caso in cui il dichiarante abbia una "via d'uscita" rispetto alla menzogna[46]. Il teste che decide di mentire, pur potendo invocare il privilegio contro l'autoincriminazione (art. 198, comma 2, Cpp), non potrebbe beneficiare della scusante in parola in quanto questa ha come presupposto la *necessità*, l'*inevitabilità*, della menzogna (o della reticenza)[47]. La sussistenza di uno strumento legale per sottrarsi all'obbligo di deporre fa venir meno quello "stato di necessità" che fonda la non esigibilità di una condotta alternativa.

2.2.1. Come anticipato, allora, se è pacifico che il falso teste debba andare esente da pena in casi siffatti, ciò che è incerto è l'ampiezza dell'esito assolutorio.
Una prima tesi, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria, propone l'applicazione della scusante dell'art. 384, comma 1, Cp, la quale, tuttavia, comportando delle conseguenze comunque negative per il reo e, soprattutto, presupponendo un conflitto subiettivo fra interessi da provare, mette in tensione il principio del *nemo tenetur se detegere*.
Una seconda tesi, insoddisfatta del regime soggettivo di applicabilità della citata scusante, ammette un meccanismo giustificatorio *ex* artt. 51 Cp e 24, comma 2, Cost. Così opinando, tuttavia, s'incontrano almeno due difficoltà: la perdita di cogenza del diritto di difesa come base costituzionale del *se detegere* in fase extra-processuale e, soprattutto, la presenza dei diritti del falsamente incolpato sulla bilancia degli interessi in conflitto, ove già si contrappongono il privilegio contro l'autoincriminazione e l'istanza punitiva dello Stato.
Una terza tesi, infine, propone di individuare la soluzione nell'art. 198, comma 2, Cpp. Questa impostazione, allora, finisce per ritenere la falsa testimonianza non integrata sul piano dell'atipicità oppure non punibile o scriminato *ex* art. 384, comma 2, Cp. La liceità del fatto, infatti, sarebbe favorita dagli artt. 2, 24 e 111 Cost., poiché mentire al fine di evitare la confessione di un

[45] V. a tale proposito P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 300 ss., spec. 303, nota n. 42; in giurisprudenza cfr. Sez. VI, 18 marzo 2013, n. 12600 per la qualificazione in termini di scriminante. Accedere all'una o all'altra tesi non comporta rilevanti ricadute pratiche nell'ambito dell'argomentazione che si sta imbastendo, poiché, in ambo i casi, il soggetto va esente da pena sul piano oggettivo, senza che abbiano un ruolo turbamenti emotivi e stati psicologici.
[46] Cfr. Cass. Pen, Sez. Unite, 14 febbraio 2008, n. 7208, per la quale «la causa di esclusione della punibilità per il delitto di falsa testimonianza, prevista per chi ha commesso il fatto per essere stato costretto dalla necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, non opera nell'ipotesi in cui il testimone abbia deposto il falso pur essendo stato avvertito della facoltà di astenersi»; in senso analogo cfr. anche Cass. Pen., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 37467; Sez. VI, 16 novembre 2000 n. 11755; *contra* v. Cass. Pen., Sez. VI, 4 febbraio 2003 n. 5354.
[47] Dai requisiti della necessità e dell'inevitabilità un orientamento dottrinale, forte dei richiami all'art. 54 Cp, trae la causazione non volontaria del pericolo. Sul punto v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, cit., 673; mentre si esprime in modo critico G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 436-437.

precedente reato farebbe parte del patrimonio delle facoltà difensive del reo, le quali dovrebbero trovare spazio anche in fase esoprocedimentale al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti costituzionali. Ragioni di ordine logico-giuridico, dunque, imporrebbero di non interessarsi della rimproverabilità e della scusabilità di un fatto che è assistito da una causa di giustificazione oppure, come sembra preferibile, è *ab origine* atipico.

Quest'ultima impostazione sembra, dunque, quella più convincente; tuttavia, v'è un'importante considerazione ancora da svolgere sul punto.

Il nostro ordinamento processuale mal riesce a "digerire" un testimone con la facoltà di mentire. Se la reticenza, infatti, ancorché lecita, può ben essere valutata dal giudice come argomento di prova per mandare assolto il falsamente incolpato, la menzogna autorizzata dall'ordinamento presenta un'elevata idoneità inquinante del materiale probatorio, con pregiudizievoli ripercussioni sul buon funzionamento della giustizia e su colui che si trova indagato o imputato in un procedimento nel quale gli è stato falsamente attribuito un fatto criminoso.

Le Sezioni Unite, del resto, si sono già pronunciate sull'inconcepibilità nel nostro sistema di un testimone che gode di un diritto di mentire[48]. Il giudice della nomofilachia nel 2008, infatti, ebbe modo di argomentare che «escludere la punibilità del prossimo congiunto che volutamente non si è astenuto dal testimoniare darebbe luogo ad una figura di testimone con facoltà di mentire incompatibile con il sistema processuale. È il caso di ricordare che il codice di procedura penale ha avuto cura di distinguere le figure dei vari dichiaranti, disciplinando le modalità di assunzione e il valore probatorio delle dichiarazioni, in una graduazione che va dalla testimonianza, alla c.d. testimonianza assistita dell'art. 197-*bis* Cpp, all'esame di persona imputata in un procedimento connesso (art. 210 Cpp), e ha riconosciuto alla sola testimonianza il valore di prova piena, cioè non bisognosa di corroborazione. Sicché la testimonianza resa dal prossimo congiunto, avvisato e non astenuto, ben può essere assunta da sola quale fonte di prova, alla stessa stregua di quella del terzo estraneo o della persona offesa. Sarebbe, pertanto, fuori del sistema una testimonianza dotata del suo valore probatorio tipico benché resa da una persona che per la sua particolare e nota situazione processuale potrebbe impunemente dichiarare il falso. Una interpretazione diversa finirebbe col costituire, come si è efficacemente osservato, "una sorta di grimaldello capace di scardinare l'obbligo di verità imposto dalla norma processuale", con il «pericolo di una totale deresponsabilizzazione del dichiarante, a totale scapito dell'interesse alla corretta amministrazione della giustizia [enfasi aggiunte]».

È difficile immaginare, inoltre, che l'ordinamento nel suo complesso reputi lecita la condotta del soggetto che menta al fine di salvare se stesso, in totale spregio dell'interesse generale al buon funzionamento della giustizia e dei diritti fondamentali dell'individuo che patisce la sorte delle dichiarazioni calunniose, prima, e mendaci, poi. Una valutazione in termini di prevalenza dell'interesse individuale di un soggetto tanto sull'interesse individuale di un terzo, tanto sull'interesse generale dello Stato, mal si concilia col rispetto di diritti primari del falsamente incolpato e, soprattutto, col principio di solidarietà sociale, in forza del quale non è ammissibile dare tutela a diritti esercitati in totale spregio delle istanze altrui[49]. La facoltà di non rispondere del testimone ordinariamente prevista dall'art. 198, comma 2, Cpp, se ben si giustifica con riferimento

---

[48] Cass. Pen., Sez. Un., 14 febbraio 2008 n. 7208, in *Cass. pen*., 2008, 6, 2339, con nota di G. ANDREAZZA, *Considerazioni a margine della sentenza Sez. Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art 384 Cp e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, in *Cass. pen*., 2344.

[49] Il riferimento alla lesione dei diritti fondamentali deriva dalla considerazione per la quale l'ordinamento non può autorizzare, ritenere lecito, giustificato e giusto rendere una falsa testimonianza ai danni di un soggetto che l'autore della mendacità sa essere innocente. Quest'ultimo, infatti, vede sforniti di protezione diritti *inviolabili* come l'onore e, soprattutto, la libertà personale.

a domande che hanno ad oggetto fatti che sono *solo connessi* ai fatti contestati nel capo d'imputazione per cui si procede, tende a perdere la sua graniticità quando i fatti oggetto delle domande sono proprio *i medesimi* per i quali si sta procedendo a carico dell'incolpato.
Queste considerazioni mettono in luce importanti aporie del sistema.
A ciò si deve anche aggiungere, conclusivamente, che, qualunque sia la tesi sostenuta per mandare esente da pena il testimone, si registra una certa spinta dell'ordinamento verso la menzogna per colui che ha precedentemente commesso il delitto di calunnia; ciò rischia di avere un effetto distonico sul sistema processuale, il quale sacrificherebbe, sull'altare delle garanzie costituzionali di difesa riconosciute alla persona, la possibilità di raggiungere il fine ultimo del processo: l'accertamento della verità. Ciò con lesione anche degli interessi costituzionalmente rilevanti dell'ingiustamente incolpato[50].
De iure condendo, allora, si potrebbe sostenere l'opportunità di un intervento legislativo che preveda chiare forme di astensione preventiva dalla deposizione oppure obblighi ricadenti sul giudice di avvertimento del teste nel caso in cui gli vengano rivolte domande autoincriminanti, specie nel caso del teste che ha precedentemente presentato atto di denuncia/querela[51].
Se non può esserci una coartazione della verità, dovrebbe esservi quantomeno una spinta verso l'astensione dalla menzogna, poiché tale scelta (manifesta) del calunniatore di sottrarsi ai doveri dell'ufficio testimoniale – in generale o rispetto a singole domande – avrà anche un importante impatto sul processo, con effetti positivi per l'imputato-calunniato. Se il denunciante-querelante si astiene dalla testimonianza e se la denuncia-querela riportava una falsa incolpazione, vien da sé che le probabilità che l'imputato ingiustamente incolpato vada assolto *ex* art. 530, comma 2, Cpp si elevano in modo marcato. Viceversa, un sistema in cui si facoltizza la menzogna del testimone, al netto delle incongruenze già evidenziate, finisce per porre varie insidie al giudice, il quale non è avveduto del fatto che il teste si sta giovando di quelle prerogative defensionali di cui s'è più volte detto.
Analoghe e ancor più forti ragioni di opportunità s'imporrebbero rispetto alla previsione della possibilità di godere dei benefici che l'art. 376 Cp dispone in caso di ritrattazione, la quale consentirebbe, senza danni per alcuno, di "giocare a carte scoperte". Il ravvedimento operoso e la resipiscenza dovrebbero essere agevolati dall'ordinamento quando ciò conduce a chiari benefici in termini di ricerca della verità e di istanze difensive del calunniato.

3. A prescindere dalla soluzione sposata con riferimento alla sorte sanzionatoria di colui che, dopo aver calunniato taluno, sia chiamato in dibattimento a deporre in qualità di teste, non v'è dubbio in giurisprudenza che la precedente calunnia, una volta scoperta e provata, sia penalmente punibile. Si tratta, tuttavia, di una conclusione che non può essere recepita in modo integrale allorquando il calunniatore, escusso come persona informata sui fatti, decida, anziché perseverare nella menzogna, di dire il vero, ritrattando.
Nonostante l'art. 376 Cp ("ritrattazione") non preveda l'applicabilità della relativa causa di non punibilità al reato di calunnia (art. 368 Cp), è necessario svolgere alcune osservazioni in punto di offensività, in punto di ragionevolezza e, financo, di opportunità politico-criminale.

---

[50] La spinta verso la falsa testimonianza è frutto di una facile valutazione costi-benefici: il beneficio della falsità è rappresentato dalla mancata confessione del precedente reato di calunnia, mentre i costi sono prossimi allo zero se si considera l'inapplicabilità, in ambo i casi, della sanzione penale per la menzogna testimoniale compiuta.
[51] In tali ipotesi, infatti, il teste che si determini a rispondere e poi dichiari il falso non potrà beneficiare né della scusante dell'art. 384, comma 1, Cp (Cass. Pen, Sez. Unite, n. 7208/2008; Sez. VI, n. 37467/2010; Sez. VI, n. 11755/2000), né, evidentemente, della scriminante (o causa di non punibilità) di cui al secondo comma della disposizione da ultimo citata.

3.1. Il delitto di calunnia costituisce un reato plurioffensivo, posto a tutela, *in primis*, del buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia e, *in secundis*, dell'onore dell'incolpato, oltre che della sua libertà personale, come messo in rilievo soprattutto dalle circostanze aggravanti previste dai commi successivi al primo dell'art. 368 Cp[52].
L'opinione pressoché unanime ritiene il delitto di calunnia un reato di pericolo astratto e che nell'art. 368 Cp vi sia un requisito implicito, analogo a quello esplicitato nell'art. 367 Cp, consistente nel pericolo di avvio di un procedimento penale. Il reato in parola, allora, risulta integrato sotto il suo profilo tipico ed offensivo allorquando la formulazione di un atto di denuncia-querela sia idoneo a far aprire un procedimento penale a carico dell'innocente incolpato e ciò imponga degli accertamenti da parte dell'Autorità giudiziaria[53].
Ne deriva che si ha offensività del fatto anche quando, fra gli altri casi, il reato di cui l'innocente viene falsamente incolpato è già prescritto, se ciò comunque impone un controllo sugli elementi di fatto anche al fine di determinare il *dies a quo* del decorso del termine prescrizionale[54], oppure nel caso di reato procedibile a querela ove questa (di natura calunniosa) sia presentata oltre i termini di legge quando siano necessari accertamenti in ordine alla ritualità e alla sussistenza della condizione di procedibilità[55]. Non anche, invece, quando il reato sia procedibile a querela e questa

---

[52] Quanto ai reati plurioffensivi e eventualmente plurioffensivi si rinvia a L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova, 1972; V. MONGILLO, *Considerazioni in tema di reati plurioffensivi e di applicazione delle attenuanti di cui all'art. 62, n. 4, Cp al delitto di rapina*, in *Cass. pen*., 2002, 2111 ss.
Con particolare riguardo al delitto di calunnia, l'opinione maggioritaria, anche risalente, ritiene l'art. 368 Cp anche a tutela del falsamente incolpato; in dottrina si v. B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 70; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale,* vol. II, Milano 1995, 432; D. PULITANÒ, *«Calunnia e autocalunnia»*, in *Dig. disc. pen*., vol. II, Torino 1988, 10; P. PISA, *Simulazione di reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, 315 ss. In giurisprudenza si v. Cass. Pen., Sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 49740; Sez. VI, 8 giugno 2010, n. 21789; Sez. VI, 12 marzo 2007, n. 10535; Sez. VI, 11 novembre 1998. Inoltre, una parte dell'orientamento maggioritario, forte anche dell'argomento topografico della disposizione, evidenzia la prevalenza dell'interesse pubblico su quello individuale; fra gli altri si v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* ed. integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, vol. II, Milano, 2016, 609; G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, tomo I, I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI – E. DOLCINI, Padova 2005, 7. Altra parte della dottrina reputa, invece, preminente l'interesse dell'innocente falsamente accusato; v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale,* cit., 61.
In argomento si v. anche P. PISA, *"Furto di identità" e delitto di calunnia*, nota alla sentenza Cass. pen. Sez. VI Sentenza, 24 maggio 2011, n. 34101, in *Dir. Pen. e Processo*, 12/2011, 1463, il quale si occupa anche del tema dell'importanza dell'interpretazione teleologica per risolvere talune questioni applicative del delitto in esame.
[53] In dottrina, in particolare, si evidenzia come sia sufficiente la possibilità dell'inizio di un procedimento penale a carico della persona falsamente incolpata per dirsi integrato il reato; in tema v. P. BARTOLO, *Calunnia*, in F. COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia,* Torino 1996, 168; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., 70. In giurisprudenza si parla, in termini di sufficienza ai fini dell'integrazione del reato, di astratta possibilità di inizio di un procedimento penale (tra le altre: Cass. Pen., Sez. VI, 4 marzo 2014, n. 10282; Sez. VI, 4 maggio 2010 n. 32325; Sez. VI, 3 marzo 2004 n. 17703).
[54] Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. II, 30 marzo 2018, n. 14761; Sez. VI, 26 giugno 2015, n. 27081; Sez. VI, 23 dicembre 2009, n. 49522.
[55] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 18 maggio 2018, n. 22309 per cui «configura il delitto di calunnia la falsa incolpazione di reati procedibili a querela e questa sia stata presentata tardivamente, qualora per l'accertamento dell'insussistenza della causa di procedibilità si renda comunque necessario l'avvio del procedimento penale e lo svolgimento di accertamenti che richiedano apposite indagini»; v., in parte difforme, Cass. Pen., Sez. VI, 09 gennaio 2018, n. 335, per la quale «Non è configurabile il delitto di calunnia allorché la falsa accusa abbia ad oggetto fattispecie integranti reati procedibili a querela e questa non sia presentata ovvero sia invalida atteso che, in siffatta ipotesi, la condotta risulta di per sé inidonea a determinare l'avvio di un procedimento penale».

non sia stata presentata, poiché, ad esempio, il calunniatore si limita a denunciare il fatto, senza formulare un atto che abbia i connotati tipici della querela[56].
Ogniqualvolta l'atto di incolpazione generi il pericolo che un procedimento penale sia aperto, poiché quanto denunziato impone degli accertamenti, si ha un'offesa al bene giuridico, costituito dal corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia, a causa di uno sviamento non irrisorio di risorse; ciò basta, dunque, affinché il fatto raggiunga la sua idoneità offensiva[57]. La *ratio* dell'incriminazione è, dunque, rappresentata dalla tutela al corretto esercizio della giurisdizione penale e dall'esigenza di non instaurare un procedimento penale ai danni di un innocente[58].
Chiarita la portata offensiva del delitto di calunnia, alla luce della sua costruzione quale reato di pericolo astratto, è opportuno rilevare come la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto di registrare un *deficit* di offensività in due distinte ipotesi, pur essendo, in esse, formalmente integrato il fatto tipico.
La prima ipotesi, che meno interessa nell'ambito del ragionamento che si sta imbastendo, è rappresentata dalla c.d. "calunnia incredibile", ossia da quella falsa incolpazione palesemente assurda, insensata, inidonea a far sorgere alcun dubbio circa la sua verosimiglianza. La Suprema Corte, infatti, ha provveduto ad una riduzione teleologica della tipicità dell'art. 368 Cp, analogamente a quanto fatto in altri svariati casi, espungendo dall'area d'incriminazione tutte quelle ipotesi in cui l'astratta pericolosità considerata dal legislatore sia in radice smentita dai fatti[59].
La seconda evenienza, invece, mostra un primo importante spazio di rilevanza della ritrattazione nell'ambito della calunnia. Si tratta dell'ipotesi della ritrattazione immediata, ossia effettuata in tempi subito successivi alla formulazione dell'atto di denuncia-querela di carattere calunnioso. Il fatto tipico dell'art. 368 Cp, attesa la sua natura di reato istantaneo, è materialmente e formalmente integrato, senonché la giurisprudenza, valorizzando l'unicità del contesto spaziale e temporale, ha affermato che il fatto storico non possa dirsi offensivo[60].

---

[56] Cass. Pen., Sez. VI, 27 giugno 2019, n. 28231; Sez. VI, 27 giugno 2019 n. 28231; Sez. VI, 04 febbraio 2011, n. 4389; Sez. VI, 28 settembre 2007, n. 35800.
[57] In argomento v. G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, tomo I, I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., 6 ss. ove l'A. segnala una certa complessità ed eterogeneità del bene giuridico in parola, dacché, in vario modo, le molteplici disposizioni a tutela dell'amministrazione della giustizia hanno come fine la tutela specifica di tutte le fasi del procedimento penale, comprese quelle prodromiche ed esecutive.
[58] Cass. Pen., Sez. VI, 5 settembre 2018, n. 39981.
[59] B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2004, 60. Per la giurisprudenza di legittimità, benché con pronuncia non recente, solo nel caso di addebito che non rivesta i caratteri della serietà e che, al contrario, rappresenti circostanze assurde, inverosimili o grottesche, tali da non poter ragionevolmente adombrare la concreta ipotizzabilità del reato denunciato, è da ritenere insussistente l'elemento materiale del delitto di calunnia (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 22 maggio 1992, *Felisetti*, in *C.E.D. Cass.*, n. 190916).
Del resto, questa operazione riduttiva della portata della fattispecie incriminatrice è doverosa per il giudice ordinario, il quale non è tenuto a, e, anzi, non dove, investire della questione la Corte costituzionale. L'interpretazione teleologica alla luce dei beni giuridici tutelati, a ben vedere, si fa interpretazione costituzionale conferme, stante il rilievo costituzionale del principio di offensività; ne consegue che l'eventuale sollevazione dell'incidente di costituzionalità si scontrerebbe con una prevedibile pronuncia di inammissibilità. La Corte costituzionale, peraltro, ha rammentato che «resta precipuo dovere del giudice di merito di apprezzare – "alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta" – se essa, avuto riguardo alla ratio della norma incriminatrice, sia, in concreto, palesemente priva di qualsiasi idoneità lesiva dei beni giuridici tutelati» (Corte cost., sent. n. 139 del 2014).
[60] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 28 settembre 2009, n. 38111, la quale, pur esprimendosi con particolare riferimento all'art. 367 Cp svolge argomentazioni del tutto estendibili al delitto di calunnia, richiedendo in particolare un'unicità di

È opportuno, infine, segnalare come la giurisprudenza sul punto non si sia espressa in modo cristallino, attardandosi con perizia terminologica nel chiarire i precipitati applicativi di queste affermazioni di principio. Entrambe le ipotesi di inoffensività poc'anzi richiamate potrebbero, dunque, ridondare in atipicità oppure essere considerate, in ossequio alla teoria realistica del reato, ipotesi di reato impossibile, cui potrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza (*ex* art. 49, ult. co., e 202 Cp), qualora sia accertata la pericolosità sociale dell'agente. Così opinando, pur essendo entrambe astrattamente sullo stesso piano sanzionatorio, e sempre salva la valutazione del caso concreto, si potrebbe ritenere che nel primo caso la pericolosità sociale sia tendenzialmente da escludersi, mentre nell'ipotesi di ritrattazione contestuale sia più agevole ritenerla sussistente[61].

In questa prospettiva, invero, appare possibile interrogarsi sull'opportunità di mutuare le argomentazioni espresse da autorevole dottrina con riguardo ai rapporti fra gli artt. 49 e 56 Cp per rinnovarle in materia di reati di pericolo; estensione per certi versi avallata dalle Sezioni Unite del 2020 in tema di coltivazione di sostanze stupefacenti. L'operazione condurrebbe a qualificare la calunnia incredibile come fatto radicalmente atipico, poiché inidoneo ad essere sussunto nel tipo codificato dalla fattispecie, così come intesa alla luce del principio di offensività, e, quindi, immeritevole di qualunque sanzione penale, anche del tipo della misura di sicurezza. Viceversa, la calunnia verosimile, seguita da immediata ritrattazione, apparirebbe formalmente tipica, ma priva di offensività in concreto per inidoneità dell'azione (complessivamente intesa); configurando, solo questo, un reato impossibile (*ex* art. 49, comma 2, Cp), che potrà dare la stura anche all'applicazione di una misura di sicurezza. Solo in casi di tal fatta, a ben vedere, sembra esserci un'idoneità offensiva del fatto alla stregua di un giudizio a base parziale, che poi viene meno con valutazione a base totale[62].

---

contesto fra atto calunnioso e ritrattazione; la giurisprudenza più risalente, peraltro, negava anche questa possibilità (cfr. *ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 16 maggio 1996, *Coppolecchia*, in *Guida dir*., 1996, n. 34, 84). Anche la dottrina è generalmente favorevole alla rilevanza della ritrattazione in casi siffatti, v. G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, 142-145; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss., il quale rimarca la possibilità di superare la valutazione di presunzione di pericolosità cristallizzata, in astratto, dal legislatore nella disposizione incriminatrice, di talché se il fatto concreto dimostra che non ha alcuna idoneità offensiva dei beni giuridici tutelati, si avrà difetto di tipicità per inoffensività del fatto.

[61] Sull'applicabilità dell'art. 49 Cp al caso di calunnia immediatamente ritrattata v. R. RAMPIONI, *Sul valore della ritrattazione nel delitto di simulazione di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, 1304; I. GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività*, in *Cass. pen.*, 1997, 734 ss.; v. anche Cass. Pen., Sez. VI, 18 maggio 2000, n. 5786.

[62] È necessario, anzitutto, rilevare come, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, i confini e i modi di operatività del principio di offensività siano quantomai dibattuti. Si ritiene, ad ogni modo, di poter condividere l'orientamento dottrinale che ha tentato un'interpretazione sistematica degli artt. 49 e 56 Cp volta a dare maggiore autonomia alla figura di reato impossibile, sì da dare applicazione alla misura di sicurezza *ex* art. 49, ult. co., Cp quando il fatto sia offensivo in una prospettiva a base parziale, ma inoffensivo con giudizio a base totale. Questa impostazione potrebbe essere estensibile, data la portata generale dell'art. 49 Cp, a tutti i reati di pericolo astratto-presunto, essendo il tentativo un esempio paradigmatico di questa categoria. Alla stregua di questa ermeneutica il giudizio concreto sull'offensività sui reati di pericolo astratto potrebbe concludersi con tre diversi esiti, con altrettante tre relative conseguenze sul piano sanzionatorio per l'autore del fatto. Qualora il fatto sia radicalmente inoffensivo, nel senso che non ha alcuna idoneità a ledere i beni giuridici tutelati dalla fattispecie incriminatrice, né alla luce di un giudizio *ex ante* a base parziale (ossia analizzando il fatto dall'angolo visuale dell'agente e tenendo in conto le sole circostanze da questo conosciute e conoscibili), né alla luce di un giudio *ex post* a base totale (ossia analizzando il fatto avendo riguardo a tutti gli elementi accertati sul piano oggettivo), nessuna sanzione potrà essere applicata. Qualora, invece, il fatto sia offensivo in base di un giudizio a base parziale, ma risulti poi inoffensivo sulla base di una valutazione a base totale, il fatto, al netto della sua inoffensività, è idoneo a manifestare un atteggiamento eversivo dell'agente rispetto ai beni giuridici tutelati. Questa, unitamente alla astratta potenzialità offensiva del suo agire, è un elemento idoneo a costituire base per

Ad ogni modo, in disparte le dispute dogmatiche e le summenzionate possibili direzioni applicative che si pongono a valle dell'esclusione della pena, ciò che è rilevante nell'economia del discorso che si sta conducendo è che la ritrattazione, nonostante il mancato rinvio all'art. 368 Cp da parte dell'art. 376 Cp, può avere comunque una seria rilevanza.

3.2. Fuori dai casi di ritrattazione immediata, dimodoché ne risulti elisa l'offensività del fatto, resta uno spazio, tutto sommato, limitato per la ritrattazione del falso calunnioso.
Un primo ambito di rilevanza è quello che incide sulla cornice edittale, ponendosi sia a fondamento dell'attenuante del ravvedimento operoso di cui all'art. 62, n. 6, ultima parte, c.p. quando essa sia sorretta da resipiscenza e da spontaneità[63], sia a elemento giustificativo dell'applicazione delle circostanze generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p.[64] Infine, la ritrattazione della precedente calunnia potrà trovare un ulteriore momento di valutazione, in senso calmierante il trattamento sanzionatorio, nell'ambito del giudizio di dosimetria della pena *ex* dell'art. 133, comma 2, n. 3, Cp.
Non sarà possibile, invece, mandare esente da pena colui che ritratta la precedente calunnia in quanto la qualificazione in termini di elenco tassativo dei reati richiamati dall'art. 376 Cp ("ritrattazione"), impedisce, *rebus sic stantibus*, l'applicazione di una causa di non punibilità[65]. Sul punto, tuttavia, appare necessario svolgere delle considerazioni critiche.

---

l'applicazione di una misura di sicurezza *ex* art. 49, comma IV, Cp. Allorquando, infine, il fatto risulti idoneo ad offendere i beni giuridici tutelati dal precetto, sia in forza di una valutazione a base parziale sia in forza di una valutazione a base totale, allora il fatto perfezionerà un reato di pericolo o un delitto tentato (a condizione che la forma tentata sia compatibile con la struttura del reato consumato), entrambi meritevoli dell'irrogazione della pena. In tema v. l'autorevole opinione di G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019, 477 ss., spec. 505 ss.
Questa ricostruzione risulterebbe per certi versi avallata da un recente pronunciamento delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 aprile 2020, n. 12348, *Caruso*), almeno secondo una possibile lettura. La Suprema Corte, infatti, ha distinto, quanto al reato di coltivazione di sostanze stupefacenti, due diverse ipotesi. Una prima in cui il fatto si presenti chiaramente inoffensivo dei beni giuridici tutelati per le stesse modalità con cui è stato posto in essere (dunque, inoffensivo già in una prospettiva a base parziale) e, quindi, per ciò solo sia atipico. Una seconda in cui la coltivazione appaia certamente idonea a mettere a repentaglio la salute collettiva e l'ordine pubblico per le modalità in cui è realizzata, ancorché, poi, tale fatto risulti inoffensivo alla luce di tutte le circostanze. Tuttavia, la sentenza non chiarisce, *expressis verbis*, se tale ultimo fatto inoffensivo debba essere considerato tipico o atipico, né se a fronte di tale inoffensività possa o meno applicarsi una misura di sicurezza, residuando incertezze sul punto. Invero, sul tema è tornata recentemente la Cassazione con due pronunce a sezioni semplici statuendo, da un lato, che, per applicarsi l'art. 49 Cp, è indispensabile che l'azione sia *ex ante* inidonea ad attuare il proposito criminoso voluto dall'agente (Cass. Pen., Sez. II, 7 maggio 2021, n. 17836) e, dall'altro, che «la condotta dell'agente deve essere priva di astratta determinabilità causale alla produzione dell'evento, per inefficienza strutturale o strumentale del mezzo usato» (Cass. Pen., Sez. V, 30 marzo 2021, n. 12045).

[63] Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 28 settembre 2009, n.38111; in dottrina v. R. BRICCHETTI, *Art. 368 Calunnia*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano 2005, 1796.

[64] Cfr., fra le varie, Cass. Pen., Sez. I, 19 luglio 2017, n. 35703.

[65] La causa di non punibilità della ritrattazione si differenzia dalla ritrattazione come ipotesi di ravvedimento operoso di cui all'art. 62, n. 6, ultima parte, c.p. in quanto, secondo l'orientamento ampiamente maggioritario, non richiederebbe il pentimento del reo (v. G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 150, per il quale un'impostazione ermeneutica opposta costituirebbe un'inammissibile esasperazione *ultra legem* della disposizione), né richiederebbe la spontaneità dell'atto (v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, vol. II, ed. integrata e aggiornata a cura di L. CONTI, Milano 2003, 460).
Sulla questione della natura giuridica della ritrattazione può darsi conto che essa sia discussa sin dai tempi del Codice Zanardelli (si rinvia quanto ai riferimenti bibliografici a F. BOTTALICO, *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, Milano 2011, 332), benché generalmente fosse fatta rientrare fra le condizioni di procedibilità a mente dell'art. 216 del Codice di rito del 1913, il quale impediva, appunto, di procedere contro il mendacio finché

3.2.1. L'art. 376, comma 1, Cp dispone che «Nei casi previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373, nonché dall'art. 375, primo comma, lett. *b*, e all'art. 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento»[66].
Secondo l'orientamento dominante, l'elencazione dei reati idonei a beneficare della causa di non punibilità in parola è da intendersi tassativa, per cui non sarebbe ammissibile un'interpretazione analogica[67]. Ne consegue che solo i reati di false dichiarazioni al pubblico ministero, false dichiarazioni al difensore, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione, depistaggio c.d. "dichiarativo" e favoreggiamento personale potranno beneficiare di questa particolare causa di non punibilità[68].
Giova evidenziare e precisare che per l'orientamento assolutamente maggioritario la ritrattazione costituisce una causa di non punibilità in senso stretto, la quale si fonda su ragioni di opportunità politico-criminale di tutela del buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia. È stato, infatti, efficacemente osservato come il dato giustificativo dell'esenzione dalla pena si concentri in modo prioritario sull'interesse alla ricerca della verità processuale, che è l'ideale regolativo di tutta la disciplina processuale, soprattutto processualpenalistica[69]. Non mancano, tuttavia, posizioni che ritengono che il fondamento dell'istituto risulti, almeno in parte, innervato da ragioni

---

fosse possibile per questo ritrattare. Impostazione interpretativa, questa, resa incompatibile dal sopravvenuto Codice di procedura penale del Trenta, il quale consentiva l'arresto in udienza.
Attualmente due tesi si dividono il campo. Un primo orientamento qualifica la ritrattazione come causa estintiva del reato o come causa di non punibilità sopravvenuta (F. BOTTALICO, *ult. op. cit.*, 335 e 349, il quale, inoltre, critica le ricostruzioni precedenti che volevano la ritrattazione causa di elisione della tipicità dei reati già commessi, causa di sospensione di detti delitti, causa di sospensione della punibilità, condizione incidente sull'intensità del dolo o sulla capacità a delinquere oppure un ravvedimento operoso – rilevante sotto il profilo soggettivo – del reo). Una posizione autorevole, ma non recente (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, ed. integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, Milano 2008, 467) l'annoverava fra le cause di non punibilità in senso lato, nel cui perimetro rientrerebbero sia le cause di non punibilità in senso stretto che le cause estintive del reato e della pena. Ebbene, è stato sostenuto come sia del tutto incompatibile una qualificazione in termini di causa estintiva del reato o della pena, poiché nella ritrattazione spicca la funzione premiale fondata sulla «avvenuta tutela *in extremis* del bene protetto leso dalla precedente condotta criminosa e non, come invece avviene per le cause di estinzione del reato o della pena, il semplice venir meno dell'interesse statuale alla persecuzione di una condotta rispetto alla quale può essere già intervenuta una sentenza di condanna definitiva», così testualmente G. AMARELLI, *ult. op. cit.*, 182.
[66] Sull'esatta individuazione del termine entro cui la ritrattazione possa dirsi tempestiva ai sensi dell'art. 376 c.p. v. G. AMARELLI, *ult. op. cit.*, 152 ss. Per approfondimenti in generale si rinvia a G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna 2002, 369 ss.; P. SEVERINI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo penale*, Padova 2003, 40 ss.; B. ROMANO, *Delitto contro l'amministrazione della giustizia* [2], Milano 2004, 212 ss
[67] *Ex multis*, v. G. AMARELLI, *La ritrattazione*, in *Trattato diritto penale. Parte speciale* diretto da S. MOCCIA, vol. III, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, (a cura di V. Maiello), Napoli, 2014, *passim*., spec. 512 ss.
[68] Sulla distinzione terminologica nell'ambito delle fattispecie di depistaggio e inquinamento processuale punite dall'art. 375 Cp si v. P. PISA., *Il "nuovo" reato di depistaggio*, in *Dir. Pen. e Processo*, 10/2016, 1273. Sul tema dei reati di falso giudiziale in generale, cfr. l'opera ancora attuale di G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, cit., 45 ss.
[69] G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 22 ss., spec. 31-34; P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in *Dem. Dir*., 2000, 209 e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 16 ss. Si v. anche G. ROSSI, *Il nuovo istituto della "non punibilità per particolare tenuità del fatto": profili dogmatici e scelte di politica criminale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 4/2016, 537-546, il quale, richiamando l'insegnamento di autorevole dottrina (D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 291 ss.; C. FIORE, *Sottrazione non punibile di cose comuni e appropriazione indebita*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1963, 22 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto Penale, Parte Generale*, IV ed., Roma 2013, 350 ss.) evidenzia come sia insita nell'art. 376 Cp la logica premiale circa un comportamento che ha attenuato o eliminato le conseguenze offensive del precedente reato.

che attengono al pentimento e alla meritevolezza del comportamento, secondo la nota logica del "al nemico che fugge, ponti d'oro"[70].

La ritrattazione tempestiva – ossia prima della fine del dibattimento – della dichiarazione falsa si fonda sull'esigenza di «dare soddisfazione all'interesse alla giusta definizione del giudizio principale»[71]. L'obiettivo anelato dall'ordinamento consiste nell'evitare il definitivo sviamento dagli autentici fini dell'amministrazione della giustizia – con connessa interruzione dello spreco di risorse legate all'attività investigativa e processuale –, oltre che evitare altro e più grave nocumento a colui che, eventualmente, è vittima della dichiarazione mendace.

---

[70] Invero, vi è un orientamento dottrinale minoritario e più risalente (cfr. C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Nuovo codice penale commentato*, vol. III, Torino 1940, 402; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V, Torino 1982, 926), che trova talora rinnovata linfa in giurisprudenza (Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 37503), per il quale la rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato si giustificherebbe alla luce della valutazione positiva del comportamento dell'autore; si sarebbe voluto dare, in altre parole, rilevanza all'aspetto soggettivo del comportamento quale sintomo del mutamento dell'atteggiamento psicologico, interiore, del reo rispetto ai beni giuridici tutelati dall'ordinamento penale di settore. Vi sarebbe, dunque, una chiara connotazione etico-morale della scelta di opportunità compiuta dal legislatore e cristallizzata nell'art. 376 Cp.; caratteristica che risulta decisamente poco in armonia con le categorie del diritto penale moderno (in tema v. rilievi critici di G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 162). In tal modo si finisce per asservire la funzione premiale del diritto penale ad obiettivi di stimolo del pentimento, di spinta verso un percorso interiore di rinsavimento. In altri termini, quindi, la ritrattazione sarebbe degradata a mero indice di un mutamento interiore e non valutata in termini positivi per la sua idoneità oggettiva ad attenuare o elidere l'offesa ai beni giuridici tutelati (in tema, e in senso critico, v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2014, 437). L'opinione maggioritaria e preferibile, viceversa, giustifica la scelta di rinunciare alla pretesa punitiva dello Stato sottesa all'art. 376 Cp nella valutazione oggettiva del comportamento del colpevole. In ciò starebbe il nucleo essenziale e caratterizzante della causa di non punibilità in parola, poiché ciò che effettivamente rileva è l'idoneità del comportamento del reo a rimuovere l'offesa perpetrata. V., fra gli altri, G. AMARELLI, *ult. op. cit.*, 165 ss.; F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. Crim*. 1981, 457 ss. per il quale la ritrattazione si fonda sulla contro-azione volta ad annullare o attenuare l'offesa; mentre si esprime in termini di necessaria effettiva eliminazione delle conseguenze della propria precedente condotta criminosa T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss.; G. PIFFER, *Commento all'art. 376*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E. – GATTA G. L., Tomo II, [5], Milano 2015, 1222, per il quale «Alla base dell'istituto vi è dunque un'opzione di politica criminale, basata sull'uso dello strumento premiale attraverso la promessa al reo, a fronte dell'eliminazione delle conseguenze del reato, non già di una semplice attenuazione di pena, ma della stessa non punibilità per il reato commesso»; più risalenti le posizioni di A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, II, Torino 1962, 429 ; B. ROMANO, *La ritrattazione nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: l'aspetto "etico" del diritto penale ed i confini della subornazione*, in *Cass. pen*., 2003, 1915. In giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. Unite, 10 aprile 1986, n. 2816.

Tale orientamento, dunque, individua il fondamento dell'art. 376 Cp nella c.d. tutela postuma del bene giuridico, ossia, più precisamente, nell'interesse oggettivo dello Stato all'accertamento della verità e alla tutela del giusto processo; viceversa, il profilo soggettivo dell'autore passa in secondo piano, risultando sostanzialmente irrilevante che esso sia mossa da un'effettiva resipiscenza oppure da intenti eminentemente utilitaristici. Il fine legislativo sarebbe, infatti, solo quello «di tutelare in ogni modo possibile questo bene giuridico così importante, anche con condotte successive alla realizzazione del fatto costituente reato, purché dotate di una necessaria efficienza causale rispetto al risultato positivo che deve essere sempre raggiunto» (così testualmente G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 94); tant'è vero che la dottrina ha definito l'istituto in scrutinio come un caso speciale di ravvedimento operoso *post patratum crimen*, in argomento v. V. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 376*, in *Codice penale*, a cura T. PADOVANI, [6], Milano 2014, 2330 ss.

La giurisprudenza, tuttavia, ha precisato come non possa negarsi la presenza di un intento premiale della condotta del "pentito" che si determina a ritrattare in modo tempestivo, cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 37503 (con commento di G. AMARELLI, *La ritrattazione*, in *Trattato diritto penale. Parte speciale* diretto da S. MOCCIA, vol. III, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, (a cura di V. Maiello), Napoli 2014, 581 ss.).

[71] Corte cost. nn. 228/1982, 206/1982 e 26/1974.

Si vuole evitare che colui che ha innescato un pericolo per il buon funzionamento della giustizia taccia o continui a mentire; di conseguenza, il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, ha reputato più conveniente, opportuno, incentivare la ritrattazione piuttosto che persistere nel perseguimento delle istanze punitive[72].

È necessario, a questo punto, dar conto delle novelle e degli interventi della giurisprudenza costituzionale che hanno segnato la storia dell'art. 376 Cp, cercando di limitarsi a quelle, fra le molte, che più interessano ai fini dell'economia del discorso che si sta conducendo.

Fino al 1999 l'elenco dell'art. 376 Cp non richiamava l'art. 378 Cp ("favoreggiamento personale") né l'art. 375, comma 1, lett. *b*, Cp, poiché in quest'ultima disposizione non era stato ancora inserito lo specifico delitto di depistaggio[73].

Giova rammentare che il delitto di favoreggiamento personale risulta integrato mediante false dichiarazioni nei casi in cui ad escutere la persona informata sui fatti siano gli agenti e gli ufficiali della polizia giudiziaria, sia nelle ipotesi di attività d'iniziativa, sia nelle ipotesi di attività delegata dal Pubblico Ministero.

La possibilità, a far data dal 1992, di beneficiare della speciale causa di non punibilità della ritrattazione nel caso di false informazioni al Pubblico Ministero (art. 371-*bis* Cp) ha messo in luce una disparità di trattamento rispetto a coloro i quali si determinassero a ritrattare le precedenti false dichiarazioni rilasciate alla polizia giudiziaria[74].

Per questa ragione, la Corte costituzionale, investita della questione da plurime ordinanze di rimessione, ha dichiarato, con sent. n. 101 del 1999, costituzionalmente illegittimo l'art. 376 Cp nella parte in cui escludeva dal novero di reati richiamati il delitto di favoreggiamento integrato mediante false o reticenti dichiarazioni alla polizia giudiziaria che agiva su delega del P.M.[75].

La Consulta, preso atto del diritto vivente da cui derivava l'inapplicabilità dell'art. 376 Cp «nel caso delle false dichiarazioni alla polizia giudiziaria specificamente delegata dal pubblico ministero (integranti la fattispecie dell'art. 378 Cp), mentre tale causa di non punibilità vale[va] nel caso delle false dichiarazioni rese al pubblico ministero stesso», ha ritenuto irragionevole la scelta legislativa e quindi la stessa viziata per violazione dell'art. 3, comma 1, Cost. L'escussione della persona informata sui fatti da parte del P.M., in modo diretto, o da parte della polizia giudiziaria delegata rappresentano, infatti, due modalità non dissimili di una stessa attività, la quale, perdipiù, si inserisce nella medesima fase procedimentale, ovvero nel corso delle indagini preliminari *già* sotto il coordinamento del Pubblico Ministero[76].

Varie ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale hanno, poi, tentato di estendere tale censura di irragionevolezza al caso delle false dichiarazioni rese alla P.G. che agisse d'iniziativa, stante

---

[72] Peraltro, si tratta di un obiettivo perseguito mediante l'esenzione totale della pena già dal Codice Zanardelli (art. 216).

[73] L'introduzione del delitto di depistaggio, infatti, si è avuta solo con l'art. 1, comma 1, l. 11 luglio 2016, n. 133. Invero, nell'elencazione non era menzionato neppure l'art. 371-*ter* Cp, introdotto dall'art. 20, l. 7 dicembre 2000, n. 397, ma a poco rileva per quel che si vuole argomentare.

[74] In argomento si v. F. RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal pubblico ministero*, in *Dir. pen. Proc*., 12/2000, 1611; ID, *Estesa la ritrattazione al favoreggiamento-medico*, in *Dir. pen. Proc*., 1999, 1608 ss.

[75] Questo, più specificatamente, il tenore del dispositivo: «Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 376, primo comma, del codice penale nella parte in cui non prevede la ritrattazione come causa di non punibilità per chi, richiesto dalla polizia giudiziaria, delegata dal pubblico ministero a norma dell'art. 370 del codice di procedura penale, di fornire informazioni ai fini delle indagini, abbia reso dichiarazioni false ovvero in tutto o in parte reticenti».

[76] Cfr. Corte cost., sent. n. 101 del 1999, par. 2.2. cons. in dir.

anche l'omogeneità normativa che caratterizza le due attività[77]. I giudici della legittimità costituzionale, tuttavia, hanno rigettato la questione ritenendo non irragionevole la scelta legislativa tenuto conto della diversa fase processuale in cui la reticenza o la dichiarazione mendace – poi ritrattata – interveniva[78].
In particolare, la Corte costituzionale ha osservato che «La ritrattazione, quale prevista dal vigente Codice penale, è infatti finalizzata primariamente a dare soddisfazione all'interesse alla definizione del giudizio penale (nel caso dell'art. 372 Cp) o all'esercizio dell'azione penale (nel caso dell'art. 371-*bis* Cp) fondati su elementi probatori veridici. Nella ipotesi in cui il mendacio si realizzi tramite dichiarazioni alla polizia giudiziaria che agisce di sua iniziativa, presumibilmente nella fase iniziale delle indagini, aiutando l'autore del reato "a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa", ciò che costituisce l'elemento materiale del reato di favoreggiamento, la sanzione penale mira primariamente ad assicurare il massimo di efficacia delle indagini e tempestività delle loro conclusioni (sentenza n. 228 del 1982), obbiettivo irrimediabilmente compromesso dalla falsità delle dichiarazioni e non più realizzabile, nemmeno con postume ritrattazioni. Onde, in tal caso, la ritrattazione non conseguirebbe lo scopo, ciò che mostra, sotto questo profilo, l'esistenza di un elemento differenziatore tra il mendacio (a qualunque titolo penalmente eventualmente rilevante) realizzato di fronte alla polizia giudiziaria operante di sua iniziativa, da un lato, ovvero di fronte alla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero o davanti al pubblico ministero stesso, dall'altro: elemento differenziatore che rende non manifestamente irrazionale la diversa disciplina della ritrattazione dettata nei casi considerati»[79].
In altri termini, dunque, non vi sarebbe irragionevole disparità di trattamento fra il caso della falsità rilasciata alla P.G. che agisce d'iniziativa e quello della falsità rilasciata alla P.G. delegata, poiché nel primo caso, diversamente dal secondo, la menzogna penalmente rilevante interviene in un momento determinante per le indagini, ovvero nel frangente in cui le investigazioni prendono una direzione e svolgono accertamenti solitamente vicini, dal punto di vista logico e cronologico, alla commissione del fatto criminoso.
A rispondere ad istanze di opportunità circa l'equiparazione – comunque non imposta sul piano costituzionale[80] – delle due ipotesi, che si affermavano anche alla luce della difficoltà per il reo di rendersi conto di star rilasciando false dichiarazioni alla polizia giudiziaria delegata (con possibilità di beneficiare dell'art. 376 Cp) o alla polizia giudiziaria che agiva *ex officio* (senza tale

[77] V. ordinanze emesse il 20 maggio 1999 dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Ivrea, il 28 aprile 1999 dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale dei minorenni di L'Aquila, il 29 novembre 1999 dal Tribunale di Ivrea e il 17 dicembre 1999 dal Tribunale di Salerno, rispettivamente iscritte ai nn. 425 e 431 del registro ordinanze 1999 e ai nn. 43 e 125 del registro ordinanze 2000.
[78] Corte cost., sent. n. 424 del 2000, ove si sottolineò come se sono assimilabili le situazioni dell'escussione da parte della P.G. delegata e da parte del P.M., poiché in ambo i casi le indagini sono già state poste sotto il coordinamento del magistrato, il caso della P.G. che agisce d'iniziativa s'inserisce in una fase diversa delle indagini, ossia in stadio incipiente ed embrionale.
[79] Corte cost., sent. n. 424 del 2000, par. 6 cons. in dir.
[80] La scelta legislativa di escludere l'art. 378 Cp dal novero dei reati-presupposto dell'art. 376 Cp, come chiarito, non pareva irragionevole alla luce delle giustificazioni rintracciate dalla Consulta; tuttavia, la dottrina ha avuto modo di segnalare serie aporie che derivavano da siffatto assetto normativo, le quali, comunque, facevano sì che permanessero perplessità sulla legittimità dell'opzione legislativa; v. G. AMARELLI, *Anche il favoreggiamento-mendacio aggravato ex art. 7 d.l. 152/1991 è ritrattabile ai sensi del novellato art. 376 Cp. Nota a Cassazione, Sezione VI, ud. 29 aprile 2012 (dep. 28 maggio 2012), n. 692, Presidente Agrò, Estensore Citterio, Ricorrente Verdechiaro*, in *DPC*, 1, 2013, 219-221.

possibilità), ci ha pensato il legislatore del 2009, che con l. 15 luglio 2009, n. 94 ha inserito l'art. 378 Cp nell'elenco dell'art. 376 Cp.[81]
Grazie alla novella legislativa ogni reato di falsa informazione all'Autorità giudiziaria o inquirente può beneficiare della causa di non punibilità della ritrattazione, sia che la dichiarazione mendace sia intervenuta nelle immediatezze del fatto di reato, sia che questa si collochi in fase avanzata dell'istruttoria dibattimentale.
Su tale quadro interviene il legislatore del 2016 introducendo il nuovo reato di depistaggio all'art. 375 Cp e statuendo la possibilità che colui che lo ha integrato possa beneficiare della causa di non punibilità dell'art. 376 Cp in caso di ritrattazione[82]. Più in particolare, viene consentito il beneficio in parola nel caso di c.d. depistaggio "dichiarativo" di cui all'art. 375, comma 1, lett. *b*, Cp, non anche nel caso di c.d. depistaggio documentale (o "reale") di cui alla lett. *a* della medesima disposizione e di cui al comma 2.
Il depistaggio rappresenta un reato particolarmente insidioso, proprio del pubblico ufficiale e idoneo ad applicarsi anche agli agenti e agli ufficiali di polizia giudiziaria che svolgano le indagini penali. Nello spettro tipico del reato, dunque, sono ricompresi casi in cui lo sviamento delle indagini e l'ostacolo all'accertamento della verità processuale sono opera di soggetti nei cui confronti l'ordinamento ripone eccezionale fiducia, poiché trattasi, oltre che di un soggetto con funzioni pubbliche, di un soggetto che contribuisce in ragione del suo ufficio alla fase più delicata delle indagini. Peraltro, può anche osservarsi come si tratti del delitto che comporta la più severa cornice edittale fra quelli richiamati dall'art. 376 Cp ai fini dell'applicabilità della relativa causa di non punibilità[83]. Tra le falsità dichiarative processuali, quest'ipotesi ha massima portata offensiva in ragione della sua insidiosità oggettiva – poiché deriva dall'interno dell'apparato inquirente-investigativo – e del grave tradimento del vincolo fiduciario, oltre a destare anche il massimo grado di riprovevolezza sociale.

3.2.2. Giova sin da subito osservare come tutti i reati richiamati attualmente dall'art. 376 Cp possano essere integrati da dichiarazioni mendaci che vadano nel senso di condurre

---

[81] Quanto al delitto di favoreggiamento personale, si rinvia a E. DINACCI, *Favoreggiamento personale*, in F. COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino 1996, 408; Cass. Pen., Sez. VI, 9 marzo 2015 n. 9989. In sintesi, si tratta di un reato di pericolo a tutela dell'interesse pubblico costituto dal corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia (G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, tomo I, I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., 644; in giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. V, 16 settembre 2008, n. 43207), configurabile non solo quando il comportamento dell'agente sia diretto a eludere le investigazioni, ma anche qualora il fatto sia preordinato a turbare l'attività di ricerca e acquisizione della prova da parte degli organi della magistratura (Cass. Pen., Sez. III, 7 gennaio 2021, n. 186; Sez. V, 24 aprile 2018, n. 18110).
Si segnala che si ritiene di aderire all'orientamento consolidato in giurisprudenza (*ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. Un., 5 giugno 2007, n. 21832; Sez. VI, 11 luglio 2013, n. 30349; Sez. VI, 7 ottobre 2010 n. 37757; Sez. VI, 19 gennaio 1998, n. 539) e sostenuto anche in dottrina secondo cui il favoreggiamento risulta integrato anche dalla reticenza e dalla falsa dichiarazione, benché in dottrina si registrino anche posizioni opposte che non accettano la qualificabilità dell'art. 378 Cp come reato d'evento (sul punto v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna 2021, 423; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, ed. integrata e aggiornata a cura di C. F. GROSSO, vol. II, Milano, 2016, 658).
[82] Intervento dovuto, in particolare, all'art. 1, commi 1 e 3, l. 11 luglio 2016, n. 133. In generale sul delitto di depistaggio cfr. M. A. PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio*, cit.; B. ROMANO, *L'introduzione del reato di frode in processo penale e depistaggio nella legge 133 del 2016*, in *Il penalista, Focus*, del 27 luglio 2016; V. SANTORO, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "Frode in processo e depistaggio" (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133)*, in *Archivio Penale (Web)*, 3, 2016.
[83] Nella versione base, l'art. 375 Cp commina la pena della reclusione da 3 a 8 anni, mentre gli artt. 371-*bis*, 371-*ter* e 378 Cp comminano fino a 4 anni di reclusione e gli artt. 372 e 373 Cp, da 2 a 6 anni.

(ingiustamente) all'assoluzione dell'imputato-colpevole oppure nel senso di condurre (ingiustamente) alla condanna dell'imputato-innocente. In effetti, anche senza accusare direttamente alcuno, ben può accadere che per effetto di una falsa testimonianza, falsa perizia, falsa interpretazione, depistaggio, etc., ne risulti, indirettamente, corroborato un impianto probatorio già imbastito altrimenti, almeno *in nuce*, dalla pubblica accusa. Ciò avviene certamente nell'ipotesi di falso processuale mediante reticenza, ma anche nell'ipotesi di falsa dichiarazione di carattere, *lato sensu*, calunnioso; anche in tale evenienza l'autore della falsità non integra il reato di calunnia, se la stessa dichiarazione si inserisce in un procedimento penale già avviato a carico della vittima della falsità medesima. In altre parole, non di calunnia in senso tecnico si può parlare sia quando venga testimoniato il falso ai danni del già imputato, sia quando si menta mediante reticenza. Questa precisazione è utile a mettere in rilievo i primi tratti di comunanza fra i reati che trovano cittadinanza nell'elencazione dell'art. 376 Cp e il delitto di calunnia formale di cui all'art. 368, comma 1, prima parte, Cp.[84]

Quel che più rileva, tuttavia, è altro. Tutti i reati dell'elenco tipico più volte citato presentano un tratto comune, che è messo in luce soprattutto nei reati di favoreggiamento personale (art. 378 Cp) e di depistaggio (art. 375, comma I, lett. *b*, Cp). Si fa riferimento al fatto che l'offesa che l'autore del fatto arreca ai beni giuridici tutelati si atteggia per lo più come una sorta di sommatoria fra "danno emergente" e "lucro cessante", mutuando una nota terminologia civilistica.

Con queste parole s'intende dire che con la falsa perizia, con la falsa testimonianza, con le false dichiarazioni al P.M. o ai difensori, ma soprattutto col depistaggio (che può collocarsi anche a monte delle indagini preliminari) e col favoreggiamento (che può collocarsi sia a monte delle indagini preliminari, sia nelle fasi iniziali di queste), si ha, da un lato, uno spreco di risorse processuali e investigative poiché impiegate per battere strade sbagliate o, perfino, a perseguire un innocente e, dall'altro, un pregiudizio per le pretese punitive e le esigenze di giustizia che lo Stato reclama nei confronti del vero colpevole.

In altri termini, soprattutto se si ha riguardo ai reati di favoreggiamento e di depistaggio, non può non notarsi come le dichiarazioni mendaci in una fase incipiente delle indagini o da parte di un pubblico ufficiale – che ben potrebbe essere lo stesso ufficiale di P.G. che conduce le indagini sotto il coordinamento del P.M. – possano determinare un pregiudizio irreparabile per le indagini e per il buon funzionamento della giustizia. D'altro canto, è la stessa Corte costituzionale del 2000 che – per salvare la previgente scelta legislativa di escludere il favoreggiamento dal novero dei reati beneficiare dell'esimente della ritrattazione – pone l'accento sull'insidiosità e sull'irrimediabile offensività della dichiarazione mendace nella fase in cui l'indagine prende avvio[85]. Battere una strada errata sin dal principio potrà condurre a perseguire piste del tutto vuote o soggetti estranei ai fatti (con ciò configurandosi quello che si è definito una sorta di "danno emergente") e a garantire l'impunità ai soggetti penalmente responsabili (con ciò configurandosi quello che si è definito una sorta di "lucro cessante").

Tale insidiosità e capacità offensiva del fatto è ancor più evidente nel recente delitto di depistaggio, codificato nell'art. 375 Cp e menzionato nell'elenco dell'art. 376 Cp.

---

[84] Nonostante si sia, a ragion veduta, argomentato che la rigorosa interpretazione dell'art. 376 Cp passa necessariamente per un'analisi "a raggi", per cui la ritrattazione assumerebbe connotati particolari in dipendenza dello specifico reato presupposto che viene in rilievo di volta in volta; v. F. BOTTALICO, *La ritrattazione. Struttura e funzione fra diritto penale e processo*, cit., 27.

[85] Corte cost. sent. n. 424 del 2000, con nota di F. RANZATTO, *Non ritrattabili le dichiarazioni alla polizia giudiziaria non delegata dal p.m. Commento a Corte cost. (Ord.), 16 ottobre 2000, n. 424*, cit., 1604 ss.

Pertanto, se in origine la scelta di tener fuori dall'elencazione della disposizione da ultimo richiamata il delitto di calunnia poteva essere ritenuta ragionevole e legittima, con le scelte legislative del 2009, con cui vi s'è introdotto l'art. 378 Cp, e del 2016, con cui vi s'è introdotto l'art. 375 Cp, tale esclusione risulta manifestamente irragionevole e, pertanto, costituzionalmente illegittima.
Il delitto di calunnia, infatti, comporta un sicuro spreco di risorse investigative e processuale, con nocumento per il buon andamento dell'amministrazione della giustizia, oltre che un pericolo per l'onore e la libertà personale della vittima. Ciò, costituisce quello che si è denominato, per ragioni di sintesi, "danno emergente". Tuttavia, la calunnia non comporta, di regola, una frustrazione per la pretesa punitiva dello Stato. A ciò fa eccezione il caso di falsa incolpazione di un fatto di reato effettivamente avvenuto; ciononondimeno, rispetto a tale ipotesi, non può non rilevarsi come l'effetto "distrattivo" non rappresenti il *proprium* della dimensione offensiva della fattispecie di calunnia[86]. Elemento, quest'ultimo, connotante in modo spiccato i reati di cui agli artt. 375 e 378 Cp. Ciò, invece, che più caratterizza, sia sul piano dogmatico che fenomenico, il delitto di calunnia è un procedimento penale *inutile* e *pericoloso*.
Viceversa, come già si è posto in evidenza, il favoreggiamento e il depistaggio, generalmente, seguono la commissione effettiva di un reato, di qualunque gravità, peraltro. Per tali motivi, l'insidiosità e l'offensività per il bene costituito dal corretto esercizio della giurisdizione appaio ben più accentuate nei reati di favoreggiamento personale e depistaggio che non nel reato di calunnia. Non si capisce, infatti, come sia ammissibile che un perito che abbia dichiarato il falso, che un agente della polizia giudiziaria che abbia dichiarato il falso nel corso di un procedimento penale, che un soggetto che abbia sviato le indagini in fase iniziale (lì dove vengono assunte importanti determinazioni) per salvare il reo, poi, possano, ritrattando, andare esenti da pena, mentre colui che ha falsamente incolpato un terzo innocente non possa ritrattare, interrompendo il procedimento penale inutilmente e ingiustamente avviato, evitando la sanzione penale.
Non si può ignorare un ulteriore altro dato che rafforza l'irragionevolezza dell'esclusione in commento: la ritrattazione del calunniatore pone immediatamente fine all'offesa e agli effetti pregiudizievoli del reato; viceversa, la ritrattazione di colui che favoreggia sul piano personale il criminale non necessariamente pone fine ai nocumenti derivanti dal suo reato poiché, ormai, il reo-favorito potrebbe essersi reso completamente irreperibile o potrebbe aver avuto il tempo di alterare le prove essenziali all'accertamento della verità processuale.

---

[86] È possibile sostenere ciò alla luce di alcune considerazioni. L'art. 368 c.p. è reato di mera condotta, mentre il delitto di favoreggiamento è reato d'evento a forma libera, di talché ogni aiuto ad un reo causalmente efficiente ad eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche è idoneo ad integrare l'art. 378 Cp (Cass. Pen., Sez., Un., 5 giugno 2007, n. 21832). Pertanto, se la condotta calunniosa ha l'effetto di ostacolare l'Autorità giudiziaria o inquirente, si dovrà ritenere integrato, almeno sul piano del fatto, anche l'ulteriore reato di favoreggiamento, in concorso reale. Tanto è sufficiente a chiarire l'oggettività giuridica e gli scopi di tutela dei reati di calunnia e favoreggiamento. Ne consegue, dunque, la necessità di applicare entrambe le fattispecie incriminatrici, in casi siffatti, nella misura in cui il calunniatore aderisca al fatto di favoreggiamento almeno nei termini del dolo eventuale. A ben riflettere, inoltre, si giungerebbe alla medesima conclusione anche accedendo all'interpretazione che vede nell'art. 378 Cp un reato di mera condotta. Sul punto è possibile, infine, richiamare anche uno specifico pronunciamento della Suprema Corte, per il quale «è configurabile il concorso tra il delitto di calunnia e quello di favoreggiamento personale nella condotta di colui che accusi falsamente taluno di aver commesso un reato al fine di sviare le indagini dal vero autore dello stesso» (Cass. Pen., Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 18082); con la precisazione che tale riferimento al "fine" della condotta è da intendersi – almeno così pare – in termini di connessione puramente oggettiva (alla stregua di un effetto ulteriore della condotta calunniosa), non già in termini di dolo specifico, attesa l'ampia giurisprudenza che vuole l'art. 378 Cp un reato a dolo generico (*ex multis*, Cass. Pen., Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 24035; Sez. I, 8 luglio 1999, n. 8786).

Per tali ragioni, l'incorporamento degli artt. 378 e 375 Cp nell'elenco dell'art. 376 Cp non rende più giustificabile l'esclusione dell'art. 368 Cp.
Specie il rinvio al delitto di depistaggio appare risolutivo in tal senso. Si tratta, infatti, di una fattispecie incriminatrice speciale, codificata al dichiarato scopo di punire più severamente condotte particolarmente offensive e ripugnanti, ma di per sé già penalmente illecite a prescindere dalla qualifica soggettiva rivestita dall'autore del fatto e a prescindere da qualunque finalità perseguita[87]. Tanta e tale l'insidiosità, la riprovevolezza e l'offensività dei fatti incriminati dall'art. 375 Cp che la dottrina è giunta a criticare, sotto il profilo dell'opportunità politico-criminale, la scelta di consentire la non punibilità in caso di ritrattazione[88].
Va, ancora, sottolineato come, d'altra parte, non risulti più spendibile l'argomento, sostenuto anche in passato dalla Corte costituzionale, secondo cui sia consentito beneficiare dell'art. 376 Cp solo per coloro che ritrattano falsità le quali non abbiano attinto in modo irreversibile i beni giuridici tutelati dalle fattispecie incriminatrici[89]. È ben vero che il delitto di calunnia genera uno sviamento della giustizia, uno spreco di risorse, una lesione dell'onore del falsamente incolpato e un pericolo per la di lui libertà personale, ma ciononondimeno la ritrattazione ha un'eccezionale efficacia eziologica di attenuazione della portata offensiva del fatto. Con la ritrattazione, infatti, si ottiene un totale arresto della catena offensiva e dannosa del reato e un attenuamento della portata offensiva già prodotta. Si tratta, dunque, di effetti oggettivamente benefici per i beni giuridici tutelati. Al contrario, analoghi effetti non si registrano affatto nel caso di ritrattazione del depistaggio o del favoreggiamento personale, poiché la manifestazione tardiva del vero potrebbe aver vanificato le esigenze di ricerca della verità e di giustizia che sono proprie del processo penale[90].

---

[87] Cfr. *La Relazione di accompagnamento*, la quale così recita: «a queste condotte - inqualificabili per gravità politica e morale - non hanno mai corrisposto sanzioni adeguate, limitandosi l'ordinamento a prevedere [...] i reati di falsa testimonianza, omissione o soppressione di atti d'ufficio, senza evidenziare le conseguenze che tali condotte hanno sul piano penale e della verità».
[88] A tal riguardo v. P. PISA., *Il "nuovo" reato di depistaggio*, in *Dir. Pen. e Processo*, cit., 1279, il quale solleva forti perplessità circa tale opzione legislativa, propendendo per una più ragionevole attenuazione della cornice edittale in caso di ritrattazione del depistatore. In argomento, si v. anche G. CERAMI, *Frode e depistaggio in processo penale*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino 2018 e M. A. PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio*, cit., 270.
[89] Così testualmente venne affermato dalla sentenza n. 228 del 1982: «Analoga attitudine della ritrattazione ad evitare la lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice di cui all'art. 378 Cp difetta nel caso del favoreggiamento personale, anche se integrato da false o reticenti dichiarazioni rese all'autorità di polizia giudiziaria. L'aiuto "a eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche di questa", che costituisce l'elemento materiale del reato in esame, comporta invero per definizione - anche se non sempre la vanificazione o il rallentamento - comunque un intralcio all'opera di investigazione dell'autorità. Intralcio che, soprattutto nella fase iniziale delle indagini, cui sembra principalmente riferirsi la norma, è suscettibile di comportare la definitiva frustrazione del fine di assicurare l'accertamento e la repressione dei reati, essendo evidente che il pregiudizio arrecato alla pretesa punitiva dello Stato allorché, grazie alle false dichiarazioni rese dal favoreggiatore alla polizia giudiziaria, il reo si sia ad esempio sottratto all'arresto o alla cattura, non è tale da poter essere in sé eliso da una resipiscenza che intervenga, in ipotesi, quando egli è ormai lontano o non più altrettanto agevolmente reperibile. Non sembra dubitare, insomma, che la diversa obiettività giuridica dei due reati comporta un diverso atteggiarsi della idoneità della ritrattazione ad evitare la definitiva lesione dell'interesse tutelato da ciascuna delle fattispecie, onde non appare irragionevole che la causa esimente sia contemplata solo per il reato di falsa testimonianza (e per quello di cui all'art. 373 Cp) e non anche per il favoreggiamento personale».
[90] È ben vero che autorevolissima dottrina aveva, in passato, evidenziato la necessità che la ritrattazione del falso e la manifestazione del vero fosse effettivamente idonea ad eliminare tutte le conseguenze negative del reato di falso precedentemente commesso (il riferimento va a T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, cit., 529 ss.), tuttavia tale ermeneutica non può più essere accolta integralmente alla luce dell'inserimento, appunto, dei reati di depistaggio e di favoreggiamento personale nell'art. 376 Cp, per i quali

Anche la calunnia, dunque, condivide col favoreggiamento personale quell'attitudine a comportare un'offesa immediata ai beni giuridici della giustizia e dell'onore del calunniato – come evidenziato dalla citata giurisprudenza costituzionale –, ma ambedue i fatti di reato, specie la calunnia, hanno una portata offensiva che viene sterilizzata o fortemente attenuata dalla ritrattazione.
Per questi motivi, se è consentita l'esimente dell'art. 376 Cp all'ipotesi del favoreggiamento personale e del depistaggio dichiarativo, *a fortiori* deve essere riconosciuta detta possibilità con riferimento al reato di calunnia. Può osservarsi, infatti, da una parte, come l'art. 368 Cp abbia, nella sua dimensione tipica, un grado di offensività pari o inferiore agli altri due delitti appena citati, e, da altra parte, come la ritrattazione della falsa incolpazione abbia una forza sterilizzante l'offesa pari o superiore rispetto a quella prospettabile nel caso di favoreggiamento o depistaggio. Conseguentemente, se il legislatore non si appresterà a rimuovere questa illegittima aporia del sistema, che conduce ad un'irragionevole disparità di trattamento in violazione del principio costituzionale di uguaglianza, si renderà necessario l'intervento manipolativo della Corte costituzionale debitamente investita della questione.

3.2.3. Oltre ai profili di irragionevolezza già menzionati, che sono da ascriversi ad un giudizio di ragionevolezza estrinseca, è possibile aggiungere alcune considerazioni di opportunità per l'equiparazione delle situazioni summenzionate. Tali argomenti, peraltro, mostrano una certa irragionevolezza intrinseca della scelta del legislatore di non includere l'art. 368 Cp fra i reati beneficiari della causa di non punibilità dell'art. 376 Cp.
Rammentato, preliminarmente, anche in questa sede che la ritrattazione della calunnia consenta la cessazione immediata dell'offesa all'amministrazione della giustizia e permetta a quest'ultima di raggiungere il suo fine esistenziale, è opportuno mettere a fuoco gli effetti (distonici) che produce l'esclusione in commento.
La scelta legislativa di escludere l'art. 368 Cp dall'art. 376 Cp, risulta intrinsecamente irragionevole o, comunque, eccezionalmente inopportuna, poiché essa ha l'effetto di generare situazioni processuali nelle quali sia vantaggioso, per il soggetto chiamato a testimoniare, perseverare nella mendacità. Se la vincolatività giuridica di un dovere è tale anche in forza delle sanzioni che l'ordinamento connette alla sua violazione, l'obbligo di verità cui è soggetto il teste, in questo caso, scema grandemente del suo carattere giuridico o, addirittura, non sussiste, a seconda della tesi cui si acceda[91]. Come già ampiamente argomentato, infatti, il calunniatore che contravvenga l'obbligo di verità testimoniale andrà in ogni caso esente da pena.
Alla luce di tali rilievi appare irragionevole che l'ordinamento – in forza della pregnanza delle garanzie costituzionali, convenzioni e unionali – consenta, da una parte, di sottrarsi all'obbligo di dire la verità (a monte oppure a valle, sul piano delle conseguenze sanzionatorie) senza, al contempo, prevedere un incentivo verso la verità stessa. In altri termini, preso atto dell'impossibilità di coartare la confessione del calunniatore e, dunque, dell'inammissibilità di un pieno obbligo di dire la verità in sede di escussione testimoniale, non ha senso che l'ordinamento

---

la ritrattazione non presenta mai, o quasi mai, questa piena efficacia bonificante. In altre parole, non può negarsi come l'implementazione dell'elenco dell'art. 376 Cp abbia imposto di rimettere a fuoco gli esatti connotati della causa di non punibilità della ritrattazione.

[91] Scema grandemente se si acceda alla tesi maggioritaria che propugna l'applicabilità dell'art. 384, comma I, c.p. oppure a quella che propone l'applicabilità del secondo comma della disposizione appena citata alla luce del divieto probatorio di cui all'art. 198, comma 2, Cpp. Viceversa, viene meno in forza dell'esercizio del diritto per coloro che ritengono di applicare l'art. 51 Cp in combinato con l'art. 24, comma 2, Cost. Mentre, ancora, viene radicalmente meno *ab origine* per coloro che valorizzano l'effetto dell'art. 198, comma 2, Cpp di perimetrazione dell'area di tipicità dell'art. 372 Cp. Per una trattazione più estesa v. *supra* parr. 2.2. e 2.2.1.

non consenta al medesimo di ritrattare la precedente dichiarazione calunniosa e di beneficiare di una causa di non punibilità – la quale, per contro, è riconosciuta con riferimento alla commissione di altri reati affini e di maggiore gravità[92].
D'altra parte, già la Relazione al Codice penale previgente evidenziava, in modo deciso, come fosse essenziale che la ritrattazione generalmente conducesse all'impunità e non all'applicazione di una mera attenuante. Ciò sulla base dell'argomento secondo cui non vi sarebbe stimolo migliore alla ritrattazione, la quale è di cruciale importanza alla luce del fatto che l'accertamento processuale della verità rappresenta pur sempre "il trionfo della giustizia"[93]. Quanto, in particolare, alla ritrattazione della calunnia i codificatori del 1889 optarono per annetterle un effetto minore, ma pur sempre marcatamente mitigatore del trattamento sanzionatorio[94].
E della circostanza che non sia di regola sufficiente un'attenuante in caso di ritrattazione risultano ben consapevoli anche i codificatori del Trenta, i quali, purtuttavia, per le ragioni già emerse e messe in luce dalla risalente giurisprudenza della Consulta, non ritennero di estendere tale causa esimente al delitto di calunnia[95]. Ragioni che, come più volte evidenziato, oggi risultano cadute o subvalenti rispetto ai principi costituzionali in gioco.
Vi è, ancora, un'ultima, forte, ragione di opportunità verso l'estensione dei reati-presupposto dell'art. 376 Cp. Nelle pagine precedenti si è dato conto delle ragioni che spingono a non condividere la soluzione, adottata dalla giurisprudenza sostanzialmente unanime, di applicare l'art. 384, comma 1, Cp per risolvere il problema del falso teste precedentemente calunniatore. Tuttavia, volendo accedere a quella teorica, che appare allo stato maggioritaria, *a fortiori* risulta necessario inserire l'art. 368 Cp fra i reati beneficiari dell'art. 376 Cp. In tale evenienza, infatti, la falsa testimonianza del calunniatore, realizzata al fine di non confessare il precedente reato, non sarebbe più scusabile *ex* art. 384, comma 1, Cp per difetto dei relativi presupposti applicativi. Questi ultimi,

---

[92] La non punibilità, infatti, non deve essere vista solo in prospettiva *ex post*, ossia in una dimensione premiale, ma dovrebbe essere tenuta in conto in una prospettiva anche *ex ante*, alla stregua di un incentivo al singolo a che realizzi un interesse generale dello Stato. Anche rispetto alla calunnia, infatti, si realizzerebbe il già menzionato recupero *in extremis* del bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale.
[93] «Quanto agli effetti della ritrattazione, in tempo utile, della falsa testimonianza, ho creduto bene di ritornare al sistema della impunità adottata nei progetti anteriori a quello del 1883; poiché, tenendo conto dei dati dell'esperienza giudiziaria, mi sono convinto che la promessa dell'impunità, quando il falso non abbia ancora prodotto i suoi immediati effetti dannosi, è lo stimolo migliore al palesamento del vero; mentre non si potrebbe ottenere altrettanto, se il testimone non avesse a sperare che una diminuzione della penale, la quale esso medesimo verrebbe a rendere sicura con la confessione della sua reità. D'altra parte, è pur d'uopo riconoscere che la ritrattazione del falso è un trionfo della giustizia ed un congruo riparo allo scandalo della menzogna», così testualmente *Relazione ministeriale al Progetto del codice penale per il Regno d'Italia*, Roma 1888, 352 ss.
[94] Infatti, mentre l'art. 216 del Codice Zanardelli codificava la ritrattazione come ipotesi di esenzione totale dalla pena per i reati contro l'amministrazione della giustizia, l'art. 213 Cp 1889 prevedeva la riduzione della pena di due terzi nel caso di ritrattazione della calunnia prima che venisse posto in essere un qualunque atto del procedimento contro l'incolpato, mentre codificava un'attenuazione da un terzo alla metà nel caso in cui la ritrattazione della calunnia avvenisse prima della pronuncia della sentenza sul falsamente incolpato.
Analoga, peraltro, l'esperienza precedente nel Gran Ducato di Toscana, ove il Codice del 1853 prevedeva che la ritrattazione della calunnia comportasse una drastica riduzione della risposta sanzionatoria. In particolare, la calunnia era punita nell'ipotesi più grave con la pena da dieci a venti anni di casa di forza (art. 267, lett. a) e nell'ipotesi più lieve con la pena da quattro mesi a tre anni di carcere (art. 267, lett. *d*; questa, se ritrattata, veniva punita, anche per l'ipotesi più grave, con la sola pena del carcere da un mese a due anni (art. 268). La ritrattazione della falsa testimonianza o della falsa perizia, viceversa, comportava l'impunità; tuttavia, tale beneficio ricorreva solo se la ritrattazione fosse effettuata immediatamente («prima di ritirarsi dal cospetto dell'autorità», art. 276).
[95] Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, Parte IV, Roma, 1929, 8, Rel. Appiani, lì dove si afferma che «si deve accordare un beneficio radicale, capace di vincere la istintiva repugnanza che accompagna la confessione di aver mentito».

costituiti dalla costrizione, della necessità e, soprattutto, dell'inevitabilità della mendacità verrebbero meno nel momento in cui al calunniatore, escusso come teste, fosse riconosciuta la possibilità di andare completamente esente da pena dicendo il vero, ritrattando. Siffatta agevole via d'uscita esclude in radice il presupposto di operatività dell'art. 384, comma 1, Cp: il pericolo di un grave ed *inevitabile* nocumento alla libertà o all'onore.
La ritrattazione apre la strada alla facile evitabilità del nocumento poiché il rispetto del precetto legale che impone al teste l'obbligo di verità coincide con il comportamento che evita il nocumento. Né si potrebbe argomentare che la confessione della precedente calunnia (non punibile, a quel punto, *ex* art. 376 Cp) potrebbe comportare un *grave* nocumento all'onore, poiché questo non può che essere rapportato, alla stregua di un canone di ragionevolezza-proporzionalità, all'offesa che creerebbe la falsa testimonianza ai beni giuridici tutelati dall'art. 368 Cp.
Sarebbe, in definitiva, il canone di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) a ricercare il tenue sacrificio del singolo, ossia la confessione sterile di sanzioni del precedente reato, per tutelare le istanze del falsamente incolpato e dell'interesse generale dello Stato. Non di confessione imposta si tratterebbe, ma di una confessione incentivata per mezzo della sterilizzazione totale di tutte le sanzioni, dunque scevra da rischi punitivi. In questo modo, inoltre, si tenderebbe a limitare fortemente lo spazio di quella inquietante figura del testimone con facoltà di mentire, la quale è stata bollata, a ragion veduta, dalla Suprema Corte come incompatibile col sistema processuale.
Un ulteriore fronte da cui scrutare il problema dell'irragionevolezza intrinseca dell'elencazione dell'art. 376 Cp, infatti, può essere quello della posizione del calunniato, i cui diritti fondamentali rientrano, seppur in modo secondario, nello spettro di tutela della fattispecie incriminatrice dell'art. 368 Cp.
L'onore e la libertà personale dell'accusato sono posti a repentaglio dalla calunnia, per cui, a dibattimento ancora aperto (come presuppone l'art. 376 Cp), il suo primario interesse sta nella resipiscenza e nel ravvedimento operoso dell'accusatore. In altre parole, visto il pericolo corso dall'indagato o dall'imputato falsamente accusato, è ragionevole presumere che la vittima della calunnia aneli la ritrattazione dell'accusatore piuttosto che la punizione penale dello stesso.
La ritrattazione, infatti, annienta la portata plurioffensiva del reato di calunnia, sia con riferimento al bene primario tutelato dalla fattispecie incriminatrice, sia con riguardo al bene giuridico secondario. Ora, pur non essendo in discussione questa gerarchizzazione dei beni giuridici tutelati sul piano del precetto penale, non può ignorarsi, sul piano costituzionale, la centralità della persona e la sua primazia rispetto agli interessi pubblicistici. Sacrificare l'aspirazione di tutela del singolo incolpato sull'altare della pretesa punitiva dello Stato pone certamente qualche problema di tenuta costituzionale.
Detto altrimenti, con maggior sforzo esplicativo, sorge il serio dubbio che l'imputato non abbia una pretesa costituzionalmente garantita a che le regole del giusto processo (art. 13, 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 6 Cedu) siano conformate primariamente all'esigenza di accertare la verità. A questa non si può rinunciare per dare sfogo all'istanza dello Stato di punizione del calunniatore. Finché il processo è aperto la verità va incentivata, anche perché l'accertamento della verità processuale è tutto fuorché un mero affare pubblicistico.
Giova ancora evidenziare, in questa sede, come l'eventuale applicazione dell'art. 376 Cp non incide affatto sull'illiceità del fatto. Non viene meno la sua illiceità extra-penale e, per le tesi che escludono la punibilità dagli elementi strutturali del reato, nemmeno ne viene elisa l'illiceità sul piano penale, costituendo pur sempre un reato perfetto, ancorché non punibile. Da queste considerazioni deriva la possibilità di agire in sede civile contro il calunniatore che ha ritrattato – e che quindi andrebbe esente da pena – al fine di ottenere tutela risarcitoria. La vittima del reato,

così, beneficerebbe, in prima battuta, della cessazione degli effetti offensivi del reato e, in seconda battuta, del ristoro dei pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali[96]. Peraltro, è opportuno menzionare l'importanza che assume, anche in armonia con una *restorative culture*, la possibilità per il giudice adito in sede civile di riconoscere, su istanza di parte, la riparazione dei danni non patrimoniali in forma specifica (art. 2058 Cc). Ciò sarà subordinato, evidentemente, all'individuazione di possibili e idonee prestazioni volte a ristorare le conseguenze non patrimoniali derivanti dalla lesione dell'onore dell'ingiustamente incolpato, le quali si accompagneranno, se del caso, alla pubblicazione della sentenza a spese dell'imputato (art. 186 Cp)[97].

In definitiva, il diritto penale è uno strumento volto, in un tempo, a salvaguardare la pace sociale che verrebbe incrinata nel caso di rinuncia dello Stato a punire fatti particolarmente riprovevoli – poiché detta astensione lascerebbe il passo alla c.d. "giustizia privata" (che non è mai *giustizia* ed è sempre *vendetta*) – e a risocializzare e rieducare il reo rispetto ai valori violati. Punire in questo caso risulta poco coerente con gli scopi della pena.

Dopotutto, la politica del diritto criminale perseguita da almeno un decennio, sul piano sostanziale e processuale, in modo tutto sommato trasversale, è stata orientata verso scopi di deflazione. Il legislatore ha selezionato spesso situazioni meritevoli di esenzione da pena, specie detentiva, avendo riguardo al grado di offensività raggiunta dal fatto e ai comportamenti attivi di temperamento o rimozione degli effetti negativi del reato, oltre che di riparazione del danno[98]. La valorizzazione di questi elementi, a ben riflettere, è pure il riflesso di una valutazione di

---

[96] È pacifico e risalente l'orientamento che sostiene l'illiceità civile del fatto non punito in sede penale per cause di opportunità; in giurisprudenza cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 24 maggio 1990, in *CED* n. 185901); in dottrina si v. la riflessione di G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir*., VI, Milano 1960, 635.
Quel che è attualmente dibattuto è la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla luce del combinato disposto degli artt. 2059 Cc e 185 Cp. Se si accede alla tesi di chi ammette il reato senza pena (v. G. PIOLETTI, *Punibilità (cause di esclusione della)*, in *Dig. disc. pen*., vol. X, 1995, 527), nulla osta a considerare il fatto di calunnia non punito un reato perfezionato in tutti i suoi elementi e quindi fonte di responsabilità risarcitoria anche quanto ai danni non patrimoniali. Di contrario avviso l'orientamento che sostiene la tesi quadripartita secondo cui la punibilità è un elemento costitutivo del reato; da ciò, infatti, discende che il fatto di calunnia non punito ai sensi della legge penale non può dirsi un reato perfezionato, dimodoché non possa darsi luogo a responsabilità aquiliana *ex* artt. 2059 Cc e 185 Cp (v. G. COCCO, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. II, *Punibilità e pene*, Padova, 2009, 86). Può, tuttavia, soggiungersi che i diritti del falsamente incolpato hanno spessore costituzionale, specie quando sia attinta la libertà personale; di conseguenza dovrebbe comunque essere possibile il ristoro sul piano delle conseguenze esistenziali sulla base della ormai consolidata interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 Cc (Corte cost. sent. n. 184 del 1986 e n. 233 del 2003; Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828; Sez. Un., 11 novembre 2008 nn. 26972 e 26975). Deve poi osservarsi come la formula assolutoria di colui che ritratta dovrebbe essere, a rigore, "perché il reato è stato commesso da una persona non imputabile o non punibile per un'altra ragione". Siffatta sentenza di assoluzione, non contenendo una delle formule assolutorie ampie elencate nell'art. 652 Cpp non hanno efficacia vincolante e favorevole al reo nel giudizio civile, per cui è ben possibile per il danneggiato adire il giudice civile e soggiacere alle generali regole probatorie di quel processo. Peraltro, se il danneggiato si era costituito parte civile nel processo penale che ha assoluto il calunniatore, la sentenza di proscioglimento per non punibilità fa stato quanto all'accertamento dei fatti materiali *ex* art. 654 Cpp.

[97] Pregevole ed innovativa la soluzione adottata dalla giurisprudenza di merito con riguardo ad un caso di prostituzione minorile, ove il danno non patrimoniale della vittima è stato riparato in forma specifica mediante la condanna dell'autore del reato all'acquisto, in favore della persona offesa, di una serie di libri e film inerenti al rispetto della donna (Trib. Roma, 20 settembre 2016, n. 266).

[98] Possono menzionarsi, anzitutto, gli istituti di cui agli artt. 162-*ter* e 131-*bis* Cp e le similari figure operanti nel giudizio innanzi al Giudice di Pace, di cui agli artt. 34 e 35 d. lgs. n. 274 del 2000, nonché, a titolo esemplificativo, la causa di estinzione delle contravvenzioni del Codice dell'Ambiente disciplinata agli artt. 318-*bis* ss. e la recente causa di non punibilità codificata nell'art. 323-*ter* Cp nell'ambito dei reati più gravi reati contro la Pubblica Amministrazione.

"eccessività" della pena, la cui irrogazione non apporta grandi benefici, anche alla stregua della polifunzionalità della pena.
L'accoglimento di un'impostazione deflattiva, mediante l'estensione dell'art. 376 Cp al caso della calunnia, dunque, risulterebbe pienamente coerente e giustificata. Se il calunniatore ritratta tempestivamente la falsa accusa, infatti, gli interessi concreti dello Stato e dell'ingiustamente incolpato a che venga celebrato il processo, al fine di irrogare una pena, a carico del calunniatore medesimo sbiadiscono. Una pena che, giova rimarcarlo, non appare pienamente giustificata dal raggiungimento degli scopi che la Costituzione le assegna. Quanto alla rieducazione, infatti, può rammentarsi che l'applicazione della causa di non punibilità citata si fonda su un tipizzato ravvedimento operoso che presuppone la sterilizzazione della catena offensiva del reato; il che mostra – almeno sul piano oggettivo – una rinnovata attenzione dell'agente ai beni giuridici precedentemente offesi. A ciò si aggiunga che, senza richiamare l'orientamento più risalente che assumeva una connotazione etico-morale dell'art. 376 Cp, può comunque riconoscersi nella ritrattazione la valenza di mero indizio verso un pentimento[99]. Quanto, invece, al soddisfacimento delle pulsioni punitive della vittima del reato, possono essere richiamate le considerazioni in punto di cessazione dell'offesa e in punto di tutela risarcitoria piena.
In questo senso non può, infine, ignorarsi nemmeno l'opinione secondo cui la combinazione della minaccia della pena in fase preventiva con l'attribuzione di misure premiali in fase esecutiva sia essenziale, da una parte, alla seria salvaguardia dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento e, dall'altra, al rispetto del principio di sussidiarietà e proporzione del diritto penale[100].

3.3. È necessario, infine, dare conto di attuali prospettive di riforma che trovano fonte nella legge 27 settembre 2021 n. 134, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo di riformare la giustizia penale, anche in ottemperanza degli obblighi europei assunti nell'ambito del P.N.R.R.
Al di là delle spinte verso una disciplina organica della giustizia riparativa e, soprattutto, degli intenti deflattivi, i quali trovano menzione anche nel titolo della legge-delega («Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»), bisogna segnalare quanto previsto con specifico riferimento all'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* Cp. Si tratta di un'esimente applicabile, *rebus sic stantibus*, ai soli reati con pena detentiva massima non superiore a 5 anni oppure con cornice edittale priva di un minimo di pena detentiva.
La legge n. 134 del 2021 stabilisce, in primo luogo, che tale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sia applicabile a tutti i reati per i quali è stabilito un minimo edittale non superiore a 2 anni di reclusione (art. 1, comma 21, lett. *a*, l. cit.)[101], e, in secondo luogo, che il legislatore

---

[99] Si rinvia, ancora, a T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, cit., 529 ss. per quanto riguarda l'efficacia causale della condotta di ritrattazione rispetto alla portata offensiva del reato-presupposto.
[100] Sulla funzione premiale della ritrattazione v. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, cit., 457 ss.; ID, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale, in Scritti di diritto penale*, vol. I *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo II, a cura di S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, Milano 1997, 1457, mentre sulla necessità di una logica premiale per coerenza col principio di sussidiarietà del diritto penale, con particolare riferimento a comportamenti successivi al reato che riparino all'offesa arrecata, v. G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., 95 e 168.
[101] Tale inversione di rotta, che disconosce rilievo al massimo edittale (attuale previsto in 5 anni di pena detentiva) ai fini della valutabilità della particolare tenuità del fatto, risulta pienamente in linea con le osservazioni sollevate dalla Corte costituzionale (sent. n. 156 del 2020) e con le critiche che erano emerse in dottrina anche in sede di primo commento all'introduzione dell'art. 131-*bis* Cp (v. T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 19 ss., il quale acutamente ha evidenziato che «com'è noto, nella

delegato dia rilievo, nella riformulazione parziale dell'art. 131-*bis* Cp, alle condotte successive al reato ai fini della valutazione della particolare tenuità del fatto (art. 1, comma 21, lett. *b*, l. cit.).
Stante il limitato spazio che rimane al Consiglio dei Ministri nell'esercizio della delega con riferimento a questa questione, si può ragionevolmente ritenere che l'art. 131-*bis* Cp si applicherà anche alla calunnia, per la quale è prevista la reclusione da 2 a 6 anni; oggi esclusa, invece, in ragione del massimo edittale, da tale beneficio. Ciò, soprattutto, quando la condotta calunniosa sia accostata alla ritrattazione del falso.
Orbene, se questo progetto di riforma dovesse concretizzarsi nel modo prevedibile alla luce dei criteri direttivi e delle indicazioni sancite nella legge di delegazione, si verrebbe a creare una situazione normativa ancor più distonica[102]. Colui che realizza un depistaggio, che è reato ben più grave della calunnia essendo punito con la reclusione da 3 a 8 anni, potrebbe andare completamente esente da pena ai sensi dell'art. 376 Cp in ragione di un comportamento successivo legalmente tipizzato, ossia ritrattando. Al contempo, tuttavia, il depistatore risulterebbe escluso della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la quale, cionondimeno, a seguito della riforma, dovrà essere applicata avendo riguardo all'offensività del fatto di reato e al comportamento successivo. Viceversa, la calunnia, che è reato meno grave del depistaggio, non potrebbe beneficiare della causa di non punibilità dell'art. 376 Cp in caso di ritrattazione, ma potrebbe beneficiare della meno favorevole causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* Cp; più gravosa per effetti e per presupposti di operatività[103].
Si tratterebbe, ancora una volta, di un'irragionevole ed incomprensibile disparità di trattamento, che finisce per penalizzare tutti i soggetti della giustizia penale: il reo, l'amministrazione della giustizia e la vittima della falsa incolpazione. Dunque, pur dovendosi salutare con favore, almeno sul punto, il progetto di riforma, ciò finisce per esaltare ulteriormente l'illegittimità dell'esclusione dell'art. 368 Cp dall'art. 376 Cp.

---

comminatoria edittale il minimo esprime la soglia di *indefettibilità* cui è ancorata la tutela, e quindi il disvalore necessariamente riconosciuto all'offesa; il massimo esprime, invece, il limite estremo della minaccia, la soglia oltre cui non può spingersi la reazione, quale che sia la gravità in concreto dell'offesa, e determina così (e al contempo circoscrive) l'ambito del rischio penale. Il minimo è perciò fissato a tutela dell'ordinamento; il massimo a tutela del reo. In questo senso, è ovvio che, trattandosi di abbandonare la pena a fronte di una particolare tenuità del fatto, si debba aver riguardo *non già alla massima gravità possibile*, ma *alla minima gravità necessaria*: al minimo edittale, dunque»).

[102] Fra le varie ragioni di ancor più accentuata distonia che verrebbe a generarsi, può menzionarsi anche la futuribile possibilità di impiegare lo strumento del decreto penale di condanna per la calunnia e non per il depistaggio (ciò sarebbe consentito *ex* 459, commi 1 e 3, Cpp, alla luce dell'art. 53, comma 1, l. 24 novembre 1981, n. 689, così come dovrebbe essere modificato ad opera dei decreti legislativi delegati adottati dal Consiglio dei Ministri in ossequio a quanto previsto dall'art. 1, comma 17, lett. *e*, l. 134/2021); con ciò dimostrando, ancora una volta, come l'ordinamento ritenga il depistaggio un reato con una portata offensiva tipica superiore rispetto a quella del delitto di calunnia.

[103] L'art. 131-*bis* Cp, infatti, passa per una valutazione discrezionale del giudice, sebbene guidata strettamente dalla norma medesima, e non consente di mandare esente da pena (*rectius*, non è idonea ad incentivare la ritrattazione) i casi in cui la calunnia non sia particolarmente tenue dal punto di vista dell'offesa ai beni giuridici. Senonché, forse, è proprio laddove la calunnia assume rilevante gravità che più diventa irrinunciabile l'incentivo alla ritrattazione del falso. È evidente che laddove la falsa incolpazione sia poco verosimile, pur essendo offensiva, e, quindi, di facile scoperta, la ritrattazione del falso non è indispensabile.

DALLA RIFORMA DEI TABULATI A NUOVI MODELLI DI INTEGRAZIONE FRA DIRITTI DI DIFESA E TUTELA DELLA PRIVACY

di Giulia Lasagni
Ricercatrice in procedura penale, Università di Bologna

Il nuovo regime di acquisizione dei tabulati ha introdotto cambiamenti significativi nella disciplina italiana. In particolare, l'intervento normativo ha consentito un maggiore allineamento con gli standard di tutela definiti a livello europeo. Ci si riferisce, soprattutto, alla prevedibilità dei casi in cui la misura può essere richiesta ed allo spostamento della competenza in capo al giudice procedente. La riforma in oggetto, però, solleva anche diversi interrogativi relativi all'acquisizione dei dati a fini di accertamento e repressione dei reati, che non trovano ancora un inquadramento chiaro nel nostro ordinamento. L'articolo, dopo aver brevemente delineato il primo profilo, si sofferma su alcune di queste lacune, prestando specifica attenzione al mancato coordinamento fra violazioni della normativa processuale e del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali. In tale contesto, si evidenzia una possibile soluzione, emergente proprio dalla riforma dei tabulati e che vede al suo centro, con un ruolo potenzialmente innovativo, il Garante per la protezione dei dati personali.
The new regime for the acquisition of traffic data has introduced significant changes in the Italian regulation. In particular, the statutory intervention has allowed a greater alignment with the protection standards defined at the European level. We refer, above all, to the foreseeability of the cases in which the investigative measure can be requested and to the shifting of jurisdiction to the judge (rather than to the prosecutor). The reform in question, however, also raises several issues concerning the acquisition of data for the purpose of investigating and prosecuting crimes, which are not yet clearly framed in our legal system. The article, after briefly outlining the first profile, dwells on some of these gaps, paying specific attention to the lack of coordination between breaches of criminal procedure law and the right to privacy and protection of personal data. In this context, a possible solution is highlighted, emerging precisely from the recent legislative reform, which has the Data Protection Supervisor Authority at its centre, with a potentially innovative role.

SOMMARIO: 1. Il nuovo regime di acquisizione dei tabulati dopo la conversione del decreto-legge 132/2021. – 2. Il contesto europeo di riferimento. – 3. I limiti di una riforma significativa: i termini di conservazione dei dati. – 4. Coordinamenti mancati: prevenzione e repressione, normativa privacy e sanzioni processuali. – 5. Un possibile modello di integrazione: il Garante dei dati personali. – 6. Verso il superamento della distinzione fra contenuto e dati esterni?

1. Sostiene Edward Snowden, forse il più celebre *whistleblower* dei nostri tempi, che interrogarsi circa i regimi di *protezione* dei dati personali sia in realtà un problema fittizio. La vera questione da affrontare si trova infatti a monte: e cioè nella ingiustificata, ancora troppo diffusa, presunzione di legittimità dei regimi di acquisizione e conservazione che consentono di avere accesso a tali informazioni[1].

* Un ringraziamento sincero va a Michele Caianiello e Isadora Neroni Rezende per i loro commenti e le loro osservazioni alle prime bozze di questo articolo.

Nelle sue linee argomentative fondamentali, un simile approccio non è di per sé innovativo ed emerge in diversi settori del diritto. In ambito processuale, ad esempio, esaminare l'effettività delle garanzie difensive impone, in prima battuta, di porre in discussione le modalità con cui gli elementi di prova sono stati reperiti e messi a disposizione degli inquirenti.
L'affermazione citata, però, è utile ad evidenziare un elemento dirompente nel contesto attuale. Si tratta della tendenza degli interpreti di applicare, in maniera crescente, i criteri e i modelli teorici sviluppati a tal fine con riguardo al diritto alla riservatezza anche al di fuori del loro tracciato originario. Il processo penale è certamente uno degli ambiti coinvolti da questa tendenza; si pensi al caso, assai comune, in cui le informazioni che potranno assumere valore probatorio si presentano sotto forma di "dati", magari digitali[2].

Il fenomeno appare in tutta la sua ineluttabilità: nella "società algoritmica"[3] in cui siamo immersi, i regimi di raccolta e conservazione dei dati stanno assurgendo a chiave di lettura essenziale per misurare la portata effettiva di gran parte dei diritti fondamentali, non solo in materia di privacy.
È a partire da questa prospettiva che si possono apprezzare luci ed ombre della recente riforma della disciplina di raccolta dei dati esterni alle comunicazioni, così come risultante dalla conversione del d.l. 30.9.2021 n. 132[4].
Come noto, la novella ha interessato essenzialmente il codice della privacy e segnatamente l'art. 132, che contiene, appunto, la disciplina sulla raccolta e conservazione dei tabulati ai fini di accertamento e repressione dei reati[5]. L'assetto normativo attuale, che nella fase di conversione ha accolto gran parte dei rilievi critici sollevati dalla dottrina verso il testo iniziale[6], presenta diversi tratti innovativi e alcune lacune di non poco conto.

---

[1] Questione, di per sé, tutt'altro che scontata, come ribadito da ultimo nel 2019: «*The problem isn't data protection; the problem is data collection […] Regulating the protection of data presumes that the collection of data in the first place was proper, that it was appropriate, that it doesn't represent a threat or a danger. That it's okay to spy on everybody all the time whether they're your customers or whether they're your citizens, so long as it never leaks, so long as only you are in control of what it is that you've sort of stolen from everybody*», cfr. Verdict 3incrypt, Issue 11, Winter 2019. V. anche il dialogo online fra Edward Snowden e Max Schrems in Privacy Provided (26 ottobre 2021).
[2] Nozione di per sé ampia e alquanto diversificata nella sua vaghezza, cfr. N. Purtova, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 10, 1, 2018, 40 ss; M. Gali, R. Gellert, *Data protection law beyond identifiability? Atmospheric profiles, nudging and the Stratumseind Living Lab*, in *Computer Law & Security Rev*., 40, 2020, 1 ss; W.G. Urgessa, *The Protective Capacity of the Criterion of Identifiability under EU Data Protection Law*, in *Eur. Data Prot. L. Rev*., 2, 2016, 521 ss.
[3] J.M. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Ohio State Law Journal* 2017, 78, 1219.
[4] Convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 23.22.2021 n. 178. Per una definizione ampia di tabulati o dati esterni alle comunicazioni, si veda C. Marinelli, *Tabulati telefonici (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, 2010, 1122 ss.
[5] Con l'eccezione, non inerente però al tema in oggetto, del correttivo introdotto all'art. 267 Cpp e relativo al decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico, che oggi richiede di indicare le *specifiche* ragioni che giustificano la richiesta. Cfr. la Relazione n. 67/2021 del 2 dicembre 2021 della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, sulla Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia (legge 23 novembre 2021, n. 178) – in seguito indicata come "Relazione n. 67/2021", § 6.
[6] Fra cui si vedano, *ex multis*, F. Resta, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati*, in www.giustiziainsieme.it, 2 ottobre 2021; G. Battarino, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, in *QG* 4 ottobre 2021; C. Parodi, *Sottratto al P.M. il potere di richiedere autonomamente i tabulati*, in *il penalista* 1 ottobre 2021; A. Malacarne, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del D.l. 30 settembre 2021, n. 132*, in *SP* 2021; G. Pestelli, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *QG* 4 ottobre 2021; M. Caianiello, *Increasing Discretionary Prosecutor's Powers: The Pivotal Role of the Italian*

Il pregio principale della riforma è costituito certamente dalla predisposizione di un regime specifico per l'acquisizione dei tabulati, in precedenza rimesso in larga parte alla discrezionalità del pubblico ministero[7]. La struttura del modello disegnato, in particolare, è strettamente ricalcata su quella delle intercettazioni, sebbene con alcune differenze significative[8].

Innanzitutto, si è (nuovamente) sottratta la competenza per l'accesso ai dati al magistrato dell'accusa[9]. Quest'ultimo, quindi, oggi deve fare richiesta motivata al giudice procedente, che provvederà eventualmente all'autorizzazione della richiesta con decreto motivato. Con questo intervento, si è voluta affermare la necessità di lasciare l'ultima parola in materia di trattamento dei dati esterni alle comunicazioni ad una figura di garanzia, che non rappresenti alcun interesse di parte nel procedimento.

Notoriamente, infatti, l'esercizio di una funzione pubblica di interesse generale, come quella dell'accusa, può fungere da garanzia contro eventuali abusi, ma, visto dalla prospettiva dell'indagato, ma non certo rendere neutrale l'attività del pubblico ministero[10]. In altre parole, né il principio di legalità, né il dovere generale di "ricerca della verità" anche durante la fase delle indagini[11], né lo *status* indipendente del requirente[12] valgono ad escludere la presenza di (legittimi)

Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase, in *Oxford Handbook Online on Criminology* (New York, Oxford University Press, 2016), 1 ss.

[7] Valutando in termini negativi l'innovazione invece G. Pestelli, D.L. 132/2021, *op. cit.*

[8] La possibilità di applicazione, in via analogica, il regime delle intercettazioni alla raccolta dei dati esterni delle comunicazioni è stato (sinora) escluso dalla Corte costituzionale, cfr. sentenze n. 81/1993 e 372/2006. Per una ricostruzione completa dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, si veda A. Camon, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Cass. pen*. 2005, 596-599.

[9] La disposizione si contraddistingue infatti per numerose oscillazioni, undici con la riforma in commento (fra cui si segnala un precedente esperimento di attribuzione della competenza al giudice, nel 2004; su cui si veda A. Camon, *L'acquisizione dei dati, op. cit.*); per una breve ma completa ricostruzione della evoluzione normativa, v. la Relazione n. 55/2021 del 13 ottobre 2021 della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, sulle Misure urgenti in tema di acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale (art. 1. d.l. 30 settembre 2021, n. 132) – in seguito indicata come "Relazione n. 55/2021", 2.

[10] In tema, *ex multis*, E. Andolina, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano 2008, 120-125; F. Iovene, *Data retention tra passato e futuro. Ma quale presente?*, in *Cass. pen*. 2014, 12, 4274-4282; M. Caianiello, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 25; Id., *Increasing Discretionary Prosecutor's Powers, op. cit.*, part IV; C.E. Gatto, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *DPC* 2019, 2, 87; I. Neroni Rezende, *Dati esterni*, *op. cit.*, 190; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996, 88-89; P. Sechi, *Convalidare il sequestro probatorio da parte del p.m. non è esercizio di funzione giudicante*, in *Giur. Cost*. 2002, 2, 788; C. Morselli, *voce ''pubblico ministero''*, in *Dig. Disc. Pen*., Vol. X, Torino 1995, 501; S. Sottani, *Aggiornamento alla voce ''pubblico ministero''*, in *Enc. Giur. Trec.*, Tomo II 2005, 1245 e, volendo, G. Lasagni, *Tackling phone searches in Italy and in the US. Proposals for a technological re-thinking of procedural rights and freedoms*, in *NJECL* 2018, 9, 396-397.

[11] In virtù dell'obbligo di «vegliare» «alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci», secondo l'art. 73, Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, nonché di non limitare l'accertamento e i doveri di *disclosure* ai soli elementi a carico della persona sottoposta alle indagini, cfr. ad esempio, artt. 309, comma 5, e 358 Cpp.

[12] Almeno nel nostro ordinamento, nonostante le differenze organizzative che distinguono la figura del pubblico ministero da quella del magistrato giudicante (cfr., ad esempio, G. Di Federico (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Bologna 2019). La posizione dell'organo di accusa sotto questo profilo è invece assai differente in molti sistemi nell'Unione, cfr. I. Neroni Rezende, *Dati esterni*, *op. cit.*, 190. Si pensi, ad esempio, alla nutrita giurisprudenza della Corte sviluppata in materia di MAE, che ha visto i giudici del Lussemburgo esprimersi sui requisiti di indipendenza dei pubblici ministeri in Germania (Minister for Justice and Equality, 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, commentato da T. Wahl, *CJEU: German Public Prosecution Office is not a "Judicial Authority" in the EAW Context*, in *EUCRIM* 2019, 1, 30-31), Francia (*JR e YC*, 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU), Svezia (*XD*, 12 dicembre 2019, causa C-625/19

interessi investigativi[13]. Ciò è tanto più evidente quando, durante le indagini, vengono adottate misure che limitano in modo significativo i diritti dell'indagato – diritti di difesa o, come nel caso dei tabulati, anche di riservatezza.

Naturalmente, non ci si nasconde che, nella prassi, il mero intervento del giudice non vale ad assicurare, di per sé ed in ogni caso, un aumento effettivo del livello di tutela dell'indagato. Vista la sostanziale e crescente importanza dei dati in tutte le indagini penali, il rischio che tale modifica di fatto comporti solo un ulteriore passaggio burocratico di scarso valore sostanziale non è da sottovalutare[14]. Ciò nonostante, lo sforzo di coerenza compiuto dal legislatore pare andare nella direzione, apprezzabile, di adeguare il sistema normativo alle nuove sfide e ai relativi rischi posti dalla dimensione sempre più digitale della vita quotidiana e del processo penale, che richiedono sempre più una tutela effettiva in materia di dati, intensi in senso ampio.

La necessità di ricorrere all'autorizzazione del giudice procedente si applica, ai sensi dell'art. 132, comma 3, cod. priv., anche al difensore dell'indagato o imputato, della persona offesa e delle altre parti private[15]. La riforma, pertanto, ha precluso il potere di accesso diretto non solo al pubblico ministero, ma anche al difensore dell'imputato che, in precedenza, poteva invece fare leva sulla previsione di cui all'art. 391-*quater* Cpp[16]. il La disciplina riprende tuttavia dal paradigma delle intercettazioni anche la predisposizione di una procedura di urgenza, che consente al magistrato requirente la immediata acquisizione dei dati se "vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo

---

PPU) e Belgio (*ZB*, 12 dicembre 2019, causa C-627/19 PPU), su cui si veda ancora T. Wahl, *CJEU Clarifies its Case Law on Concept of "Judicial Authority" Entitled to Issue EAWs*, in *EUCRIM* 2019, 4, 242-245.

[13] In tal senso, si è inoltre evidenziato come una visione "imparziale" dell'inquirente non potrebbe che tradursi in una sorta di "assurdità psicologica": sembra infatti inverosimile richiedere alla stessa persona fisica di svolgere al meglio le indagini, senza sviluppare, al tempo stesso, un interesse al loro esito. Sul punto si vedano P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze 1954, 56; M. Caianiello, *Poteri dei privati, op. cit*., 11; F. De Leo, *Note a margine della legge sull'acquisizione e conservazione dei dati di traffico telematico*, in *Dir. Proc. Pen*. 2004, 1272. La questione tocca il complesso tema della qualificazione del pubblico ministero quale "parte imparziale", la cui trattazione merita approfondimenti ben più ampi di quelli possibili nel presente contributo; sul punto si vedano per tutti G. Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino 1942, 170 ss; R. Orlandi, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura del pubblico ministero europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano 1999, 211, nonché, per un inquadramento alla luce dei principi costituzionali e una ricostruzione della (sinora) ambigua giurisprudenza costituzionale in materia, V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, 16-17 e M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. G. Conso, Bologna 1979, 118 ss. Sul lato giurisprudenziale, cfr. Cass. Sez. 3, 5.12.2002, no. 40974, Rv. 222908, Scarpa et al. (in *Arch. nuova proc. pen*., 2003, fasc. 5, 475) e, in un certo senso, anche la decisione Cass., Sez. III, 19 aprile 2019 (dep. 23 agosto 2019), n. 36380 (su cui si veda oltre, n 25).

[14] In questo senso, G. Pestelli, *D.L. 132/2021, op. cit.*

[15] Sottolineando la criticità di una tale interpretazione alla luce della normativa privacy, in quanto di fatto limitante il diritto di ogni utente di conoscere i dati esteriori delle proprie comunicazioni, A. Malacarne, *La decretazione d'urgenza, op. cit.*, 8-9; L. Filippi, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento a "a caldo" del Prof. Filippi*, in Penale, Dir e Proc ottobre 2021, 11.

[16] Secondo il testo previgente dell'art. 132, comma 3, ultimo periodo («Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'articolo 391-*quater* del codice di procedura penale, ferme restando le condizioni di cui all'articolo 8, comma 2, lettera f), per il traffico entrante»). Sulla necessità di una modifica per ricondurre la disposizione al principio di parità delle parti, si era già espressa da tempo parte della dottrina, si veda E. Andolina, *Il potere del difensore di acquisizione diretta dei dati del traffico telefonico relativi al proprio assistito: limiti normativi e prospettive* de iure condendo, in *Arch. Nuova proc. pen*. 2018, l ss; G. Capoccia, *Tabulati telefonici: tanti dubbi sulla nuova normativa*, in *Cass. pen*. 2005, 289, da ultimi ripresi anche nella Relazione n. 55/2021, 28.

possa derivare grave pregiudizio alle indagini", fatta salva la necessità di ottenere comunque una convalida dal giudice entro 48 ore dalla comunicazione del decreto[17].
Il secondo cambiamento radicale apportato con la legge in esame riguarda la limitazione del potere di accesso ai dati ad una gamma predeterminata di reati. Essi sono identificati, da un lato, con riferimento ad un massimo edittale non inferiore a tre anni e, dall'altro, con rimando alla determinazione puntuale di alcune fattispecie criminose e, segnatamente, alle condotte gravi dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono[18].
Come nel caso di intercettazioni in materia di mafia e terrorismo, oggi è inoltre richiesta la sussistenza di "sufficienti indizi di reato" per giustificare l'adozione del mezzo investigativo. L'accesso ai tabulati, in aggiunta, è limitato ai soli casi in cui ciò sia "rilevante per l'accertamento dei fatti"[19]. Quest'ultimo parametro non sembra, a ben vedere, particolarmente stringente, poiché applicabile indistintamente a tutti i tipi di richieste, senza distinguere a seconda dalla loro intrusività (e, quindi, a prescindere dalla capacità dei dati che si vuole acquisire di fornire una profilazione dei soggetti interessati).
Elemento centrale del nuovo regime, infine, è la norma di chiusura dell'art. 132, comma 3-*quater*, cod. priv., secondo la quale i dati acquisiti in violazione dei requisiti illustrati "non possono essere utilizzati". La legge di conversione, a tal riguardo, ha operato quindi un apprezzabile chiarimento rispetto al decreto-legge, allineando anche sotto questo profilo il regime dei tabulati al modello previsto per le intercettazioni[20].
Da ultimo, la normativa approvata risulta innovativa anche rispetto alla reintroduzione di una disciplina transitoria, presente nella proposta iniziale del governo, ma poi non riportata nel decreto-legge. I dati relativi al traffico telefonico, telematico e alle chiamate senza risposta acquisiti nei procedimenti penali in data precedente al 30 settembre 2021, difatti, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per

[17] V. art. 132, comma 3-*bis*, cod. priv.: «Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato». La necessità di ripristinare una disciplina di urgenza era già stata indicata da I. Neroni Rezende, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di data retention*, in *SP* 2020, 5, 194.

[18] La mancanza di una definizione precisa del requisito di "gravità" è stata già criticata dai primi commentatori della riforma, cfr. per tutti G. Pestelli, *D.L. 132/2021, op. cit.* e C. Parodi, *Sottratto al PM, op. cit.*, soprattutto rispetto al reato di molestia o disturbo, la cui versione aggravata non trova gli stessi riscontri normativi della minaccia grave (artt. 339 e 612, comma 2, c.p.). A tal proposito, la Corte di cassazione ha però sottolineato come un supporto significativo può trovarsi nella Relazione illustrativa al d.d.l. di conversione (Camera dei deputati, Legislatura XVIII, A.C. 3298, 8), che fa riferimento ad una valutazione in concreto ed al principio di proporzionalità (cfr. Relazione n. 55/2021, 24), su cui criticamente L. Tavassi, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. Pen*. 2022, 1, 11.

[19] Nella versione precedente alla conversione, il testo recitava «ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini»; formula che diversi commentatori avevano già ritenuto troppo limitativa per la implicita esclusione delle eventuali esigenze acquisitive in capo al difensore o al giudice dibattimentale, cfr. C. Parodi, *Sottratto al PM, op. cit.;* G. Amato, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida al diritto* 2021, 39, 20. La critica è stata recepita nella legge di conversione, risultando nel testo attualmente in vigore, cfr. Relazione n. 67/2021", § 2.

[20] In origine, come noto, la disposizione si riferiva, in modo esplicito, esclusivamente al mancato rispetto dei presupposti di legge all'interno della procedura di urgenza. Come rilevato dai primi commentatori, ciò lasciava incertezze significative rispetto alla possibilità di estendere la invalidità anche in altre circostanze (ad esempio, per acquisizioni relative a reati diversi da quelli previsti). La versione finale della normativa, in tal senso, accoglie gli inviti già espressi da alcuni commentatori e dalla stessa Cassazione in commento al decreto-legge, cfr. per tutti, Relazione n. 55/2021, 30.

l'accertamento dei reati indicati nella nuova normativa[21]. Questo limite si riferisce esplicitamente solo all'utilizzo delle informazioni a carico dell'imputato[22]; la norma, quindi, sembra consentire in ogni caso un uso dei dati raccolti a favore dello stesso[23].
L'effetto retroattivo della disciplina transitoria ha consentito al legislatore di venire incontro alle esigenze di chi aveva visto i propri diritti alla riservatezza e di difesa compromessi dal regime previgente. Tale scelta, di grande impatto pratico, sembra rispondere in modo netto all'orientamento maggioritario della giurisprudenza interna, che, nonostante l'incalzare della dottrina[24] e di numerose di decisioni sovranazionali in merito, aveva sinora sminuito simili richieste[25].

2. Il nuovo articolo 132 cod. priv., infatti, si inserisce nel solco tracciato dalle due Corti europee.
Innanzitutto, dalla Corte di Strasburgo, che per prima ha delineato le condizioni essenziali per legittimare interferenze nel diritto alla riservatezza, con riferimento all'esistenza sia di una normativa nazionale prevedibile, sia di un meccanismo di controllo da parte di una autorità indipendente ed imparziale, preferibilmente di natura giudiziaria[26].
Anche nel contesto dell'Unione, l'elaborazione di un simile ventaglio di limiti al potere legislativo esprime il portato di una solida linea interpretativa. Inaugurato nel 2014 con la decisione *Digital Rights Ireland*[27], questo orientamento giurisprudenziale ha segnato la risposta alle rivelazioni sull'adozione di programmi di sorveglianza di massa da parte degli Stati Uniti anche sul territorio europeo[28]. La necessità, politica e giuridica al tempo stesso, di ribadire un livello di protezione del diritto alla privacy più elevato di quello oltreoceano, però, non ha portato immediatamente alla definizione di parametri operativi.
Nel 2014, con l'annullamento della cd. Direttiva Frattini e proprio in riferimento ai dati esterni delle comunicazioni, la Corte di giustizia aveva identificato nella sussistenza di un regime *ad hoc* per delimitare l'accesso alle informazioni un elemento essenziale[29]. Tuttavia, al di là delle

---

[21] Cfr. art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021, così come modificato in sede di conversione. Sulla necessità di tale intervento, cfr. G. Battarino, *Acquisizione di dati, op. cit*. In questo senso, la legge di conversione sembra aver tolto di significato al ricorso già pregiudiziale presentato dal Tribunale di Rieti, Sezione penale, con ordinanza del 4 maggio 2021. Critico sulla disposizione e sulla sua collocazione G. Pestelli, *D.L. 132/2021*, op. cit.
[22] Né, in modo esplicito, per l'indagato; per il quale, però, può sopperire il riferimento all'art. 61 Cpp.
[23] In questo senso, v. Relazione n. 67/2021, 8.
[24] Cfr., *ex multis*, J. Della Torre, *L'acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma*, in SP 29 aprile 2021; C. Parodi, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi. Come sopravvivere in attesa di una nuova legge*, in *Il penalista* 3 maggio 2021; L. Lupària Donati, *Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Diritto di internet* 2019, 4, 753 ss; I. Neroni Rezende, *Dati esterni*, *op. cit.*
[25] Fra cui Cass., Sez. III, 19 aprile 2019 (dep. 23 agosto 2019), n. 36380, con nota di L. Lupària Donati, *op. cit.*, 753 ss; e I. Neroni Rezende, *Dati esterni*, *op. cit.*, 183 ss. Sul punto, si veda anche la ricostruzione illustrata nella Relazione n. 55/2021, § 4.1.
[26] Cfr. *Roman Zakharov c. Russia*, 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/06, § 233, sebbene talvolta il requisito sia stato applicato in modo non del tutto coerente dalla Corte, v. ad es. *Ben Faiza c. Francia*, 8 febbraio 2018, ric. n. 31446/12, § 69 ss (riferito all'uso dei dati esterni delle comunicazioni al "solo" fine del pedinamento elettronico).
[27] CGUE, Grande Sezione, *Digital Rights Ireland Ltd*, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, § 60 ss, su cui si veda, *ex multis*, S. Marcolini, *L'istituto della data retention dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014*, in *Cybercrime, Trattato Omnia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2019, 1582 ss.
[28] Il riferimento è, soprattutto, alle rivelazioni di Edward Snowden o Chelsea Manning.
[29] Ad esempio, in *Prokuratuur*, i giudici del Kirchberg avevano affermato la necessità per le normative nazionali in materia di «fondarsi su criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati in questione. A questo proposito, un accesso siffatto può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati

affermazioni di principio, solo in tempi più recenti e tramite una serie di pronunce storiche, i giudici del Lussemburgo hanno iniziato a dare risposte più pragmatiche ai giudici nazionali che la interrogavano per ricercare il corretto bilanciamento fra esigenze securitarie o repressive e diritto alla riservatezza. Si è così iniziato a chiarire quali siano effettivamente i parametri di riferimento che consentono di operare la raccolta e la acquisizione dei dati entro confini di legittimità[30].
Prokuratuur, decisione esplicitamente menzionata nel preambolo del decreto-legge, rientra appieno in questo filone giurisprudenziale, prendendo posizione sia rispetto alla "qualità" della base giuridica nazionale su cui si devono fondare le operazioni di raccolta dei dati, sia in relazione ai caratteri distintivi dell'autorità competente a decidere eventuali limitazioni dei sottesi diritti fondamentali, come richiesto dall'art. 8 della Carta[31].
La riforma della disciplina dei tabulati, aprendosi a queste direttrici, ha inteso introdurre, sul piano interno, il portato garantista dell'*acquis* europeo. Il successo dell'intervento, che sarà possibile apprezzare in modo più concreto solo con la disamina della giurisprudenza di merito e legittimità, presenta però già tratti significativi su cui è possibile aprire una riflessione.
A fronte della introduzione di casi tassativi per l'utilizzo del mezzo di indagine e dell'affidamento della competenza al giudice, infatti, altri parametri devono essere considerati per misurare la portata dell'intervento legislativo.
Da un lato, taluni profili, a partire dalla disciplina dei termini di conservazione dei dati, pur ampiamente trattati nella giurisprudenza UE, continuano a non trovare riscontro soddisfacente nel nostro ordinamento (§ 3).
Dall'altro, né la Corte di giustizia, né la legislazione UE, né quella interna sembrano aver affrontato sinora in modo soddisfacente alcuni temi centrali che emergono (anche) dall'analisi della disciplina dei tabulati e che hanno un effetto diretto nel determinare concretamente la tenuta dei diritti dei soggetti coinvolti dalle misure acquisitive (§ 4). Innanzitutto, rimane una grande incertezza su come definire il rapporto fra indagini preventive e repressive, specialmente quando l'oggetto dell'indagine sono metadati. La sovrapposizione fra questi piani nella prassi, infatti, rischia di rendere vana la distinzione giuridica su quali livelli di protezione dei diritti si applichino nei diversi casi.
In secondo luogo, nonostante la dimensione sempre più digitale del quotidiano, si registra ancora un approccio assai confuso rispetto a quali debbano essere le conseguenze di eventuali violazioni della normativa privacy nell'ambito del processo penale. L'emergere di queste criticità richiede

---

di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere» (CGUE, Grande Sezione, *Procedimenti penali c. H.K* (*Prokuratuur*), 2 marzo 2021, causa C-746/18, § 50).

[30] Il percorso argomentativo si è sviluppato con una serie di pronunce della Grande Sezione: *Tele2 -Watson*, 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15; *Ministerio Fiscal*, 2 ottobre 2018, causa C-207/16; *La Quadrature Du Net*, 6 ottobre 2020, causa C-66/18 e *Privacy International*, 6 ottobre 2020, causa C-623/17. Per una ricostruzione di tale evoluzione giurisprudenziale si veda, da ultimo, M. Catanzariti, *Procedural Rights through the Lenses of Data Protection*, 259 ss, in *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, a cura di G. Contissa, G. Lasagni, M. Caianiello, G. Sartor, Leiden 2022. Da ultimo, la Corte ha ribadito tali principi nella decisione *G.D. c The Commissioner of the Garda Síochána*, 5 aprile 2022, causa C-140/20.

[31] Cfr. *Prokuratuur*, § 48: «per soddisfare il requisito di proporzionalità, tale normativa deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati personali vengono in discussione dispongano di garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente tali dati contro i rischi di abusi. Tale normativa deve essere legalmente vincolante nell'ordinamento interno e precisare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di dati del genere, in modo da garantire che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario».

l'adozione di soluzioni innovative: su questo fronte, la riforma dei tabulati, sebbene in modo indiretto (e forse involontario) offre qualche spunto di riflessione interessante (§ 5).

3. Prima di occuparsi di tali aspetti, però, è opportuno soffermarsi brevemente su alcuni profili rispetto ai quali la disciplina interna si discosta dagli *standard* sovranazionali, nonostante indicazioni piuttosto chiare in materia.

Innanzitutto, l'approccio *privacy-oriented* sviluppato dalla giurisprudenza europea si riferisce indifferenziatamente a tutti i soggetti interessati dall'acquisizione dei dati. Il nostro sistema, invece, non prevede invece nessun tipo di tutela particolare per i soggetti terzi a cui tali informazioni si riferiscano[32].

In secondo luogo, come già rilevato dai primi commentatori, la novella ha modificato solo parzialmente l'articolo 132 cod. priv. e, in particolare, non ha toccato la disciplina dei termini di conservazione dei dati da parte dei *service providers*[33]. Come chiarito sin da *Digital Rights Ireland*, però, la mera previsione di termini di conservazione non è di per sé sufficiente a rendere una normativa rispettosa del principio di proporzionalità, né, quindi, a legittimare automaticamente tutte le conseguenti restrizioni al diritto di riservatezza. Affinché ciò si verifichi, è necessario che questi siano previsti in modo non generalizzato e comunque adeguato al rischio specifico per cui il trattamento dei dati è stato predisposto[34].

Invece, la normativa attuale, applicabile sia a fini di indagine penale, sia alle attività di prevenzione, non sembra differenziare in modo sufficiente i termini di conservazione secondo il principio di proporzionalità[35]. La questione è particolarmente problematica soprattutto alla luce della estensione a settantadue mesi della *data retention* per tutti i reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), Cpp[36].

Da un lato, il periodo di conservazione appare di per sé piuttosto elevato e persino più ampio di quello a suo tempo censurato nella Direttiva Frattini[37]. Dall'altro, la determinazione concreta dei termini rischia di essere rimessa ad una valutazione indifferenziata. Infatti, non potendo determinare *ex ante* per quale tipo di reato i dati potrebbero essere utilizzati, appare ragionevole ritenere che i *service providers* del settore procedano alla conservazione dei dati per il periodo più elevato previsto dalla legge, salvo eventualmente differenziare successivamente l'accesso in base alla fattispecie criminosa. Peraltro, i reati per cui la conservazione è determinata in settantadue mesi non sono necessariamente caratterizzati da un livello di gravità omogeneo e, in concreto,

---

[32] Cfr. in tal senso anche L. Tavassi, *Acquisizione, op. cit.*, 11.

[33] Cfr. per tutti, F. Resta, *La nuova disciplina, op. cit.*, § 3.

[34] *Digital Rights Ireland Ltd*, § 63 ss o, più recentemente, *Prokuratuur*, § 48.

[35] Art. 132, commi 1 e 1-*bis*, cod. priv.

[36] Formalmente per implementare l'art. 20, Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo, che, per la verità, non richiede invece nulla di specifico in merito e si limita a richiedere agli Stati Membri di adottare «le misure necessarie affinché le persone, le unità o i servizi incaricati delle indagini o dell'azione penale per i reati di cui agli articoli da 3 a 12 dispongano di strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità». Cfr., d'altro canto, l'art 132, comma 5-*bis*, cod. priv e l'art. 24, Legge 20 novembre 2017, n. 167, secondo cui «In attuazione dell'articolo 20 della Direttiva (UE) 2017/541 […], al fine di garantire strumenti di indagine efficace in considerazione delle straordinarie esigenze di contrasto del terrorismo, anche internazionale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli articoli 51, comma 3-quater, e 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta […] è stabilito in settantadue mesi, in deroga a quanto previsto dall'articolo 132, commi 1 e 1-bis, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

[37] In cui il termine massimo era stabilito in 24 mesi, cfr. *Digital Rights Ireland Ltd*, § 63 ss.

potrebbero dare esito a valutazioni di rischio diverse. L'allineamento della normativa interna con gli *standard* europei, quindi, avrebbe ragionevolmente richiesto una modifica anche di questi profili[38].

4. L'adeguamento alla necessità, paventata nella giurisprudenza UE in termini assai meno operativi, di restringere la possibilità di trattamento dei dati anche su base soggettiva è invece assai più complesso. L'idea sarebbe quella di limitare l'accesso soltanto ai dati di quelle persone "sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere"[39]. La realizzazione pratica di un sistema di *data retention* ispirato a tale principio, però, è tutt'altro che di facile acchito.
I principi espressi dalla Corte di giustizia, infatti, non distinguono fra indagini preventive e repressive. La considerazione è comprensibile se vista dal punto di vista del diritto alla privacy, dove il tema cruciale è quello della raccolta dei dati e del loro accesso, più che della specifica finalità per cui tali attività sono realizzate. Ciò però comporta, allo stesso tempo, difficoltà pratiche e di coordinamento di indubbio rilievo.
Difatti, mentre selezionare le persone cui i dati si riferiscono appare una operazione normale nell'ambito delle indagini penali, lo stesso non può dirsi all'interno delle indagini preventive. Da una parte, le esigenze di prevenzione spingono per una raccolta il più ampia possibile delle informazioni potenzialmente rilevanti; dall'altra, una selezione *ex ante* dei soggetti potrebbe portare a disparità di trattamento di non poco conto. In particolare, è critica l'indicazione della CGUE di delimitare la conservazione e l'accesso ai "dati relativi ad un periodo di tempo e/o a una zona geografica e/o una cerchia di persone suscettibili di essere implicate in una maniera o in un'altra in una violazione grave"[40]. È inevitabile, infatti, che la identificazione in via preventiva di determinati gruppi di persone "a rischio", oltre ad essere piuttosto ardua in pratica, esponga a possibili discriminazioni, ad esempio su base etnica o geografica. Si assiste, in questo senso, ad un paradosso, per cui, tutto sommato, potrebbe risultare più democratico un sistema di *data retention* generalizzato a "tutti gli abbonati ed utenti iscritti e [che…] non prevede alcuna differenziazione, limitazione o eccezione in funzione dell'obiettivo perseguito"[41].
La riluttanza del legislatore ad inserire riferimenti espliciti a criteri identificativi dal punto di vista soggettivo nella riforma dei tabulati, quindi, appare assai comprensibile[42]. La questione, peraltro, si lega ad un tema classico molto più ampio, che non trova sinora una soluzione soddisfacente né nella legislazione europea, né, tutto sommato, in quella domestica: dove e come tracciare un confine fra indagini preventive e repressive[43].

La mancanza di linee di demarcazione chiare fra queste sfere di azione non è, naturalmente, solo il portato di una visione *privacy-oriented* al problema. Il fenomeno, però, oggi è osservabile in modo particolarmente evidente in tutto il dibattitto su come lo sviluppo tecnologico possa o debba essere integrato nelle attività di indagine. La ricerca di un equilibrio fra esigenze securitarie o repressive e diritti individuali in questo frangente presenta diverse impasse e contraddizioni, rispecchiate anche nella giurisprudenza europea.

---

[38] In questo senso, si era già espresso il Garante per la protezione dei dati personali, Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale, 10 settembre 2021, § 2 e la stessa Cassazione, v. Relazione n. 55/2021, 3.
[39] *Prokuratuur*, § 50.
[40] Cfr., ad es. *Digital Rights*, § 59, *Tele 2/Watson*, § 106.
[41] Cfr., ad es. *Digital Rights*, §§ 57-58, *Tele 2/Watson*, § 105.
[42] In tal senso, anche A. Malacarne, *La decretazione d'urgenza*, *op. cit.*, 11.
[43] Sul tema, ampiamente, A. Ashworth e L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford 2014, 95 ss.

Da un lato, non si può ignorare come il rendere più stringenti i requisiti di accesso ai dati ai fini dell'accertamento penale rischi di incentivare un uso ampio dei poteri preventivi di raccolta ed analisi delle informazioni. In altre parole, a fronte di immutate esigenze di acquisizione di informazioni, la formalizzazione di una via di accesso ai dati potrebbe spingere gli inquirenti a fare maggiormente leva sulle maglie, assai più flessibili, delle indagini preventive, cercando poi in qualche modo di lasciare alle regole processuali penali solo la acquisizione formale di elementi già identificati. In tal senso, vale la pena ricordare come la riforma del 2021 ha interessato solo l'acquisizione dei tabulati a fini di indagine penale, lasciando invariata invece la disciplina delle relative indagini preventive[44].

D'altro lato, anche ove sussistano disposizioni che cercano di regolamentare il passaggio di informazioni fra fase preventiva e penale, la tenuta di queste ultime è seriamente messa in difficoltà dalla molteplicità di usi a cui i dati possono essere sottoposti e dalla varietà di informazioni che da questi possono essere estratte. Il riferimento va a norme come l'art. 220 disp. att. Cpp o l'art. 132, comma 3-*quater*, cod. priv. che, come sopra illustrato, sancisce l'inutilizzabilità dei dati acquisiti in violazione dei nuovi limiti introdotti dalla riforma. Norme di questo tipo, peraltro non frequenti sul piano comparato europeo[45], rappresentano uno strumento importante per la tutela dei diritti di difesa. Esse, però, rischiano di non rappresentare una barriera sufficientemente solida a fronte di conservazioni di massa dei dati, né di offrire una risposta adeguata ai soggetti terzi coinvolti nelle operazioni di contrasto in caso di eventuali violazioni del diritto alla riservatezza.

La problematica sussiste perché considerare il diritto alla privacy come un profilo tendenzialmente recessivo alle istanze di tutela tipiche del processo penale appare una posizione sempre meno sostenibile alla luce della crescente integrazione fra analisi dei dati e attività di indagine penale[46]. In altre parole, il sistema attuale sembra troppo schiacciato sul versante di una tendenziale irrilevanza degli effetti degli atti di indagine sul diritto alla privacy. In tal senso, la disciplina dei tabulati rappresenta un punto di vista privilegiato dal quale osservare il progredire della necessità di un coordinamento fra le potenziali violazioni del diritto alla riservatezza e delle norme processuali penali.

Da una parte, tale approccio può sembrare formalmente sufficiente: in verità, non solo la prevenzione e la repressione dei reati rientrano fra gli obiettivi che giustificano una limitazione alla privacy, ma anche la legislazione sovranazionale in materia (tendenzialmente più attenta sul punto) concede in questi casi ampi spazi di discrezionalità all'azione delle autorità di contrasto. Si pensi ai limiti, assai blandi, che tutelano il diritto alla riservatezza nella Direttiva 2016/680[47] o ai

---

[44] Profilo alquanto criticato da F. Resta, *La nuova disciplina, op. cit.*, § 3.

[45] Specie in sistemi di stampo inquisitorio, su cui si veda, in generale, M. Caianiello, *Adversarial v. Inquisitorial Procedure*, in *Encyclopedia of Criminal Law and Criminal Justice*, a cura di P. Caeiro, S. Gless, V. Mitsilegas (in corso di pubblicazione), § 2.

[46] Sul tema, assai ampio e complesso, si vedano per tutti S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità*, Discorso conclusivo della 26a Conferenza internazionale sulla protezione dei dati; M. Orofino, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni e critiche su una presunta contrapposizione*, in *MediaLaws* 2018, 2, 82 ss; L. Califano, Privacy e sicurezza, in *Democrazia e sicurezza*, 3, 2013; O. Pollicino, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in *MediaLaws* 2021, 1, 9 ss.; M. Riccardi, *Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico. Il bilanciamento tra privacy e repressione del fenomeno criminale nel dialogo tra giurisprudenza e legislatore*, in *DPC* 2016, 157 ss.

[47] Cfr. art. 15, Direttiva (UE) 2016/680 del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

margini di manovra, assai criticabili, lasciati persino nella gestione agli strumenti di Intelligenza Artificiale classificati come "ad alto rischio" nella Proposta di Regolamento in fase di negoziato[48]. D'altra parte, la possibilità di derogare in modo significativo al diritto alla privacy in nome delle esigenze repressive o securitarie si rivela sempre meno accettabile nella società democratica moderna. Ciò è tanto più evidente considerando come il livello di digitalizzazione trasformi anche le più ordinarie misure di indagine penale (come perquisizioni o ispezioni) in strumenti di potenziale profilazione verso indagati, imputati o soggetti terzi. Detto altrimenti, la polivalenza dei dati pone in luce le contraddizioni di un modello di giustizia penale che non ha ancora preso piena consapevolezza del peso rivestito dal diritto alla privacy all'interno dei propri meccanismi di accertamento.
La necessità di fornire una "tutela effettiva"[49] anche a questi profili, invece, impone l'elaborazione di nuovi paradigmi strutturali nel processo penale o ad integrazione di esso. In altre parole, emerge il bisogno di stabilire procedure innovative, che consentano una mitigazione degli effetti avversi anche rispetto al diritto alla riservatezza, riconducendoli a confini di maggiore tollerabilità.

5. L'esigenza di contemperare la tutela dei diritti in gioco con la necessità di non appesantire troppo lo svolgimento degli accertamenti, però, pone sfide sostanziali al modo tradizionale di svolgere le indagini. Individuare un bilanciamento soddisfacente non è un esercizio banale, né sul piano teorico, né su quello pratico, e dottrina e giurisprudenza si stanno da tempo interrogando sul tema, formulando e sperimentando diverse opzioni interpretative ed operative.
In tale contesto, ad esempio, si possono collocare le proposte di applicazione estensiva di istituti come l'accertamento tecnico irripetibile o l'incidente probatorio durante l'acquisizione di dati digitali. L'idea, in questi casi, è essenzialmente quella di trovare un punto di equilibrio fra gli interessi delle parti, attraverso una procedura partecipativa "anticipata" che, nel complesso, riduca al minimo necessario l'interferenza con i diritti fondamentali (almeno) dell'indagato[50].
Dalla riforma dei tabulati emerge un modello normativo ulteriore. Il riferimento va al novellato art. 132, comma 3-*ter*, cod. priv., che propone la figura del Garante dei dati personali come "mediatore" fra le esigenze di tutela della privacy e quelle di indagine. Secondo tale disposizione, in particolare, i "diritti dell'interessato" possono essere esercitati "anche tramite il Garante", che è tenuto ad informare l'interessato stesso "di aver eseguito tutte le verifiche necessarie o di aver svolto un riesame, nonché del diritto […] di proporre ricorso giurisdizionale"[51].
Ora, la disposizione in oggetto rispecchia quanto indicato all'art. 17 della Direttiva 680/2016; di per sé, quindi, essa ripropone un paradigma già presente nei meccanismi di tutela dei dati personali.

---

[48] V. art. 6 ss, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, Bruxelles, 21.4.2021COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), su cui si veda G. Contissa, F. Galli, F. Godano, G. Sartor, La nuova Proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: questioni giuridiche e approcci regolatori, in *Nuove questioni di informatica forense*, a cura di R. Brighi, Roma 2022, 387 ss.
[49] Come indicato pontualmente dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza, cfr., ad esempio, la già menzionata decisione *Zakharov c. Russia*, § 80.
[50] Sul punto si vedano R. Brighi, M. Ferrazzano, *Digital Forensics: Best Practices and Perspective* e, volendo, L. Bartoli, G. Lasagni, *Antifraud Investigation and Digital Forensics: A Comparative Perspective*, entrambi in *Digital Forensic Evidence: Towards Common European Standards in Antifraud Administrative and Criminal Investigations*, a cura di M. Caianiello, A. Camon, Milano 2021, rispettivamente 46 ss e 227 ss.
[51] Art. 132, comma 3-*ter* in combinato disposto con l'art. 2-*undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo, cod. priv. L'opzione ad oggi è prevista solo in via eventuale e non sostitutiva in toto delle prerogative del soggetto interessato.

L'attribuzione dell'intermediazione del Garante all'interno di una previsione che delinea un atto finalizzato all'accertamento e repressione dei reati, però, presenta tratti di interesse significativi.
De iure condendo, infatti, può valere la pena riflettere sulla possibilità di attribuire ad un soggetto terzo ed imparziale, come il Garante, il controllo di proporzionalità sulle richieste di accesso ai dati. Detto altrimenti, l'intervento del Garante potrebbe rivelarsi una soluzione apprezzabile per garantire le istanze della difesa, ponendo un limite, privo di interessi partigiani, alle pretese acquisitive degli inquirenti. In principio, questo modello potrebbe applicarsi sia nel contesto dei tabulati sia, più in generale, agli atti di indagine che prevedono l'acquisizione di dati personali (soprattutto se in formato digitale). Rispetto alla disciplina dei tabulati, però, a fronte di tale prospettiva si aprono in verità almeno due interrogativi.
In primo luogo, si potrebbe dubitare dell'utilità di un ruolo potenziato del Garante alla luce della funzione di controllo già conferita al giudice. La presenza in questo contesto di un ulteriore soggetto terzo e imparziale, infatti, potrebbe essere vista come una duplicazione superflua nella riforma del 2021.
Inoltre, non ci si può nascondere come un impiego in via massiva del Garante, in funzione di controllo su casi individuali, richiederebbe un ripensamento generale del ruolo di questo ufficio, con diverse difficoltà pratico-organizzative. Il Garante, infatti, dovrebbe dotarsi di strutture (e budget) adeguati a effettuare valutazioni più specifiche e al tempo stesso su una scala molto più ampia rispetto ai compiti attuali. Senza un tale intervento, prendere in carico l'enorme volume di richieste riguardanti i dati esterni alle comunicazioni a fini di indagine[52] risulterebbe verosimilmente insostenibile. Gli studi di settore, difatti, denunciano da tempo la generale inadeguatezza di personale e mezzi a disposizione delle autorità garanti, anche per lo svolgimento delle funzioni già loro assegnate[53].
La consapevolezza di tali criticità, però, non fa venire meno l'interesse per questo modello alternativo di tutela dei diritti individuali. Anzi, la necessità – riconosciuta da ultimo anche nel d.l. 132/2021 – di *prendere sul serio* il diritto alla privacy, non solo in quanto tale ma anche nella prospettiva del processo penale, suggerisce una motivazione per realizzare un salto di qualità nella definizione dei compiti del Garante.
Ciò potrebbe rivelarsi significativo soprattutto in contesti nei quali non è (ancora) previsto l'intervento di un'autorità giudiziaria imparziale. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui i dati personali sono raccolti da autorità di contrasto settoriali e poi direttamente utilizzati per porre in essere misure afflittive, oltre che eventualmente comunicati a fini di indagine penale[54]. Fra tutti, particolarmente indicativo è l'ambito delle indagini preventive in materia di antiriciclaggio e antiterrorismo, ad esito delle quali le Unità di informazione finanziaria possono procedere al congelamento delle transazioni finanziarie[55]. In questo campo, infatti, i flussi informativi

[52] A cui si sommano anche problemi legati, per esempio, alla mancanza di formati condivisi nella fornitura dei dati, cfr. P. Reale, *I dati telefonici e telematici per l'autorità giudiziaria: la necessità di convergere su modelli di dati e procedure condivise*, in *Informatica e diritto*, XLI annata, Vol. XXIV 2015, 1-2, 333-344.
[53] Si vedano, a tal proposito, European Data Protection Board, Overview on resources made available by Member States to the Data Protection Authorities and on enforcement actions by the Data Protection Authorities, 5 agosto 2021, 4 ss; Garante dei dati personali, Relazione annuale 2020, 241 ss: "dal 2013 si registra un trend crescente di Paesi che hanno aggiornato la propria normativa in materia di protezione dei dati; per molti Paesi la sfida principale per attuare quanto previsto dalle Privacy Guidelines resta l'insufficienza di risorse".
[54] Nonché, in ambito processualpenalistico, alle perquisizioni, almeno fino alla entrata in vigore delle direttive contenute nella Riforma Cartabia (su cui si veda oltre, sub § 6).
[55] In Italia, l'Unità di informazione finanziaria, collocata presso la Banca d'Italia, v. UIF, Rapporto annuale 2020, Roma, maggio 2021, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 7, let. c), D. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo

avvengono oggi per lo più all'interno di quadri normativi flessibili, che consentono un grande margine di discrezionalità alla parte pubblica e offrono tutele assai limitate, se non nulle, ai privati coinvolti[56].
In simili procedimenti, la valorizzazione del ruolo del Garante tramite l'assunzione di compiti di tutela particolari (*case-by-case*), sostenuti dalla creazione di uffici specializzati all'interno dello stesso, sembra un'ipotesi da non scartare[57]. Il potenziamento dell'Autorità, detto altrimenti, potrebbe rappresentare una soluzione interessante per sopperire alle carenze di un sistema globalmente ancora troppo poco attento alle sovrapposizioni, sempre più frequenti, del diritto alla privacy con i diritti di difesa e del giusto processo.

6. I numerosi aspetti innovativi della riforma spingono infine ad una ultima considerazione, già sollevata in precedenza da parte della dottrina e da taluna giurisprudenza europea e che però, anche a seguito del d.l. 132/2021, continua a rimanere in ombra: ha ancora senso distinguere nel livello di tutela fra contenuto e dati esterni alle comunicazioni?
Da tempo gli interpreti più attenti sottolineano come i rischi derivanti dall'analisi dei dati, specie se su larga scala o con tecniche di cosiddetta *data mining*, possono produrre violazioni non meno rilevanti della captazione del contenuto delle comunicazioni[58]. Paradossalmente, si potrebbe anzi sostenere che, in principio, la persona media è in grado di misurare le proprie affermazioni all'interno delle comunicazioni verbali (anche se naturalmente il contesto può rendere l'operazione più difficile, in pratica). Lo stesso però non può dirsi con riguardo al *digital trail* lasciato dall'utilizzo dei numerosi *devices* che caratterizzano la nostra vita quotidiana: a meno di particolari competenze informatiche (e talvolta anche nonostante ciò), infatti, la produzione di metadati è un fenomeno che, per l'utente medio, si pone essenzialmente al di fuori della propria sfera di controllo. Considerando quante informazioni, spesso individualizzanti e utilizzabili a fini di profilazione, possono essere estratte da tali tracce, le ragioni per ritenere che i metadati possano essere soggetti ad un regime di tutela inferiore rispetto a quello previsto per le intercettazioni sembrano quindi progressivamente sgretolarsi.

---

di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione).

[56] B. Vogel, *Reinventing EU Anti-Money Laundering. Towards a Holistic Legal Framework*, in *National and International Anti-Money Laundering Law. Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection*, a cura di B. Vogel, J-B. Maillart, Cambridge – Antwerp – Chicago 2020, 881 ss. Sulle difficoltà delle autorità di settore nel far fronte al crescente numero di segnalazioni, i rischi di sanzioni indirette sui privati (cd. *de-risking*) e sulle più recenti proposte di adeguamento complessivo del sistema nel nostro ordinamento, si veda, volendo, G. Lasagni, *Public Private Partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di Outsourcing del processo penale?, in Riv. Trim. Dir. pen.* 2021, 3, 153-167.

[57] Di per sé, un ruolo generale del Garante è comunque previsto dalla Direttiva 680/2016 o dal GDPR, ma le possibilità di intervento ivi previste sono assai diverse, almeno nel loro attuale dispiego, dall'esercizio di funzioni di controllo individualizzanti e specializzate nel senso sopra illustrato.

[58] Cfr. da ultimo I. Neroni Rezende, *Dati esterni*, *op. cit.*, 194 ss. In tal senso si veda anche Corte EDU, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, 13 settembre 2018, ric. n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, § 356: «*In addition, the Court is not persuaded that the acquisition of related communications data is necessarily less intrusive than the acquisition of content. For example, the content of an electronic communication might be encrypted and, even if it were decrypted, might not reveal anything of note about the sender or recipient. The related communications data, on the other hand, could reveal the identities and geographic location of the sender and recipient and the equipment through which the communication was transmitted. In bulk, the degree of intrusion is magnified, since the patterns that will emerge could be capable of painting an intimate picture of a person through the mapping of social networks, location tracking, Internet browsing tracking, mapping of communication patterns, and insight into who a person interacted with*».

In tal senso, la riforma dei tabulati rappresenta un passo nella giusta direzione, ma non un punto di arrivo in termini di ripensamento sistematico e coerente dell'apparato di garanzie. Ad esempio, non si vede perché l'intervento del giudice, invece del pubblico ministero, debba applicarsi solo alla raccolta dei dati esterni delle telecomunicazioni e non anche ad altri tipi di dati, potenzialmente altrettanto o anche maggiormente sensibili (si pensi, ad esempio, a dati clinici o relativi a transazioni finanziarie). Esigenze di tutela analoghe, peraltro, sembrano emergere anche rispetto ad altri atti di indagine, soprattutto concernenti la dimensione virtuale (si pensi, ad esempio, alle perquisizioni o ispezioni online o al monitoraggio in tempo reale dei dati finanziari), in cui le possibilità di ledere in modo sostanziale i diritti dei soggetti interessati sono particolarmente elevate[59].

La tendenza a concentrarsi sui singoli istituti, invece di guardare alla dimensione sistemica del problema, peraltro, sembra ritrovarsi anche in altri interventi normativi recenti. Nella legge delega della riforma Cartabia, ad esempio, si riscontra un altro caso in cui il legislatore ha ritenuto di sottoporre l'operato del pubblico ministero al vaglio del giudice. La disposizione deriva dalla censura mossa all'Italia dalla Corte EDU nel noto caso *Brazzi*, in cui, fra altri motivi, il nostro paese veniva condannato proprio per la mancanza di un meccanismo di controllo imparziale nel caso di perquisizioni non seguite da sequestro[60]. In questo contesto, che naturalmente può includere anche casi di acquisizione di dati, il progetto di riforma mira ad introdurre il diritto della persona sottoposta alle indagini e dei soggetti interessati di proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari avverso il decreto di perquisizione[61]. Anche questa proposta, quindi, pur apprezzabile di per sé, si limita a sanare una lacuna relativa ad una situazione specifica, senza prendere una posizione chiara sul quale sia (o debba essere) l'approccio del nostro sistema rispetto all'acquisizione di dati a fini di indagine penale.

L'entità del problema, naturalmente, non rende semplice definire una soluzione coerente dal punto di vista sistematico. Ciò non toglie che approcci diversi da quelli attualmente adottati possano essere esplorati.

Ad esempio, invece di attribuire un grado di tutela differenziato in base al binomio contenuto/dato esterno, si potrebbe assumere a parametro di riferimento il livello di intrusione nella vita privata dei soggetti interessati[62]. Seguendo questo approccio, una eventuale differenziazione fra modelli di tutela si avrebbe piuttosto fra captazione di informazioni (contenuto o metadati) *ex post* e captazione in tempo reale; nel secondo caso, infatti, l'acquisizione informativa è tendenzialmente segreta e perdura nel tempo, con pregiudizio più intenso verso i diritti dei soggetti interessati. Ad oggi, una prospettiva simile trova in Italia solo un limitato riscontro sul piano normativo[63]. In

---

[59] Cfr., volendo, G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, Cham 2019, 339 ss.

[60] *Brazzi c. Italia*, 27 settembre 2018, ric. n. 57278/11, §§ 48 e 50. Tale condizione, peraltro, è rimasta invariata anche nella più recente giurisprudenza EDU in materia di *mass surveillance* che, per altri versi, si è invece distanziata, almeno in linea di principio, dalle decisioni della Corte di giustizia, cfr. per tutti Grande Camera, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, 25 maggio 2021, ric. n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, § 351 ss.

[61] Art. 1, comma 24, L. 134/2021, menzionando esplicitamente la decisione *Brazzi c. Italia*.

[62] F. Nicolicchia, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *DPC* 2018, 1-17; Id., *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano 2020, 57 ss e, volendo, G. Lasagni, *Banking Supervision*, *op. cit*., 327 ss.

[63] La situazione non è molto diversa sul piano giurisprudenziale. A fronte di pronunce costituzionali (risalenti) che sinora hanno escluso una equiparazione fra contenuto e dati esterni alle comunicazioni (v. *supra*, n 8), infatti, nel 1998 le Sezioni unite avevano riconosciuto la applicabilità del regime di cui all'art. 266-*bis* Cpp anche ai tabulati (Cass., Sez. U, sent. n. 21 del 13/07/1998 (dep. 24/09/1998) Rv. 211197 - 01, *Gallieri*, annotata da G. Melillo, *L'acquisizione*

particolare, il riferimento potrebbe andare a quanto previsto all'art. 20 del decreto di recepimento della Direttiva OEI, relativo al monitoraggio in tempo reale dei dati[64]. Secondo tale disposizione, infatti, l'atto di acquisizione in tempo reale dei dati bancari, che non trova altrimenti una disciplina specifica nel nostro ordinamento, può essere eseguito su richiesta di uno Stato membro secondo le modalità previste dagli artt. 266 ss Cpp[65].

Sebbene in un frangente ancora limitato, l'estensione del regime delle intercettazioni al monitoraggio in tempo reale dei dati sembra corroborare la possibilità di superare finalmente la distinzione fra contenuto e metadato, adottando un modello che pare più aderente alle necessità delle società digitali moderne. La riforma dei tabulati del 2021 può essere letta come un ulteriore passo in quella direzione che, ci si augura, venga finalmente condiviso anche dalla giurisprudenza interna.

---

dei tabulati relativi al traffico telefonico fra limiti normativi ed equivoci giurisprudenziali, in *Cass. pen*. 1992, 465 ss; R. Brichetti, *Estesa la disciplina delle intercettazioni mentre la giurisprudenza si riscopre divisa*, in *GD* 1998, 48, 60 ss; I. Calamandrei, *Acquisizione dei dati esteriori di una comunicazione ed utilizzazione delle prove cosiddette incostituzionali*, in *Giur. it*. 1999, 8, 1691 ss). Già nel 2000, però, le stesse Sezioni unite tornavano sui propri passi, propendendo per l'applicabilità del solo art. 256 Cpp in caso di dati esterni alle comunicazioni (Cass., Sez. U, sent. n. 16 del 21/06/2000 Ud. (dep. 30/06/2000) Rv. 216247 – 01, *Tammaro*, annotata, per il tema qui rilevante, da F. Cassibba, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen*. 2001, 400 ss). Anche dopo l'entrata in vigore del cod. priv., peraltro, il coordinamento fra la disposizione di cui all'art. 265 Cpp e l'art. 132 cod. priv. rimane alquanto incerto, v. C.E. Gatto, *Il principio di proporzionalità, op. cit.*, 83 ss.

[64] D.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 con cui il Governo ha dato attuazione alla delega ricevuta due anni prima dal Parlamento (legge 9 luglio 2015, n. 114).

[65] M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen*. 2018, 6, 2205 ss. Più in generale, su questo strumento di indagine anche a livello europeo, si veda, volendo G. Lasagni, *Banking Supervision*, *op. cit*., 285 ss.

LA TUTELA DELLA SALUTE MENTALE PER «ELIMINARE OGNI FORMA DI DISCRIMINAZIONE E DI SEGREGAZIONE» E IL «DEFINITIVO SUPERAMENTO» DEGLI O.P.G. TRA DEVASTAZIONI ANNUNCIATE E NECESSITÀ DI ULTERIORI ADEGUAMENTI

di Francesco Schiaffo
Professore Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Salerno

Con l'art.32 del d.l. n.17/2022 convertito in legge n.34/2022 non solo è stato deciso un cospicuo finanziamento triennale per la gestione e l'apertura di nuove REMS in Liguria, ma è stata anche prevista la possibilità di incrementare i finanziamenti già disposti con l'art.3-*ter* del d.l. n.211/2011 per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari». Immediatamente prima del d.l. n.17/2022, la soluzione era stata genericamente auspicata anche dalla Corte costituzionale nelle ambigue conclusioni della motivazione della sentenza n.22/2022. L'apertura di nuove REMS, tuttavia, rischia di compromettere radicalmente l'adeguamento del sistema delle sanzioni penali per il paziente psichiatrico a fondamentali principi costituzionali riaffermati, esplicitati ed applicati con le leggi nn.180 e 833 del 1978. Inoltre, dati gli sconcertanti meccanismi di distorsione e sostituzione funzionale già ampiamente sperimentati con gli ospedali psichiatrici giudiziari, ne deriverebbero anche gravissime implicazioni per l'intero settore del sistema sanitario nazionale dedicato alla tutela della salute mentale. Invece, poste la definizione, la attuale implementazione e i risultati raggiunti con le strategie per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» previste all'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 e nella normativa ad esso collegata, sarebbero sufficienti pochi ulteriori adeguamenti per consolidare la tenuta delle soluzioni già adottate e la relativa coerenza con fondamentali principi del sistema penale.
Article 32 of Decree-law no.17/2022, transformed into law no.34/2022, approved substantial three-year funding for the opening and management of new residential facilities (REMS - Residenze per l'Esecuzione di Misure di Sicurezza) in Liguria and paved the way for an increase in the funding already set in place by Article 3-ter of Decree-law no.211/2011 for the «definitive closure of forensic psychiatric hospitals». Immediately prior to Decree-Law no.17/2022, a similar solution had been explicitly advocated by the Constitutional Court in the ambiguous conclusions of the explanatory statement of Judgment no.22/2022. The opening of new REMS, however, seriously risks undermining the adaptation of the system of penal sanctions for psychiatric patients in order to comply with fundamental reaffirmed constitutional principles explicated and enforced by Laws n.180/1978 and 833/1978. It would also have extremely serious implications for the entire sector of the national health system dedicated to mental health protection. Given the planning, current implementation and the results achieved with the strategies for the «definitive closure of forensic psychiatric hospitals» envisaged in Article 3-ter of Decree-Law no. 211/2011 and in the related legislation, a few further reforms would be sufficient to consolidate resilience and ensure consistency with fundamental principles of the penal system.

SOMMARIO: 1. L'art.32 delle "Misure urgenti in materia di energia elettrica, gas naturale e fonti rinnovabili" (d.l. n.17/2022 conv. in l. n.34/2022): cronaca di una devastazione annunciata. - 1.1. Un barlume di speranza: la raccomandazione della Camera al Governo. - 1.2. Un autorevolissimo ma inconsueto apripista: la 'agenda politica' della Corte costituzionale (sentenza n.22/2022). - 1.3. Il «*miracolo dell'essere*»: i dati riportati dalla Ministra della giustizia. - 1.4. Il problema: il numero chiuso di posti letto nelle REMS come 'chiave di volta' delle strategie per il «definitivo

superamento» degli OPG. - 2. L'ennesima manifestazione di un diffuso ma anomalo modello di azione legislativa (nonostante le censure della Corte costituzionale): le ipotetiche cause tra inquietanti nostalgie e allarmanti incompetenze. - 3. Le ragioni di un anomalo modello di azione legislativa: il «definitivo superamento» degli OPG tra *Realpolitik* e riserva di codice. - 4. Esigenze di ulteriori adeguamenti della legislazione vigente in materia di misure di sicurezza per il paziente psichiatrico. - 4.1. Le implicazioni necessarie del principio della riserva di legge. - 4.1.1. Lo stato attuale e il superamento della cultura manicomiale nel sistema penale come mera implicazione di fatto di scelte organizzative e gestionali. - 4.1.2. Le ricadute individuali delle implicazioni di fatto di scelte organizzative: la necessità del *turnover* e il diritto alla salute del paziente psichiatrico sottoposto a misura di sicurezza. - 4.1.3. Il diritto alla salute del paziente psichiatrico in esecuzione di misura di sicurezza e i percorsi terapeutico-riabilitativi individuali: margini di effettività e soluzioni legislative alternative. - 4.2. La nuova disciplina della durata massima delle misure di sicurezza: necessità e prospettive di ulteriori riforme. - 4.2.1. *In primis*, la necessità di una (ennesima) precisazione legislativa: il «ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza» non è una nuova misura di sicurezza. - 4.2.2. Il criterio del massimo edittale: una possibile soluzione alternativa. - 4.2.3. La inopportuna esclusione delle misure di sicurezza non detentive. - 4.2.4. Una ulteriore incongruenza: la equiparazione tra misure di sicurezza provvisorie e misure di sicurezza definitive. - 5. Nuove emersioni di limiti antichi nella disciplina delle misure personali di sicurezza: l'ipotesi di una diversa e radicale riforma. - 6. Le misure personali di sicurezza e il limite antico della (in)certezza: presupposti generali e requisiti specifici di applicabilità tra i «gravi indizi» di un fatto di reato e l'inconsistenza probatoria di esemplari ed inquietanti «*sottigliezze empiriche*». - 6.1. In particolare, le «*sottigliezze empiriche*» nei requisiti specifici per l'applicazione di misure personali di sicurezza: il caso della non imputabilità tra movimenti internazionali di riforma, (recenti) proposte di legge e la importante ed inequivocabile formalizzazione di orientamenti parlamentari. - 7. Precisione e determinatezza nei presupposti generali per l'applicazione delle misure personali di sicurezza: la necessità di un «fatto preveduto dalla legge come reato» e i limiti dell'accertamento processuale a carico del paziente psichiatrico. - 8. Precisione e determinatezza nei presupposti generali per l'applicazione delle misure personali di sicurezza: il fondamento della pericolosità sociale tra inconsistenze scientifiche e censure legislative. - 8.1. Il rischio sempre attuale di clamorose distorsioni funzionali delle strutture (para)manicomiali: le disposizioni del codice penale. - 8.2. Le derive della giurisprudenza di sorveglianza oltre le disposizioni del codice: la esemplare elaborazione della «*pericolosità latente*». - 8.3. Le censure delle istituzioni europee e parlamentari. - 9. Le ragioni per una diversa e radicale riforma di sistema. - 10. Prassi, teoria e disciplina legale del sistema penale integrato nell'accertamento della pericolosità sociale. - 10.1. Le cause di una deplorevole prassi: l'accertamento della pericolosità sociale del paziente psichiatrico tra soluzioni occasionali, antichi pregiudizi e l'implicito e insostenibile postulato di una integrazione illimitata della scienza e del sistema giuridico-penale. - 10.2. Limiti e condizioni della scienza penalistica integrata nei modelli teorici di riferimento: un «*immenso "appetito di medicina"*», le «*chiacchiere della criminologia*» e la tutela dei diritti umani. - 10.3. I limiti e le condizioni della scienza penalistica integrata nella disciplina vigente della perizia: oltre la prassi, un chiaro orientamento comune tra diritto e procedura penale. - 11. Una coerente soluzione intermedia (e provvisoria): l'ipotesi della estensione del divieto di perizia.

1. Al co.1 dell'art.32 delle "Misure urgenti in materia di energia elettrica, gas naturale e fonti rinnovabili" di cui al d.l. 1.3.2022 n.17 conv. in l.27.4.2022 n.34 si dispone che «è autorizzata la spesa di 2,6 milioni di euro annui per ciascuno degli anni 2022, 2023 e 2024» «allo scopo di prorogare il pieno funzionamento della residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) provvisoria di Genova-Pra' e contestualmente consentire l'avvio della REMS di Calice al Cornoviglio (La Spezia)».
Al co.2 dello stesso articolo, inoltre, «in relazione agli eventuali maggiori fabbisogni emergenti» è prevista in generale la possibilità di incrementare i limiti di spesa già previsti al co.7 dell'art.3-*ter* d.l. 22.12.2011 n.211 conv. in l. 17.2..2012 n.9 dedicato alle "Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari".
In via del tutto singolare, dunque, con la disposizione di cui al co.1 dell'art.32 d.l. n.17/2022 è stato previsto un finanziamento con una duplice destinazione, in entrambi i casi molto specifica.
Da un lato è stato finanziato l'ulteriore funzionamento di una delle REMS che, nella fase della transizione dagli OPG alle REMS, diverse Regioni hanno istituito in via del tutto provvisoria e che, infatti, di solito sono state puntualmente chiuse quando, nel relativo ambito territoriale, sono apparse consolidate le nuove modalità di gestione dei pazienti psichiatrici prima destinati agli OPG.
Dall'altro lato, invece, per la prima volta è stata finanziata l'istituzione di una nuova REMS che, pertanto, si aggiungerà a quelle già programmate e concordate secondo le rigorose modalità di concertazione interministeriale e interistituzionale che erano state previste al co.6 dell'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 per disporre delle risorse dettagliatamente definite al successivo co.7[1].
Nulla lascia supporre che resterà un intervento legislativo assolutamente eccezionale o, magari, unico: non la sede legislativa utilizzata che nulla ha a che fare con il sistema penale o con la tutela della salute mentale (e che, pertanto, lascia immaginare che, in futuro, qualsiasi occasione potrebbe essere considerata utile per autorizzare analoghi finanziamenti) e, soprattutto, non la disposizione di cui al successivo co.2 dell'art.32 d.l. n.17/2022 che, «in relazione agli eventuali maggiori fabbisogni emergenti», espressamente prevede la possibilità di incrementare i limiti di spesa che erano stati previsti al co.7 dell'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 e che, anche in ragione delle rigorose procedure per la relativa distribuzione, avevano determinato una rigida limitazione del numero di REMS oggi presenti sul territorio nazionale.
Si tratta, senza mezzi termini, di una devastazione annunciata di quanto fatto finora per il definitivo superamento degli OPG che, peraltro, si colloca in contesto già definito da altri autorevolissimi interventi in materia delle massime istituzioni dello Stato.

1.1. L'eco della sensibilità, della consapevolezza, del rigore e dell'attenzione che hanno caratterizzato la complessa definizione e la prima fase della implementazione delle strategie per il «definitivo superamento» degli OPG risuona, invece, chiaramente solo in un ordine del giorno che è stato presentato alla Camera il 12 aprile 2022 ed è stato approvato il giorno successivo come raccomandazione che «*impegna il Governo a consultare l'Organismo di coordinamento relativo al processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari in merito ad ogni futura misura in merito*»[2].

---

[1] Sul punto cfr. *infra* par.4.1.1.
[2] Cfr. Camera dei Deputati, *Atto Camera, Ordine del Giorno 9/03495-AR/122, accolto come Raccomandazione il 13/04/2022*, in https://aic.camera.it/aic/scheda.html?numero=9/3495-AR/122&ramo=C&leg=18 (consultato il 16.6.2022)

In premessa, nello stesso giorno della approvazione e della trasmissione al Senato del progetto di legge per la conversione del d.l. n.17/2022, il medesimo O.d.G. prendeva atto che il relativo art.32 «*appare del tutto estraneo rispetto ai contenuti del decreto-legge 1° marzo 2022, n. 17, recante misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale*», che esso «*appare in contrasto con le finalità della legge 81/2014 che considera da privilegiare, piuttosto che il ricovero in REMS, misure non detentive per assicurare i percorsi di cura e riabilitazione*» e, infine, che esso «*disattende, o quantomeno applica in modo del tutto parziale, anche la recente sentenza della Corte Costituzionale su questo argomento (22/2022)*» posto che «*la Corte raccomanda "un complessivo e altrettanto urgente potenziamento delle strutture sul territorio", indispensabili anche per offrire una alternativa alla detenzione in REMS, confermata come extrema ratio*»[3].

1.2. Con la sentenza n.22 del 27 gennaio 2022, infatti, anche la Corte Costituzionale è intervenuta sulla legislazione per il «definitivo superamento» degli OPG.
Ma, nella conclusiva definizione di una sorta di 'agenda' che precede immediatamente il dispositivo - ovvero al di là delle pur condivisibili argomentazioni precedentemente rappresentate nella motivazione[4] -, la Corte non assume una posizione definita nell'alternativa formalmente emersa anche alla sua attenzione dopo l'ordinanza istruttoria n.131/2021 che ha preceduto la sentenza n.22/2022 e che era destinata innanzitutto al Ministero della giustizia e al Ministero della salute[5].
In particolare, nella 'agenda' della Corte emerge chiaramente la scelta di non assumere una posizione netta tra la presunta necessità di incrementare il numero di REMS e la sostenibilità del sistema fino ad allora implementato, laddove si afferma «*l'urgente necessità di una complessiva riforma di sistema, che assicuri* (...) *la realizzazione e il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni*», ma anche «*l'altrettanto urgente potenziamento delle strutture sul territorio in grado di garantire interventi alternativi adeguati rispetto alle necessità di cura*»[6].

1.3. Eppure, pochi giorni prima del deposito della sentenza n.22/2022, nella Relazione annuale al Parlamento del 19 gennaio 2022, la Ministra della Giustizia, con evidente soddisfazione ed esplicito «*piacere*», sceglieva di «*segnalare che è in costante calo il numero dei detenuti in attesa di entrare nelle REMS: erano 98 nell'ottobre 2020, divenuti 35 nella stessa data del 2021*»

---

[3] Così Camera dei Deputati, *Atto Camera, Ordine del Giorno 9/03495-AR/122*, cit.
[4] In particolare appare assolutamente opportuno, nelle motivazioni della Corte, il riferimento ala necessità di adeguare il sistema al fondamentale principio di legalità di cui all'art.25 Cost. (cfr. Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 2022 n.22, punto 5.3 del "Considerato in diritto", in https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do (consultato il 16.6.2022); sul punto sia consentito anche il rinvio a F. Schiaffo, *Le ragioni giuridico-penali della necessità di una riforma di sistema in materia di OPG e misure di sicurezza: gli interventi possibili e l'ipotesi minima di una modifica in tema di perizia*, testo della relazione tenuta al IX Convegno nazionale dell'Associazione Italiana del Professori di Diritto Penale, Roma, 19-20 novembre 2021, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, 383 ss. e, più diffusamente, al testo della relazione tenuta in occasione del seminario su "*Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*" organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II: cfr. F. Schiaffo, *OPG e misure di sicurezza: le ipotesi per una riforma di sistema alternativa ad un superamento radicale*, in corso di stampa in Aa.Vv., *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, par.2.
[5] Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 9-24 giugno 2021 n.131, in https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do (consultato il 16.6.2022).
[6] Così Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 2022 n.22, cit., punto 6 del "Considerato in diritto".

evidenziando, quindi, una riduzione che, nell'arco di un solo anno, rasentava i 2/3 del dato iniziale e lo portava, pertanto, quasi ad 1/3[7].
Il dato riguarda un problema che è di evidente gravità ed è ben noto agli operatori di settore.
Si tratta delle cosiddette 'liste di attesa' di persone che sono trattenute negli istituti penitenziari al pari di altri detenuti semplicemente perché risultano tutti occupati i posti disponibili nelle REMS di riferimento del territorio: le stesse persone, quindi, non usufruiscono del trattamento che è offerto nelle REMS e che, per esse, è stato disposto dall'autorità giudiziaria.
Per una situazione del genere è stata recentemente pronunciata anche una sentenza di condanna della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dell'Italia[8].
Dopo aver affermato l'impossibilità di giustificare il trattenimento in carcere del ricorrente in ragione della indisponibilità di posti in REMS, tuttavia, la Corte si limita ad imporre il risarcimento del danno morale ovvero, a differenza di quanto deciso in altri casi[9], si astiene dall'indicare all'Italia misure generali ed astratte da adottare per risolvere il problema[10].
La notevole e rapida riduzione delle liste di attesa riferita dalla Ministra, per quanto possa essere sorprendente, resta comunque un dato molto confortante che, in ragione della fonte che lo riporta e dell'istituzione a cui è rappresentato, non può che essere accettato in qualsiasi sede istituzionale: anche in occasione di un confronto meramente politico, peraltro, esso sarebbe comunque rilevante tanto più che, nell'ambito di specifici studi di settore, risulta confermato anche da rilevamenti più recenti[11].
Altrimenti lo si dovrebbe semplicemente ignorare (come, in realtà, ha fatto anche la Corte costituzionale, ma per ragioni evidentemente riconducibili alla sostanziale coincidenza dei tempi del deposito della sentenza n.22/2022 con quelli della presentazione della Relazione della Ministra al Parlamento).
In tal caso, tuttavia, sarebbe inquietante l'eco delle parole di chi, alle origini dei totalitarismi del XX secolo, ha indicato le ideologie che «*non si interessano mai al miracolo dell'essere*»[12].

1.4. In ogni caso, il dato riportato nella Relazione al Parlamento della Ministra appare fortemente incoraggiante, posta la consapevolezza del ruolo e degli effetti riconducibili alla scelta di rendere disponibile un numero limitato e sostanzialmente 'chiuso' di posti letto nelle REMS.

---

[7] Cfr. *Relazione annuale al Parlamento della Ministra della giustizia Marta Cartabia (19 gennaio 2022)*, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1642596273_relazione-annuale-parlamento-ministra-marta-cartabia-amministrazione-della-giustizia-19-gennaio-2022.pdf (consultato il 16.6.2022).
[8] C. eur., 24.1.2022, SY c. Italia, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2%282022%29&contentId=SDU365955&previsiousPage=mg_1_20 (consultato il 16.6.2022).
[9] Ben nota ed esemplare, sotto questo profilo, è C. eur., 8.1.2013, Torreggiani e altri c. Italia, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2013)&facetNode_2=0_8_1_85&previsiousPage=mg_1_20&contentId=SDU810042 (consultato il 16.6.2022).
[10] Sul punto cfr. le puntuali considerazioni di V. Masarone, *Misure di sicurezza detentive e CEDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, 369 ss., 375 ss..
[11] Seppur limitati ad alcune Regioni, appaiono esemplari ed inequivocabili, sotto questo profilo, i dati dedotti dal Sistema informativo per il superamento degli OPG SMOP, elaborati e riportati nel contributo agli Atti del IX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale su "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma" (Roma, 19-20 novembre 2021) di G. Nese – A. Belli, *La tutela della salute mentale in carcere ed il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG): attuali criticità e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, 353 ss., 363 ss..
[12] H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* (1951, IV ed. 1966), Milano 1967, II ed. Torino 1999, 630 ss., 642.

Una dettagliata considerazione della implementazione e della concreta operatività delle strategie per il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» di cui all'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 e alle altre disposizioni ad esso collegate definisce chiaramente, infatti, il ruolo del 'numero chiuso' in termini di autentica 'chiave di volta' del nuovo sistema[13] e, soprattutto, della relativa idoneità alla produzione di effetti del tutto conformi a disposizioni che, nell'attuale ordinamento giuridico-costituzionale, sono riferimenti essenziali ed imprescindibili per la tutela della salute mentale[14].
Infatti, nella prospettiva di valutazioni di effettività - che sono doverose, se non decisive nell'attuale ordinamento giuridico italiano radicato nel «*secolo che riscopre la fattualità del diritto*» e nei relativi fondamenti giuridico-costituzionali[15] -, la scelta di rendere disponibile un numero limitato e tendenzialmente chiuso di posti letto nelle REMS potrebbe rivelarsi una interessantissima soluzione di «*effettività primaria*» che prescinde del tutto da qualsiasi esigenza di effettività anche «*secondaria*»[16]: grazie ad essa, infatti, la normativa per il «definitivo superamento» degli OPG sembra in grado di realizzare tutti gli obiettivi perseguiti indipendentemente dalla comminazione di qualsiasi tipo di sanzione.

2. Ma la disposizione di cui all'art.32 d.l. n.17/2022 emerge nell'ambito della recente produzione legislativa anche per ragioni che prescindono dal relativo contenuto normativo.
In essa, infatti, risuona anche l'eco di modalità di azione legislativa molto peculiari che, con particolare, ma non esclusivo riferimento alla decretazione d'urgenza e alle relative procedure di conversione, sono già venute all'attenzione della Corte costituzionale[17] e che potrebbero anche non essere molto diverse da quelle seguite pure in occasione della definizione delle strategie per il «definito superamento» degli OPG di cui all'art.3-*ter* d.l. n.211/2011.
Nel caso dell'art.32 d.l. n.17/2022, il problema è rappresentato innanzitutto dalla «*evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge*»[18]:

---

[13] Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *Una nuova strategia per una tutela effettiva dei diritti fondamentali: il ruolo essenziale di un numero limitato di posti letto nelle REMS*, in *Diritto e giustizia minorile* 2021, fascicolo 3-4, 31 ss. (in http://www.dirittoegiustiziaminorile.it/wp-content/uploads/2022/02/DIRITTO-E-GIUSTIZIA-MINORILE-3-4-20211.pdf - consultato il 16.6.2011); v. anche *infra* par.4.1.1 e par.4.1.2.
[14] Sul punto cfr. *infra* par.4.1.1 e par. 4.1.2.
[15] In tal senso P. Grossi, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* (2013), in Id., *L'invenzione del diritto*, Bari 2017, 60 ss., 68 ss., secondo cui «*il secolo che riscopre la* fattualità *del diritto ha nelle sessioni della Prima Sottocommissione (ma si può tranquillamente estendere a conclusione alla intera Assemblea) dei riscontri puntualissimi*» (*op. cit.*, 69) che, nel testo definitivo della Costituzione, emergono in modo esemplare nell'affermazione del «compito della Repubblica» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano «di fatto la libertà e l'uguaglianza» di cui all'art.3 co.2.
[16] Posta una particolare rivisitazione della fondamentale distinzione kelseniana tra norme primarie e norme secondarie e, quindi, la definizione delle norme «*prescrittive di obblighi o divieti*» come «*norme primarie*» e delle norme «*prescrittive delle relative sanzioni*» come «*norme secondarie*», propone di «*distinguere l'*effettività *(e l'*ineffettività*)* primaria *o di* primo grado*, che è assicurata dall'osservanza (o dall'inosservanza) e perciò dalla effettività (o dall'ineffettività) delle norme primarie e delle relative garanzie primarie (nonché dei relativi diritti) e l'*effettività *(e l'*ineffettività*)* secondaria *o di* secondo grado*, assicurata invece dall'osservanza (o dall'inosservanza) e perciò dalla effettività (o dall'ineffettività) delle norme secondarie e delle connesse garanzie secondarie (e con esse, di nuovo, dei relativi diritti)*» . Ferrajoli, *Effettività primaria ed effettività secondaria. Prospettive per un costituzionalismo globale*, in Aa.Vv., *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, a cura di A. Catania, Milano 2005, 129 ss., 131 (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).
[17] Tra le altre cfr., in particolare, Corte costituzionale sentenza 23 maggio 2007 n.171, sentenza 30 aprile 2008 n.128, sentenza 16 febbraio 2012 n.22 e sentenza 25 febbraio 2014 n.32.
[18] Così Corte costituzionale, sentenza 23 maggio 2007 n.171, punto 6 del "Considerato in diritto", in https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do (consultato il 16.6.2022).

espressamente, infatti, la Corte costituzionale, rinviando a precedenti sentenze, la considera uno degli «*indici alla stregua dei quali verificare "se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere"*»[19].
Se, poi, essa caratterizza un «*innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa*», si rischia, allora, di «*spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione*»[20].
Non è questo il caso delle disposizioni di cui al'art.3-*ter* che, in sede di conversione con legge n.9/2012, è stato aggiunto agli "Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri" di cui al d.l. n.211/2011.
Infatti, soprattutto dopo le sei revisioni intervenute successivamente in poco meno di due anni con i dd.ll. 13.9.2012 n.158, 25.3.2013 n.24 e 31.3.2014 n.52 e con le rispettive leggi di conversione 8.1.2012 n.189, 23.5.2013 n.57 e 30.5.2014 n.81, è apparso subito evidente che l'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 incideva comunque sulla esecuzione e sul sistema delle sanzioni penali modificandone, peraltro, alcuni dei tratti fondamentali[21].
Inoltre, con le disposizioni del decreto legge da convertire, l'art.3-*ter* condivideva anche l'origine determinata dalla necessità di adeguare l'ordinamento interno alle sollecitazioni delle istituzioni europee.
Nel caso delle disposizioni del d.l. n.211/2011 era stata una condanna già pronunciata nei confronti dell'Italia in materia di sovraffollamento carcerario dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo presso la quale, all'epoca, erano ancora pendenti numerosi altri analoghi dello stesso genere[22].
Analogamente le disposizioni per il «definitivo superamento» degli OPG erano state espressamente sollecitate in ambito europeo dal Comitato per la Prevenzione della Tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT) nel *report* pubblicato nel 2010 sulla visita del 2008 nell'OPG di Aversa[23]; ad esso, poi, si era aggiunta anche la Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale con la Relazione del 20 luglio 2011[24].

---

[19] Con un esplicito e testuale rinvio alla sentenza n.171/2007, così Corte costituzionale, sentenza 16 febbraio 2012 n.22, punto 3.3 del "Considerato in diritto", in https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do (consultato il 16.6.2022).
[20] Entrambe le citazioni sono tratte da Corte costituzionale, sentenza 16 febbraio 2012 n.22, punto 4.2 del "Considerato in diritto", in https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do (consultato il 16.6.2022).
[21] Con le riforme approvate con l'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 come successivamente modificato e con le autonome disposizioni tuttora vigenti di cui all'art.1 co.1-*quater* d.l. n.52/2014 fu notoriamente superata la durata potenzialmente illimitata delle misure di sicurezza detentive e furono rivisti anche i criteri per la valutazione della pericolosità sociale, in quanto unico presupposto sempre necessario per la loro applicazione e da solo sufficiente alla loro esecuzione che non si determina più esclusivamente in base al combinato disposto degli artt.203 e 133 c.p.: sul punto, da ultimo, cfr. M. Pelissero, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in Aa.Vv., *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, a cura di M. Bevilacqua – L. Notaro – G. Profeta – L. Ricci – A. Savarino, Torino 2021, 9 ss., 14 ss.. Sul punto v. anche *infra* par.4.2.
[22] Cfr. C. eur., 16.7.2009, Sulejmanovic c. Italia, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?facetNode_1=1_2(2009)&facetNode_2=1_2(200907)&contentId=SDU151219&previsiousPage=mg_1_20 (consultato il 16.6.2022); all'epoca invece era pendente preso la stessa Corte e sarebbe stata decisa in senso analogo la causa Torreggiani e altri c. Italia (cfr. *supra* nota 9).
[23] Cfr. *infra* par.8.3.
[24] Cfr. Senato della Repubblica – XVI legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari approvata il 20 luglio 2011, in

Una «*evidente estraneità rispetto alla materia disciplinata dalle altre disposizioni del decreto-legge*» caratterizza, quindi, esclusivamente l'art.32 che, per altro verso, condivide, invece, le stesse modalità di azione legislativa seguite con le disposizioni di cui all'art.3-*ter* d.l. n.211/2011.
In entrambi i casi, infatti, le disposizioni non trovano una collocazione formalmente adeguata all'effetto dirompente che esse hanno avuto (nel caso del'art.3-*ter* d.l. n.211/2011) o potrebbero avere (nel caso dell'art.32 d.l. n.17/2022) in settori molto specifici dell'ordinamento giuridico.
Nel primo caso, però, si disciplinava il «definitivo superamento» delle modalità di esecuzione di una tipologia sanzionatoria che, sin dalle origini, ha rappresentato anche una delle caratteristiche fondamentali del nostro codice penale, che è rimasta essenzialmente immutata per oltre 80 anni e che, quindi, è riconducibile ad opzioni politico-criminali e strategie per la tutela della salute mentale tipiche del regime fascista[25].
Nell'altro caso, invece, è altissimo il rischio di compromettere radicalmente l'efficacia della riforma intervenuta o addirittura di rivoltarla nella definizione di strategie e soluzioni per la tutela della salute mentale che sarebbero addirittura peggiori della precedente, data la palese disattesa di fondamentali principi costituzionali riaffermati, specificati e applicati con le leggi nn.180 e 833 del 1978[26].
Le ragioni per cui un obiettivo del genere non è stato esplicitamente perseguito potrebbero essere, quindi, molto imbarazzanti o addirittura inquietanti se fossero diverse dall'ipotesi - che pure sembra verosimile – di una scarsa consapevolezza della importanza, del ruolo e degli effetti della scelta di rendere disponibile un numero molto limitato e sostanzialmente 'chiuso' di posti letto nelle REMS.
Altre ragioni, infatti, non sono sostenibili: le strategie per il «definitivo superamento» degli OPG delineate con l'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 e con le altre disposizioni collegate rappresentano un sistema perfettamente adeguato a garantire effettività alla tutela di diritti fondamentali che, pertanto, non può essere demolito, ma solo migliorato.
In una prospettiva rigorosamente giuridica sono molteplici, peraltro, i margini di miglioramento della legislazione vigente[27].

3. Non è questa la sede per indagare sulle ragioni, occasionali o strutturali, per cui le disposizioni di cui all'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 non hanno modificato direttamente quelle del codice o almeno integrato quelle dell'ordinamento penitenziario: su un aspetto caratterizzante del sistema penale, esse realizzano, invece, un modello di legislazione del tutto opposto alla proposta della riserva di codice ampiamente condivisa negli anni di maggiore vivacità del movimento riformista[28].

---

https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/servizio_sanitario16/Relazione_OOPPGG_doc_XXII-bis_4.pdf (consultato il 16.6.2022).

[25] Sul punto, anche in riferimento specifico ai manicomi giudiziari, cfr., per tutti, M. Petracci, *I matti del duce. Manicomi e repressione politica nell'Italia fascista*, Roma 2014, 30 ss., 80 ss., *passim*.

[26] Cfr. *infra* par.4.1.1.

[27] Cfr. *infra* par.4 e seguenti.

[28] Sulla proposta della riserva di codice cfr., per tutti, M. Donini, *La riserva di codice (art.3-bis cp) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. pen.* 2018 (http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2018/11/Donini-approfondimenti-LP-1.pdf - consultato il 16.6.2022), 1 ss.

Peraltro, in quanto strutturali, le stesse ragioni potrebbero non essere molto diverse da quella che, negli stessi anni del fermento riformista, fu efficacemente indicata come la premessa necessaria per una riforma complessiva del codice penale[29].
Se, infatti, un codice penale, indipendentemente dalle preminenti implicazioni giuridiche, è anche un elemento essenziale del «*sistema referenziale di orientamento*» di un contesto sociale[30], appare inverosimile che la sua riforma possa realizzarsi in assenza di una condizione di sufficiente stabilità degli assetti e degli orientamenti socioculturali.
Per queste ragioni è stata impossibile una riforma complessiva del codice penale e probabilmente, considerata anche la persistente differenza tra i vari orientamenti terapeutici della psichiatria, per le stesse ragioni non è stato possibile agire sul codice neppure entro i limiti delle modifiche strettamente necessarie a superare definitivamente l'«*autentico orrore indegno di un paese appena civile*»[31] rappresentato dalle vecchie strutture che, ai sensi dell'art.62 co.3 l. n.354/1975, possono essere destinate all'esecuzione sia della misura di sicurezza di cui all'art.222 c.p. che di quella di cui all'art.219 c.p.
Piuttosto, il lavoro di chi ha contribuito alle riforme comunque realizzate per il superamento degli OPG sembra essere stato condizionato da valutazioni di *Realpolitik*: in ragione dell'obiettivo perseguito, si è dovuto tener conto anche delle inevitabili implicazioni di una gestione di consensi e flussi elettorali che, ormai da decenni, sono veicolati soprattutto attraverso la paura[32].
Come è noto, nella stessa prospettiva, la agevole rappresentazione e la illusoria percezione della risposta penale come strategia efficace e risolutiva per la prevenzione dei reati fanno apparire particolarmente utile la paura della criminalità. Nel dibattito criminologico rappresenta ormai una acquisizione consolidata quella secondo cui, data anche la crisi dello stato sociale, è soprattutto questa la ragione che alimenta le politiche securitarie e che, quindi, rende particolarmente delicato ogni dibattito pubblico o soluzione di riforma giuridico-penale in prospettiva riduzionista, per quanto parziale e limitata possa essere.
D'altra parte non sembrano essere state molto diverse le ragioni per cui, nel 1978, la chiusura degli ospedali psichiatrici decisa con la legge Orsini non coinvolse il manicomio giudiziario. Data anche l'imminenza del referendum abrogativo sulla legge n.36/1904, all'epoca già convocato con il d.P.R. n.109/1978 per il successivo 11 giugno, nei giorni immediatamente successivi al ritrovamento del cadavere di Aldo Moro sarebbe stato assolutamente inopportuno coinvolgere anche i profili penali in una riforma che, peraltro, sarebbe stata approvata nel giorno stesso del suo funerale[33].
Evidentemente valutazioni di *Realpolitik* suggerirono strategie più efficaci per conseguire comunque un obiettivo che sarebbe stato e tuttora è di assoluta rilevanza storica e mondiale.

---

[29] Esemplari e probabilmente ancora attuali le considerazioni di G. Marinucci, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in Aa.Vv., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci - E. Dolcini, Milano 1985, 349 ss., 368 s.
[30] Secondo le elaborazioni di psicologia sociale di Erich Fromm, il «*sistema referenziale di orientamento*» è uno delle condizioni indispensabili del benessere psichico collettivo e individuale: cfr. E. Fromm, *Avere o essere?* (1976), Milano 1986, 18 ss., 151 ss,; Id., *Psicoanalisi della società contemporanea* (1955), Milano 1975, 31 ss.
[31] Così nel *Messaggio di fine anno del Presidente della repubblica Giorgio Napolitano del 31.12.2012*, in http://presidenti.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2600 (consultato il 16.6.2022)
[32] Per tutti, sul punto cfr. R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano 2008, 253 ss., *passim*; R. Bianchetti, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano 2018, 541 ss., *passim*.
[33] Per una dettagliata e documentata ricostruzione delle origini della legge n.180/1978 e delle posizioni per molti versi critiche dello stesso Basaglia, inizialmente incerto e poi deciso a sfruttarne le potenzialità, cfr. J. Foot, *La "Repubblica dei matti". Franco Basaglia e la psichiatria radicale in Italia, 1961-1978*, Milano 2014, 282 ss., 292.

4. Immaginando, ora, le condizioni per poter agire per la soddisfazione di necessità oggettive e, soprattutto, in funzione diretta e lineare di scopi e principi del sistema giuridico in generale e giuridico-penale in particolare, sembra opportuno definire innanzitutto esigenze e strategie di riforma.
Trattandosi del sistema delle sanzioni penali, principi di riferimento e criteri di legittimità saranno, ovviamente, quelli classici del diritto penale, tra i quali, innanzitutto – date anche le relative ed esplicite previsioni costituzionali -, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, la funzione tendenzialmente rieducativa della pena (art.27 co.3 Cost.) e il principio di legalità di cui all'art.25 co.2 e 3 Cost..
In particolare, di quest'ultimo vanno considerate le declinazioni determinate dall'ambito privilegiato della applicazione e della esecuzione delle sanzioni penali: quindi principio di legalità soprattutto in quanto riserva di legge, predeterminazione e certezza.

4.1. La prima opzione di riforma è quella del perfezionamento delle soluzioni legislative già approvate con l'art.3-*ter* aggiunto al d.l. n.211/2011 con la legge di conversione n.9/2012 e con le sue successive e radicali modifiche.
Oggi, infatti, l'art.3-*ter* e le disposizioni del d.l. n.52/2014 ulteriori a quelle che lo integrano o modificano sono i principali riferimenti legislativi di una disciplina che, senza modificarne la lettera, comunque completa quella codicistica, rendendo finalmente possibile il definitivo superamento di quell'«*orrore indegno di un Paese appena civile*».
Nella prospettiva di una riforma da realizzare perfezionando il dato legislativo vigente sono decisivi i contributi dell'esperienza degli operatori di settore in fase di esecuzione e, ancor prima, del personale dell'amministrazione della giustizia in entrambe le fasi della cognizione e della esecuzione.
Anche sulla base delle loro segnalazioni, seppur negli ambiti ristretti degli addetti ai lavori e di una parte significativa della società civile, il dibattito per la riforma del testo originario dell'art.3-*ter* fu intenso e serrato: la disposizione approvata con la legge n.9/2012 in sede di conversione del d.l. n.211/2011 fu rivista sei volte in meno di due anni. Il risultato fu la definizione di una strategia per il «definitivo superamento» degli OPG che oggi è molto diversa da quella inizialmente approvata: il risultato, dopo tutte le riforme intervenute, fu ritenuto soddisfacente dalle parti sociali che le avevano promosse e sollecitate, pur nella piena consapevolezza di alcuni limiti che comunque emergono dall'analisi del dato positivo tuttora vigente.
Si tratta di criticità che, in molti casi, hanno trovato comunque un rimedio nelle prassi virtuose seguite dalle diverse agenzie territoriali necessariamente coinvolte nella gestione di singoli casi.
Resta, tuttavia, la considerazione secondo cui si tratta comunque della tutela di fondamentali diritti individuali - quali, primi fra tutti, i diritti alla salute (e, quindi, alla vita), alla dignità e alla libertà - e, per altro verso, di uno dei principali settori in cui la definizione di adeguate politiche sociali è necessaria ad adempiere i «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art.2 Cost.
Sarebbe, pertanto, quanto meno opportuna la definizione legale - ovvero in via generale ed astratta - di soluzioni uniformi per l'intero territorio nazionale e, soprattutto, non più affidate alle buone prassi e, quindi, alla buona volontà di operatori ed interpreti.

4.1.1. Destano perplessità, sotto questo profilo, innanzitutto le soluzioni legislative che non (anche) nella lettera delle disposizioni, ma solo di fatto si rivelano utili alla migliore gestione del

superamento, costituzionalmente necessario, della cultura manicomiale nel sistema sanzionatorio penale.
È esemplare, in questa prospettiva, la gestione del rischio di creare strutture neomanicomiali che aveva costantemente rappresentato anche uno dei principali obiettivi di tutta la lunga vicenda normativa della rigorosa, attenta e coerente, seppur tardiva, attuazione della legge n.180/1978[34].
In particolare, come già allora, si tratta soprattutto di evitare di riprodurre la principale caratteristica dei percorsi di istituzionalizzazione anche nelle nuove strategie per il recupero dell'infermo psichico autore di fatti preveduti dalla legge come reato[35]. Istituzionalizzazione, infatti, significa essenzialmente spersonalizzazione, indotta innanzitutto dal sovraffollamento: entrambi, anche in anni relativamente recenti, avevano drammaticamente caratterizzato gli OPG e il rischio che siano riprodotti anche nelle nuove strutture perviste all'art.3-*ter* appare altissimo se solo si considerano due elementi[36].
Da un lato, i dati disponibili sulla incidenza di patologie psichiatriche negli istituti penitenziari italiani riferiscono di problemi che, nelle stime meno allarmanti, affliggono 1/3 della popolazione carceraria[37]: se, ai sensi dell'art.148 c.p. tuttora vigente, si tratta di persone destinate al circuito psichiatrico-penitenziario, è evidente che ne deriverebbero necessariamente il relativo sovraffollamento e, quindi, la potenziale trasformazione in istituzioni totali[38].
Dall'altro e in una più ampia prospettiva, costituisce un'acquisizione ormai consolidata nel dibattito criminologico internazionale il dato della reciproca e piena fungibilità tra percorsi psichiatrici e percorsi penitenziari nella composizione di tassi complessivi di istituzionalizzazione sostanzialmente stabili nel medio e nel lungo periodo[39]: sembra reale, quindi, il rischio di trasformare una quota dei tassi di istituzionalizzazione penitenziaria in tassi di istituzionalizzazione psichiatrica.
Tuttavia, il fatto che finora non ci sia stato alcun sovraffollamento e quindi alcuna istituzionalizzazione delle nuove strutture per il superamento degli OPG non è l'esito di una inequivocabile prescrizione legislativa che, in via generale ed astratta e in modo vincolante per l'intero territorio nazionale, disponga in termini conformi a quelli già previsti all'art.2 co.2 lett.*g* l. n.833/1978 e ribadisca, pertanto, anche nel particolare ambito penitenziario il diritto ad usufruire

---

[34] Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *La esemplare vicenda della attuazione della legge n.180/1978, ovvero la ostinata persistenza della cultura manicomiale tra modelli storiografici e «logica del capitale»*, in *Crit. dir.* 2021, 54 ss.
[35] Il riferimento è alle note elaborazioni di E. Goffman, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza* (1961), Torino 1968, rist. 2001, 44 ss., *passim*.
[36] Sul punto, per tutti, D.S. Dell'Aquila, *La disciplina della follia. Dal manicomio criminale all'ospedale psichiatrico giudiziario: una breve ricostruzione*, in *Antigone* 2014, 59 ss., 57 ss. che riporta anche il significativo andamento della percentuale di internati in OPG rispetto al totale dei reclusi.
[37] In tal senso cfr. https://www.psichiatria.it/wp-content/uploads/2013/04/Ansa2.pdf (consultato il 16.6.2022)
[38] Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella c.d. "riforma Orlando"*, in *Diritto penale contemporaneo* 2017 (https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/SCHIAFFO_2017a.pdf - consultato il 16.6.2022), 12 s.
[39] Sotto questo profilo si confermerebbe ancora una volta l'ipotesi efficacemente rappresentata da Bernard Harcourt sulla base dei dati relativi ai flussi di istituzionalizzazione psichiatrica e carceraria negli USA tra il 1928 e il 2000: cfr. B. Harcourt, *From the asylum to the prison: rethinking the incarceration revolution*, in *Texas Law Review* 2006, 1751 ss., 1755 (in https://www.law.uchicago.edu/files/file/harcourt_institutionalization_final.pdf - consultato il 16.6.2022); Id., *Reducing mass incarceration: lessons from the deinsititutionalization of mental hospitals in the 1960s*, in *Ohio State Journal of Criminal Law* 2011, 53 ss., 58 (in https://www.law.uchicago.edu/files/file/harcourt_reducing_mass_incarcerations_osjcl_2011_journal_pages.pdf - consultato il 16.6.2022)

della organizzazione dei migliori servizi per «la tutela della salute mentale [...] in modo da eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione».
D'altra parte, il mancato sovraffollamento nelle nuove strutture previste dall'art.3-*ter* non è neppure l'esito di una dettagliata disciplina predisposta per garantire l'effettività di quel diritto, eventualmente con presidi anche sanzionatori per i responsabili delle relative ed eventuali violazioni.
Piuttosto il sovraffollamento è stato impossibile per due ragioni.
Per quanto concerne le singole strutture di cui al co.2 dell'art.3-*ter* del d.l. n.211/2011 è stato ed è tuttora decisivo per evitarne il sovraffollamento il limite massimo di 20 posti letto in ogni struttura che, tuttavia, non è previsto dalla legge, ma solo all'Allegato A del Decreto del Ministero della Salute del 1.10.2012.
In riferimento, invece, al numero complessivo dei pazienti psichiatrici autori di fatti preveduti dalla legge come reato e assegnati, pertanto, alle suddette strutture presenti nell'intero territorio nazionale, il relativo contenimento è stato possibile solo in ragione di scelte politiche assunte nei singoli ambiti regionali e, poi, coordinate in ambito nazionale secondo le procedure definite già nel testo originario del co.2 dell'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 introdotto con la legge di conversione n.9/2012 e poi di quello del co.6 dello stesso articolo modificato e integrato, da ultimo, con la legge n.81/2014: sono state innanzitutto le Regioni, infatti, a proporre il numero di REMS da istituire sul proprio territorio e a coordinarsi, poi, in sede di Conferenza Stato-Regioni in vista della decisione finale assunta con decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.
L'esito è stato, finora, un notevolissimo ridimensionamento del numero di persone che prima erano internate nei 6 OPG presenti sul territorio nazionale.
Si tratta, tuttavia, pur sempre di un procedimento politico-amministrativo e non legislativo.
Peraltro, il limitato numero – sia su scala nazionale che in ambito locale – di posti letti ha notoriamente esposto il sistema sanitario per la gestione dei percorsi post-OPG al continuo *stress* prodotto da un sistema giudiziario che, invece, ha chiesto e, anche dopo l'entrata in vigore della norma di cui all'art.32 d.l. n.17/2022, continua a chiederne molti di più.

4.1.2. L'effetto di entrambe le scelte – non legislative: sembra opportuno ribadirlo - relative alla capacità recettive delle singole residenze e al numero complessivo delle stesse è stata la emersione - di fatto! - della rigorosa necessità di un continuo e costante *turnover* nella gestione del limitato numero di posti disponibili nelle REMS.
Si tratta di una esigenza meramente organizzativa affidata ai consueti criteri di una gestione di tipo manageriale. Da essa, tuttavia, dipende tutto il funzionamento delle strategie legislative per il definitivo superamento degli OPG.
Dal punto di vista del paziente, infatti, essa diventa la garanzia di tempi ragionevoli di permanenza nelle strutture che, nell'ambito di un percorso terapeutico molto più articolato, hanno sostituto gli OPG nella definizione, in molti casi, della iniziale destinazione del malato psichiatrico autore di un fatto preveduto dalla legge come reato. Grazie alla necessità di un costante *turnover* nella assegnazione dei posti letto disponibili nelle REMS, in tempi relativamente rapidi il paziente è immesso in percorsi terapeutici non discriminatori, ovvero identici a quelli che, in attuazione della legge n.180/1978, sono riservati ai liberi cittadini: dato il primario valore riconosciuto al diritto alla vita e, quindi, alla salute, non c'è alcuna ragione perché, in ambito penitenziario, le patologie psichiatriche siano trattate in modo discriminatorio e, per questo, secondo criteri non conformi a quelli utilizzati per la gestione, nello stesso ambito, di qualsiasi altra patologia.

Si tratta, tuttavia, dell'esito di scelte di tipo gestionale ed organizzativo. I risultati, finora, sono stati evidenti ed encomiabili, soprattutto in ragione del decisivo impegno profuso dagli operatori di settore[40].
Nella prospettiva dei fondamentali principi del sistema giuridico-penale, tuttavia, appare grave e desta fortissime perplessità la costatazione che gli stessi risultati non siano l'esito di esplicite opzioni legali poste innanzitutto a tutela del paziente nonché valide in termini di assoluta uguaglianza nell'intero territorio nazionale e, poi, rese effettive da una adeguata disciplina legislativa extrapenale.
Peraltro, *sic stantibus rebus*, è preoccupante la considerazione secondo cui nulla garantisce per il futuro la stabilità dei risultati conseguiti finora perché si stratta di scelte assunte in forme e luoghi diversi da quelli in cui vengono approvate le leggi dello Stato.
In una rigorosa prospettiva giuridico-penale è essenzialmente questo il problema.
Pertanto, se si ritiene di condividere una prospettiva di riforma limitata al miglioramento della legislazione per il superamento degli OPG, sarebbe il caso di rivederla in funzione della imprescindibile ed inequivocabile affermazione legale (*sic*!) di diritti fondamentali riferiti a beni quali la salute – e, quindi, la vita -, la dignità e la libertà del paziente psichiatrico autore di fatti preveduti dalla legge come reato.

4.1.3. Ma, nella stessa prospettiva di ulteriori modifiche limitate al perfezionamento della disciplina legislativa già approvata e tuttora in vigore per il definitivo superamento degli OPG, emergono utili margini di miglioramento anche in riferimento ad altri aspetti che, ben oltre la necessità del *turnover* nell'assegnazione dei posti disponibili, incidono sui tempi di permanenza nelle nuove strutture residenziali.
La disposizione di cui al co.1-*ter* aggiunto all'art.1 del d.l. n.52/2014 con la relativa legge di conversione n.81/2014 prevede, molto opportunamente, tempi certi e rapidi per la definizione dei percorsi di dimissione degli internati. In particolare, si dispone che «i percorsi terapeutici-riabilitativi individuali» - che erano stati sostanzialmente ignorati o, comunque, erano assolutamente marginali nelle strategie di superamento previste nel testo originario dell'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 - «devono essere obbligatoriamente predisposti e inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria entro 45 giorni».
È chiaro, tuttavia, che la disposizione fa riferimento ad una condizione assolutamente occasionale e, peraltro, storicamente irripetibile.
Infatti, ai sensi dello stesso art.1 co.1-*ter* d.l. n.52/2014, la decorrenza del termine è stabilita «dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»: si tratta, quindi, esclusivamente del percorso di «dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari» alla stessa data.
Sarebbe stato opportuno, invece, stabilire in via generale ed astratta un obbligo analogo in riferimento a tutte le persone a cui, anche dopo l'approvazione della legge n.81/2014, sarebbero state applicate le misure di sicurezza di cui agli artt.219 e 222 c.p.. In questa prospettiva andrebbe anche considerato che, in riferimento ad una fase diversa da quella di prima implementazione di un sistema del tutto nuovo, sarebbe stato auspicabile se non addirittura doveroso stabilire un termine molto più breve di 45 giorni.
Sotto questo profilo emerge una lacuna nella legislazione statale la cui anomalia è tanto evidente che una disposizione analoga, ma non limitata ad una fase particolare ed irripetibile nella implementazione delle strategie per il superamento degli OPG ricorre in alcune normative

[40] Cfr. *supra* par.1.3.

regionali laddove esplicitamente si decide di «ascrivere alla responsabilità del Direttore Generale dell'Azienda di riferimento il raggiungimento degli obiettivi di [...] assicurare la predisposizione e l'invio all'Autorità Giudiziaria competente [...] dei progetti terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione per tutte le persone di competenza presenti negli attuali OPG e delle realizzande Strutture residenziali per le misure di sicurezza (REMS) ed entro 30 giorni dal loro ingresso nelle predette strutture»[41].

4.2. In riferimento alla durata delle misure di sicurezza per il paziente psichiatrico autore di un fatto preveduto dalla legge come reato, appare significativa anche la scelta più generica – e, quindi, più impegnativa e rilevante - di porre un limite massimo alla durata di tutte le misure detentive di sicurezza.
Dopo 84 anni ne sono risultate sostanzialmente integrate le disposizioni di cui agli artt.207 e 208 c.p. che pertanto, seppur ancora in vigore senza alcuna formale modifica, non rappresentano più in termini esclusivi la disciplina complessiva della durata delle misure personali di sicurezza.
Ad essi si affianca, oggi, la disposizione di cui al co.1-*quater* aggiunto all'art.1 del d.l. n.52/2014 con la legge di conversione n.81/2014 che stabilisce che «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima» e che è escluso un limite analogo «per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».
L'esito - assolutamente condivisibile, opportuno e doveroso – è rappresentato dalla fine dei cosiddetti "ergastoli bianchi" ovvero della esecuzione potenzialmente infinita (e, in molti casi, realmente e smisuratamente eccessiva) delle misure di scurezza detentive che, in modo esemplare, ha riguardato soprattutto il ricovero in OPG.
La disposizione, tuttavia, appare per molti aspetti discutibile.

4.2.1. Un primo profilo di criticità riguarda, per diverse ragioni, la disposizione di cui all'art.1 co.1-quater d.l. n.52/2014 laddove è inequivocabilmente ed espressamente previsto tra «le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive» anche il «ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza»[42].
Più propriamente, infatti, quest'ultimo è solo una delle possibili modalità di esecuzione della fase immediatamente successiva alla applicazione delle misure di sicurezza tuttora previste e applicate ai sensi degli artt.219 e 222 c.p. (art.3-*ter* co.2 d.l. n.211/2011).
Ma soprattutto, in ragione del riferimento al ricovero nelle REMS, la disposizione di cui al co.1-*quater* dell'art.1 d.l. n.52/2014 rappresenta una palese contraddizione interna allo stesso sistema delle strategie per il superamento degli OPG: si prevede, infatti, un limite massimo di durata del ricovero che nella maggior parte dei casi sarebbe molto superiore agli attuali tempi medi di reale permanenza in REMS, determinati dalla necessità del *turnover*.

---

[41] Così Regione Campania - Commissario ad acta per la prosecuzione del piano di rientro del settore sanitario, Decreto n.104 del 30.9.2014 per l'«Adeguamento del Programma per il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari della Regione Campania», in B.U.R.C. (Bollettino Ufficiale della Regione Campania) n.69 del 6.10.2014, punto 5.3. del decretato.

[42] Lo stesso equivoco sembra affiorare anche in Corte costituzionale, sentenza 27 gennaio 2022 n.22, cit., laddove, per esempio, espressamente si attribuisce all'«*assegnazione in una REMS*» la «*natura "ancipite" di misura di sicurezza a spiccato contenuto terapeutico*» (punto 5.3 del "Considerato in diritto") oppure laddove, in termini ancora più evidenti, si afferma che, «*in quanto misura di sicurezza, l'assegnazione alla REMS*» ha comunque una specifica «*ragion d'essere*» (punto 5.2. del "Considerato in diritto").

Sotto questo profilo, quindi, la disposizione sembra postulare e, dunque, collocarsi nella vecchia disciplina della esecuzione della misura di sicurezza del ricovero in OPG. In termini ancora più preoccupanti, una ipotesi alternativa la collocherebbe, altrimenti, in un contesto caratterizzato dalla possibilità di permanenze nelle REMS molto più lunghe di quelle attuali: sarebbe, tuttavia, una ipotesi a dir poco preoccupante perché, per le ragioni già esposte che fondano la necessità del *turnover*, ne deriverebbe necessariamente l'insufficienza dei posti attualmente disponibili in REMS e, quindi, il sostanziale e complessivo fallimento delle strategie legislative per il definitivo superamento degli OPG.

4.2.2. Ma, per una attenta considerazione della disciplina di cui all'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 e, quindi, della probabile e regolare evoluzione della vicenda giudiziaria delle persone a cui oggi sono applicate le cosiddette misure di sicurezza psichiatriche, emergono ulteriori profili di criticità della disposizione di cui all'attuale co.1-*quater* dell'art.1 d.l. n.52/2014.
Nella prospettiva esclusivamente deontologica che è tipica della tradizione rigorosamente formalistica delle analisi dei testi legislativi appare, allora, discutibile ed inopportuno innanzitutto il riferimento alla pena in astratto per la definizione del limite massimo di durata delle misure di sicurezza detentive.
In quella prospettiva, infatti, appare in primo luogo del tutto casuale - ovvero privo di un plausibile fondamento razionale - il riferimento alla pena, posto che, nel sistema codicistico, dovrebbe trattarsi di soluzioni sanzionatorie con presupposti e funzioni assolutamente differenti.
Dato quel sistema, il «fatto preveduto dalla legge come reato» necessario ma non sufficiente all'applicazione di una misura di sicurezza è solo uno degli elementi costitutivi del reato che, invece, è necessario e sufficiente all'applicazione della pena e, pertanto, ne fonda già in astratto la comminatoria edittale senza alcuna considerazione di particolari valutazioni di pericolosità sociale.
Prevedere gli stessi limiti per sanzioni che corrispondono a situazioni descritte in termini essenzialmente diversi appare come una palese incongruenza nella prospettiva necessariamente logica di un sistema.
Sotto il profilo sostanziale, invece, ne derivano ulteriori e maggiori difficoltà a tentare una reciproca definizione delle due tipologie di sanzioni: torna, quindi, il rischio di una intollerabile violazione del *ne bis in idem* sostanziale, i due binari tornano ancora una volta a sovrapporsi ed emerge di nuovo e con maggiore urgenza la necessità di una prospettiva di riforma che non sia 'al ribasso' in quanto limitata al miglioramento della legislazione per il superamento degli OPG.
Ma non si tratta soltanto del rinvio ad una sanzione che si sarebbe voluta diversa.
Piuttosto, nella stessa prospettiva della riforma 'al ribasso' qui perseguita, la soluzione adottata desta perplessità, in secondo luogo, anche in ragione del fatto che, per la definizione della durata massima della esecuzione della misura di sicurezza applicata nel caso concreto all'autore di un fatto preveduto dalla legge come reato, sia stato indicato non il criterio della commisurazione della pena in concreto, ma quello in astratto della relativa comminatoria edittale.
Infatti, soprattutto se riferita all'indice del massimo rigore sanzionatorio, qualsiasi astrazione risulta inopportuna nel contesto di una disciplina penitenziaria che in via di principio, ai sensi dell'art.1 co.2 legge n.354/1975, è espressamente orientata, invece, alla «individualizzazione» del trattamento.
A maggior ragione appare inopportuno il generale e astratto riferimento al massimo edittale nel caso delle misure di sicurezza per le quali l'esigenza della individualizzazione del trattamento si rinnova ad ogni riesame della pericolosità sociale che ne determina la proroga o la revoca sulla base di considerazioni estremamente specifiche e concrete: tali sono le valutazioni previste agli

artt.203 e 133 c.p. e dettagliatamente disciplinate nelle procedure di cui, tra gli altri, agli artt.71-*bis* e 72 l. n.354/1975 e agli artt.20, 27 e 28 d.P.R. n.230/2000, laddove sono definiti ruolo e funzioni del gruppo di osservazione e trattamento allargato al servizio sanitario (G.O.T.a.).
In terzo ed ultimo luogo, la stessa incongruenza tra astratte comminatorie edittali ed esigenze di individualizzazione del trattamento fa apparire anomala e contraddittoria anche la assenza di un limite nel caso in cui la pena edittale sia l'ergastolo ovvero l'assenza di un limite alla durata della misura di sicurezza quando manca un limite anche alla durata della pena.
In ragione delle ultime due considerazioni precedenti, una soluzione diversa e comunque corrispondente alla necessità di un criterio certo ed univoco sarebbe stata, invece, almeno il riferimento ad una concretizzazione, seppur limitata ad alcuni degli indici dell'art.133 c.p. o, altrimenti, alle evidenze processuali disponibili al momento della decisione sulla applicazione della misura di sicurezza.
Peraltro, in questa prospettiva, sarebbe stato scongiurato almeno uno degli esiti più discutibili della soluzione attuale, rappresentato da quell'orientamento che appare già chiaramente definito nella prassi e che è favorevole a prolungare comunque la durata delle misure di sicurezza fino al massimo edittale della pena prevista per il «fatto preveduto dalla legge come reato».

4.2.3. Un ulteriore margine di miglioramento della disciplina vigente che ha introdotto un limite massimo di durata della esecuzione delle misure di sicurezza riguarda la esclusione dalla stessa disciplina delle misure di sicurezza non detentive: si tratta, infatti, di una scelta che appare incongruente con l'ultima revisione del testo dell'art.3-*ter* realizzata con la legge n.81/2014.
Come è noto, essa ripete sostanzialmente le parole usate dalla Corte costituzionale quando, con la sentenza n.253/2003, ha affermato il principio secondo cui è legittimo il ricovero in OPG solo in via di *extrema ratio*. Oggi, ai sensi del co.4 dell'art.3-*ter* d.l. n.211/2011 «il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o, rispettivamente, in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale».
Come è noto, in quella sentenza la Corte costituzionale assimilò sotto il profilo funzionale il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario di cui all'art.222 c.p. alla libertà vigilata di cui all'art.228 c.p.. In particolare, la Corte indicò espressamente, in luogo del ricovero in OPG, l'applicazione della libertà vigilata «*accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice [...] anche con valenza terapeutica*». La prassi, peraltro, dimostra che, spesso, l'iniziale applicazione della misura di sicurezza di cui all'art.222 c.p. sia convertita in libertà vigilata a tutti gli effetti ovvero non soltanto in ragione della consueta concessione della licenza di cui all'art.53 l. n.354/1975.
Si tratta di una misura non detentiva che, tuttavia, è funzionalmente idonea anche al trattamento del paziente psichiatrico ritenuto socialmente pericoloso e autore di un fatto preveduto dalla legge come reato solo nella misura in cui si concretizza in modalità di esecuzione che potrebbero avere un effetto stigmatizzante del tutto analogo a quello della misura di cui al'art.222 c.p.
Sarebbe uno stigma che, ad ogni periodico adempimento delle prescrizioni date dal giudice, rischia di rinnovarsi non solo nella percezione sociale, ma, pure in ragione di questa, anche e soprattutto nella strutturazione della identità personale del destinatario della misura[43].

[43] Si tratta dei percorsi per la costruzione dell'identità personale nella prospettiva dell'interazionismo simbolico notoriamente attributi, in ambito criminologico, soprattutto a E. Lemert, *Devianza, problemi sociali e forme di*

Nella prospettiva delle misure di sicurezza del paziente psichiatrico autore di un fatto preveduto dalla legge come reato è soprattutto per questa ragione che appare inopportuna la esclusione delle misure non detentive dalla previsione del limite massimo di durata di cui all'art.1 co.1-*quater* d.l. n.52/2014.

4.2.4. Ma nella prospettiva di una opportuna - se non costituzionalmente necessaria - definizione di un limite di durata massima delle misure di sicurezza, appare quanto meno discutibile la equiparazione che, invece, risulta stabilita tra misure di sicurezza definitive e provvisorie: per entrambe è previsto, infatti, un unico e medesimo limite di durata massima.
La soluzione appare incongruente e contraddittoria sotto due profili.
Innanzitutto va considerato che sono diversi già nella previsione legale i presupposti per l'una o l'altra tipologia di applicazione di misure di sicurezza. In particolare si tratta di una differenza che, tra i presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza, riguarda l'elemento oggettivo ovvero l'unico caratterizzato dalla necessità di una concreta consistenza probatoria. Essa, tuttavia, si affievolisce notevolmente nel caso di misure provvisorie: ai sensi dell'art.312 c.p.p., infatti, si dispone l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza «quando sussistono gravi indizi di commissione del fatto».
Quindi non occorrono prove, ma «gravi indizi» in termini del tutto identici a quanto richiesto, in riferimento alla colpevolezza, dall'art.273 co.1 c.p.p. per l'applicazione delle misure cautelari personali.
Proprio sotto questo aspetto, peraltro, emerge il secondo profilo di incongruenza della scelta di stabilire un unico limite di durata massima, comune alle ipotesi di applicazione provvisoria e di applicazione definitiva delle misure detentive di sicurezza.
Infatti, una similitudine con la disciplina delle misure cautelari personali non emerge soltanto in ragione del comune riferimento alla necessità di «gravi indizi», ma anche in ragione della scelta di collocare la disciplina processualistica della «applicazione provvisoria di misure di sicurezza» nel capo VII del titolo I del libro III del codice procedura penale che è dedicato alle «misure cautelari personali». Ma al di là della collocazione della disciplina della applicazione provvisoria di misure di sicurezza, appaiono decisivi, sotto questo profilo, gli espliciti rinvii alla disciplina delle misure cautelari previsti nelle disposizioni di cui agli artt.312 e 313 c.p.p..
Ebbene, nonostante i puntuali rinvii previsti agli artt.312 e 313 c.p.p., la similitudine tra misure cautelari personali e applicazione provvisoria di misure di sicurezza viene clamorosamente meno quando si tratta di definire i rispettivi limiti massimi di durata: è noto, infatti, che, seppur riferita anch'essa alla gravità del reato per il quale si procede, ai sensi dell'art.303 co.4 c.p.p. la durata massima di una misura cautelare personale comunque è molto inferiore al massimo edittale per esso previsto.
Invece, ai sensi dell'art.1 co.1-*quater* del d.l. n.52/2014, il limite della durata massima dell'applicazione provvisoria della misura di sicurezza è uguale a quello della durata massima della loro applicazione definitiva.

5. Tra i profili di criticità fin qui evidenziati, quelli della disposizione di cui all'art.1 co.1-*quater* d.l. n.52/2014 sulla durata massima delle misure di sicurezza detentive appaiono particolarmente significativi per definire esigenze e strategie di riforma in materia di misure personali di sicurezza.

---

controllo (1967, II ed. 1972), Milano 1981, 88 e G.H. Mead, *Mente, sé e società* (1934), trad. it. di R. Tettucci, Firenze 2010, 113 ss., *passim*.

Sotto questo profilo, infatti, la riforma sembra aver riproposto, dopo 84 anni, una criticità originaria e tuttora persistente della disciplina codicistica delle misure personali di sicurezza.
In particolare, la scelta di non porre un limite alla durata della misura detentiva di sicurezza quando è illimitata anche la pena e quella di indicare, altrimenti, nel massimo edittale della pena il criterio per determinare il limite massimo di durata della misura sembrano confermare una sovrapposizione tra pene e misure di sicurezza che caratterizzava già la disciplina originaria del codice penale[44].
Di quella originaria sovrapposizione sono un esempio i criteri per la valutazione della pericolosità sociale che l'art.203 co.2 c.p. definisce rinviando agli stessi criteri per la commisurazione della pena di cui all'art.133 c.p.. E nella stessa prospettiva si colloca, forse, anche il comprensibile, ma maldestro e ingiustificabile tentativo di evitarne l'imbarazzo ricorrendo alla definizione di misure «amministrative» di sicurezza che ben presto, data la acquisita consapevolezza della natura sostanzialmente penale delle misure di sicurezza, è rimasta solo nella lettera della rubrica del titolo VIII del libro I del codice penale[45].
Se queste sono le premesse, la prospettiva di una riforma potrebbe, allora, cambiare radicalmente: il problema potrebbe non riguardare più solo le misure di sicurezza di cui agli artt.219 e 222 c.p., ma coinvolgere l'intero sistema del doppio binario[46].

6. Il problema fondamentale della disciplina codicistica delle misure personali di sicurezza appare evidente in funzione di un rigoroso rispetto del principio di legalità che è indispensabile per la funzione essenziale del diritto penale: solo una legge precisa, determinata e tassativa consente la inequivocabile definizione di spazi sicuri per un sereno esercizio di libertà.
In particolare, il problema fondamentale della disciplina codicistica delle misure personali di sicurezza emerge nei presupposti, generali o specifici, della relativa applicazione.
La prassi applicativa delle misure personali di sicurezza dimostra, infatti, innanzitutto una fortissima incidenza statistica della loro applicazione provvisoria che, peraltro, tuttora è, per intensità e durata massima, assolutamente identica a quella definitiva. Per l'applicazione provvisoria di una misura di sicurezza, tuttavia, la necessità di un «fatto preveduto dalla legge come reato» affermata all'art.202 co.1 c.p. diventa la sufficienza di «gravi indizi di commissione del fatto» prevista all'art.312 c.p.p.[47].

---

[44] Sulle ragioni del rischio di sovrapposizione tra pene e misure di sicurezza cfr., da ultima, le efficaci considerazioni di F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive di indagine nel sistema penale integrato*, Napoli 2020, 131 ss.
[45] Sul punto, per tutti, E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano 1978, 175 in riferimento alla inequivocabile posizione assunta già nel 1960 dalla Corte di Cassazione; da ultimo, relativamente al dibattito recente sulla 'materia penale' cfr., da ultimo, A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale* 4/2022 (https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1649838964_cavaliere-2022a-vite-migranti-diritto-punitivo.pdf - consultato il 16.6.2022), 34 ss., 66 ss. con ampi riferimenti ad ulteriore dottrina.
[46] Sul punto cfr. A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino 1997, 70 s.. Restano un riferimento fondamentale, in proposito, l'ampio e dettagliato contributo nonché la proposta di un «*doppio binario "minimo"*» limitato ai non imputabili di M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 315 ss., *passim*; anche in ragione di una essenziale valutazione critica dei relativi fondamenti teorico-generali con particolare riferimento all'assunto della (non) imputabilità (v. *infra* nota 52), tuttavia, appare condivisibile la proposta di un radicale superamento del doppio binario rappresentata in occasione del IX Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale su "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma" (Roma, 19-20 novembre 2021) da S. Moccia, *Ancora e sempre contro il doppio binario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, 451 ss. e da A. Cavaliere, *Misure di sicurezza e doppio binario. Considerazioni introduttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, 343 ss.
[47] Sul punto cfr. *infra* par.7.

Per quanto concerne, invece, il presupposto soggettivo per l'applicazione delle misure personali di sicurezza, la prassi per l'accertamento della pericolosità sociale potrebbe essere assunta come una esemplare occasione per rappresentare quelle che, nella prospettiva delle implicazioni probatorie della integrazione tra scienza giuridico-penale e scienze empiriche, sono state definite le «*sottigliezze empiriche*» del sistema penale[48].
Si tratta di quei «*punti in cui la "crosta" normativa del sistema penale è così "sottile" da potersi "rompere" in qualsiasi momento o, comunque, da far presentire l'esistenza di sorgenti e giacimenti da cui in qualsiasi momento potrebbero esplodere zampilli di esperienza capaci di inondare e vivificare le costruzioni concettuali edificate dal giurista*»[49]: l'esito più frequente, in casi del genere, è il ricorso alla perizia come mezzo di prova.
In materia penale, peraltro, nella necessità di radicare nella realtà le elaborazioni giuridiche, dommatiche e legislative (oltre che la loro applicazione) si risolve la stessa definizione ampiamente condivisa del principio di materialità e, quindi, del nostro sistema in termini di "diritto penale del fatto", costituzionalmente fondato sull'esplicito riferimento al «fatto» di cui all'art.25 co.2 Cost.[50].
L'alternativa sarebbe, altrimenti, quella delle note e tragiche esperienze storiche del diritto penale della volontà, delle intenzioni e dell'atteggiamento interiore.
Il problema che pone la pericolosità sociale in quanto "sottigliezza empirica" del sistema penale è rappresentato, piuttosto, dalla considerazione secondo cui, nel caso particolare, oltre quella "trasparenza" potrebbe non esserci alcun «*giacimento*»: nessuna esperienza, quindi, "zampillerebbe" fuori per "inondare" le costruzioni concettuali che sono state elaborate dal giurista sulla base delle disposizioni legali[51].

6.1. Lo stesso problema sembra ritornare, peraltro, anche nelle definizioni e nelle prassi dell'accertamento di alcuni dei requisiti specifici di talune misure di sicurezza.
In questa prospettiva, proprio la assoluta mancanza di un affidabile fondamento empirico potrebbe essere la ragione della esclusione, ai sensi dell'art.220 co.2 c.p.p., della possibilità di un accertamento tramite perizia delle condizioni per la dichiarazione di delinquente per tendenza fondata sulla valutazione, da parte del giudice, della «malvagità» dell'imputato (art.108 c.p.). Come è noto, da essa e dalle altre ipotesi di pericolosità sociale qualificata deriva l'applicazione di un particolare regime della assegnazione ad una colonia agricola o casa di lavoro (art.217 co.2 c.p.): della tendenza a delinquere, tuttavia, manca non solo un affidabile fondamento empirico ma anche una precisa definizione legislativa.
Nel dibattito penalistico internazionale, invece, anche in ragione di un analogo problema di certezza è stata messa in discussione, ormai già da qualche decennio, la non imputabilità che, solitamente accertata con perizia, rappresenta il presupposto specifico per l'applicazione delle misure di sicurezza destinate, tra gli altri, a minori o pazienti psichiatrici[52].

---

[48] Sul punto, G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2000, 101 ss.
[49] G. Forti, *L'immane concretezza*, cit., 103.
[50] F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino 1973, 7 ss., 82 s.
[51] Sul punto v. *infra* par.8.
[52] Sul superamento del concetto di non imputabilità, nella prospettiva di una rielaborazione di fondamentali assetti della teoria generale del reato, cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 88 ss., 92 s.

Anche sulla scorta delle posizioni emerse e ormai diffusamente condivise nella scienza psichiatrica si discute, in particolare, dell'esistenza di un fondamento scientifico condivisibile che, in sede di perizia, possa essere utile all'accertamento della incapacità di intendere e di volere[53].
Nella giurisprudenza, invece, è esemplare di un analogo disorientamento anche la vicenda della recente, ma occasionale rilevanza riconosciuta a valutazioni peritali fondate sulle acquisizioni deducibili dalle neuroscienze[54]: la speranza di una svolta verso strumenti e criteri di accertamento più affidabili appare ormai notevolmente affievolita, date altre applicazioni giurisprudenziali riconducibili, in un caso, anche alla stessa autorità giudiziaria[55].
Sotto il profilo legislativo, invece, la manifestazione più evidente della possibilità di un analogo ripensamento che è condiviso ormai da decenni anche in ambiti politico-istituzionali sempre meno limitati, è rappresentato da una proposta di legge che, dopo lo storico e «definitivo superamento» degli OPG, è stata recentemente depositata alla Camera[56] e che, in parte, ne ripete altre simili, già presentate nel 1983[57] e nel 1996[58].
Infine, la stessa Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale istituita dal Senato il 30 luglio 2008, dedica alla «*abolizione dell'istituto della*

---

[53] Sul punto cfr. P. Pellegrini, *Liberarsi dalla necessità degli ospedali psichiatrici giudiziari. Quasi un manuale*, Merano 2017, 63, 84, *passim*, nonchè Aa.Vv., *Il muro dell'imputabilità. Dopo la chiusura dell'Opg, una scelta radicale*, a cura di F. Corleone, Fiesole 2019, *passim*; più di recente, rappresentando le posizioni di parte significativa ed autorevole della scienza psichiatrica, in occasione del IX Convegno nazionale dell'Associazione Italiana del Professori di Diritto Penale (Roma, 19-20 novembre 2021) e in specifico ed esplicito riferimento al fondamento ontologico delle categorie penalistiche, ha ritenuto «*che tutte le previsione del codice penale e del codice di procedura penale che abbiano a che fare con la pericolosità sociale, con la totale inimputabilità e con la totale incapacità di intendere e di volere vadano superate*» F. Rotelli, *Doppio binario, imputabilità e trattamento delle persone con problemi di salute mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, 367. In una prospettiva giuridica, la necessità di una riforma in materia di imputabilità è esaustivamente argomentata da S. D'Amato, *La responsabilità penale 'diseguale'. Contributo ad una riflessione in materia di imputabilità*, Napoli 2020, 91 ss., *passim*; alle posizioni critiche sulla sostenibilità e sulla rilevanza giuridica del concetto di imputabilità precedentemente espresse in altri contributi della stessa Autrice, rinvia anche G. Dodaro, *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale 'soggetto di diritto penale'*, in *Diritto & questioni pubbliche* 2020 (http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2020_n20-1/DQ-XX-2020-1_05_mono_Dodaro.pdf - consultato il 16.6.2022), 63 ss., 72 ss. che, nell'ambito di una sintetica ed esaustiva ricostruzione del dibattito dottrinale e anche sulla base delle posizioni emerse ormai da tempo nella scienza psichiatrica, ritiene che «*il modello di responsabilità penale diseguale per soggetti vulnerabili risulta ormai obsoleto*», che, pertanto, «*l'esclusione di punibilità non appare più giustificata*» (*op. cit.*, 74) e che, posto che comunque «*non vi sarebbero ragioni sufficienti per eliminare l'imputabilità*», propone di risolverla in «*un requisito di idoneità a porre in essere atti giuridicamente rilevanti*» anche se «*non si tratterebbe, tuttavia, di un requisito essenziale ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale*» (*op. cit.*, 79).

[54] Sui disorientamenti che il contributo delle (neuro)scienze può indurre nei discorsi giuridico-penali cfr., pur nella esemplificazione di esiti comunque discutibili, l'ampia ed equilibrata prospettiva proposta da O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino 2019, 3 ss., 33 ss.

[55] Corte d'assise d'appello Trieste, sentenza 1 ottobre 2009 n.5; GIP Tribunale di Como, sentenza 20 maggio 2011 n.536. Meno nota e diversamente orientata è la sentenza pronunciata da Corte d'assise d'appello Trieste, sentenza 2 luglio 2012, n.5 (inedita): sul punto cfr. S. D'Amato, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *Crit. dir.* 2014, 276 ss., 286 ss.

[56] Cfr. Camera dei deputati – XVIII Legislatura, Proposta di legge n.2939, in http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2939.18PDL0135380.pdf (consultato il 16.6.2022).

[57] Cfr. Senato della Repubblica – IX Legislatura, Disegno di legge n.177, in https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/281882.pdf (consultato il 16.6.2022)

[58] Cfr. Camera dei deputati – XIII Legislatura, Proposta di legge n.151, in http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/0151.pdf (consultato il 16.6.2022)

non imputabilità» il paragrafo 4 della lettera D della "Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari" approvata il 20 luglio 2011[59].

7. Per quanto concerne il requisito oggettivo della applicabilità delle misure di sicurezza all'imputato socialmente pericoloso e incapace di intendere e di volere che è anche in condizioni di reversibile incapacità di partecipare coscientemente al processo, ai sensi degli artt.72, 312 e 313 c.p.p. il giudice, sulla semplice base di «gravi indizi di commissione del fatto» (art.312 c.p.p.), può ordinarne l'applicazione provvisoria.
Si tratta di ipotesi che sono state e tuttora sono statisticamente molto rilevanti. Tuttavia, fino alla legge n.81/2014, anche l'applicazione provvisoria avrebbe avuto una durata illimitata come quella definitiva. Ed anche oggi, ai sensi dell'art.1 co.1-*quater* d.l. n.52/2014, i due regimi di applicazione della misura restano identici quanto alla durata massima che è indicata comunque nel massimo edittale previsto per la pena[60].
Dunque, in specifico riferimento alla ipotesi di applicazione provvisoria - che, comunque, è identica per intensità e durata a quella definitiva -, data la condizione di reversibile incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo non sarebbero necessarie prove, ma semplicemente «gravi indizi» della realizzazione di un fatto preveduto dalla legge come reato.
Nel caso in cui, invece, l'incapacità di partecipare coscientemente al processo è considerata irreversibile, ai sensi dell'ultima parte dell'art.72-*bis* c.p.p. aggiunto con l'art.1 co.22 l. n.103/2017, l'applicazione della misura di sicurezza potrebbe diventare formalmente definitiva.
Ciò accadrebbe, tuttavia, comunque all'esito di attività di accertamento processuale che sono state limitate dalla particolare condizione di incapacità dell'imputato e a cui, in ogni caso, egli non ha partecipato coscientemente.
In entrambi i casi, dunque, risulta indebolita, nella disciplina complessiva dell'applicazione delle misure di sicurezza, la funzione attribuita al requisito del «fatto preveduto dalla legge come reato» in quanto unico baluardo dei fondamentali criteri di legittimità del diritto penale rappresentati dai principi di certezza e determinatezza nella definizione di sicuri spazi di libertà.
Non sembra, infatti, che una analoga funzione possa essere svolta dall'altro requisito della pericolosità sociale.

8. La disciplina della valutazione della pericolosità sociale è caratterizzata da un esemplare *deficit* di precisione, determinatezza e, quindi, di certezza[61].

---

[59] Cfr. Senato della Repubblica – XVI legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale, cit., 10, dove testualmente si afferma: «*La Commissione ritiene peraltro che le modificazioni dianzi auspicate debbano costituire soltanto il primo passo – da muovere quanto prima, anche con il ricorso a strumenti legislativi di urgenza – verso la successiva abolizione dell'istituto della non imputabilità. Trattandosi di un intervento che inciderebbe sino alle radici l'impostazione del codice penale attualmente vigente, non si può in questa sede che evocarlo, senza comunque rinunciare ad indicarlo quale approdo necessario*».
[60] V. *supra* par.4.2.
[61] Sul punto, per tutti, A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 70, *passim* e M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 110 ss., che, pur accreditando «*risultati di maggiore attendibilità*» delle «*ricerche sulla prognosi delle condotte umane*» (p.113), comunque sottolinea la «*eccessiva genericità, in contrasto con l'art.25 cpv. Cost., della nozione di pericolosità accolta all'art.203 c.p., che non riesce ad esprimere una valutazione attendibile*» (p.115); più recenti sono i contributi di A. Martini, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino 2017, 13 ss., 76 ss. e di F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., 125 ss., 149 ss. che pure segue un orientamento parzialmente diverso in riferimento alla situazione attuale del dibattito scientifico.

Come è noto, ai sensi dell'art.202 co.1 c.p. e dell'art.31 co.2 legge n.663/1986 e date le eccezioni delle cosiddette ipotesi di "quasi reato" previste all'art.202 co.2 c.p., la pericolosità sociale è l'unico presupposto sempre necessario per l'applicazione delle misure personali di sicurezza, in via provvisoria o definitiva.
Inoltre, ai sensi dell'art.207 co.1 c.p., essa è anche l'unico presupposto ad essere sempre sufficiente alla proroga della loro esecuzione.
Per la realizzazione del presupposto soggettivo per l'applicazione e l'esecuzione delle misure personali di sicurezza è sufficiente, dunque, la consistenza probatoria di una "sottigliezza empirica" che, tuttavia, appare esemplare non solo per lo spessore minimo del dato normativo, ma anche per quello altrettanto minimo del relativo contributo che, in sede di accertamento processuale, potrebbero dare le scienze empiriche.
Non esiste, infatti, una scienza della pericolosità sociale e, comunque, non sono disponibili acquisizioni scientifiche per la valutazione della pericolosità sociale che siano sufficientemente consolidate da poter essere legittimamente utilizzate in ambito penalistico per decidere una grave limitazione della libertà personale[62].
Più precisamente si tratta, tuttavia, di un *deficit* di certezza che caratterizza non solo il presupposto imprescindibile per l'applicazione delle misure di scurezza, ma anche quello che è necessario e sufficiente a determinare la proroga della loro esecuzione.
Se è così, ne risultano compromessi, allora, non solo i requisiti necessari di un diritto penale utile alla definizione sicura dello spazio per un sereno esercizio delle libertà dei cittadini, ma anche le specifiche funzioni e lo scopo stesso delle misure di sicurezza: infatti, se ne è indefinito il presupposto, non potrà mai dirsene raggiunto l'obiettivo.
L'intera vicenda dell'applicazione delle misure di sicurezza resta esposta, quindi, ad un altissimo rischio di arbitrio giudiziale.
D'altra parte l'irrimediabile inconsistenza del fondamento scientifico della pericolosità sociale sembra aver orientato anche la scelta del legislatore del 1930 di non rimetterne la valutazione alla libera competenza di un perito.
La relativa disciplina, infatti, sembra determinata soprattutto dalla preoccupazione di definirne autonomamente e normativamente i criteri nell'ambito di disposizioni che sono dirette innanzitutto al giudice e che, comunque, sarebbero vincolanti anche per il perito a cui egli potrebbe eventualmente rivolgersi: le competenze scientifiche che quest'ultimo riterrà di utilizzare per argomentare le proprie conclusioni o la eventuale evoluzione delle stesse resteranno, quindi, necessariamente limitate e vincolate entro l'ambito definito dalle disposizioni del codice penale del 1930.
Come è noto, si tratta delle disposizioni di cui agli artt.203 e 133 c.p..
Tuttavia, nella prassi dell'accertamento della pericolosità sociale del paziente psichiatrico, le stesse disposizioni sono state, fino alla legge n.81/2014, anche l'occasione di una delle più clamorose distorsioni funzionali del sistema penale.
In quanto tale, essa è stata espressamente censurata anche in sede internazionale[63].

---

[62] Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi'*, cit., 8 ss.
[63] Sui rilievi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti in occasione della visita del 2008 presso l'OPG di Aversa, sostanzialmente ribaditi nel 2011 anche dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale cfr. *infra* par.8.3.

8.1. Data la disposizione di cui all'ultima parte dell'art.203 co.1 c.p. secondo cui una persona «è socialmente pericolosa [...] quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati», tra le «circostanze indicate nell'art.133» da cui, ai sensi del successivo co.2 dello stesso articolo, si «desume» «la qualità di persona socialmente pericolosa» - gli indici della «capacità a delinquere» di cui al co.2 c.p. finiscono per assumere un ruolo inevitabilmente preponderante su quello degli indici della gravità del reato di cui al co.1 dell'art.133 c.p.
Tra gli indici della capacità a delinquere ricorre tuttora, al n.4, il riferimento alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale».
In sede di riesame della pericolosità sociale del paziente psichiatrico autore di un fatto preveduto dalla legge come reato, prima della legge n.81/2014, esse erano solitamente dedotte non solo dalle indicazioni degli «uffici locali di esecuzione penale esterna» - che, ai sensi dell'art.72 l. n.354/1975, «svolgono, su richiesta dell'autorità giudiziaria, le inchieste utili a fornire i dati occorrenti per l'applicazione, la modificazione, la proroga e la revoca delle misure di sicurezza» - , ma anche da quelle del «servizio sanitario territorialmente competente», che, ai sensi delle «disposizioni particolari per gli infermi e i seminfermi di mente» di cui all'art.20 del D.P.R. n.230/2000, «accede all'istituto per rilevare le condizioni e le esigenze degli interessati e concordare con gli operatori penitenziari l'individuazione delle risorse esterne utili per la loro presa in carico da parte del servizio pubblico e per il successivo reinserimento sociale».
Se, dunque, non risultava alcun "dato" utile alla «modificazione» o alla «revoca» della misura di sicurezza del ricovero in OPG o in CCC o non risultavano contesti familiari o «risorse esterne utili» per la presa in carico dell'internato (che invece, sotto ogni altro profilo, avrebbe potuto essere dimesso), fino alla legge n.81/2014 per lui ricorrevano comunque le condizioni per affermare la persistenza della pericolosità sociale ai sensi dell'art.133 co.2 n.4 c.p. e, quindi, per prorogare la misura di sicurezza.
In casi del genere, tuttavia, OPG e CCC svolgevano funzioni reali o latenti molto diverse dalle loro funzioni manifeste o dichiarate e troppo simili alle funzioni che avrebbero dovuto svolgere, invece, le strutture del servizio socio-sanitario e socio-assistenziale[64].
Si tratta, evidentemente, del rischio di una distorsione funzionale sempre implicito e quindi concreto nella semplice esistenza di strutture manicomiali o paramanicomiali, delle quali, pertanto, va attentamente controllata la destinazione e va assolutamente limitata la disponibilità.

8.2. Nella prassi della giurisprudenza di sorveglianza - ma indipendentemente da qualsiasi riferimento legislativo – lo stesso esito è stato prodotto dalla inquietante elaborazione del concetto di «*pericolosità latente*»[65].
Superando qualsiasi immaginazione che fosse comunque radicata su una consapevolezza minima della evoluzione della storia e della civiltà giuridico-penale, il riferimento alla «*pericolosità latente*», prima della legge n.81/2014, è stato sufficiente ad ordinare la proroga della esecuzione della misura di sicurezza del paziente psichiatrico.

---

[64] Per una efficace e fondamentale rappresentazione della distinzione e delle relazioni possibili tra funzioni manifeste e funzioni latenti di una struttura sociale e del relativo meccanismo di "sostituzione funzionale" cfr. R.K. Merton, *Social Theory and Social Structure* (1949), III ed., New York (New York) 1968, 118 ss.; sulle funzioni reali e latenti svolte in passato dagli OPG sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *Le funzioni latenti del sistema penale: l'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *Crit. dir.* 2012, 270 ss.
[65] Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art.3-ter del d.l. n.211/2011*, cit., 51 ss.; da ultimo, sul punto, cfr. M. Pelissero, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutichee gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, cit., 14.

In particolare, tralasciando anche i profili minimi di una legalità esclusivamente formale fondata su una interpretazione rigorosamente letterale del combinato disposto degli artt.203 e 133 co.2 n.4 c.p., il riferimento alla «*pericolosità latente*» rappresentava una libera elaborazione e una raccapricciante sintesi delle relazioni sull'internato comunicate al magistrato di sorveglianza dai competenti uffici sanitari e penitenziari: dipartimento di salute mentale della azienda sanitaria locale del territorio di residenza dell'internato, ufficio distrettuale di esecuzione penale esterna, psichiatri e tecnici del gruppo di osservazione e trattamento dell'OPG di internamento.
Ciò è accaduto in modo esemplare quando si è affermato che «*l'internato non ha creato particolari problemi, ha partecipato al corso di yoga e al laboratorio teatrale, ha frequentato il corso per giardiniere, ha fruito di licenze con i familiari*» e, contestualmente, si dava anche conferma che «*gli operatori del servizio territoriale competente hanno partecipato alla riunione d'equipe, concludendo per la sperimentabilità del soggetto in idonea struttura esterna, poiché i familiari, pur molto affezionati e disponibili, non sono in grado di gestirlo nel quotidiano*».
In tal caso, «*non disponendo la ASL di* [*…omissis…*] *di strutture adeguate e disponibili al caso concreto*», è stata ritenuta «*necessaria una ulteriore proroga*» della misura di sicurezza applicata all'internato «*in quanto la patologia psichiatrica che lo affligge potrebbe peggiorare, riacutizzandone la pericolosità latente, qualora* [*…omissis…*] *non seguisse la terapia che gli viene attualmente garantita dall'OPG*»[66].

8.3. Più in generale si tratta di esiti della disciplina codicistica e, comunque, delle elaborazioni giurisprudenziali della pericolosità sociale che furono rilevati già nel 2009 dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), nel *report* pubblicato nel 2010 sulla visita avvenuta nel 2008 presso l'OPG di Aversa[67].
In particolare, ai sensi dell'art.8 co.5 della Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti del 1987 e successivi protocolli di integrazione, ratificata dall'Italia con le leggi n.7/1989 e n.467/1998, in quella sede il CPT segnalava all'Italia che, «*come riconoscono gli stessi psichiatri, solo a causa della mancanza di cure adeguate e sistemazioni nella comunità esterna rimane nell'ospedale psichiatrico giudiziario il 20-30% dei pazienti internati che non rappresenta più alcun pericolo per la società e le cui condizioni psichiche non sono più tali da rendere necessaria la permanenza in un istituto psichiatrico*».
Con particolare «*enfasi*», inoltre, il CPT sottolineava che «*essere privati della propria libertà personale solo a causa della mancanza di appropriate soluzioni esterne rappresenta una situazione altamente problematica*».
Il CPT, pertanto, chiedeva alle autorità italiane di prendere soluzioni adeguate «*affinché i pazienti non siano trattenuti in OPG più di quanto sia necessario per le loro condizioni psichiche*».
In particolare – si legge ancora nella relazione - «*la delegazione del CPT nota che i vari concetti di "pericolosità sociale" (espressamente menzionato nella legislazione), pericolosità criminale (rischio di recidiva) e pericolosità psichiatrica (riferita a patologia psichiche) influenzano e interagiscono con le decisioni del magistrato di sorveglianza in sede di riesame della posizione*

[66] Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.71/2010 R.G.M.S.D., ordinanza del 1.3.2012; in senso analogo cfr., tra le altre, Ufficio di sorveglianza di Messina, proc. n.2909/10 Reg. Es. Mis. Sic., ordinanza del 10.11.2011; Ufficio di sorveglianza di Santa Maria Capua Vetere, proc. n.97/2009 R.G.M.S.D., ordinanza del 18.1.2012.
[67] Italy: Visit 2008 CPT/Inf (2010) 12 | Section: 45/48 | Date: 09/04/2009 D. Psychiatric establishments / 1. Filippo Saporito Judicial Psychiatric Hospital, Aversa / g. safeguards, in http://hudoc.cpt.coe.int/eng#{"fulltext":["aversa"],"CPTSectionID":["p-ita-20080914-en-45"]} (consultato il 16.6.2022), n.159 s.

del paziente in OPG. Finché non saranno ben definiti, questi concetti si prestano ad interpretazioni troppo ampie e soggettive».
Qualche anno dopo, nel 2011, si esprimeva in termini del tutto analoghi anche la Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale che, nella "Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari", segnalava la necessità di «*porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche della misura di sicurezza, basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma bensì per la carenza di una adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne*»[68].

9. Il problema di precisione, determinatezza e certezza posto dalla pericolosità sociale potrebbe avere dimensioni e implicazioni ben più ampie se si condivide l'opinione di chi l'ha ritenuta una «*malattia infantile della criminologia*»[69] o quella di chi, senza coinvolgere valutazioni giuridico-penali ma nella considerazione specifica e privilegiata del relativo fondamento ontologico, ha autorevolmente affermato senza mezzi termini che è «*indispensabile lavorare per il superamento dell'equivoco, riduttivo e non scientifico concetto di "socialmente pericoloso"*»[70].
D'altra parte, le perplessità sulla pericolosità sociale si aggiungono a quelle prima evidenziate e poste - soprattutto nella prassi dell'accertamento processuale - dal requisito generale e oggettivo del «fatto preveduto dalla legge come reato» (art.202 co.1 c.p.) e, inoltre, a quelle che pongono anche altri requisiti specifici - come, primi fra tutti, la non imputabilità - per l'applicazione di specifiche misure di sicurezza.
In definitiva ne emerge una configurazione legislativa dei requisiti per la legittimità delle gravissime limitazioni della libertà personale realizzate con l'applicazione di misure detentive di sicurezza che appare evidentemente anomala, se, nella prospettiva della teoria generale del reato, la si confronta anche solo sommariamente con la dettagliata ed ultrasecolare elaborazione dei presupposti che, invece, sono necessari alla legittima applicazione di una pena.
Dati anche i limiti della legislazione per il (necessario ed irrinunciabile) superamento degli OPG[71], si profila inevitabilmente, allora, la opportunità di valutare la possibilità di soluzioni di riforma più radicali che, analogamente a quelle già proposte in applicazione delle direttive di delega di cui

[68] Senato della Repubblica – XVI legislatura, Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale istituita con deliberazione del Senato del 30 luglio 2008, Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari approvata il 20 luglio 2011, cit., 6.
[69] C. Debuyst, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie* 1984, 7 ss. che considerava la pericolosità sociale un «*costrutto criminologico riconducibile alla affermazione di uno schema causale*» (7 ss.) contrapposto al carattere multidisciplinare della criminologia (14 ss.). In senso analogo critiche autorevolissime erano state già sollevate nell'ambito del contesto italiano: sul punto cfr. M. Bertolino, *Il "crimine" della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg.* 2016, 1371 ss.; ritengono che «*sul rifiuto della nozione stessa di pericolosità da parte degli psicopatologi forse vi è un accordo quasi plebiscitario*» I. Merzagora Betsos – F. Martelli, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.* 2003, 1149 ss., 1152.
[70] È la limpida posizione sostenuta in ambito psichiatrico-forense da U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense* (1989), V ed., Torino 2013, 223. Nella stessa prospettiva, più di recente, in senso analogo è intervento anche su questo aspetto F. Rotelli, *Doppio binario, imputabilità e trattamento delle persone con problemi di salute mentale*, cit., 367: cfr. *supra* nota 53.
[71] Cfr. *supra* par.4.

all'art.1 co.16 l. n.103/2017[72], potrebbero coinvolgere l'intero sistema del doppio binario e che troverebbero ulteriori ragioni nei margini di incertezza che, sin dall'origine, hanno caratterizzato la distinzione tra pene e misure di sicurezza nella disciplina codicistica.
Come già anticipato[73], non si tratta soltanto degli indici per la valutazione della pericolosità sociale, che sono identici a quelli già previsti per la commisurazione della pena.
Oggi, infatti, le misure detentive di sicurezza, ai sensi dell'art.1 co.1-*quater* d.l. n.52/2014, hanno anche perso la loro caratteristica peculiare e conforme ai relativi postulati teorici che era rappresentata dalla durata potenzialmente illimitata. Anche sotto questo profilo, la disciplina delle misure di sicurezza detentive è stata adeguata, invece, a quella della durata massima della pena: nelle premesse, quindi, sono messi in discussione quei postulati, mentre negli esiti emergono ulteriori ed evidenti profili di sovrapposizione tra due soluzioni sanzionatorie che, nel disegno originario del legislatore, avrebbero dovuto essere essenzialmente diverse.
Porsi il problema della loro reale differenza ovvero della eventuale e sostanziale violazione del *ne bis in idem* appare, quindi, doveroso ed urgente.

10. Una soluzione così radicale come potrebbe essere il superamento del sistema del doppio binario non era certo prospettata dal CPT, che si limitava, invece, a rilevare la mancata precisazione nell'ordinamento italiano dei criteri per la valutazione della pericolosità sociale, come poi, nel 2011, avrebbe fatto anche la Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio Sanitario Nazionale[74].
In particolare, il CPT riconduceva a questo profilo di imprecisione e indeterminatezza anche la «*necessità di introdurre nel processo perizie di psichiatri indipendenti*», ritenendola inopportuna e criticando, specificamente, il ricorso a periti che non hanno un «*rapporto terapeutico con il paziente*»[75].
Poste in questi termini, le considerazioni del CPT appaiono sostanzialmente riconducibili a quelle di chi, già nel 1978, aveva ritenuto che, nelle valutazioni della pericolosità, «*troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi*» e che «*i clinici assumono troppa responsabilità e troppo poca ne assumono i tribunali. Ma è con i tribunali e con il legislatore che la responsabilità deve restare*» perché «*bilanciare ordine e libertà è un problema sociopolitico e non clinico ed è un dovere dei tribunali e dei legislatori*»[76].
La questione è solo una delle emersioni possibili dei limiti posti nell'ambito della definizione di precisi modelli di integrazione tra il sistema giuridico-penale e le cosiddette scienze ausiliarie.

10.1. In una prospettiva concreta e limitata agli esiti che i modelli di integrazione tra scienza giuridico-penale e scienze empiriche hanno prodotto nel sistema del diritto positivo vigente, appare riconducibile ad un preciso modello di integrazione la disciplina della perizia di cui all'art.220 co.2 c.p.p. che, peraltro, ripropone gli stessi limiti all'integrazione che, in sede processuale, erano stati già definiti all'art.314 del codice di procedura penale del 1930.

---

[72] Sul punto, da ultimo, cfr. la sintetica e dettagliata ricostruzione di M. Pelissero, *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, cit., 17 ss.
[73] Cfr. *supra* par.5.
[74] Cfr. *supra* nota 24 e nota 68.
[75] https://hudoc.cpt.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22aversa%22],%22sort%22:[%22CPTDocumentDate%20Descending,CPTDocumentID%20Ascending,CPTSectionNumber%20Ascending%22],%22CPTSectionID%22:[%22p-ita-20080914-en-45%22]} (consultato il 16.6.2022), n.160.
[76] M.L. Cohen – A.N. Groth – R. Siegel, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime and Delinquency* 1978, 28 ss., 38 s.

L'unica differenza tra le due disposizioni riguarda, in particolare, l'eccezione di «quanto previsto ai fini della esecuzione della pena e della misura di sicurezza» che è stata aggiunta al secondo comma dell'attuale art.220 c.p.p., in ottemperanza all'esigenza di «individualizzazione» del trattamento penitenziario affermata all'art.1 co.2 l. n.354/1975.
Le due disposizioni sono letteralmente identiche, invece, nella parte in cui, con le stesse parole, affermano entrambe che «non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».
Nei casi previsti nelle due disposizioni, dunque, sarebbe stato ed oggi è del tutto impossibile sostenere che «*i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi*», posto che essi restano necessariamente esclusi dai relativi accertamenti.
Un modello di integrazione del tutto diverso sembra emergere, invece, dalla prassi dell'accertamento della pericolosità sociale dell'imputato paziente psichiatrico.
In questo caso, infatti, all'accertamento della pericolosità sociale solitamente si procede rivolgendosi allo stesso perito incaricato di valutare le condizioni patologiche e, quindi, la capacità di intendere e di volere dell'imputato[77].
In queste ipotesi, quindi, si realizza per ragioni del tutto occasionali e contingenti la prima condizione per cui accade che «*troppo spesso i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi*».
Si tratta, peraltro, di una prassi che appare, oggi, assolutamente non condivisibile.
Infatti, la scelta di rivolgersi allo psichiatra per chiedergli anche una valutazione della pericolosità del paziente è radicata nell'antico (ma tenace) pregiudizio di un nesso tra patologia psichiatrica e pericolosità che, tuttavia, è ormai pacificamente riconosciuto privo di qualsiasi fondamento scientifico e, soprattutto, statistico[78].
Già nel 1982 lo aveva riconosciuto anche la Corte costituzionale che, infatti, aveva iniziato ad affrancarne l'ordinamento giuridico-penale dichiarando l'illegittimità dell'art.222 co.1 c.p. nella parte in cui, postulando quel nesso in termini di necessità, prevedeva una presunzione assoluta di pericolosità sociale del paziente psichiatrico autore di un fatto previsto come reato e non subordinava, quindi, l'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in OPG a relativo accertamento[79].

10.2. Più in generale – e, quindi, indipendentemente dall'esito del tutto particolare ed occasionale delle opportunità offerte da una prassi deplorevole, seppur diffusamente condivisa in un ambito molto specifico dell'attività giudiziaria -, le ragioni per cui, poi, «*i tribunali si adeguano semplicemente all'opinione di psichiatri e psicologi*» appaiono evidenti nella prospettiva della «*microfisica*» dei «*poteri disciplinari*» notoriamente e splendidamente definita da Michel Foucault[80].

---

[77] Sul punto cfr. A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 66 ss.
[78] Il dato risulta, ormai, pacificamente riconosciuto anche nella manualistica più autorevole e diffusa: per tutti, cfr. U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, cit., 215 laddove espressamente si afferma che «*per lo meno, i malati di mente non delinquono in misura superiore al resto della popolazione*».
[79] Corte costituzionale, sentenza 8-27 luglio 1982, n.139 che «*dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 222, primo comma, 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del codice penale, nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o della esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura*».
[80] M. Foucault, *Microfisica del potere. Interventi politici* (1971-1977), Torino 1977, 15 s., *passim*.

Una delle rappresentazioni più efficaci ne viene offerta nel suo "Corso sul potere psichiatrico" tenuto nel 1973-1974 al Collége de France.
Foucault lo apre e, poi, lo sviluppa riproponendo la scena dell'internamento di Giorgio III, tratta dal "Traité médico-philosophique" di Pinel del 1800 e utilizzata per rappresentare il potere sovrano del re «*in preda alla mania*» che soccombe a quello della psichiatria ovvero «*lo scontro, la sottomissione, la cerniera tra un potere sovrano e un potere disciplinare*»[81].
Nella evoluzione immediatamente successiva del suo pensiero e in una prospettiva più specificamente penalistica e criminologica, una «*sottomissione*» del tutto analoga ricorre in *Surveiller et punir* del 1975 dove, sviluppando argomenti del tutto analoghi, Foucault definisce il rischio che sia «*snaturato*» il «*potere punitivo*» esercitato dai giudici travolti da un «*immenso "appetito di medicina" che si manifesta incessantemente dall'appello agli esperti psichiatri alle chiacchiere della criminologia*»[82].
In ambito più specificamente penalistico, la piena consapevolezza di un rischio analogo ricorre in alcune delle proposte più autorevoli e rappresentative di "nuovi" modelli di integrazione tra sistema penale e scienze sociali[83].
In particolare, ne indica efficacemente il modo e la necessità di evitarlo Chi, nell'ambito di una nota e precisa proposta di integrazione, ha affermato la priorità della «*vincolatività del diritto*» sul «*finalismo della politica criminale*» che «*non possono essere in contraddizione, ma devono ricondursi a sintesi, così come stato di diritto e stato sociale non costituiscono in realtà inconciliabili opposti, bensì una unità dialettica*», dato che, in particolare, «*uno stato pianificatore ed assistenziale, senza le conquiste dello stato di diritto che garantiscono la libertà, non può pretendere di essere riconosciuto come stato sociale*»[84].
Un esito del tutto analogo è perseguito, inoltre, anche da Chi ha affermato la necessaria integrazione, nel discorso giuridico, «*di finalità e di opzioni politico-criminali coscientemente perseguite nell'ambito della correttezza logico-argomentativa e della discrezionalità valutativa al giurista attribuita dal sistema giuridico*»[85].
Più di recente, in termini pienamente adeguati allo specifico problema del ruolo del perito nell'accertamento della pericolosità sociale, si è affermato che, per una utile integrazione con il sistema penale, «*la criminologia deve superare un serio pregiudizio – già abbastanza screditato – che è quello della sua asepsi ideologica*» per «*porre in essere una critica dei discorsi sulla base di un impegno ideologico per i diritti umani*»[86].
Si tratta, infatti, della tutela di diritti umani ogni volta che, in materia penale, si afferma la necessità di precisione e determinatezza.
Ad esse non si sottrae neppure la definizione dello spazio che, innanzitutto in via generale ed estratta, si decide di concedere al perito nell'accertamento della pericolosità sociale e che, quindi, sarà legittimo solo nella misura in cui esistono, innanzitutto nello statuto epistemologico della relativa disciplina di riferimento, le condizioni per assicurare precisione e certezza.

---

[81] M. Foucault, *Il potere psichiatrico. Corso al Collège de France (1973-1974)* (2003), Milano 2010, 30-32.
[82] M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino 1993, 336.
[83] Sul punto sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *Strafrecht zwischen Wissenschaft und Szientismus. Autoritäre Verirrungen und Falsifizierbarkeit in der Strafrechtswissenschaft*, Wien – Zurich 2018, 96 ss.
[84] C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), in Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, 46 s.
[85] A. Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.* 1975, 7 ss., 55 s. (le evidenziazioni grafiche sono dell'A.).
[86] E.R. Zaffaroni, *La pericolosità e i crimini di massa*, in Aa.Vv., *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli 2016, 75 ss., 93.

10.3. Nella prassi attuale dell'accertamento della pericolosità sociale del paziente psichiatrico, invece, lo spazio concesso al perito psichiatra rischia di apparire illimitato. In ogni caso, la sua opinione è oggettivamente e statisticamente preponderante, se non decisiva.
Nulla, tuttavia, induce a ritenere che si tratti dell'esito necessario delle disposizioni del codice penale.
Ad una analisi più attenta, infatti, il combinato disposto degli artt.203 e 133 c.p. sulla valutazione della pericolosità sociale non sembra affatto definire un modello di integrazione radicalmente diverso o addirittura opposto rispetto a quello di cui all'attuale art.220 co.2 c.p.p.
Anche storicamente, peraltro, una ipotesi del genere desterebbe notevoli perplessità.
Nel 1930, infatti, lo stesso legislatore che nel nuovo codice penale disciplinava la valutazione della pericolosità sociale, approvava contemporaneamente anche un nuovo codice di procedura penale che, come anticipato, al co.2 dell'art.314 già disponeva negli stessi termini poi riproposti all'attuale art.220 co.2 c.p.p.
Tuttavia, per affermare che i due modelli di integrazione non sono affatto inconciliabili e sono, invece, riconducibili entrambi ad un unico orientamento di politica legislativa, non può essere rilevante il dato psicologico della presumibile e necessaria coerenza di un unico legislatore, immaginato come figura mitologica e antropomorfa[87].
È decisivo, piuttosto, il dato rigorosamente logico ed attuale dell'interpretazione delle disposizioni di legge.
Appare evidente, allora, che, vincolando la valutazione della pericolosità sociale ai criteri di cui all'art.133 c.p., la disposizione di cui all'art.203 co.2 c.p. riconosce comunque al giudice il ruolo, efficacemente definito nella dottrina processualpenalistica, di *peritus peritorum*[88].
Più precisamente e analogamente a quanto disponeva l'art.314 co.2 c.p.p. del 1930 e ribadisce oggi l'attuale art.220 co.2 c.p.p., anche l'art.203 co.2 c.p. definisce le condizioni per affermare comunque la prevalenza dei criteri esclusivamente giuridici definiti in disposizioni legali sulle valutazioni scientifiche: se così non fosse, a queste ultime, data anche la loro necessaria e prevedibile evoluzione, il perito dovrebbe accedere ed attingere sempre e comunque.
Non può farlo in ragione delle disposizioni di legge di cui al combinato disposto degli artt.203 co.2 e 133 c.p..
Infatti, pur non escludendo la possibilità di una perizia, comunque le relative disposizioni pongono dei limiti specificamente giuridici alla valutazione della pericolosità sociale: seppur meno rigorose, dunque, sono disposizioni del tutto analoghe a quella di cui all'art.220 co.2 c.p.p. che, in questa prospettiva, non fa altro che limitare la possibilità della perizia fino ad escluderla del tutto.

---

[87] Sul punto cfr. le efficaci considerazioni di K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), Darmstadt 1987, 54 secondo cui, in questa prospettiva, le argomentazioni avrebbero un fondamento non «*logico, ma ontologico*». Indipendentemente dalla desueta e ormai insostenibile assunzione del legislatore come figura mitologica e antropomorfa che è riconducibile al volontarismo giuridico (sul punto, per tutti, cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1972, 107 s.), anche in riferimento ad un singolo intervento legislativo resta la nota affermazione secondo cui «*la* mens auctoris *non è un criterio valido per stabilire il significato di un'opera*» a rappresentare la fondamentale opzione della ermeneutica contemporanea: cfr. H.G. Gadamer, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica* (1986), trad. it. di G. Vattimo, Milano 2001, *Prefazione alla seconda edizione tedesca [1965]*, 1005 che, peraltro, riteneva esemplare, sotto questo profilo, proprio l'ermeneutica giuridica (*op. cit.*, 671 ss.).
[88] Sul punto, per tutti, cfr. P. Corso, *Periti e perizia (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano 1983, 89 ss., 102.

Se, tuttavia, dalle disposizioni del codice penale sull'accertamento della pericolosità sociale è scaturito il diverso e diffuso orientamento di una prassi favorevole ad un ruolo preponderante – se non decisivo - del perito, sembra opportuno valutarne la necessità di una riforma.

11. La necessità di incidere su una prassi giudiziaria ampiamente diffusa emerge soprattutto in considerazione della sua difformità rispetto alle disposizioni vigenti che, come nel caso della legge n.180/1978 o della legislazione per il superamento degli OPG, rappresentano, peraltro, anche l'esito di recenti ed epocali conquiste socioculturali e, comunque, sono immediatamente riferibili ad espliciti principi costituzionali.
Per le stesse ragioni può essere opportuno, pertanto, perseguire anche soluzioni di riforma alternative al superamento ormai necessario - ma altrettanto arduo - degli assetti fondamentali di una disciplina codicistica ormai secolare e notoriamente radicata in un preciso contesto storico e, quindi, nelle relative opzioni non solo politiche e giuridico-istituzionali, ma anche sociali, culturali e, soprattutto, scientifiche.
Nelle more di questo auspicabile esito, una soluzione di riforma potrebbe perseguire l'obiettivo di recuperare almeno la coerenza e l'organicità di un settore importante del sistema giuridico-penale complessivo: spesso disorientamenti e disfunzioni della prassi nascono anche da questo tipo di carenze.
Se si tratta, come nel nostro caso, di un sistema che, comunque, circoscrive e vincola a precise condizioni la possibilità della perizia e, quindi, del contributo delle scienze empiriche fino ad escluderla del tutto nella disposizione di cui all'art.220 co.2 c.p.p., occorre verificarne, allora, innanzitutto la coerenza con le legittime e fondamentali ragioni di una scelta che è chiaramente limitativa.
Ma proprio la legittimità della opzione di tendenziale diffidenza verso l'opportunità di una perizia potrebbe apparire incerta nel contesto di un ordinamento giuridico complessivo e, in particolare, giuridico-penale che sia coerentemente orientato a valutazioni «di fatto» (art.3 co.2 Cost.) o, altrimenti, innanzitutto alla qualificazione giuridica di un «fatto» (art.25 co.2 Cost.): dati questi principi, il contributo delle scienze empiriche - naturali o sociali che siano - risulta necessario, se non indispensabile.
Le ragioni per cui questa forma di integrazione può essere limitata o, addirittura, esclusa devono essere riconducibili, quindi, a fondamentali e, quindi, superiori opzioni di valore dello specifico ambito disciplinare.
Nel caso del diritto penale appare decisiva la necessità di disposizioni caratterizzate comunque dalla precisione e dalla determinatezza che sono indispensabili alla definizione di spazi certi per un sereno esercizio di libertà dei consociati: il contributo delle scienze naturali o sociali sarà legittimo nella misura in cui precisione e determinatezza ne risultano agevolate.
Sono queste le ragioni della previsione di ipotesi in cui le perizie, ai sensi dell'art.220 co.2 c.p.p., «non sono ammesse».
In particolare è presumibile che le acquisizioni delle scienze che si occupano di personalità, carattere e qualità psichiche indipendenti da cause patologiche a cui fa riferimento l'art.220 co.2 c.p.p. siano ritenute non sufficientemente consolidate per i parametri di certezza del diritto penale del «fatto» stabiliti all'art.25 co.2 Cost.[89].

[89] Appare esemplare, sotto questo profilo, la autorevole e nota posizione sul fondamento scientifico della psicanalisi espressa da Karl Popper che ritiene che, «*quanto all'epica freudiana dell'Io, del Super-io e dell'Es, non si può avanzare nessuna pretesa ad uno stato scientifico, più fondatamente di quanto lo si possa fare per l'insieme delle favole omeriche dell'Olimpo. Queste teorie descrivono alcuni fatti, ma alla maniera dei miti. Esse contengono delle*

La stessa disposizione, però, fa riferimento soltanto alle ipotesi di pericolosità sociale qualificata di cui agli artt.103, 105 e 108 c.p. e nulla dispone, invece, in riferimento alle ipotesi 'ordinarie' di pericolosità sociale.
Indipendentemente dalla eccentricità delle prassi seguite nella valutazione della pericolosità sociale, potrebbe essere innanzitutto questa una delle incongruenze a cui porre rimedio in sede di riforma.
Non si tratterebbe di una incongruenza, invece, qualora la diversa opzione legislativa sulla ammissibilità della perizia trovasse una ragione in una significativa differenza strutturale tra le ipotesi 'ordinarie' di pericolosità sociale e quelle di pericolosità sociale qualificata: solo queste ultime, infatti, potrebbero implicare un aumento del rischio di incertezza connesso all'eventuale contributo deducibile da altri ambiti scientifico-disciplinari.
Verificare la reale differenza tra le difficoltà dei due tipi di accertamento appare, allora, di importanza assoluta e decisiva.
Sotto questo profilo una differenza strutturale non emerge in riferimento agli indici di valutazione rappresentati all'art.133 c.p. a cui rinvia non solo l'art.203 co.2 c.p. per la valutazione delle ipotesi 'ordinarie' di pericolosità sociale, ma anche ciascuna delle disposizioni di cui agli artt.103, 105 e 108 c.p. sulle ipotesi di pericolosità sociale qualificata.
Per questo particolare aspetto, l'unica differenza sembrerebbe rappresentata dalla limitazione dei rinvii disposti dagli artt.103, 105 e 108 c.p. al solo co.2 dell'art.133 c.p..
Si tratta, tuttavia, di una peculiarità che sembra svanire ricorrendo ad una interpretazione sistematica della disposizione di cui all'art.203 co.2 c.p. che, invece, prevede il rinvio all'art.133 c.p. senza limitarlo al co.2.
Infatti, la stessa disposizione che definisce i presupposti generali per l'applicazione delle misure di sicurezza, descrive la condizione di «persona socialmente pericolosa» innanzitutto al co.1 dell'art.203 c.p. e la ritiene realizzata «quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati»: il rinvio all'art.133 c.p. disposto al successivo co.2 dell'art.203 c.p., quindi, è soltanto una specificazione, nell'ambito della quale, dato il tenore letterale della disposizione di cui al co.1, assumono sostanzialmente un ruolo preponderante - se non esclusivo – i criteri della «capacità a delinquere» di cui al co.2 dell'art.133 c.p.
Invece, differenze più consistenti tra le ipotesi 'ordinarie' di pericolosità sociale e quelle di pericolosità sociale qualificata sembrano emergere, in particolare, nelle disposizioni di cui agli artt.103 e 108 c.p.
Si tratta, tuttavia, di valutarne le reali implicazioni relativamente all'eventuale aumento del rischio di incertezza.
In particolare esse riguardano il riferimento alla "dedizione" al delitto di cui all'art.103 c.p. e, soprattutto, quello alla «particolare inclinazione al delitto» che, ai sensi dell'art.108 c.p., dovrebbe essere ricondotta, peraltro, alla «causa» di una «indole particolarmente malvagia».
Rappresentate in questi termini, si profilano come «*sottigliezze empiriche*» che corrispondono, tuttavia, ad uno spessore naturalistico assolutamente inconsistente.
Nel caso dell'art.108 c.p., infatti, esse coinvolgono innanzitutto valutazioni meramente morali sulla persona dell'imputato che peraltro, data l'assenza di espliciti riferimenti ai suoi precedenti

---

suggestioni psicologiche assai interessanti, ma in una forma non suscettibile di controllo»: così K. Popper, *La scienza: congetture e confutazioni* (1957), in Id., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* (1969), Bologna 1972, rist. 2009, 61 ss., 69. Più in generale, per un orientamento parzialmente diverso, in una prospettiva giuridica cfr. F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, cit., 434 ss.

penali, finiscono per risolvere o essere comunque sufficienti ad una valutazione prognostica sul suo comportamento futuro.
Rasenta l'inconsistenza assoluta, infatti, l'ulteriore requisito legale di un rapporto di "causalità" tra la «speciale inclinazione al delitto» e l'«indole particolarmente malvagia del colpevole».
Sembra, pertanto, che, nel caso di cui all'art.108 c.p., l'esclusione della possibilità della perizia stabilita all'art.220 co.2 c.p.p. trovi una ragione nelle specifiche peculiarità delle condizioni per la dichiarazione della tendenza a delinquere che comportano il rischio di una maggiore incertezza del contributo che, altrimenti, potrebbe essere chiesto alla scienza empirica in valutazioni di palese inconsistenza naturalistica.
Invece, le specifiche peculiarità delle condizioni per la dichiarazione di abitualità nel delitto poste all'art.103 c.p. fanno riferimento alla inconsistenza naturalistica della "dedizione" al delitto a cui, tuttavia, fa riscontro la concretezza di altri requisiti oggettivi e agevolmente verificabili (tra gli altri: recidiva, specie e gravità del reato, frequenza degli episodi criminosi): sotto questo profilo, i requisiti per la dichiarazione di abitualità di cui all'art.103 c.p. sembrano analoghi a quelli per la dichiarazione di professionalità nel delitto di cui all'art.105 c.p.
Nelle ipotesi di cui agli art.103 e 105 c.p., dunque, non sembra ricorrere il rischio significativo di una incertezza nella valutazione della pericolosità che sia maggiore di quello che comunque caratterizza le ipotesi ordinarie di cui al combinato disposto degli artt.203 e 133 c.p.
Tra queste, tuttavia, solo le prime sono incluse nel divieto di perizia di cui all'art.220 co.2 c.p.p. al pari dell'ipotesi di assoluta ed esemplare incertezza di cui all'art.108 c.p., la cui persistenza nel sistema giuridico del diritto penale del fatto e della determinatezza appare francamente sconcertante.
Ne deriva, in definitiva, un contesto normativo in cui non emerge alcuna peculiarità della valutazione delle ipotesi 'ordinarie' di pericolosità sociale di cui agli artt.203 e 133 c.p., per le quali, dunque, potrebbe essere più che opportuna, nella prospettiva di una riforma essenziale - e, quindi, meno ardua di altre soluzioni di intervento legislativo -, l'estensione delle ipotesi di inammissibilità della perizia di cui all'art.220 co.2 c.p.p.[90].
Senza il ruolo preponderante e ingombrante di «*poteri disciplinari*» discutibili anche in ragione dell'incertezza delle relative acquisizioni scientifiche, si realizzerebbe in questo modo una condizione imprescindibile per restituire pienamente l'accertamento della pericolosità sociale al contraddittorio tra le parti e per affidare, quindi, esclusivamente alla responsabilità del giudice la realizzazione di indispensabili obiettivi di certezza nella tutela della libertà.

[90] Sulle prospettive di riforma della disciplina della perizia perseguite in occasione degli ultimi progetti di riforma del codice di procedura penale sia consentito il rinvio a F. Schiaffo, *La scienza penalistica integrata tra potere punitivo e poteri disciplinari*, in Aa.Vv., *Il sistema penale ai confini delle* hard sciences. *Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, a cura di F. Basile – M. Caterini - S. Romano, Pisa 2021, 219 ss., 231 nota 40.

TUTELA DELLA VITTIMA E COMPLETEZZA DELLE INDAGINI PRELIMINARI TRA GIURISPRUDENZA EDU E PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA GIUSTIZIA PENALE ITALIANA

di Elisea Malino
Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli studi di Messina

Il presente scritto affronta il tema della tutela della vittima nel corso delle indagini preliminari sia nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo sia nella prospettiva interna. Le diverse condanne pronunciate dalla Corte Edu nei confronti dell'Italia, infatti, evidenziano la presenza di un problema rispetto alla protezione della vittima durante la prima fase del procedimento penale. La valorizzazione di tale soggetto, però, si rivela un compito arduo, che impone di tenere ferme le garanzie riconosciute nei confronti della persona accusata. In questo contesto si inserisce la Riforma della giustizia penale proposta dalla Ministra Cartabia, che rappresenta una importante occasione per recepire i moniti provenienti dalla Corte di Strasburgo e riconoscere una maggiore protezione nei suoi confronti.
This paper analyses the issues of the protection of the victim in criminal investigation, under the perspective of both the European Court of Human Rights and the Italian system. ECtHR pointed out the lack of adequate safeguard in her regards, especially in the domestic legislation. Indeed, establishing proper safeguard for the victim is a difficult task, because of the need to balance her interests with the rights of the accused in criminal investigation. In this scenario, the recent criminal justice reform proposed by the Ministry Cartabia represents an opportunity for the Italian legislator to transpose the principles developed by the European Court of Human Rights and to enhance the protection of victim.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto della persona offesa all'equa riparazione per irragionevole durata delle indagini: il differente approccio della Corte Edu e della Corte costituzionale. – 3. La tutela della vittima mediante le indagini preliminari: il concetto di completezza investigativa elaborato dalla Corte Edu. – 4. La difficile trasposizione interna dell'obbligo procedimentale di matrice internazionale: l'opposizione alla richiesta di archiviazione e le sue criticità. – 5. L'ennesimo rimedio risarcitorio: il risarcimento dei danni per omissione di atti d'indagine. – 6. L'evoluzione del principio di completezza investigativa nell'ordinamento italiano. – 7. Il futuro assetto delle indagini preliminari e la tutela della vittima alla luce della riforma Cartabia. – 8. Conclusioni.

1. Da anni, a livello sovranazionale e internazionale, la valorizzazione del ruolo della vittima di reato è al centro di una moltitudine di interventi realizzati attraverso l'adozione di provvedimenti normativi *ad hoc*[1] e la reinterpretazione di istituti posti a presidio della persona indagata o imputata.

[1] Sebbene un ruolo centrale sia ricoperto dalla *Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, adottata in seno alla c.d. "Piccola Europa", non può non considerarsi la copiosa produzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa. Tra i vari interventi in materia si annoverano la ris. n. 40/34 del 29.11.1985 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sui "*Principi fondamentali di giustizia in favore delle vittime della criminalità e delle vittime di abusi di potere*" e le numerose convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa a cui sono state affiancate significative risoluzioni. Il riferimento

A livello interno, peraltro, l'obiettivo di superare la considerazione in larga misura marginale della vittima rappresenta una sfida di non poco conto data la attuale concezione del procedimento penale: ad esso, infatti, sottendono interessi pubblicistici[2], mentre non trovano spazio né esigenze di vendetta privata[3] né istanze legate alla sfera emotiva della vittima[4]. Sebbene il codice del 1988 si prefiggesse l'obiettivo di rafforzare una serie di situazioni giuridiche relative alla persona offesa, apportando innovazioni significative rispetto al Codice Rocco, esso ad oggi tutela tale soggetto del procedimento prevalentemente in ragione delle sue pretese risarcitorie, trascurando altri interessi di protezione di cui è portatore.
L'attenzione rivolta alla vittima in ambito internazionale e sovranazionale, pertanto, induce a un ripensamento della struttura essenzialmente reocentrica del processo penale italiano[5] e richiede

---

è, ad esempio, alla *Convenzione sul risarcimento alle vittime dei reati violenti*, del 24.11.1983; alla *Convenzione per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento degli abusi sessuali*, del 25.10.2007; alla *Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, dell'11.5.2011.

[2] Secondo L. Cornacchia, *Vittime e giustizia criminale*, in *RIDPP* 2013, 1761, il carattere pubblicistico dell'intervento penale è intimamente connesso a quello della «necessaria estromissione della vittima».

[3] In questo senso M. Montagna, *I diritti minimi della vittima*, in, *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 300. Secondo G. Tranchina, *La vittima del reato nel processo penale*, in *CP* 2010, 4052, ci si dovrebbe chiedere se una tale emarginazione della vittima non possa essa stessa avere delle ritorsioni esterne, spingendo l'offeso ad ottenere la tutela delle proprie ragioni fuori dalle sedi istituzionali.

[4] Ribadisce il timore del legislatore di rendere emotivamente permeabile il processo penale F. Del Vecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* 11.4.2016, 7.
Come ha recentemente affermato la ministra Cartabia nel corso del suo intervento all'*Undicesimo Forum europeo per la giustizia riparativa*, dare voce alla vittima e alle sue emozioni è una delle finalità perseguite dagli istituti di *restorative justice*, che favoriscono un contatto tra la vittima e la persona accusata. La Ministra, infatti, ha ribadito l'importanza di questi strumenti non solo sotto il profilo ristorativo, ritenendo che essi consentano alla vittima di indirizzare al meglio i propri bisogni, ma anche sotto l'aspetto della prevenzione dei reati. Peraltro, secondo un approccio olistico, sarebbero proprio il processo comunicativo, lo scambio emotivo e l'empatia a costituire il fulcro della giustizia riparativa. Per una ricostruzione in tal senso si veda F. Parisi, *La* restorative justice *alla ricerca di identità e legittimazione. Considerazioni a partire dai risultati intermedi di un progetto di ricerca europeo sulla protezione della vittima*, in *DPC* 24.12.2014, 3 ss. Tale valorizzazione è una delle direttrici in cui si articola la tutela apprestata alla vittima dalla dir. 2012/29/UE, insieme alla informazione, protezione e compensazione. La direttiva, infatti, all'art. 1 lett. d) definisce la giustizia riparativa come «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale». È pur vero, come evidenzia F. Parisi, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* 16.12.2012, 7 s., che la stessa direttiva realizza un'apertura condizionata nei confronti della giustizia riparativa. Se da una parte amplia idealmente il suo campo di operatività, estendendo la nozione di vittima, dall'altra introduce una serie di presupposti stringenti per la sua applicazione. Lo scarso rilievo pratico di questi istituti è stato ribadito dalla ministra della giustizia la quale, infatti, ha affermato la necessità di uno sforzo da parte degli ordinamenti nazionali. Secondo il Guardasigilli, nonostante la presenza di una vasta legislazione "formale", non sussiste una diffusione fattuale dei meccanismi di giustizia riparativa e ciò si traduce in una disparità di accesso a queste misure alternative anche all'interno degli Stati europei. Cfr. *Intervento della Ministra Cartabia all'Undicesimo Forum europeo per la giustizia riparativa*, disponibile su *Quotidiano del Ministero della giustizia*, *gnewsonline.it* 23.6.2022.

[5] S. Recchione, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tra parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *DPC* 2017, 70, parla di una ridefinizione del volto del processo, sostenendo che lo stesso adesso presenti una dimensione triadica in ragione della presenza della vittima accanto alle due parti processuali necessarie. Questa affermazione non deve essere interpretata nel senso di attribuire il ruolo di parte necessaria anche alla persona offesa, in quanto la stessa autrice ha cura di precisare che la rivoluzione attualmente in atto riguarda il riconoscimento nei suoi confronti di facoltà che prescindono da qualifiche formali. Si tratta di un'operazione facile per i giudici di Strasburgo, ma di difficile recepimento interno. Basti per il momento pensare alla possibilità per la persona offesa, non ancora costituita parte civile, di attivare i rimedi previsti dalla L. Pinto (l.

interventi sistematici[6] che, nel rafforzare diritti e garanzie di tale soggetto, non alterino gli equilibri faticosamente raggiunti per garantire una tutela adeguata alla persona accusata, specie nella fase investigativa nella quale dominano i poteri in mano agli organi inquirenti[7].
Ai fini di un corretto approccio a una operazione ricostruttiva così complessa, indicazioni di estrema rilevanza provengono dalla giurisprudenza della Corte Edu, la quale richiede un'anticipazione della tutela offerta nei confronti delle persone a vario titolo danneggiate dal reato, una tutela che deve passare anche per un maggiore impegno investigativo.
In questo scenario si inserisce la Riforma della giustizia penale proposta dalla Ministra Cartabia[8], in quanto, apportando delle innovazioni in materia di indagini preliminari, rappresenta una grande occasione per recepire i moniti provenienti da Strasburgo. A fronte di tali potenzialità, occorre verificare se gli spazi di intervento che la legge delega riserva alla vittima possano considerarsi sufficienti e idonei a perseguire il fine di rafforzare la sua posizione nel corso della prima fase del procedimento penale.

2. La difficoltà di apportare una congrua protezione alla vittima nella fase investigativa discende anzitutto dalla assenza di una chiara definizione di tale soggetto all'interno del codice di rito. Essa, piuttosto, si ricava dalla Direttiva 2012/29/UE, la c.d. *Magna Charta* delle vittime[9], che fa riferimento ad ogni «persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», ricomprendendovi «un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»[10].
La legislazione italiana, invece, com'è noto, continua ad oggi a distinguere le due figure dell'offeso e del danneggiato da reato, delineando due categorie che non necessariamente coincidono. Quand'anche le due figure coincidessero nel concreto rispetto allo stesso soggetto, tale duplicità di posizioni finirebbe inevitabilmente per indebolire complessivamente la posizione della vittima

---

24.3.2001, n. 89) e al contrasto tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale di cui sono emblematiche le sentenze Corte eur., 7.12.2017, *Arnoldi c. Italia*, par. 30 e C. cost., 4.11.2020, n. 249.

[6] Una delle critiche più serrate mosse nei confronti degli interventi realizzati sino a questo momento in Italia riguarda proprio la tecnica utilizzata: spesso il legislatore ricorre alla decretazione d'urgenza, come nel caso del reato di cui all'art. 612 *bis* Cp , introdotto con d.l. 23.2.2009, n. 11 e convertito con l. 23.4.2009, n. 38. Secondo L. Caraceni, *La vittima nel procedimento* de libertate*: i precari equilibri di un nuovo protagonismo ancora troppo poco meditato*, in *RBDPP* set.-dec. 2021, 1787, le previsioni normative di volta in volta introdotte hanno determinato problemi di organicità e di applicazione, rendendo ancora più complesso il rafforzamento della posizione della vittima.

[7] L'indagato è sempre stato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore, in ragione della sua posizione processuale, in quanto è posto in contrapposizione rispetto ai «poteri autoritativi posseduti dallo Stato che lo pone sotto processo». Cfr. M. Montagna, *I diritti minimi della vittima*, cit., 300 e M. Chiavario, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *RDPr* 2001, 939, che evidenzia come la Convenzione Edu concentri la propria attenzione «sulla figura di colui il quale venga indicato come autore di un illecito penale».

[8] Legge delega 27.9.2021, n. 134.

[9] Il testo sovranazionale «costituisce oggi la stella polare di ogni intervento *victim-oriented* e rappresenta un *unicum* nel panorama comunitario». Cit. F. Delvecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato*, cit. Sul punto vedi anche M. Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *DPC* 2012, 86 ss.

[10] Diverso l'approccio adottato in seno al Consiglio d'Europa che ha, in prima battuta, mostrato particolare attenzione nei confronti di talune tipologie di vittime considerate "vulnerabili", destinatarie di interventi mirati come la Convenzione di Lanzarote e quella di Istanbul, volte alla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali e delle donne vittime di violenza domestica. Si veda S. Martelli, *The Lanzarote and Instanbul conventions: an overall picture*, in a cura di L. Luparia, *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Milano 2015. All'interno della Cedu, invece, si trova una definizione di vittima che nulla ha a che vedere con la materia in oggetto, in quanto volta alla individuazione dei soggetti che, allegando una presunta lesione di un diritto convenzionalmente tutelato, sono legittimati ad adire la Corte.

nella fase preliminare[11], in quanto essa gode di diritti e poteri processuali solo in seguito alla costituzione di parte civile[12], considerata dalla Corte costituzionale la «principale e più significativa delle facoltà accordate dalla legge alla persona offesa dal reato»[13].
Tale assetto si presenta particolarmente problematico in considerazione del *dies a quo* previsto per la costituzione di parte civile, stabilito dall'art. 79 Cpp. La norma prevede espressamente che tale attività possa essere compiuta "per" l'udienza preliminare, quindi in un momento processuale che si colloca a seguito dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. Il fatto che il più rilevante dei diritti riconosciuti alla vittima risulti subordinato alla previa attivazione della pubblica accusa ne sminuisce palesemente la portata, anche e soprattutto in ragione del fatto che l'attore pubblico potrebbe intervenire tardivamente o rimanere inerte. Questo scenario, d'altronde, si è più volte verificato nel nostro ordinamento e ha occasionato interventi fondamentali della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[14] e della Corte costituzionale[15], dai quali è emersa l'esistenza di un contrasto apparentemente insanabile in ordine al ruolo da riconoscere alla vittima già nella prima fase del procedimento penale[16].
Una forma di tutela di tale soggetto in relazione alla fase investigativa potrebbe essere ricondotta all'istituto dell'equa riparazione per irragionevole durata delle indagini[17]. Tale strumento, però, quando viene applicato con riferimento alla persona offesa, non copre il periodo delle investigazioni, in quanto nei suoi confronti il processo si considera iniziato «con l'assunzione della qualità di parte civile»[18]. In questo modo la disciplina non trova applicazione proprio in una fase in cui le operazioni rivelano spesso considerevoli ritardi e inadempimenti tali da pregiudicare il tempestivo esercizio dell'azione civile in seno al processo penale e quindi il godimento di tutti i diritti e i poteri di cui la vittima è portatrice. Su questo punto si è ripetutamente pronunciata la Corte Edu evidenziando l'assenza di un rimedio effettivo per la persona offesa laddove le indagini si siano protratte per un lasso di tempo irragionevole[19].
Le questioni poste all'attenzione delle Corti vertevano su episodi in cui non era stata neppure consentita la costituzione di parte civile, in quanto erano stati adottati provvedimenti archiviativi per intervenuta prescrizione del reato.
Nel caso *Arnoldi c. Italia*, la Corte equiparò la posizione della parte civile a quella della persona offesa che nel corso della fase preliminare aveva esercitato i diritti ad essa riconosciuti dalla legge nazionale e che risultano, secondo la lettura offerta dai giudici, funzionali alla futura costituzione

---

[11] Secondo H. Belluta, *Quale ruolo per la vittima*, cit., 85, la possibilità per la vittima di avanzare una richiesta risarcitoria dei danni derivanti da reato all'interno del processo penale la espone ad uno sdoppiamento che la indebolisce.
[12] Sul tema G. Di Chiara, (Voce) *Parte civile*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, 238 ss.
[13] In questo senso C. cost., sent. 98/1996.
[14] Corte eur., 7.12.2017, *Arnoldi c. Italia*, cit.; Id. 18.3.2021, *Petrella c. Italia*, cit.
[15] C. cost., 4.11.2020, n. 249; Id. 3.11.2021, n. 203.
[16] La differenza di vedute tra le due Corti è sottolineata da E. Grisonich, *Il dirompente incidere delle garanzie processuali della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al giudice e rimedio effettivo*, in *SP* 7.4.2021, 5.
[17] Il riferimento è all'art. 2 co. 2 *bis* l. 89/2001 così come modificato con d.l. 22.7.2012, n. 83, convertito in l. 7.8.2012, n. 134.
[18] Cit. art. 2 co. 2 *bis* l. 89/2001: «il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari».
[19] In questo senso si vedano, tra le sentenze più recenti sul punto, Corte eur., 7.12.2017, *Arnoldi c. Italia*; Id. 18.3.2021, *Petrella c. Italia*. Cfr. F. Cassibba, *Durata irragionevole delle indagini preliminari e archiviazione: diritti dell'offeso-danneggiato*, in *RIDPP* 2021.

nel processo penale[20]. Seguendo questo approccio, lo *status* formale non sarebbe dirimente, rilevando piuttosto l'effettiva volontà del ricorrente di rivendicare le proprie pretese risarcitorie nell'ambito del procedimento penale e l'incidenza delle indagini sul «diritto di carattere civile in causa»[21].

Tale impostazione ha il merito di rescindere il legame tra la tutela della vittima e la sua qualifica formale, ma non riesce a realizzare una completa emancipazione della stessa dalle pretese risarcitorie. Il limite principale di questa ricostruzione riguarda infatti il riconoscimento di una tutela alla vittima nella misura in cui sia in attesa di costituirsi parte civile, circostanza che la Corte desume dall'esercizio delle facoltà ad essa attribuite dalla legge.

Nonostante tale profilo critico, questa decisione si è posta in netto contrasto con la giurisprudenza nazionale che, come è noto, ha sollecitato un intervento della Corte costituzionale. La stessa sentenza *Arnoldi c. Italia* risaltava il consolidato orientamento della Corte di Cassazione[22] in base al quale la persona offesa, non (o non ancora) costituita parte civile, non potesse ritenersi «vittima della violazione del termine ragionevole per il periodo anteriore alla costituzione» e, conseguentemente, non riconosceva alla stessa il diritto di «chiedere un risarcimento per i danni subiti a causa della durata di questo procedimento»[23]. Anche i giudici di Palazzo della Consulta, esaltando la logica casistica che caratterizza le sentenze della Corte Edu e confinando la portata della decisione al caso concreto, hanno confermato la legittimità delle norme che escludono l'equa riparazione per irragionevole durata delle indagini nei confronti della persona offesa, dichiarando l'infondatezza della questione sollevata[24]. Nel raggiungere questo risultato, inoltre, la Corte costituzionale ha ribadito la necessità di tenere ferme le qualifiche formali nel piano interno[25] e la differenza tra le due figure descritte dal codice di rito, così mantenendo salda la dicotomia persona offesa-danneggiato. Essa, peraltro, ha considerevolmente ridimensionato il rilievo dei diritti e dei poteri riconosciuti alla persona offesa nel corso della fase investigativa, sul presupposto che essi non costituiscano una forma di tutela anticipata delle pretese civilistiche, mantenendo una posizione ancillare rispetto all'attività investigativa della pubblica accusa, che continua ad assorbire la vittima[26].

La Corte Edu si è discostata da tale approccio e, a distanza di poco tempo, ha nuovamente condannato l'ordinamento domestico per violazione dell'art. 6 Cedu. Così la successiva sentenza

---

[20] La Corte giunge ad affermare che «nel diritto italiano la posizione della parte lesa che, in attesa di potersi costituire parte civile, ha esercitato almeno uno di tali diritti e facoltà nel procedimento penale, non differisca, in sostanza, per quanto riguarda l'applicabilità dell'articolo 6, da quella della parte civile». Corte eur., *Arnoldi c. Italia*, cit., par. 40.

[21] Corte eur., *Arnoldi c. Italia*, cit., par. 30.

[22] In particolare, vengono richiamati: Cass., 30.1.2003, n. 1405; Id. 19.9.2003, n. 13889; Id. 24.7.2003, n. 11480; Id. 12.1.2007, e, più recentemente, Cass., 3.4.2012, n. 5294, Cass. S.U., 24.9.2013 n. 19663, Id. 27.4.2016, n. 8291.

[23] C. cost. 4.11.2020, n. 249, con nota di E.N. La Rocca, *Le due vie per il ristoro economico dell'offeso dal reato che escludono l'equa riparazione per irragionevole durata delle indagini preliminari (Corte cost. n. 249 del 2020)*, in *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* 17.12.2020.

[24] La questione sollevata dinanzi alla Corte costituzionale verteva sulla legittimità costituzionale dell'art. 2 co. 2 *bis* della L. 89/2001 nella parte in cui non contempla la persona offesa tra i soggetti che possono esercitare questo diritto.

[25] Cfr. anche F. Falato, *Recenti tendenze della Corte europea per estendere il rapporto tempo-processo alle indagini preliminari e alla persona offesa*, in *Arch. pen.* 2021. La differenza tra l'approccio formalistico seguito dalla Corte costituzionale e quello più pragmatico della Corte europea dei diritti dell'uomo è evidenziata da F. Cassibba, *Durata irragionevole delle indagini preliminari e archiviazione*, cit., 2 e D. Vicoli, *La "ragionevole durata" nelle indagini*, Torino 2012, 1.

[26] Sembra, quindi, che la Corte costituzionale non tenga conto del considerando n. 9 della dir. 2012/29/UE la quale afferma che il reato «non è solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime».

Petrella c. Italia[27] ha recentemente ribadito l'assenza di uno strumento interno che consenta alla vittima di tutelarsi in caso di irragionevole durata delle indagini e la necessità di garantire tale diritto dal momento in cui viene esercitata una delle facoltà previste dalla legge, momento che, pertanto, deve costituire il *dies a quo* del termine di riferimento per il riconoscimento dell'equa riparazione.
Nonostante i progressivi passi avanti realizzati in questa decisione, soprattutto per quanto riguarda il diritto al processo della vittima[28], anche in questa occasione la Corte Edu ha continuato ad ancorare la tutela dell'offeso al solo riconoscimento delle sue istanze risarcitorie.
Il ragionamento dei giudici di Strasburgo, quindi, diverge solo in parte dall'assetto del nostro codice, poiché entrambi partono dal presupposto in base al quale la tutela della vittima all'interno del processo penale si riduce alla protezione di interessi di natura squisitamente risarcitoria. Ma è evidente che si tratti di una prospettiva riduttiva poiché tale protezione non può arrestarsi sul piano economico né, *a fortiori*, può trovare le sue risposte «sul terreno della decorrenza del computo del termine di ragionevole durata»[29]. D'altra parte, come hanno affermato i giudici costituzionali, non può non rilevarsi «la reale esistenza nell'ordinamento italiano di un problema effettivo (...) concernente il riconoscimento di un diritto della persona offesa a un sollecito svolgimento delle indagini preliminari in vista di una altrettanto sollecita decisione sulla pretesa di risarcimento del danno da reato»[30].

3. L'assenza di previsioni specificamente rivolte alla vittima all'interno della Cedu e di una sua definizione normativa non ha impedito alla Corte Edu di riconoscere un considerevole novero di garanzie a tale soggetto all'interno del procedimento penale. Questo risultato è stato raggiunto talvolta estendendo l'applicazione di istituti riservati all'accusato, talora offrendone una rilettura inedita[31].
Se, per un verso, il filone giurisprudenziale formatosi sulla base dell'art. 6 § 1 Cedu ha escluso una tutela della vittima in quanto tale, richiedendo che la stessa agisca in seno al processo penale al fine di avanzare istanze civilistiche, per altro, è stata configurata l'esistenza di obblighi in capo alle autorità inquirenti che consentono di volgere lo sguardo nei confronti di questa figura già nella fase investigativa, sganciandola dalle sue pretese risarcitorie.

---

[27] In commento M. Aloisi, *Durata irragionevole delle indagini, prescrizione del reato e diritto di accedere al giudice*, in *PPG* 2021; A. Marandola, *Persona offesa e durata irragionevole delle indagini tra Corte costituzionale e Corte edu, in PDP* 13.4.2021, F. Cassibba, *Durata irragionevole delle indagini preliminari e archiviazione*, cit.
[28] Tale sentenza è stata considerata particolarmente importante sotto il profilo del riconoscimento di un *right to court* alla vittima. La Corte, infatti, ha ritenuto irrilevante la possibilità di godere del ristoro in sede civile nei casi in cui la domanda proposta dalla persona offesa non sia stata esaminata dal giudice penale per ragioni addebitabili alle autorità statali. In tema M. Gialuz, *Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell'ordinamento italiano*, in *RIDPP* 2019, 94 ss. e già M. Chiavario, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati*, cit., 945 ss.
[29] Così C. cost., sent. 28.11.2021, n. 203, par. 6.2.
[30] C. cost., sent. 203/2021, par. 6.
[31] Si pensi all'approccio innovativo della Corte Edu in tema di *ne bis in idem* e tutela dei diritti fondamentali della vittima. Sebbene si tratti di un principio tradizionalmente a presidio delle garanzie di certezza dei rapporti giuridici e del soggetto già sottoposto ad un procedimento, nella sentenza *Sabalić c. Croazia* i giudici di Strasburgo hanno cambiato prospettiva, ammettendo la "cedevolezza" del divieto di *bis in idem* in caso di condanna pronunciata a conclusione di un procedimento in cui non è stata considerata la posizione della vittima. Cfr. Corte eur., 14.1.2021, *Sabalić c. Croazia*, in commento V. Di Nuzzo, «Ne bis in idem» *e tutela della vittima di reato: la Corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+*, in *FI* 2021, 465 ss. Si veda anche V. Di Nuzzo, *Le trasformazioni di una garanzia: il* ne bis in idem *tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *Ordine internazionale e diritti umani* 2022, 208-223.

Questo approdo ermeneutico, volto ad attribuire rilievo alle esigenze di tutela della vittima sin dalla fase delle indagini, rappresenta il prodotto di un orientamento giurisprudenziale formatosi con riferimento agli artt. 2, 3, 4 e 8 della Convenzione, da cui sono stati fatti discendere obblighi positivi e negativi, sostanziali e procedimentali[32], tra i quali figura quello di svolgere investigazioni complete ed effettive[33].
Di fronte alla lesione di diritti individuali che godono del rango di diritti fondamentali[34], il sistema di protezione delineato dalla Cedu non si arresta dunque al piano del diritto sostanziale, ma richiede adeguati meccanismi di accertamento della lamentata lesione[35]. D'altronde, affinché le disposizioni penali non rimangano lettera morta è necessario che l'ordinamento sia munito di strumenti procedimentali capaci di assicurarne la corretta ed effettiva applicazione[36]. Ciò conferma l'esistenza di una stretta connessione tra il diritto penale sostanziale e quello processuale e amplia il novero degli obblighi esistenti in capo agli Stati aderenti. La tutela dei diritti della persona, quindi, non richiede soltanto la prevenzione e l'astensione da condotte penalmente rilevanti che possano pregiudicarli, ma si arricchisce di un nuovo tassello che coinvolge l'amministrazione della giustizia[37] e impone il corretto svolgimento del procedimento penale.
Proprio in questa prospettiva la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo di espletare indagini ufficiali, trasparenti, celeri e imparziali, il quale si attiva a fronte di una lesione di un *core right* ad opera di uno Stato aderente. Tale violazione – a prescindere dalla natura, pubblica o privata, del soggetto che l'abbia prodotta[38] – è sufficiente a far sorgere un impegno investigativo così configurato. Secondo la Corte europea, infatti, sulle autorità nazionali incombe il compito di svolgere tutte le attività idonee ad accertare i fatti e ad individuare e punire i responsabili[39].

---

[32] Cfr. M. Montagna, *Necessità e completezza delle indagini*, cit., 345. L'autrice ammette la sussistenza del dovere dei singoli Stati di predisporre ogni misura necessaria per assicurare una protezione concreta e non meramente formale, anche se questo richiede interventi eterogenei di natura tecnico-amministrativa, ma anche legislativa e giudiziaria. V. Corte eur., 26.8.2020, *Munteanu c. Repubblica Moldava*, in commento A. Falcone, *Positive Obligations of the States in the domestic violence Caselaw of the European Court of Human Rights and discriminatory attitude of the national authorities towards a victim of gender-based violence*, in corso di pubblicazione.
[33] Cfr, M. Montagna, *I diritti minimi della vittima*, cit., 328.
[34] In questo senso si veda ad esempio L. Parlato, *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, in a cura di D. Chinnici, A. Gaito, *Regole europee e processo penale*, Milano 2018, 106 e V. Scalia, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen*. 2020, 38, che a proposito parla di "*core rights*".
[35] Secondo F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDPP* 2007, 42 ss., in questo modo si delinea un nuovo ruolo dei diritti fondamentali che, da limite al potere punitivo dello Stato, diventano oggetto di tutela penale.
[36] M. Montagna, *Necessità e completezza delle indagini*, cit., 350.
[37] Con specifico riferimento al diritto alla vita, la natura bicefala dell'obbligo positivo preposto alla sua tutela è stata ribadita in più occasioni, considerando come fonte il combinato disposto degli artt. 1 e 2 Cedu. Si veda sul punto V. Scalia, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi*, cit., 42, che richiama Corte eur. G.C., 27.9.1995, *McCann c. Regno Unito*.
[38] Cfr. Corte eur., 7.10.2021, *Zoletic e altri c. Arzebaijan*, par. 186, in cui si evidenzia la differenza tra gli obblighi di natura sostanziale e quelli di natura procedimentale. Infatti, mentre i primi si atteggiano in modo diverso a seconda che il trattamento contrario alla convenzione sia stato realizzato da agenti statali o privati, i requisiti procedurali sono modulati sempre allo stesso modo. È pur vero, però, che nei casi in cui la violazione sia stata realizzata da un agente statale, il dovere di compiere una indagine pubblica e imparziale assume un significato ulteriore: preservare «la fiducia del pubblico nel principio di legalità e evitare qualsiasi parvenza di complicità o di tolleranza relativamente a degli atti illegali». V. Corte eur., 14.3.2002, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, par. 69 e 71; Id. 9.6.2009, *Opuz c. Turchia*, par. 150.
[39] Si fa espressamente riferimento all'«obbligo di porre in essere un sistema giudiziario efficace ed indipendente che consenta di stabilire la causa dell'omicidio di un individuo e di punirne i colpevoli». Cfr. Corte eur., 9.6.2009, *Opuz*

Sebbene si tratti di una forma di tutela che interviene quando la vittima ha già subito un pregiudizio, essa attribuisce significati diversi e ulteriori alla fase preliminare del procedimento penale. Le indagini, normalmente percepite dalla vittima come un momento in cui è necessario ottenere protezione, diventano strumento attraverso il quale vengono garantiti i suoi diritti[40].
Naturalmente si tratta di un obbligo di mezzi e non di risultato, che non comporta un dovere per il giudice di condannare o un diritto per la vittima di far perseguire e condannare gli autori del reato[41]. Pertanto, il vaglio a cui sono sottoposte le attività investigative non riguarda soltanto l'*an*, ma involge anche il *quomodo* in quanto la valutazione della Corte guarda anche, e soprattutto, alle modalità con cui le stesse sono state condotte dagli organi inquirenti[42]. A tal proposito, uno degli elementi indicativi del rispetto di questo obbligo procedimentale è stato individuato nel momento iniziale delle operazioni di competenza delle autorità nazionali, al fine di verificare la sussistenza di ritardi attribuibili all'inerzia degli agenti[43]. L'obbligo di svolgere indagini effettive, complete e tempestive sorge quando i soggetti competenti vengono a conoscenza della *notitia criminis* e si protrae per tutto il tempo in cui lo Stato si sarebbe dovuto adoperare in questo senso[44]. In realtà, la semplice attivazione tempestiva delle autorità non è di per sé sufficiente a escludere la sussistenza di una violazione delle norme Cedu dal punto di vista procedimentale, in quanto le attività investigative potrebbero risultare carenti sotto altri profili[45]. È possibile, per esempio, che all'esito delle investigazioni permangano significative incertezze in ordine alle circostanze, oggettive e soggettive, di commissione del reato e risulti così impossibile accertare le modalità di verificazione

---

c. Turchia, par. 150. Tale principio è stato recentemente ribadito da Corte eur., 7.10.2021, *Zoletic e altri c. Arzebaijan*, par. 187: «*These procedural requirements primarily concern the authorities' duty to institute and conduct an effective investigation. As explained in the Court's case-law, that means instituting and conducting an investigation capable of leading to the establishment of the facts and of identifying and – if appropriate – punishing those responsible*». Nella stessa direzione si muove la coeva Corte eur., 26.10.2021, *Arret A.P. c. Moldava*, par. 30 : «*Pour ce qui est plus précisément de l'obligation procédurale de mener une enquête effective, elle rappelle que, lorsqu'une personne allègue de manière défendable avoir été victime d'actes contraires à l'article 3 de la Convention, les autorités nationales doivent mener une enquête officielle effective propre à permettre l'établissement des faits ainsi que l'identification et la punition, le cas échéant, des personnes responsables*».

[40] M. Gialuz, *Victim's protection in the case law of the European court of justice and the European court of human rights*, cit., 29.

[41] Si veda da ultimo, Corte eur., 21.9.2021, *Carter c. Russia*, par. 138. In questo senso anche M. Montagna, *Necessità e completezza delle indagini*, cit., 349; Id., *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.* 2019, 5 e L. Parlato, *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, cit., 108.

[42] Secondo M. Gialuz, *Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima*, cit., 95, la Corte realizza un "*significant flaw" test* che le consente di verificare la effettiva portata dei difetti e delle lacune investigative, così da valutare se essi possano considerarsi talmente rilevanti da determinare una violazione della norma convenzionale.

[43] È quanto accaduto nel caso *Carter c. Russia*, in cui è stata riconosciuta una lesione del diritto alla vita sotto il *procedural limb*, in ragione della esistenza di un arco temporale di due settimane tra l'apprensione della notizia della morte dell'*ex* agente segreto russo Litvinenko e l'inizio delle operazioni investigative. Al contrario, nella sentenza Corte eur., 11.5.2021, *Penati c. Italia*, la Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 2 sotto il profilo procedimentale, poiché le autorità si sono adoperate immediatamente dopo aver compreso la notizia della morte della minore. L'importanza del "tempo" delle indagini è stata recentemente ribadita anche nella sentenza Corte eur., 16.6.2022, *De Giorgi c. Italia*, par. 87-88. I giudici hanno ricordato che il semplice trascorrere del tempo può danneggiare le indagini e comprometterne le possibilità di successo, in quanto il passare del tempo erode la quantità e la qualità degli elementi di prova a disposizione.

[44] Proprio per questa sua caratterista L. Parlato, *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, cit., 108, definisce l'obbligo procedimentale come un obbligo di durata.

[45] La Corte ha per esempio accertato la sussistenza di una violazione dell'obbligo procedimentale nel caso *Estemirova c. Russia*, nonostante le autorità russe si fossero adoperate immediatamente dopo la denuncia della scomparsa della attivista cecena. Cfr. Corte eur., 31.8.2021, *Estemirova c. Russia*.

dello stesso o individuarne l'autore[46]. Appare comunque opportuno precisare che, sebbene tali scenari debbano essere scongiurati, essi costituiscono un rischio calcolato, non necessariamente addebitabile ad una condotta inerte o negligente degli organi inquirenti. Pertanto, risulta del tutto fisiologica la possibilità che le indagini non riescano a dare risposte in ordine ai fatti oggetto di accertamento.
Questa consapevolezza, manifestata dai giudici dissenzienti[47], sembra mettere in crisi l'assetto delineato dalla Corte che, dunque, risulta difficilmente recepibile sul piano interno.
Nonostante tali difficoltà applicative, le conclusioni raggiunte dai giudici di Strasburgo in queste fondamentali decisioni appaiono largamente condivisibili. Esse, infatti, pongono le basi per una riconsiderazione del ruolo della vittima nel corso delle attività prodromiche alle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale. Questo soggetto del procedimento penale viene qui preso in considerazione in quanto titolare di un bene giuridico leso e non solo per le eventuali pretese civili che intende azionare nel processo penale.
Tale forma di tutela non può essere tuttavia generalizzata, in quanto la Corte Edu realizza una selezione all'ingresso rivolgendosi solo ad alcune tipologie di vittime. Esse vengono scelte sulla base dei beni giuridici lesi, i quali devono afferire al nucleo duro dei valori fondamentali riconosciuti dalla Convenzione, quali la vita, l'integrità fisica, la dignità, la libertà personale e sessuale[48].

4. A ben vedere, questa forma di protezione – così pregnante seppur in qualche modo elitaria, poiché appunto circoscritta alla tutela di diritti apicali – pone dei problemi dal punto di vista degli interventi realizzabili in chiave preventiva per scongiurare successive censure dovute alla incompletezza ed ineffettività delle indagini. La Corte, infatti, ha esteso i margini del proprio sindacato sull'operato delle autorità degli Stati aderenti, riservandosi il potere di condannarli quand'anche non sia stata provata al di là di ogni ragionevole dubbio la loro responsabilità diretta[49].
Tale orientamento deve essere analizzato anche nella prospettiva del diritto nazionale, per comprendere se effettivamente possa essere recepito sul piano interno. Il rischio, altrimenti, è che la tutela procedimentale divenga applicabile solo a livello convenzionale risultando eccessivamente tardiva. In effetti, le valutazioni necessarie per accertare una violazione delle

[46] La completezza è stata analizzata anche dal punto di vista delle scelte valutative realizzate dagli organi inquirenti, come quelle che attengono alle diverse ipotesi ricostruttive. Nel caso Corte eur., 31.8.2021, *Estemirova c. Russia*, infatti, la ricorrente lamentava una lesione del diritto alla vita sotto il profilo procedurale (oltre che sostanziale) perché gli investigatori avevano abbandonato immediatamente l'ipotesi investigativa del coinvolgimento delle autorità statali nell'omicidio di Natalia Estemirova. In quella occasione, secondo la ricostruzione della ricorrente, successivamente avallata dalla Corte, non solo gli inquirenti non avevano percorso adeguatamente questa via, ma si erano accontentati degli elementi raccolti a carico del principale sospettato, nonostante questi fossero messi in discussione dagli esiti incerti di alcuni *test*.
[47] Si veda in questo senso *Joint dissenting opinion of judges Dedov and Zund, Estemirova v. Russia judgment*.
[48] L'elenco è ribadito da L. Parlato, *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, cit., 107.
[49] Cfr. M. Chiavario, *Il "diritto al processo" delle vittime*, cit., 946. L'autore ricorda che non sempre la condanna dello Stato convenuto discende da un accertamento della «commissione di comportamenti, da parte di funzionari pubblici, direttamente o indirettamente responsabili della morte o del maltrattamento di determinate persone». Prosegue poi sottolineando che, in alcuni casi, i giudici hanno riconosciuto che gli elementi probatori in loro possesso non consentissero «di concludere al di là di ogni ragionevole dubbio» per la responsabilità dello Stato e che, proprio in tali ipotesi, «la natura e la qualità delle indagini condotte dalle autorità dotate di poteri investigativi (nonché delle risoluzioni adottate da coloro cui spetta il controllo sull'esercizio di quei poteri)» diventano decisivi per accertare se vi sia stata una violazione, sotto il profilo procedimentale. In questo caso si rinvia, tra le tante, a Corte eur., 6.4.2000, *Labita c. Italia*, par. 131-136.

norme Cedu sotto il *procedural limb* sembrano adatte soltanto ad un giudice che interviene una volta che siano stati esauriti i rimedi interni.
Peraltro, nonostante la Corte abbia ritenuto di poter valutare il rispetto degli *standard* di tutela convenzionali prescindendo dall'esito del procedimento interno, sembra difficile che ciò possa concretamente accadere. Del resto, le stesse esigenze di cui si fa portatrice la vittima sono diverse a seconda del tipo di sentenza pronunciata dai giudici nazionali[50].
Il giudizio sul rispetto degli obblighi procedimentali è legato a filo doppio ad un altro adempimento che la Convenzione impone agli Stati, la cui violazione può risultare di per sé sintomatica di mancanze investigative da parte delle autorità procedenti: l'obbligo di *discovery* previsto dall'art. 38 Cedu. Affinché la Corte possa esaminare il ricorso presentato dai singoli individui, è necessario che gli ordinamenti nazionali forniscano *all necessary facilities*[51]. Senonché un simile meccanismo, che consente di superare la segretezza che copre le investigazioni, non può essere esteso nei confronti della vittima nel corso dello svolgimento delle indagini e questo le impedisce di formulare un giudizio sulla loro effettività. Tale soggetto, potendo avere contezza dietro espressa richiesta della sola iscrizione della notizia di reato e non anche dei singoli atti compiuti, si vede così privato di quel bagaglio conoscitivo che gli consentirebbe di muovere delle censure rispetto all'operato delle autorità inquirenti[52].
A ciò si aggiunge un'ulteriore perplessità connessa alla individuazione di strumenti tali da consentirle di intervenire attivamente nel procedimento e non attraverso un mero potere di sollecitazione al *dominus* delle indagini[53]. Difatti, il nostro ordinamento contempla un istituto che, consacrando «l'esistenza di un conflitto tra i due rami dell'accusa»[54], consente alla persona offesa di contribuire alla completezza investigativa. Tale rimedio è la opposizione alla richiesta di archiviazione[55] con la quale la persona offesa chiede la prosecuzione delle indagini preliminari e, a pena di inammissibilità, indica l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di

---

[50] D'altra parte, risulta difficile pensare che una vittima adirà la Corte Edu lamentando l'inefficienza delle indagini preliminari in caso di condanna dell'imputato. Al contrario, a fronte di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione è del tutto fisiologico che la vittima si rivolga ai giudici di Strasburgo evidenziando una violazione degli obblighi procedimentali. Sono due episodi agli antipodi che in realtà dimostrano il rilievo dirimente dell'esito del procedimento nazionale rispetto alla scelta della vittima di rivolgersi alla Corte europea e quindi di azionare la tutela procedimentale.
[51] «*The refusal to submit the complete investigation file could not be justified by the secrecy of the investigation to wich the Government referred, because the Court's proceedings allow to ensure it*». Cit. Corte eur., 31.8.2021, *Estemirova c. Russia*, par. 76.
[52] Non a caso una delle doglianze sollevate dalla ricorrente nella sentenza *Estemirova c. Russia*, cit., riguardava proprio l'impossibilità di venire a conoscenza dell'intero materiale raccolto durante le indagini, in quanto le autorità, adducendo esigenze investigative, avevano più volte rigettato le domande di accesso agli atti presentate dal difensore della ricorrente. Richieste accolte, secondo quanto ha appurato la Corte, in un momento successivo e imprecisato. Si vedano par. 37-43 della stessa sentenza.
[53] Questa condizione è prevista nella disciplina sull'incidente probatorio: durante le indagini preliminari e l'udienza preliminare, la persona offesa può limitarsi a sollecitare il pubblico ministero, ma non può avanzare alcuna richiesta diretta di incidere probatorio. Peraltro, tale potere risulta indebolito ulteriormente dalla previsione contenuta nell'art. 394 Cpp nella parte in cui prevede che, nel caso in cui il pubblico ministero non accolga la richiesta, pronunci decreto motivato, avverso il quale non è possibile esperire alcun rimedio impugnatorio.
[54] Così C. Pansini, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, Padova 2004 e S. Fasolin, *L'opposizione della persona offesa tra ammissibilità e merito*, in *CP* 2011, 3056 ss.
[55] Sul punto occorre evidenziare l'esistenza di un orientamento della Corte di Cassazione che allarga le maglie di questo rimedio stabilendo che tale facoltà deve ritenersi sussistente anche quando la dichiarazione di voler essere informato della richiesta di archiviazione non sia stata presentata o sia tardiva. Cfr. Cass. S.U., sent. 30.6.2004, n. 29477, *Apruzzese*, in *RIDPP* 2004, 1246.

prova[56]. In questo modo il legislatore offre alla vittima un'occasione per muovere una censura di incompletezza e per individuare le attività suppletive o integrative da svolgere[57]. Le potenzialità della opposizione si apprezzano ancora di più se si pensa alla possibile combinazione con l'istituto delle investigazioni difensive[58]. La vittima, infatti, potrebbe integrare il materiale investigativo già raccolto dalle autorità con ulteriori elementi, facendo emergere profili che la procura potrebbe aver trascurato[59].
Tuttavia, tale ricostruzione, che esalta l'opposizione alla richiesta di archiviazione, presta il fianco ad una critica, in quanto si tratta pur sempre di un istituto che può essere attivato solo a conclusione delle indagini, quando il pubblico ministero si è determinato nel senso di richiedere l'archiviazione. Pertanto, esso non consente di contrastare eventuali inerzie degli organi inquirenti durante lo svolgimento delle indagini preliminari[60].
Questo, allora, il punto nevralgico della questione: se la macchina investigativa rimane completamente inerte e non sussistono attività da criticare o determinazioni a cui opporsi, la vittima risulta sprovvista di tutela. Dunque, nonostante l'indubbia utilità del meccanismo disposto dall'art. 410 Cpp, quest'ultimo non attribuisce alla vittima una posizione attiva durante le indagini tale da poter incidere sulla completezza.

5. Un ulteriore strumento che consente alla vittima di muovere critiche nei confronti dell'operato del pubblico ministero si colloca sul piano extrapenale: esso è rappresentato dal «risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati»[61]. La relativa normativa trova applicazione nell'ipotesi in cui l'organo inquirente ometta colposamente di compiere atti discrezionali[62], determinando un danno nei confronti delle vittime dei reati, apprezzabile in termini di impossibilità di ottenere tutela in sede penale[63]. Il

[56] Art. 410 cpp.
[57] In questo senso R. Fonti, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Arch. pen.* 2013, 2, 11.
[58] Così F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005, 239, che a tal proposito richiama, seppur in un'accezione diversa, il concetto di "polivalenza" delle indagini preliminari.
[59] Secondo H. Belluta, *Participation of the victim in criminal investigations*, cit., 6, tale prerogativa della vittima non si pone in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Anzi, le investigazioni difensive possono avere diverse finalità. Esse possono essere realizzate per supportare le attività del pubblico ministero, per presentare l'opposizione ai sensi dell'art. 408 Cpp e per promuovere l'azione quando è possibile, come nel caso del ricorso diretto al giudice di pace, ai sensi degli artt. 21 ss. del D.lgs. 28.8.2000, n. 274. Sulla compatibilità di questo istituto con l'art. 112 Cost. si veda C. cost., ord. n. 381/2005. P. P. Paulesu, (Voce) *Persona offesa*, in *ED*, II 2018, afferma che la persona offesa mediante le investigazioni difensive può ridurre alcune zone d'ombra, individuando l'indagato quando questo non è conosciuto, in quanto si ritiene che spesso tra vittima e reo sussiste una conoscenza reciproca.
[60] Questa affermazione cela una presa di coscienza in merito alle sorti di alcune notizie di reato che, talvolta, vengono ignorate al punto da determinare richieste di archiviazione per prescrizione.
[61] L. 13.4.1988, n. 117, così come modificata con L. 27.2.2015, n. 18. Cfr. G. Marra, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero per inerzia nell'attività di indagine*, in *DPP* 2016, 251 ss.
[62] In particolare, il riferimento è a quanto previsto dagli artt. 2 e 3 della L. 13.4.1988, n. 117, così come modificata con L. 27.2.2015, n. 18.
[63] A venire in rilievo è anche il potenziale danno che potrebbe subire la persona indagata, la cui innocenza avrebbe potuto essere acclarata già nella fase investigativa se le indagini fossero state compiute in modo più diligente. Si veda in questo senso G. Marra, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero*, cit., 252, che, a tal proposito, richiama un caso in cui un medico fu rinviato a giudizio senza la previa audizione dei soggetti da lui indicati durante l'interrogatorio, i quali avrebbero potuto fornire delle dichiarazioni a suo vantaggio, ritenute determinanti ai fini della formulazione della richiesta di rinvio a giudizio. L'imputato, dopo essere stato assolto con sentenza non impugnata, decise di agire adducendo che l'inerzia del pubblico di ministero aveva determinato un grave danno economico, in ragione delle spese legali sostenute, nonché un danno all'immagine e all'attività professionale. Il procedimento fu

riconoscimento del diritto al risarcimento ivi previsto impone una valutazione nel merito delle scelte investigative compiute dal titolare delle indagini, che viene realizzata dal giudice civile chiamato a decidere sulla domanda presentata dalla vittima. Anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una tutela che non può considerarsi sufficiente a soddisfare l'aspettativa della vittima a una puntuale indagine: da una parte, perché si limita al riconoscimento di una pretesa risarcitoria, analogamente a quel che accade in sede di equa riparazione per irragionevole durata del procedimento; dall'altra, perché non fa che postulare un'azione civile, esperibile *ex post* quando la lesione si è già concretizzata, talvolta producendo effetti irreversibili[64].
Siamo dunque lontani dalla previsione di un intervento dal carattere preventivo e proattivo, che però sarebbe auspicabile alla luce del principio di completezza ed effettività elaborato a Strasburgo.
Una precisazione appare comunque necessaria. Sebbene siano evidenti le criticità degli strumenti appena descritti, deve riconoscersi che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mai fornito specifiche indicazioni in ordine ai poteri da attribuire alla vittima, lasciando ampia libertà in capo agli ordinamenti nazionali. Agli Stati viene semplicemente richiesto di garantire un maggiore coinvolgimento della vittima nella misura necessaria a salvaguardare i suoi legittimi interessi, senza ulteriori chiarimenti sul punto[65]. Anzi, gli stessi giudici europei hanno ridimensionato il contributo che tale figura può fornire, affermando che le autorità nazionali non possono lasciare che la vittima si assuma la responsabilità dello svolgimento di eventuali indagini[66].

6. Sullo sfondo del rimedio risarcitorio poc'anzi prospettato si profila una questione che rende ancora più complessa la sua effettiva praticabilità: essa attiene alla discrezionalità delle scelte investigative del pubblico ministero e, conseguentemente, alla loro sindacabilità. In effetti, qualora

---

definito dalla Cass., 29.1.1996, n. 654, che rigettò il ricorso ritenendo insussistente il nesso di causalità tra la condotta omissiva del pubblico ministero e il successivo esercizio dell'azione penale, in quanto, a prescindere dal compimento o meno dell'attività omessa, il convincimento del pubblico ministero nel senso della richiesta di archiviazione si sarebbe comunque potuto formare, essendo lo stesso libero di determinarsi in quel senso.

[64] Il riferimento è a due vicende i cui fatti si sono verificati nei primi anni del 2000 e che sono state decise dalla Cass. sentt. 5.3.2015, n. 13189 e 8.4.2020, n. 7760. Il primo riguardava una donna che, dopo aver denunciato l'amante per averla minacciata con tre lettere sequestrate presso la sua abitazione, veniva uccisa dall'*ex* compagno, il quale poi si suicidò. In quel caso i giudici ritennero di dover censurare l'omissione dell'interrogatorio dell'indagato, in quanto, secondo la Cassazione, qualora fosse stato disposto tale atto investigativo, il pubblico ministero avrebbe potuto comprendere lo stato mentale dell'uomo e chiedere l'intervento delle autorità competenti affinché venisse disposto un trattamento sanitario obbligatorio. Il secondo caso si inseriva nel quadro di una separazione conflittuale, segnata da una serie di denunce reciproche, alle quali avevano fatto seguito una serie di provvedimento giudiziali. Nonostante l'attenzione inizialmente riservata alle vicende di questa coppia, la Cassazione censurò il comportamento delle autorità inquirenti, riconoscendo il risarcimento del danno nei confronti dei familiari della moglie uccisa dall'*ex* coniuge. Più precisamente, i giudici ermellini attribuirono rilevanza al mancato sequestro del coltello usato dal marito per minacciare la moglie, nonostante la condotta fosse stata oggetto di numerose denunce da parte della donna. In commento, G. Marra, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero* cit., 251 ss., C. Parodi, *Scelte investigative e responsabilità del P.M.: molti sconfitti e nessun vincitore*, in *magistraturaindipendente.it* 27.5.2020. G. Mastrangelo, *La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa attività d'indagine e morte della persona offesa. Gli argomenti della giurisprudenza civile, le scansioni del processo penale e le conseguenze del nuovo art. 362, c. 1* ter, *c.p.p.*, in *SP* 2021, 84. Quest'ultimo mette in evidenza come tali pronunce abbiano creato una erronea commistione tra istituti processuali che si muovono su piani diversi: quello cautelare e quello investigativo. Impedire la commissione di un reato diverso e ulteriore rispetto a quello per il quale si procede non è un fine perseguibile attraverso i singoli atti investigativi: la protezione della vittima passa inevitabilmente per interventi sul piano cautelare, gli unici astrattamente idonei ad impedire la progressione criminosa. V. *infra*.

[65] Cfr. Corte eur., 7.10.2021, *Zoletic e altri c. Azerbaijan*, par. 187.

[66] Cfr. Corte eur., 18.11.2021, *M.H. e altri c. Croazia*, par. 161-162.

si ammettesse quest'ultima forma di sindacato, si consentirebbe a un soggetto diverso dal magistrato inquirente di individuare le specifiche attività che il pubblico ministero avrebbe dovuto realizzare, ma che, per negligenza, non avrebbe compiuto o, ancora, di muovere delle critiche rispetto all'orientamento dato alle indagini, che potrebbero aver percorso determinate piste in luogo di altre. A ben vedere, la stessa Corte europea, attraverso l'introduzione di obblighi di tipo procedimentale, si è avocata il potere di sindacare le scelte investigative compiute dalle autorità nazionali, estendendo la propria competenza a controllare le realtà giudiziarie statali.
A livello nazionale, questo vaglio difficilmente potrebbe trovare fondamento normativo nell'art. 112 Cost., che, nel costituzionalizzare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, non sancisce una situazione soggettiva assoluta, un dovere cioè di attivare la giurisdizione penale ad ogni costo, ma piuttosto riconosce un potere discrezionale del pubblico ministero quanto alla gestione delle indagini, funzionale alla verifica dei presupposti giuridici di tale obbligo[67]. In effetti, sebbene l'ordinamento italiano costituisca un *unicum* nello scenario internazionale per il fatto di aver sancito tale principio a livello costituzionale, esso non vincola il pubblico ministero fino al punto di imporre lo svolgimento di specifici atti investigativi[68]. Insomma, tale fondamentale principio non solo non impedisce ma anzi fisiologicamente postula spazi di discrezionalità rispetto alle strategie investigative da seguire e alle attività da compiere[69], spazi necessari affinché sia dato il giusto rilievo alle esigenze del caso concreto[70]. La presenza di un simile margine di manovra comunque non deve essere fraintesa, in quanto la Corte costituzionale, enucleando il principio di completezza delle indagini, ha perimetrato la discrezionalità investigativa del titolare delle indagini[71].

---

[67] Questa ricostruzione è suggerita da C. Valentini, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Arch. pen.* 2019, 6, secondo la quale sul pubblico ministero grava «l'obbligo di scelta tra varie opzioni tutte apparentemente legittime», mentre il codice non indica «quale atto scegliere in relazione all'una o all'altra casistica, limitandosi ad indicare un novero di atti investigativi, tutti teoricamente plausibili alle condizioni indicate nelle varie disposizioni» e promuovendo una generale atipicità delle indagini.

[68] Secondo C. Parodi, *Scelte investigative e responsabilità del PM: molti sconfitti e nessun vincitore*, cit., 2, tale discrezionalità valutativa e operativa deve essere tutelata a fronte di pronunce come Cass. civ., 8.4.2020, n. 7760 e Id., 26.6.2015, n. 13189, che sembrano porvi un freno e che gettano le basi per quelle che l'autrice definisce "indagini difensive", paragonando tale fenomeno a quello che ha interessato la medicina negli ultimi anni. Tra le due pratiche "difensive", però, sussistono delle differenze in termini di costi in quanto l'attività del pubblico ministero comporta non solo un dispendio di energie e risorse, ma anche di diritti e libertà dei soggetti indagati, che possono essere compressi, a vario titolo e in diversa misura, dagli atti investigativi.

[69] Su questo punto si veda anche G. Mastrangelo, *La responsabilità civile del pubblico ministero*, cit., 79. L'autore critica le conclusioni cui è giunta la Corte d'appello di Caltanissetta (App., sent. n. 40/2013) con riferimento alla sussistenza di obblighi del pubblico ministero di svolgere specifici atti d'indagine, sostenendo che «l'art. 112 cost. fonda semmai un obbligo di indagine senza determinarne, però, la scansione esatta».

[70] Sulla discrezionalità del pubblico ministero, con particolare riguardo alla sua manifestazione durante le indagini e talune fasi addirittura antecedenti, come quella relativa all'assunzione della notizia di reato Cfr. C. cost., 6.9.1995, n. 420, par. 5.3. V. S. Ruggeri, *Investigative and Prosecutorial Discretion in Criminal Matters: The Contribution of the Italian Experience*, in a cura di M. Caianiello, J. S. Hodgson, *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina 2015, 59-85, in cui viene altresì tracciata l'evoluzione della attività investigativa partendo dalla sua conformazione durante la vigenza del codice Rocco. Infatti, il Codice del 1930 lasciava un ampio margine di manovra alle autorità investigative competenti (pubblico ministero o giudice istruttore) durante lo svolgimento delle attività di raccolta delle prove e di accertamento delle condizioni necessarie per l'apertura del processo. Tale discrezionalità veniva limitata solo dall'obiettivo finale previsto dall'art. 299 del vecchio codice: l'accertamento della verità.

[71] Secondo D. Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, cit., 14, il principio di tendenziale completezza costituisce il punto di incontro tra l'obbligatorietà dell'azione penale e la discrezionalità investigativa. A.U. Palma, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa*

La nozione di completezza elaborata nella sentenza n. 88 del 1991 non è sovrapponibile a quella sviluppata a Strasburgo, poiché esse si pongono su due piani diversi: mentre il principio elaborato dalla Corte costituzionale riguarda la decisione sull'azione penale, quello convenzionale, proprio perché prende le mosse dai diritti fondamentali, è preordinato alla introduzione di un livello ulteriore di tutela. Da ciò conseguono una serie di divergenze anche dal punto di vista del campo di operatività.

Il principio discendente dall'art. 112 Cost. trova sempre applicazione, senza distinzioni legate al tipo di bene giuridico eventualmente intaccato dalla ipotesi di reato e non potrebbe essere altrimenti, in quanto derivante dall'obbligatorietà dell'azione penale, posta a presidio del principio di uguaglianza, di legalità e di indipendenza del pubblico ministero[72].

Secondo i giudici della Consulta, gli articoli 326 e 358 Cpp riconoscono il potere-dovere del pubblico ministero di svolgere tutti gli accertamenti necessari ai fini dell'assunzione delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione, compresi quelli relativi ai fatti e alle circostanze favorevoli all'indagato. L'adempimento di tale potere-dovere diviene quindi il presupposto ineludibile per il compimento di scelte più ponderate da parte tanto del pubblico ministero quanto dell'indagato: per il primo, poiché gli consente di esercitare oculatamente l'azione penale, riducendo così il rischio di scelte discriminatorie[73]; per il secondo, in quanto all'esito delle indagini può optare per lo svolgimento di riti speciali con maggiore consapevolezza.

L'interpretazione del principio in parola è stata successivamente ripresa dalla Corte costituzionale[74], la quale ne ha ampliato i confini riconoscendo l'esistenza di un obbligo di condurre una indagine "più completa"[75]. Tale esigenza è sorta in considerazione della disciplina del giudizio abbreviato e, più precisamente, dalla possibilità per l'indagato, in seguito all'esercizio dell'azione penale, di richiedere la celebrazione di tale rito speciale, ottenendo la definizione del procedimento allo stato degli atti. I giudici di Palazzo della Consulta, pertanto, hanno avvertito la necessità di rafforzare il contenuto della completezza delle indagini, la quale impone l'accertamento di tutte le circostanze necessarie ai fini della pronuncia di una sentenza, comprese quelle richieste ai fini della determinazione della pena[76].

Tale interpretazione appare tuttavia difficilmente realizzabile sul piano pratico, in quanto appesantisce il carico di lavoro delle procure attribuendo loro un compito arduo che si scontra con

---

del vincolo costituzionale, in *Arch. pen.* 2021, 1 evidenzia come, nonostante il precetto costituzionale richieda lo svolgimento di «tutti gli accertamenti volti a stabilire se, per una notizia di reato, debba o meno essere promossa l'azione penale», lo svolgimento dei singoli atti risenta di valutazioni realizzate caso per caso, che tengano conto dei fatti contingenti, «non prefigurabili in alcun modo in disposizioni normative». In questo senso O. Dominioni, (voce) *Azione penale*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 410.

[72] Tale assunto, ribadito nella sentenza della C. cost., sent. n. 88/1991, è stato affermato per la prima volta nella sent. 84/1979. In questo senso anche R. E. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *RDPr* 2007, 878. L'autore sottolinea la natura strumentale del principio di obbligatorietà dell'azione penale e la sua capacità di disegnare un "fisiologico equilibrio" nel rapporto tra politica criminale e attività giudiziaria. Cfr. anche R.E. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle procure*, in *CP* 2020, 2178 ss.

[73] E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *SP* 2020, 199 ss.

[74] Cfr. C. cost., sent. n. 115/2001.

[75] Cfr. F. Siracusano, *La completezza delle indagini*, cit., 50.

[76] Secondo O. Dominioni, (voce) *Azione penale*, cit., 414, il contenuto tipico dell'atto di promovimento dell'azione penale è l'imputazione, la quale si compone di tre giudizi: «l'affermazione di un fatto, l'individuazione di un dato soggetto, come suo autore, la qualificazione giuridica del fatto alla stregua di una norma penale». Se è così e se questo è il contenuto dell'atto con cui si esercita l'azione penale, che viene adottato alla fine delle indagini preliminari, allora può ritenersi che queste debbano mirare all'individuazione di tali elementi, che diventerebbero il parametro alla cui stregua valutare la completezza investigativa (soprattutto con riferimento ai primi due giudizi richiamati).

una realtà che mostra quotidianamente l'impossibilità di dare concreta e piena attuazione al principio sancito dall'art. 112 Cost. Un impegno di questa portata, inoltre, crea uno «scompenso sistematico»[77], in quanto non tiene conto della struttura del nostro procedimento articolato in più fasi, ognuna delle quali è preposta al perseguimento di finalità diverse. In effetti, non è compito delle indagini accertare la colpevolezza dell'indagato o fornire gli elementi necessari per la determinazione della pena da irrogare. Queste risposte si otterranno all'esito di un momento processuale in cui sarà garantito all'imputato il diritto di difendersi nel rispetto delle garanzie dell'equo processo[78]. Inoltre, appesantire il primo segmento procedimentale, imponendo la realizzazione di un accertamento che non investa solo l'*an* del reato, ma si rivolga a tutti i capi e a tutti i punti della futura sentenza, presenta molteplici costi anche in termini di durata[79]. E ciò, al pari delle ipotesi precedentemente considerate, può causare un indubbio pregiudizio nei confronti della vittima, alla quale potrebbe essere preclusa la possibilità di ottenere la tutela dei propri interessi in sede penale; circostanza che, come si è visto, la Corte Edu vuole scongiurare.
Le preoccupazioni legate all'appesantimento della fase preliminare sono state fatte proprie dal giudice delle leggi che, nella sentenza n. 121 del 2009, relativizzò gli effetti della precedente giurisprudenza, recuperando il tradizionale rapporto tra indagini preliminari e dibattimento[80] e distinguendo tra l'accertamento richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione penale e quello cautelare. Secondo tale interpretazione, all'esito della fase preliminare, il pubblico ministero non dovrebbe formulare una valutazione in ordine alla colpevolezza dell'indagato. L'accertamento di tutti i profili della colpevolezza è richiesto solo in determinate circostanze e al ricorrere di particolari presupposti. Così, in particolare, esso diviene necessario nell'ipotesi in cui il titolare delle indagini ritenga di dover avanzare una richiesta cautelare[81]. D'altro canto, sebbene l'incidente *de libertate* spesso si collochi nella fase investigativa, imponendo al pubblico ministero di realizzare un accertamento completo che prenda in considerazione aspetti legati alla colpevolezza e alle altre condizioni di cui all'art. 275 co. 2 Cpp, il verificarsi della vicenda cautelare rimane pur sempre una mera eventualità subordinata alle valutazioni dell'organo inquirente. Pare allora condivisibile l'approccio adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2009, che accentua la distinzione esistente tra i due piani, soprattutto sotto il profilo delle finalità perseguite, riservando la tutela e la protezione della vittima al piano cautelare e lasciando a quello investigativo quelle definite dagli artt. 326 e 358 Cpp.
Inoltre, la principale critica rivolta nei confronti delle decisioni della Cassazione civile in materia di responsabilità del pubblico ministero riguarda l'erronea commistione di istituti ontologicamente

[77] Si veda E. Marzaduri, *Qualche considerazione*, cit., 203.
[78] Proprio in considerazione dello sforzo che si chiede durante le indagini e che si traduce in un significativo impiego di mezzi e risorse, si sente l'esigenza di non disperdere il materiale raccolto in quella fase e ciò determina delle spinte verso il dibattimento dei risultati investigativi, per esempio attraverso l'acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni ivi rese, appunto, in assenza di contraddittorio.
[79] Come sottolinea E. Marzaduri, *Qualche considerazione*, cit., 203, la frizione con il principio di ragionevole durata delle indagini si fa sempre più forte quando l'eventualità della celebrazione del rito abbreviato non si realizza e, in seguito alla fase investigativa, si deve procedere con la celebrazione del rito nelle forme ordinarie.
[80] D'altra parte, la stessa C. cost., sent. n. 121/2009 riprende questo assunto stabilendo che «la decisione sull'esercizio dell'azione penale debba poggiare su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale: valutazione a carattere dinamico, che tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudicanda, degli elementi raccolti in fase investigativa».
[81] Sul tema V. Di Nuzzo, *Giudizio cautelare e tutela della persona offesa, tra istanza di protezione e prospettive di partecipazione attiva*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 29.7.2020.

diversi. Non sono i singoli atti investigativi a dover offrire protezione alla vittima, in quanto la tutela può essere raggiunta innanzitutto attraverso l'applicazione di misure cautelari. È pur vero che solo accertamenti investigativi completi possono far emergere la sussistenza di un'esigenza cautelare di questo tipo, dando avvio all'incidente *de libertate*.
Questa considerazione evidenzia ancora una volta l'esistenza di un interesse della vittima alla completezza delle indagini, da intendersi come un valore di portata generale, che assurge al rango di vera e propria garanzia degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento[82].

7. L'attribuzione di una portata eccessivamente ampia alla completezza delle indagini, del resto, comporta ulteriori e non meno rilevanti implicazioni, di cui vi è traccia anche in alcune direttive della riforma della giustizia penale attualmente in atto[83]. La legge delega, infatti, per un verso, ha il merito di recepire le strategie di bilanciamento proposte dai giudici di Strasburgo ma, per altro verso, non sembra ancora discostarsi dall'impostazione seguita dalla Corte Edu, preponendo la fase investigativa al perseguimento di finalità tradizionalmente collocate in stadi successivi del procedimento.
Per quanto riguarda il primo profilo, occorre evidenziare i rischi connessi all'effettiva realizzazione dell'impegno investigativo richiesto dalla Corte Edu. Un eccessivo potenziamento dell'attività di indagine, infatti, potrebbe esporre la persona accusata ad atti di indagine sempre più invasivi, in considerazione della loro maggiore idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti e quindi l'adempimento degli obblighi procedimentali. Un tale rigore nello svolgimento delle indagini, con i conseguenti costi in termini di diritti fondamentali dell'indagato, non può tuttavia essere accettato incondizionatamente, ma deve essere giustificato dal ricorrere di specifiche condizioni che tengano conto del bene giuridico di cui è titolare la vittima. Proprio in ciò risiede quell'esigenza di bilanciamento cui si faceva riferimento poc'anzi, dal momento che è necessario tenere conto sia degli interessi lesi dalla condotta oggetto di accertamento sia dei diritti e delle libertà dell'indagato esposte a limitazioni a causa del compimento di indagini più efficaci e al contempo più penetranti. D'altra parte, gli stessi giudici di Strasburgo modulano l'impegno investigativo richiesto alle autorità in base alla natura del bene giuridico violato, circoscrivendo l'ambito di applicazione dell'obbligo procedimentale ai casi in cui vi sia stata una violazione di un diritto fondamentale. La Corte europea, pertanto, ha tracciato le linee da seguire per la ponderazione delle istanze di protezione della vittima e dell'indagato selezionando a monte i casi in cui è richiesto un maggiore sforzo da parte degli organi inquirenti e quindi la prevalenza degli interessi dell'offeso dal reato.
Questa operazione, peraltro, è stata realizzata seguendo un meccanismo che, in parte, richiama la strategia adottata all'interno di alcune procure[84] e che, come si diceva, è stata formalizzata a livello nazionale dalla Riforma della giustizia penale proposta dalla Ministra Cartabia, strategia fondata

[82] In questo senso F. Siracusano, *La completezza delle indagini*, cit., 51.
[83] Legge delega 134/2021.
[84] Tale proposta non è innovativa, posto che in passato alcune procure si sono munite di circolari interne alle quali sembra ispirarsi tale proposta. Si vedano ad esempio la c.d. Circolare Zagrebelsky (*Circolare del procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Torino*, 16.11.1990, in *CP* 1991, 362 ss.) e la c.d. Circolare Maddalena (*Direttive in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza della applicazione della l. 31.7.2006 n. 241 che ha concesso indulto, del capo della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino*, 10.1.2007). Invero, questi provvedimenti presentano contenuti eterogeni: il primo indica corsie preferenziali per alcune notizie di reato, il secondo «prescrive archiviazioni generose». Come sottolinea E.R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2179, la Circolare Zagrebelsky ha rappresentato un vero e proprio prototipo dei criteri di priorità.

sui c.d. criteri di priorità[85]. Si tratta di un intervento che prende atto della concreta impraticabilità del principio di obbligatorietà dell'azione penale[86] e, contestualmente, cerca di superare forme di "discrezionalità occulta"[87]. Tali criteri possiedono una natura ambigua, in quanto, se da una parte possono comportare il superamento della gestione occulta dell'azione penale, dall'altra pongono una serie di problemi sotto il profilo applicativo e della corretta tutela degli interessi della vittima. Innanzitutto, accanto alle complesse questioni che attengono all'individuazione delle autorità più idonee alla loro formulazione[88], deve rilevarsi che, essendo il flusso delle notizie di reato "prioritarie" tendenzialmente continuo, quelle sprovviste di tale caratteristica potrebbero non essere prese in considerazione tempestivamente, subendo i contraccolpi della prescrizione. In questo modo, si verrebbe a creare un sistema fondato, più che sulla priorità, sulla esclusività, in quanto tali regole finirebbero per diventare "criteri di scelta"[89].
Con specifico riferimento alla vittima, la loro introduzione potrebbe avere un impatto diverso sulla sua protezione a seconda del livello di priorità attribuito al reato subito. Mentre infatti i soggetti titolari dei beni giuridici colpiti dalle ipotesi delittuose poste al vertice della ipotetica scala gerarchica riceverebbero una assistenza più elevata e sicuramente più tempestiva, per le persone offese dai reati "non prioritari" lo scenario potrebbe risultare diametralmente opposto, in quanto rischierebbero di pagare il prezzo dell'inefficienza organizzativa delle procure.
In altri termini, lo strumento di cui si discute potrebbe contribuire a rafforzare la tutela della vittima qualora tra i parametri per la sua determinazione si facesse riferimento ai beni giuridici lesi (e qui torna il *discrimen* fatto dai giudici di Strasburgo). Ma questo è solo uno dei possibili scenari: nulla esclude che in sede di determinazione di siffatti criteri le istanze legate a questo soggetto vengano ignorate e che si attribuisca maggiore rilievo ad altri parametri, che potrebbero aggravare la sua posizione, rendendogli sempre più difficile agire all'interno del procedimento penale per ottenere la tutela dei suoi interessi.
Il secondo aspetto della riforma che sembra recepire l'approccio di Strasburgo in tema di obblighi procedimentali è costituito dalla nuova regola di giudizio prevista per il procedimento di archiviazione e per l'udienza preliminare. Infatti, imponendo, come abbiamo visto, lo svolgimento di attività volte all'accertamento del fatto e alla individuazione degli eventuali autori, la Corte Edu

---

[85] Cfr. E. Marzaduri, *Qualche considerazione*, cit., 207, che afferma l'esistenza di un collegamento tra la giurisprudenza Edu in materia di inchieste penali e il problema dei criteri di priorità e della proporzionalità dello sforzo investigativo.
[86] Secondo E.R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2179, «il principio di obbligatorietà dell'azione penale, rappresenta, almeno nell'ambito dei principi che la Carta dedica alla giustizia penale, l'unico che, per come è formulato, appare ontologicamente irrealizzabile». A tal proposito, A.U. Palma, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale*, cit., 13, che parla di una costante elusione nella prassi dell'obbligo di esercitare l'azione penale.
[87] Si veda A.U. Palma, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale*, cit., 13. L'autore fa riferimento ad una "discrezionalità all'italiana", per essa intendendo una forma di discrezionalità non dichiarata ma, di fatto, praticata.
[88] E.R. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2180, analizza le due alternative possibili: il parlamento e le singole procure. Nel primo caso, finiremmo per trovarci di fronte ad interventi che risentirebbero delle scelte di politica criminale e che determinerebbero la sostanziale disapplicazione di alcune norme incriminatrici, finalità che, a questo punto, si potrebbe perseguire con la depenalizzazione; nel secondo, invece, si realizzerebbe un pregiudizio del principio di uguaglianza, in quanto ogni ufficio potrebbe scegliere le "sue" priorità, ma non solo, poiché si attribuirebbero tali scelte a soggetti politicamente irresponsabili.
[89] Ad esempio, S. Civardi, *La lenta erosione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Prime note ai "criteri di priorità" indicati dal Parlamento*, in *www.giustiziainsieme.it* 29.10.2021, parla di «obbligatorietà prioritaria». Si veda anche F. Di Vizio, *L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del PNRR. La procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali*, in *disCrimen* 5.10.2021; R.E. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2189, secondo il quale «postergare significa, in questa ottica, di fatto eliminare», parlando a tal proposito di una «eutanasia processuale».

sembra legittimare attività investigative dirette a verificare nella fase delle indagini preliminari profili che si collocano in uno stadio avanzato del giudizio di colpevolezza. Nello stesso senso sembrerebbe muoversi la riforma, secondo la quale il pubblico ministero dovrà risolversi nel senso della richiesta di archiviazione ogni volta in cui gli elementi raccolti non consentano una ragionevole previsione di condanna[90]. In questo modo, non solo si realizza un progressivo allontanamento dal tradizionale *favor actionis*[91], ma si anticipa una valutazione che il giudice dovrebbe effettuare alla fine del dibattimento. Al magistrato inquirente viene chiesto di realizzare una prognosi sul ragionevole risultato dell'azione e ciò impone un impegno investigativo più consistente, che va oltre il concetto di completezza originariamente elaborato dalla Corte costituzionale e non tiene conto dell'attuale incapacità degli organi investigativi di far fronte al carico di lavoro che incombe su di loro. Il giudizio richiesto al pubblico ministero sembra allora porsi in linea con il contenuto degli obblighi procedimentali elaborati a Strasburgo.
L'impressione, però, è che il potenziamento del ruolo del magistrato inquirente realizzato nella riforma attualmente in atto possa determinare degli svantaggi tanto per l'indagato quanto per la vittima. Per il primo, perché egli sarà esposto ad atti invasivi e farà ingresso nel dibattimento come soggetto per il quale è già stata formulata una ragionevole previsione di condanna[92]. Per la seconda, in quanto il baricentro del procedimento penale sarà spostato verso una fase nella quale ricopre un ruolo marginale, che non le consente di partecipare attivamente alle attività investigative.

8. Nonostante l'attenzione rivolta dall'attuale riforma della giustizia penale alla vittima di reato all'interno del procedimento penale, essa non sembra recepire appieno l'esigenza di tutela anticipata di tale soggetto, così come è promossa a livello internazionale. In effetti, la protezione dei suoi interessi continua ad essere in larga misura demandata ad un soggetto diverso, il pubblico ministero, che dovrebbe dare voce alla persona offesa nel corso delle indagini. Molto spesso, però, l'ordinamento nazionale non è in grado di impedire progressioni criminose e di fornire risposte celeri alle richieste di protezione provenienti da chi lamenta una violazione di un diritto fondamentale[93]. L'importanza dei beni giuridici coinvolti sollecita il superamento di tutte le difficoltà che la materia pone.

---

[90] Cfr. legge delega 134/2021 art. 1 co. 9 lett. a). Tale disposizione prevede una modifica della «regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna». Su questo profilo e sulle divergenze rispetto alla iniziale proposta realizzata dalla Commissione Lattanzi, che stabiliva che il pubblico ministero dovesse optare per la richiesta di archiviazione «quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono tali da determinare la condanna», v. E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 25.1.2022.
[91] In questo senso F. Di Vizio, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2.
[92] Come ribadito da C. Orlando, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Ordine internazionale e diritti umani* 2022, 224 ss., la scelta di porre la "condanna" come oggetto di valutazione del pubblico ministero e del giudice dell'udienza preliminare presenta dei costi sia in termini di appesantimento delle indagini sia con riferimento alla presunzione di innocenza, in quanto l'imputato che si troverà di fronte al giudice del dibattimento, sarà un soggetto che potrebbe essere apprezzato quale "ragionevolmente colpevole" tanto dalla pubblica accusa, quanto dal giudice dell'udienza preliminare. Fondamentali le riflessioni condotte in questa prospettiva da P. Ferrua, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *disCrimen* 12.7.2021, 2.
[93] Recentemente il nostro ordinamento è stato condannato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'incapacità delle autorità nazionali di assicurare protezione a una madre e a suo figlio, vittime di violenza domestica. V. Corte eur., 7.4.2022, *Landi c. Italia*.

A questo fine diviene fondamentale volgere lo sguardo verso l'assetto interno così da individuare strumenti che possano contribuire al rafforzamento del ruolo della vittima.
Le vicende sottoposte alla attenzione sia dei giudici nazionali sia della Corte europea molto spesso hanno ad oggetto reati che si inseriscono in una prevedibile *escalation* criminale, in quanto costituiscono il preludio di atti più gravi dagli effetti irreversibili. Risulta evidente pertanto che, allorquando un soggetto si rivolge alle autorità, esercitando i poteri e i diritti riconosciuti dalla legge, non agisce in vista della sua successiva costituzione di parte civile, quanto piuttosto per ricevere protezione dalle autorità nazionali e ridurre il rischio di future aggressioni. A queste richieste l'ordinamento deve rispondere tempestivamente attraverso l'adozione di misure preventive che perseguano l'obiettivo di porre la vittima al riparo da future condotte offensive nei suoi confronti. In realtà, come ha riconosciuto anche la Corte europea, il diritto processuale italiano disciplina uno strumento che agisce su questo piano e che risulta idoneo a proteggere la vittima, ossia l'incidente cautelare[94]. Chiaramente l'efficacia di questo, così come di altri strumenti procedimentali, dipende dal fatto che le autorità competenti ritengano sussistenti un'aggressione e il rischio che essa possa verificarsi nuovamente, valutazioni che possono essere effettuate solo dopo la presa in carico della notizia di reato e l'espletamento di una seppur minima attività investigativa. Pertanto, sebbene le investigazioni da sole non possano offrire diretta protezione alla vittima, esse costituiscono il presupposto necessario per l'adozione di questi provvedimenti che possono ottenere un simile risultato[95].
Alla luce di questi argomenti e della importanza rivestita dalle indagini preliminari nell'ambito della tutela della vittima, sembra possibile riconoscere in capo a tale soggetto processuale, se non un diritto inteso in senso proprio, quantomeno una legittima aspettativa alla completezza delle indagini penali.
Tali considerazioni in ordine all'incidente cautelare ci consentono di superare anche le iniziali preoccupazioni legate ai costi che l'indagato potrebbe subire se si riconoscesse un interesse alla effettività, tempestività e trasparenza delle indagini in capo alla vittima. Talvolta, come nell'ipotesi in parola, le esigenze di cui sono portatori i due soggetti convergono. Un accertamento investigativo tempestivo e completo infatti avvantaggia la vittima nella misura in cui le consente di ricevere la protezione richiesta sul piano cautelare, ma anche l'indagato, che non subisce così limitazioni ingiustificate e fondate su una conoscenza parziale e lacunosa della vicenda.
Affinché tale estensione dell'interesse alla completezza non sia meramente teorica, è opportuno che tale principio informi tutte le attività di gestione e trattazione delle notizie di reato, tenendo presente che le investigazioni penali perseguono anche finalità di protezione.
L'arduo compito di dare voce agli interessi della vittima non può essere attribuito in via esclusiva al pubblico ministero, il quale, talvolta, sembra rimanere sordo alle esigenze di tutela rivendicate dagli altri soggetti delle indagini. Tale forma di sfiducia nei confronti di questa figura sembra

---

[94] Recentemente Cfr. Corte eur., 16.6.2022, *De Giorgi c. Italia*, par. 71, in cui viene ribadita l'importanza delle misure cautelari per una adeguata tutela della vittima. I giudici di Strasburgo, proprio con riferimento al quadro normativo italiano in materia di misure cautelari applicabili in caso di violenza domestica ha affermato: «*d'un point de vue général le cadre juridique italien était propre à assurer une protection contre des actes de violence pouvant être commis par des particuliers dans une affaire donnée*».

[95] Nella sentenza Corte eur., 2.3.2017, *Talpis c. Italia*, par. 143, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per non aver disposto le misure di protezione necessarie, muovendo un'ulteriore censura relativa alla "passività" delle autorità giudiziaria, le quali sono rimaste inerti in seguito alla presentazione della denuncia, «determinando un clima di impunità favorevole alla reiterazione degli atti di violenza». In commento M. Buscemi, *La protezione delle vittime di violenza domestica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni a margine del caso Talpis c. Italia*, in *www.osservatoriosullefonti.it* 2017, 3.

emergere dalla riforma in atto, che accentua il ruolo del giudice per le indagini preliminari, affiancandolo al magistrato inquirente che, da agente, diventa coagente[96].
La rivalutazione dell'autorità giudiziaria, in realtà, si rivela funzionale anche al recepimento degli obblighi procedimentali elaborati a Strasburgo, in quanto solo al giudice potrebbe essere demandato il compito di replicare a livello interno il giudizio sugli obblighi procedimentali svolto dalla Corte Edu, bilanciando gli interessi dei soggetti coinvolti in questa fase. La valorizzazione del ruolo del giudice per le indagini preliminari, di cui vi è traccia in alcuni punti della riforma[97], ben si presta ad estensioni anche a vantaggio della vittima. Se, considerando il sistema procedimentale attualmente esistente, risulta difficile immaginare che l'offeso dal reato possa realizzare già in corso d'opera un sindacato sulle attività investigative compiute o omesse, la questione si porrebbe in termini diversi qualora il giudice fosse legittimato a compiere simili valutazioni. Egli potrebbe infatti valutare l'assetto complessivo delle indagini ed eventualmente sollecitare lo svolgimento di ulteriori attività investigative, superando in parte le difficoltà poste sotto il profilo della segretezza. Rimane tuttavia la necessità che il segreto investigativo sia mantenuto nei confronti degli altri soggetti diversi dal giudice (compresa la persona offesa). Da ciò potrebbero scaturire ulteriori risvolti problematici, legati soprattutto all'obbligo di motivazione dei provvedimenti del giudice. Quandanche si riconoscesse in capo alla vittima il potere di sollecitare un controllo da parte del giudice, quest'ultimo non potrebbe rendere note le ragioni poste alla base delle sue decisioni, proprio perché in caso contrario dovrebbe svelare il contenuto degli atti investigativi, che, invece, devono rimanere segreti.
È pur vero che non tutti i provvedimenti del giudice devono essere motivati, soprattutto nei casi in cui sono adottati di propria iniziativa e non su richiesta di altri soggetti. Pertanto, una possibile soluzione potrebbe essere quella di attribuire al giudice il potere di avviare d'ufficio una interlocuzione con il pubblico ministero, così conservando la segretezza e salvaguardando lo svolgimento delle indagini. Seguendo questa via, il giudice non solo manterrebbe ma rafforzerebbe il suo ruolo di organo di garanzia, limitandosi a espletare una funzione di controllo[98]. D'altra parte, il modello di tutela offerto dalla Grande Europa relativo agli obblighi procedimentali connessi ai c.d. *core rights* rafforza la protezione della vittima nel corso delle indagini preliminari attraverso la realizzazione di un sindacato rimesso ad un giudice, il quale deve farsi portavoce delle esigenze di protezione dei diritti fondamentali.
Solo in questo modo gli insegnamenti provenienti da Strasburgo potranno essere autenticamente recepiti, costruendo una tutela coerente col complesso volto della *fairness* processuale anche nel corso delle indagini penali.

---

[96] In questo senso G. Ruta, *Verso una nuova istruzione formale? Il ruolo del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari*, in *QuestG* 21.1.2022.
[97] Si pensi al potere di retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato ad opera del giudice per le indagini preliminari. La legge delega 134/2021 all'art. 1 co. 9 lett. q) introduce una direttiva volta alla previsione di un potere del giudice, dietro sollecitazione della persona interessata, da presentare con modalità ed entro termini che saranno meglio specificati in sede di attuazione, di accertare «la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona alla quale lo stesso è attribuito e la retrodati nel caso di ingiustificato e inequivocabile ritardo».
[98] Una precisazione si rivela necessaria. Nonostante la riforma abbia valorizzato maggiormente il ruolo del giudice per le indagini preliminari, siamo ben lontani da un ripensamento di questa figura e dall'attribuzione di poteri di ingerenza. Infatti, lo stesso potere di accertamento in ordine alla tempestività della iscrizione della notizia di reato viene attivato non d'ufficio ma dietro espressa richiesta dei soggetti interessati.

MANCATA SOSTITUZIONE DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBIA ABBANDONATO LA DIFESA E REGIME DELL'INVALIDITÀ: EQUIVOCI GIURISPRUDENZIALI DA CHIARIRE

di Marcello Busetto
Ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Trento

L'idea d'una assoluta inamovibilità del difensore d'ufficio, cui ottimisticamente si ispirava il codice riformato, è stata in parte ridimensionata dalla prassi, sospinta dagli influssi della Corte europea dei diritti dell'uomo: quando l'avvocato inizialmente designato abbia di fatto abbandonato la difesa, si ammette che il giudice possa destituirlo dall'incarico, nominando un nuovo patrono, secondo l'art. 97 co. 1 c.p.p. Il saggio si occupa di fare il punto su una questione sulla quale, tuttavia, ancora si registrano incertezze, specie nelle elaborazioni giurisprudenziali: la sostituzione definitiva del difensore "inerte" è semplicemente consentita oppure doverosa? E – in tal caso – quali conseguenze discendono dalla sua omissione? Vengono vagliate, al riguardo, le varie ipotesi ricostruttive, alla ricerca di quella più coerente con le coordinate complessive del sistema.
The idea – which optimistically inspired the reformed code of criminal procedure – that the officially-appointed counsel shall not be replaced by the judicial authority, has been partially set aside in legal practice, mostly due to the influence of ECtHR case-law. It is now widely accepted that when the originally appointed lawyer has de facto abandoned the defence, the judge is entitled to remove him from his office and appoint a new one (art. 97 co. 1 c.p.p.). Against this background, the essay deals with a question which has not fould a clear solution yet, not even within the jurisprudence of the Supreme Court: is the replacement of the inactive lawyer discretionary or compulsory? And, in the latter case, which are the claims the defendant can count on, in case of omission? The author considers various possible options, in search of the one which appears to be the most consistent and appropriate in light of the overall legal framework.

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Percorsi giurisprudenziali. – 3. Nullità, finalmente. – 4. Residue incertezze da dissipare: nullità assoluta.

1. C'è un nodo ancora irrisolto, a proposito della disciplina della difesa d'ufficio e delle prescrizioni processuali che servono a garantirne l'effettività. La scelta codicistica di affermare in modo molto netto il principio di immutabilità del difensore designato secondo le regole automatiche dettate dall'art. 97 co. 2 Cpp, prevedendo che il giudice non possa rimuoverlo dall'incarico ricevuto, neppure quando egli abbia mostrato il più totale disinteresse per la difesa, è stata ragionevolmente ridimensionata da dottrina e giurisprudenza, anche sull'onda degli impulsi provenuti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è così consolidata una particolare interpretazione dell'art. 97 co. 4 Cpp, secondo cui, quando si debba compiere un atto in cui è necessaria la partecipazione del difensore e quello nominato d'ufficio, pur ritualmente avvisato, non sia comparso, occorre distinguere: se si tratta d'una assenza, per così dire, momentanea, gli si deve nominare un semplice sostituto *ad acta*, per l'appunto secondo quando prevede l'art. 97 co. 4 Cpp; se invece l'assenza è indicativa d'un abbandono definitivo della difesa, il giudice deve provvedere a nominare un nuovo difensore, in base ai co. 1 e 5 dello stesso art. 97 Cpp[1]: e ciò si

[1] T. Bene, *Il difensore d'ufficio. Profili sistematici e prospettive di riforma*, Napoli 2012, 174; P. Bronzo, sub *art. 97 Cpp*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Milano

verifica quando non risulta che il patrono originario abbia in precedenza «esercitato effettivamente il suo ufficio» o «svolto alcuna incombenza difensiva in favore dell'imputato»[2].
Manca però chiarezza su quali siano le conseguenze che debbano discendere dall'omessa nomina *ex novo*, in quest'ultimo caso. Eppure, si tratta d'un aspetto di forte rilievo, cui pare opportuno dedicare qualche riflessione, anche alla luce di alcune recenti pronunce dell'organo nomofilattico. Non foss'altro per evidenziare come la materia della difesa d'ufficio, per quanto trascurata negli attuali cammini di riforma ad ampio spettro del sistema penale, sia ancora gravata da zone oscure ed incertezze, a dispetto del suo straordinario rilievo come tassello fondamentale d'una giustizia che aspiri ad essere, non solo efficiente, ma anche effettiva.

2. Nella giurisprudenza di legittimità, la questione è emersa di sbieco. L'orientamento incline alla distinzione poc'anzi richiamata s'è infatti sviluppato soprattutto intorno alla disciplina delle notificazioni al difensore: ci si domandava se fosse regolare quella effettuata al patrono nominato in udienza come sostituto *ex* art. 97 co. 4 Cpp, al posto del difensore d'ufficio originario che non si fosse presentato. Molte sentenze hanno risposto affermativamente, purché appunto quello primigenio fosse rimasto inerte: in tal caso, s'intende che il secondo fosse stato nominato stabilmente e a lui spettassero le notifiche successive[3].
Dunque, in questa prospettiva, veniva in considerazione la legittimità, non già la doverosità della sostituzione definitiva del legale, cosicché quest'ultimo problema era potuto rimanere sottotraccia, insieme alle implicazioni ulteriori sul piano del riconoscimento del diritto al termine a difesa *ex* art. 108 Cpp al nuovo difensore, subentrato a quello non comparso rimasto inattivo[4].
Poi c'è stato un precedente importante: una decisione di merito è stata impugnata, non già lamentando l'avvenuta sostituzione definitiva del patrono originario, ma la sua *mancata sostituzione*. Il patrono inizialmente officiato non s'era presentato in udienza e, nonostante la sua pregressa inerzia, si era provveduto a nominare un sostituto temporaneo; anzi, più sostituti, dato che l'assenza si era protratta per tutte le udienze in cui s'era sviluppato il dibattimento, evidenziando ulteriormente l'attitudine rinunciataria del difensore titolare. Di qui il ricorso, basato anche su un notissimo arresto della Corte europea dei diritti umani, la quale – anni prima – aveva ravvisato, in una vicenda analoga, una violazione da parte dell'Italia dell'art. 6 § 3 lett. *c* Cedu, per via della omessa attivazione dell'autorità procedente, finalizzata a garantire la nomina d'un difensore stabilmente incaricato e – con essa – l'effettività della difesa, irrimediabilmente

---

2003, 1124; R. Casiraghi, *Sostituto del difensore assente e termini per la difesa*, in *IP* 2007, 364; G. De Roberto, *Sul diritto al termine a difesa per il difensore d'ufficio nominato nel corso dell'udienza*, in *GI* 1998, 2150. In altri termini, il riferimento all'abbandono della difesa, contenuto nell'art. 97 co. 4 Cpp, viene inteso nel senso di abbandono "temporaneo", suscettibile di essere colmato con la sostituzione altrettanto temporanea prevista dalla stessa norma; l'abbandono "definitivo" viene invece assimilato alle ipotesi in cui l'imputato sia rimasto privo del difensore, che dunque va sostituito in via definitiva, secondo la disciplina degli artt. 97 co 1 e 5, e 108 Cpp

[2] Cass. 25.10.2000, Picchi, in *CEDCass*, m. 218658. In senso conforme, con formule identiche o analoghe, v. ad es. Cass. 15.12.2001, Lu Zhong, *ivi*, m. 221520; Cass. 7.6.2005, Vitale, *ivi*, m. 231816; Cass. 28.5.2009, Cedrangolo, *ivi*, m. 243820; Cass. 21.11.2017, Buhai, *ivi*, m. 272052; Cass. 23.2.2018, Esposito, *ivi*, m. 272603.

[3] Cfr., ad es., Cass. 17.3.2005, Koseni, in *CEDCass*, m. 231581; Cass. 28.5.2009, Kamal, *ivi*, m. 243820; Cass. 7.6.2005, Vitale, cit.; Cass. 21.11.2017, Buhai, cit.

[4] È noto che una linea giurisprudenziale ormai granitica, avallata dal giudice delle leggi, nega che il sostituto processuale del difensore goda del diritto al termine a difesa, quand'anche nominato d'ufficio secondo l'art. 97 co. 4 Cpp. Cfr., fra molte altre, Cass. 22.4.2010, Sanità, in *CEDCass*, m. 247419; Cass. 6.11.2013, Morelli, *ivi*, m. 258715; Cass. 19.11.2014, Margherita, *ivi*, m. 262847. Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, v. C. cost., 16.12.97 n. 450, nonché ord. 4.5.1998 n. 162 e ord. 11.1.2006 n. 17.

compromessa dalla c.d. "girandola dei sostituti"[5]. E di qui l'annullamento della sentenza di merito, pronunciato però sulla base d'un (discutibile) aggancio diretto alla Convenzione europea ed al *leading case* appena richiamato. L'annullamento, infatti, è stato dichiarato non per violazione dell'art. 97 Cpp (e cioè per l'omessa sostituzione definitiva del patrono, secondo le cadenze e le distinzioni invalse nell'interpretare quest'ultima norma), ma direttamente per violazione del diritto a una difesa effettiva quale garantito dalla Convenzione europea, nelle specificazioni concretamente declinate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[6].

In questo quadro si collocano due pronunce, relativamente recenti. Si trattava, ancora una volta, di vicende analoghe a quella finita sotto i riflettori della Corte europea, a fronte delle quali gli imputati, peraltro giudicati in assenza, forti del precedente interno che aveva recepito in via diretta il *dictum* dei giudici sovrannazionali, avevano battuto la strada dell'incidente *ex* art. 670 Cpp, chiedendo la rimozione del giudicato iniquo. La Corte di legittimità ha rigettato i ricorsi contro il diniego opposto dai giudici dell'esecuzione[7]. Quel che in questa sede preme rilevare è che l'esito è dipeso non già dall'aver escluso qualsiasi violazione del diritto di difesa, ma dall'aver ricondotto tale violazione al campo delle nullità, insuscettibili di essere fatte valere *post rem iudicatam*, quand'anche relative ad un processo celebrato *in absentia*[8]. Più precisamente, leggiamo nelle motivazioni che il «mancato esercizio da parte del giudice di merito del potere di sostituzione definitiva del difensore d'ufficio ex artt. 97 co. 1 e 5 Cpp e 30 NAttCpp, in luogo dell'adozione, in occasione di singoli incombenti, di plurimi provvedimenti di sostituzione con difensori immediatamente reperibili a norma dell'art. 97 co. 4 Cpp» non «configura una ipotesi di iniquità del processo svoltosi nei confronti dell'imputato assente», tale da determinare «la non esecutività della sentenza di condanna», ma va piuttosto inquadrato in termini di «nullità di ordine generale a regime intermedio»[9].

---

[5] C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*.

[6] Cass. 15.5.2013, Pizzuto, in *CEDCass*, m. 257061. L'annullamento viene esplicitamente collegato ad una «lesione del diritto di difesa, quale garantito […] dall'art. 6 § 3 CEDU» e ad una «radicale violazione di diritti fondamentali, riconducibili al concetto di equo processo (cfr. C. eur., Sannino c. Italia del 27 aprile 2006)». L'appoggio immediato alla Convenzione ed alla giurisprudenza di Strasburgo non potrebbe essere più esplicito.

[7] Cass. 18.12.2019, Piccolo, in *CEDCass*, m., 277822; Cass. 23.6. 2020, Barsotti, *ivi*, m. 279320.

[8] Il punto è stato chiarito da Cass. S.U. 26.11.2020, Lovric, in *CEDCass*, m. 280931, secondo cui «le nullità assolute ed insanabili derivanti, in giudizio celebrato in assenza, dall'omessa citazione dell'imputato e/o del suo difensore, non sono deducibili mediante incidente di esecuzione, ai sensi dell'art. 670 Cpp, in ragione dell'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza, salva restando la possibilità di far valere, attraverso la richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 629 *bis* Cpp, l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che si assuma derivata dalle nullità stesse». Pare verosimile che le sentenze che stiamo considerando, intervenute prima delle Sezioni unite, muovessero dall'orientamento rimasto poi minoritario: proprio l'idea che in dati casi le nullità assolute potessero essere fatte valere dall'imputato assente per via dell'art. 670 Cpp spiega l'inquadramento in termini di nullità a regime intermedio, di cui stiamo per riferire nel testo. Va peraltro ricordato che pure la Corte costituzionale, ancor più di recente, ha avuto modo di precisare, che l'impossibilità di «rilevare, in sede esecutiva, *errores in procedendo* e relative nullità verificatesi durante il processo», siano state esse «allegate e discusse dalle parti durante il processo stesso, ovvero rilevate per la prima volta dopo la formazione del giudicato», non è in contrasto con la Costituzione, perché il limite così imposto alla tutela dei diritti fondamentali sottostanti alle varie ipotesi di nullità si incarica di proteggere «l'interesse, di respiro costituzionale, all'efficiente, e ragionevolmente spedito, funzionamento della giustizia penale» (C. cost., 13.1.2022 n. 2, § 5.1.1).

[9] Cass. 18.10.2019, Piccolo, cit., § 5.4.1; Cass. 23.6.2020, Barsotti, cit., § 5.2. Per completezza, va rilevato che la Corte precisa che l'iniquità del giudicato «non si delinea qualora detta sostituzione definitiva non sia stata preventivamente sollecitata e la relativa omissione sia dedotta unicamente dinanzi al giudice dell'esecuzione, gravando sull'imputato, che abbia avuto conoscenza del processo e della nomina del difensore d'ufficio incaricato di assisterlo, l'onere di mettersi in contatto con quest'ultimo». Sotto questo profilo, la conclusione appare contraddittoria: fermo restando il problema dei rimedi, cui s'è accennato nella nota precedente, la giurisprudenza europea fa discendere

Se la riconduzione all'ambito delle nullità *ex* art. 178 lett. *c* Cpp pare corretto, non si può dire altrettanto della conclusione in ordine al regime intermedio. Vediamo separatamente.

3. Che di nullità si tratti, pare fuori discussione. Per dire meglio, ciò di cui sarebbe lecito dubitare è che l'art. 97 Cpp possa essere interpretato nel senso che il giudice abbia il potere di discernere tra abbandono momentaneo e definitivo della difesa e non debba invece limitarsi a nominare un semplice sostituto processuale in ogni caso: s'è anzi accennato in apertura che, a rigore, il codice parrebbe ispirato a un rigido principio d'immutabilità del difensore d'ufficio, salve restando le eventuali conseguenze disciplinari della diserzione[10]. Se però si compie il passo di ammettere una distinzione del genere, come ha fatto l'unanime giurisprudenza e la gran parte della letteratura, la fattispecie dell'abbandono definitivo non può che refluire nell'ambito dell'ipotesi considerata dal co. 1 dello stesso art. 97, relativa all'imputato «rimasto privo» del difensore, ciò che fa scattare il dovere del giudice di nominargliene uno *ex novo*; dovere pacificamente sanzionato, in caso d'inosservanza, dall'art. 187 lett. *c* Cpp. Semmai il problema che si pone è un altro, e riguarda la diagnosi del carattere definitivo di tale abbandono. Da questo punto di vista, infatti, restano incertezze, perché esiste un filone giurisprudenziale che ha collegato la rimozione del difensore inerte alla mera mancata pregressa attivazione, a prescindere dal compimento di atti cui egli avrebbe avuto il dovere di partecipare[11]: si tratta d'una conclusione criticabile perché la semplice inerzia non sembra un dato sufficiente, anche sul piano empirico, a far presumere una radicale rottura del rapporto difensivo e può acquistare valore sintomatico solo se collegata a quell'ulteriore elemento (assenza ingiustificata ad un atto in cui la sua presenza sarebbe stata necessaria), ossia mutuando – sotto questo profilo – il campo applicativo dell'art. 97 co. 4 Cpp. Eppure, l'interpretazione largheggiante è piuttosto diffusa, sicché sarebbe forse opportuno un intervento chiarificatore in sede legislativa. Torneremo in seguito su questo punto, perché – per ora – preme ribadire il rilievo iniziale: quale che ne sia la portata, una volta che si ricostruisca l'abbandono irreversibile della difesa come fatto giuridico idoneo a determinare il venir meno del rapporto difensivo, la mancata nomina d'un nuovo avvocato pare senz'altro destinata a generare le conseguenze invalidanti prefigurate dall'art. 178 del codice.

---

l'iniquità del giudicato per violazione dell'art. 6 § 3 lett. *c* Cedu dalla omessa sostituzione del legale che si sia macchiato di una negligenza manifesta «*o*» sufficientemente segnalata (questa la formula ricorrente, a partire da C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*): quando si tratti di negligenza manifesta, resta dunque irrilevante la mancata sollecitazione da parte dell'interessato, come affermato chiaramente proprio nella "sentenza Sannino" in cui l'imputato, addirittura presente, non aveva comunque assunto iniziative volte alla nomina d'un nuovo difensore (C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*, cit., § 51). Va da sé che questa implicazione (irrilevanza della mancata sollecitazione) si guadagna con facilità se si inquadra – più correttamente – il fenomeno nell'ambito della nullità per violazione dell'art. 97 co. 1 e 5 Cpp: quando l'imputato risulti privo del difensore, il giudice ha il dovere di provvedere alla nomina a prescindere da qualsiasi iniziativa dell'interessato, se quest'ultimo non nomina un legale di fiducia.

[10] Per questa lettura, sia pure con qualche temperamento, v. ad es. G. Frigo, *Difensore*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, Milano 1989, 681 ss.; nonché – volendo – M. Busetto, *Controlli giudiziali sulla qualità della difesa tecnica*, Padova 2017, 98 ss. Va da sé che simile impostazione avrebbe dovuto accompagnarsi ad una adeguata valorizzazione del ruolo e dei poteri del sostituto processuale *ex* art. 97 co. 4 Cpp, sia sul piano del diritto al termine a difesa, sia più in generale. La prassi ha invece sminuito al massimo questa figura, intendendo la sua funzione come strettamente limitata al singolo atto che di volta in volta ne ha occasionato la nomina, oltre che negandogli – lo si è detto – il diritto *ex* art. 108 Cpp.

[11] In questa linea, è stato ritenuto legittimo – ad esempio – che l'avviso di conclusione delle indagini sia notificato a un difensore d'ufficio diverso da quello designato in occasione di un anteriore atto garantito, quando quest'ultimo non abbia compiuto alcuna attività (Cass. 8.1.2009, Ren, in *CEDCass*, m. 242668; Cass., 13.1.2006, Rejewski, *ivi*, m. 233576; Cass. 11.5.2004, Fiderio, *ivi*, m. 228974; Cass. 2.12.2004, Bouizgarane, *ivi*, m. 230651).

Discutibile e fuorviante sarebbe, invece, ricollegare tali conseguenze direttamente alla violazione dei parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo a proposito dell'effettività della difesa d'ufficio, come aveva fatto in un primo tempo la Corte di cassazione. Discutibile, perché non pare che la violazione dei principi della Cedu, quali risultano dalle interpretazioni che ne danno i giudici sovrannazionali, possa integrare di per sé una causa d'invalidità[12]. Fuorviante, perché questo inquadramento non offrirebbe tutela migliore o più avanzata al diritto di difesa: sembra infatti ormai assodato – anche alla luce dei più recenti orientamenti delle alte Corti – che neppure la violazione dell'art. 6 Cedu rilevata a Strasburgo possa scalfire il giudicato, al di là dei confini del medesimo processo dichiarato iniquo e dei presupposti della "revisione europea"[13]; d'altra parte, se anche ci si volesse spingere ad affermare il contrario, tale effetto non potrebbe che restare circoscritto a casi identici o comunque del tutto simili a quelli oggetto di censura; cosa che confinerebbe l'invalidità di cui stiamo discutendo ad un ambito molto limitato, oltre che dai contorni incerti, coincidente per l'appunto con l'ipotesi di *plurime* nomine provvisorie in sostituzione d'un difensore d'ufficio ormai dileguatosi e di "supplenti" a loro volta rimasti inattivi (ammesso e non concesso che nel "caso Sannino" la condanna dell'Italia non fosse dipesa da ulteriori elementi di specificità della vicenda[14]). Questo, a meno di voler ricondurre nell'alveo dell'invalidità ogni ipotesi di contrasto con il principio astrattamente distillato dalla Corte europea dall'art. 6 § 3 lett. c Cedu, con la conseguenza che cadrebbero nel nulla tutti i processi in cui il giudice non abbia sostituito il legale d'ufficio incorso in una «negligenza manifesta o sufficientemente segnalata»[15]: ipotesi iperbolica, anche per via delle potenti minacce che così s'innescherebbero per l'indipendenza dell'avvocatura[16].
In definitiva, dalla giurisprudenza europea può venire solo un argomento ulteriore a sostegno della riconducibilità, in via interpretativa, della sostituzione provvisoria del legale che abbia disertato in modo definitivo la difesa ad un *error in procedendo* rilevante *ex* artt. 97 co. 1 e 178 Cpp, non una soluzione o un rimedio alternativo a tale patologia. Non è comunque cosa da poco, specie se ne vengono colte con coerenza tutte le implicazioni.

4. Eccoci così al profilo forse più spinoso: nullità assoluta o "a regime intermedio"? La Cassazione – lo si è visto – ha risposto nel secondo senso, ma è lecito dubitare della correttezza di questa conclusione.
Come già evidenziato, il caso che interessa è quello della mancata sostituzione (definitiva) del difensore che abbia abdicato in modo non momentaneo alla funzione, rispetto ad un atto in cui la

---

[12] Per alcune critiche all'idea di ricondurre all'art. 178 lett. *c* Cpp l'inosservanza dell'art. 6 § 3 Cedu, collocando quest'ultimo fra le «disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza o la rappresentanza dell'imputato», v. R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale*[4], Milano 2017, 59 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto*. *Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovrannazionali*, Roma 2012, 80.
[13] Lo nega, incidentalmente, C. cost., 13.1.2022, n. 2, cit., con particolare riferimento all'art. 670 Cpp. Dal canto suo, l'ipotesi che la revisione europea sia accessibile anche ai c.d. fratelli minori non ha trovato accoglimento, in rapporto alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato violazioni dell'equo processo (cfr. Cass. 29.5.2014, Attanasio, in *CEDCass*, m. 261443; Cass. 23.9.2014, Guarino, *ivi*, m. 262639).
[14] In effetti, risulta dalla sentenza europea che al patrono designato d'ufficio era stato inviato l'avviso d'udienza, ma non l'atto di nomina e perciò l'indicazione dell'imputazione e dell'imputato cui esso si riferiva (C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*, cit., § 8): si tratta di un elemento cui la Corte dà peso, nelle consuete valutazioni d'equità complessiva della procedura che caratterizzano il suo approccio.
[15] Cfr., fra molte, C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*, cit.; C. eur., 9.4.1984, *Goddi c. Italia*; C. eur., 19.12.1989, *Kamasinski c. Austria*; C. eur., 21.4.1998, *Daud c. Portogallo*; C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*, cit.; C. eur. GC, 18.10.2006, *Hermi c. Italia*; C. eur., 9.4.2015, *Vamvakas c. Grecia*.
[16] Sul punto, rinvieremmo a M. Busetto, *op. cit.*, 170 ss.

sua presenza sia necessaria: la nomina d'un sostituto *ad acta* esclude che ricorra l'ipotesi della «assenza» del legale *ex* art. 179 Cpp?
Sappiamo che le Sezioni unite, dopo lunghe diatribe, hanno definitivamente chiarito un aspetto: la patologia evocata dalla formula dell'art. 179 Cpp non può essere confinata al caso, pressoché "di scuola" in cui l'atto necessariamente garantito venga compiuto senza la presenza di *qualsiasi* difensore; rilevano anche le ipotesi in cui non sia stata assicurata la presenza di *quel* difensore che l'imputato avesse nominato di fiducia o che gli fosse stato assegnato d'ufficio in precedenza (il «suo» difensore, secondo la lettera dell'art. 179 Cpp, opportunamente valorizzata dalle stesse Sezioni unite). Perciò, integra nullità assoluta anche il mancato o irrituale avviso al legale fiduciario (o già nominato d'ufficio), restando irrilevante la nomina d'un sostituto, la cui presenza rimane dunque inidonea a degradare il vizio al più blando regime dell'art. 180 Cpp[17].
Il nostro caso, tuttavia, presenta un elemento di diversità: stiamo infatti considerando l'ipotesi in cui la nomina del sostituto *ad acta* abbia luogo quando il difensore "titolare", regolarmente avvisato, non sia intervenuto, per aver abbandonato definitivamente la difesa. Eppure, se si ritiene che in casi del genere l'imputato sia «rimasto privo» del difensore (art. 97 co. 1 Cpp) – come abbiamo dato per presupposto, sull'onda della consolidata giurisprudenza – essi esibiscono analogie con altre eventualità, in cui la giurisprudenza ha concordemente riconosciuto una nullità assoluta: ci si riferisce soprattutto all'ipotesi in cui il giudice abbia provveduto a nominare un sostituto *ad acta* pur a fronte d'un legale di fiducia che abbia rinunciato al mandato[18]; quando ciò accada, pare in effetti incontestabile che si verifichi una radicale assenza della difesa, dato che l'idea stessa d'un sostituto processuale *ad acta* (un "supplente") risulta logicamente correlata alla "esistenza" d'un titolare.
Proprio qui si colloca il principale argomento individuato dalle due sentenze più sopra richiamate a sostegno del carattere intermedio della nullità, che si collega alla specificità dell'ipotesi in cui si tratti proprio del difensore d'ufficio che abbia abbandonato la funzione. A differenza dalla difesa fiduciaria, quella d'ufficio è irrinunciabile: perciò, finché intervenga un provvedimento del giudice che dispensi il legale designato dall'incarico, nominandone un altro *ex novo*, esiste pur sempre, almeno sul piano "formale", un difensore titolare dell'incarico, e ciò vale a escludere appunto il carattere assoluto della nullità, nel caso in cui il giudice – anziché nominare un nuovo legale – si limiti a provvedere secondo l'art. 97 co. 4 Cpp.
Benché il rilievo non sia privo di peso, esso pare eccessivamente formalistico e, tutto sommato, superabile.
Infatti, se dovessimo ragionare alla stregua della formale titolarità della funzione, a rigore anche la rinuncia alla difesa fiduciaria, non seguita dalla nomina di un nuovo difensore ma solo dalla designazione di un sostituto, non darebbe luogo a nullità assoluta, dato che la rinuncia «non ha effetto finché la parte non risulti assistita da un nuovo difensore» (art. 108 co. 2 Cpp): eppure, la giurisprudenza che ha concluso diversamente ha considerato questo argomento e l'ha ragionevolmente scartato, optando appunto per la nullità assoluta[19]. Ma non solo: seguendo fino in fondo l'impostazione qui criticata, la nullità assoluta sarebbe esclusa persino nel caso eclatante

[17] Cass. S.U. 26.3.2015, Maritan, in *CEDCass*, m. 263598: «l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato, integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178 co. 1 lett. *c* e 179 co. 1 Cpp, quando di esso è obbligatoria la presenza, a nulla rilevando che la notifica sia stata effettuata al difensore d'ufficio e che in udienza sia stato presente un sostituto nominato *ex* art. 97 co. 4 Cpp».
[18] Nel senso della nullità assoluta, Cass. 23.2.2018, Esposito, in *CEDCass*, m. 272603; Cass. 17.1.2011, Giaffreda, *ivi*, m. 250164; Cass. 20.10.2006, Rakocevic, *ivi*, m. 235399; Cass. 13.1.2005, Fumagalli, *ivi*, m. 231603.
[19] Cass. 13.1.2005, Fumagalli, cit.; Cass. 20.10.2006, Rakocevic, cit.; Cass. 23.2.2018, Esposito, cit. *Contra*, ma isolatamente, Cass. 19.11.2015, Arnoldo, in *CEDCass*, m. 266052.

del difensore d'ufficio che, anziché dileguarsi, abbia esplicitamente rifiutato la difesa, noncurante delle conseguenze disciplinari del suo gesto; anche in questo caso, la titolarità della funzione rimarrebbe intatta, posto che appunto la difesa d'ufficio non è suscettibile né di rinuncia né di rifiuto, per così dire, *ab initio*: perciò l'eventuale illegittima nomina d'un sostituto *ad acta* sarebbe destinata, pure in questo caso, a generare solo le più blande conseguenze *ex* art. 180 Cpp. *Mutatis mutandis*, tornano alla mente gli scenari scoperchiati ormai più di quarant'anni or sono dalla Corte europea dei diritti umani, in una vicenda in cui i giudici nostrani (niente meno che la Corte di cassazione) s'erano trincerati dietro al principio di obbligatorietà della difesa d'ufficio per giustificare un pervicace rifiuto di assegnare un nuovo patrono a un imputato non abbiente cui il difensore aveva esplicitamente negato qualsiasi forma d'assistenza: era il "caso Artico", a fronte del quale fu inevitabile, per i processualisti italiani, farsi «rossi di vergogna, anzi paonazzi»[20].

C'è quanto basta per concludere: una volta che si convenga che l'abbandono definitivo della difesa d'ufficio debba dar luogo alla nomina d'un nuovo difensore (e non già ad una – o più – semplici sostituzioni *ad acta*), occorre ammettere che l'eventuale inosservanza di tale dovere non solo sia causa di nullità, ma anche che si tratti di nullità assoluta. Perciò, la diversa conclusione (nullità a regime intermedio) desumibile dalle due sentenze della Corte di cassazione più sopra richiamate non pare condivisibile e va piuttosto ascritta al verosimile intento di frenare possibili implicazioni in termini di deducibilità (di tale vizio) addirittura *post rem iudicatam*, secondo l'art. 670 Cpp, dato che – prima del più recente intervento delle Sezioni unite – s'era talvolta ritenuto che l'imputato giudicato in assenza potesse far valere *in executivis* determinate ipotesi di nullità, purché di carattere assoluto[21]. Venuta meno questa prospettiva, s'è per così dire squarciato il velo, mettendo a nudo la pochezza degli argomenti a sostegno di tale inquadramento (regime c.d. intermedio, appunto).

C'è dunque da sperare che venga messo da parte, facendo largo alla soluzione più coerente con la trama normativa e sistematica (nullità assoluta, appunto). Non si tratterebbe comunque d'un approdo di poco conto. Infatti, è vero che la mancata nomina d'un difensore stabilmente incaricato e il conseguente vuoto difensivo rimarrebbero, anche per questa via, coperti dal giudicato, sicché le relative doglianze, a quel punto, potrebbero semmai essere avanzate solo per le vie d'un apposito ricorso alla Corte europea[22], persino nel caso di giudizio in assenza[23]; eppure il regime della nullità assoluta assicura comunque tutele significative: oltre alla rilevabilità anche *ex officio* in ogni stato

---

[20] Questo il memorabile titolo della chiosa di A. Pizzorusso a C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*, *FI* 1980, IV,147.

[21] Quest'ultimo indirizzo, per verità minoritario (v. ad. es. Cass. 27.11.2018, Viti, in *CEDCass*, m. 275380; Cass. 14.11.2019, Fabiani, *ivi*, m. 278441), è stato sconfessato da Cass. S.U. 26.11.2020, Lovric, cit., nei termini riportati *supra*, nota 8.

[22] Per quanto l'assenza d'un apposito rimedio interno capace di travolgere il giudicato per il caso d'una condanna subita da un imputato sostanzialmente non difeso possa destare perplessità, vanno richiamati (anche qui) i rilievi che la Corte costituzionale ha comprensibilmente opposto all'idea di superare il principio secondo cui il tradizionale sbarramento valga anche per le nullità assolute (C. cost. 13.1.2022 n. 2, cit.): oltra a sottolineare l'esigenza di certezza e definitività delle decisioni (v. *retro* nota 8), la Consulta ha osservato che «ad arginare tale rischio non varrebbe, d'altra parte, il tentativo […] di confinare l'eventuale rilevabilità di *errores in procedendo* in sede esecutiva a quelle sole violazioni di regole procedimentali che ridondino in altrettante lesioni dei diritti fondamentali dell'imputato […], giacché della gran parte delle nullità previste dal codice di procedura penale potrebbe parimenti predicarsi l'incidenza sul diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost., o comunque sui principi (e diritti fondamentali) inerenti al giusto processo di cui all'art. 111 Cost.».

[23] Salvo che ricorrano i presupposti della rescissione del giudicato *ex* art. 629 *bis* Cpp, come accade quando la nullità derivante dalla violazione delle garanzie difensive abbia determinato la mancata conoscenza incolpevole del processo (Cass., S.U. 26.11.2020, Lovric, cit.). Resta poi ferma la residua rilevanza dell'art. 670 Cpp laddove l'invalidità abbia inciso sulla esecutorietà del titolo, risolvendosi ad esempio in un vizio attinente alla notifica dell'avviso di ritardato deposito della sentenza secondo l'art. 548 co. 2 Cpp (cfr., ancora, Cass. S.U. 26.11.2020, Lovric, cit., § 8.4)

e grado del procedimento, va rimarcata l'inapplicabilità dell'art. 182 co. 2 Cpp, che consente di schivare la sconcertante implicazione di fare ricadere sull'imputato, in ipotesi privo d'assistenza legale effettiva, la mancata attivazione del sostituto processuale volta ad eccepire il vizio, quale causa di sanatoria del vizio medesimo[24].

Piuttosto, resta un rilievo, già in parte anticipato: la presa d'atto che si tratti d'una sanzione processuale così robusta (pur se destinata a rimanere confinata alla fase di cognizione) dovrebbe sollecitare chiarimenti a proposito del concetto di abbandono definitivo della difesa, cui è ancorato l'obbligo d'intervento giudiziale foriero di tali conseguenze, in caso di inosservanza; s'è visto quali incertezze gravino sulle elaborazioni giurisprudenziali, talvolta inclini a discutibili dilatazioni, con problematiche ricadute in termini di controlli giudiziali sulla funzione difensiva dai contorni eccessivamente ampi. Si tratta di indirizzi forse alimentati proprio dall'idea che la mancata sostituzione definitiva (con quanto ne segue sul piano del diritto al termine a difesa) non generasse conseguenze particolari o rimanesse confinata al campo delle nullità sanabili. Ad ogni modo – dato che così non è – sarebbe auspicabile un intervento legislativo, che riprendesse il fecondo dibattito intercorso a tal riguardo nei lavori preparatori del d.lgs. 30.1.2015 n. 6, attuativo della delega volta al riordino della disciplina della difesa d'ufficio[25], da cui erano provenute indicazioni degne di nota: oltre a codificare in modo esplicito l'assimilazione tra abbandono definitivo della difesa d'ufficio e nomina d'un nuovo legale, alcune proposte si preoccupavano anche di specificare il concetto, facendolo coincidere con la mancata comparizione senza giustificato motivo o legittimo impedimento ad un atto in cui sia necessaria la presenza del difensore[26]. Al netto di ogni possibile obiezione, restava lodevole l'intento di ancorare la nomina *ex novo* ad un parametro esatto e facilmente riconoscibile. Ci si deve dunque rammaricare che opzioni del genere siano state bruscamente scartate all'atto del varo del testo definitivo d'una riforma (della difesa d'ufficio) da molti giudicata troppo timida se non addirittura deludente[27].

---

[24] Pare ovvio che questa strada (nullità assoluta appunto) renda irrilevante anche la mancata attivazione dello stesso imputato, in caso di sua presenza al processo, coerentemente con l'approccio, al riguardo, della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. *retro*, nota 9).

[25] L. 31.12.2012 n. 247.

[26] In tal senso, v. ad es. il testo proposto dall'Unione delle Camere Penali, in cui si prevedeva l'introduzione del co. 4 *bis* dell'art. 97 Cpp, in cui si leggeva – fra l'altro – che il giudice «in caso di mancata comparizione del difensore di ufficio, senza giustificato motivo o legittimo impedimento» provvedesse alla «segnalazione dell'assenza» ed alla «nomina un altro difensore a norma dei commi 2 e 3» dello stesso art. 97 (*Relazione difesa d'ufficio per proposta di riforma*, in *www.camerepenali.it*). Per più ampi ragguagli su questa ed altre proposte analoghe, presentate nel corso dei lavori preparatori al decreto legislativo del 2015, v. M. Busetto, *op. cit.*, 125 ss.

[27] Così, T. Bene, *Una luce debolissima sulla rivalutazione culturale*, in *DPP* 2015, 238 ss.

LA TIPICITA' ALLA PROVA DELLE MIGLIORI INTENZIONI: L'INCERTA NOZIONE DI ATTO SESSUALE[1]

di Adriano Martini
Professore associato di diritto penale presso l'Università di Pisa

L'attualità pone al centro dell'attenzione il tema della determinatezza della fattispecie di cui all'art. 609 *bis* Cp e del suo tassativo impiego. Talora la giurisprudenza tende a contrabbandare come *jus receptum* che la norma sia suscettibile di applicazione a forme di interazione non caratterizzate da violenza, minaccia, abuso di autorità o sfruttamento di una minorazione o di un errore, assumendo atteggiamenti duttili anche sul piano della connotazione dell'atto costretto o indotto. Il tentativo è di proporre un criterio efficiente, per quanto complesso, per definire il reale contesto di operatività della disposizione.
Latest news put in the spotlight the topic of the certainty of the legal case described by art. 609 bis c.p. and its imperative application. Sometimes jurisprudence tries to smuggle as jus receptum that the provision can be apply to interactions not characterized by violence, threat, abuse of authority or by taking advantage of a minority or a mistake, assuming flexible attitudes also regarding the characteristics of the forced or induced act. The attempt is to propose an efficient, yet complex, criterion to define the real application field of the provision.

SOMMARIO: 1. In forma chiara e precisa: la natura sessuale dell'atto costretto. - 2. Le libere scelte sessuali: ragioni per una tutela accentuata e dilatata. - 2.1. La tutela dilatata: la creatività giurisprudenziale. – 3. La inclusività del concetto di atto sessuale. - 3.1. La consulta. - 3.2. La giurisprudenza di legittimità. - 3.3. Sul criterio oggettivo: la soluzione apparente delle zone erogene. - 3.4. Un'impostazione sincretica. - 4. Ciò che la legge punisce e ciò che non punisce. - 4.1. Premesse. - 4.2. Lo sforzo interpretativo. - 5. Il tentativo di esprimere una sintesi.

1. Come per Cesira e Rosetta[2], la violenza sessuale si abbatte sulla vittima come la più deplorevole manifestazione della supremazia della forza sulle ragioni e le libertà. E' la messa in scena, lo spettacolo orribile, di un potere che prevarica l'inerme, si tratti di quello del maschio sulla femmina, di quello del "normale" avverso LGBT, del gruppo sull'individuo isolato[3], del forte sul debole[4], di chi è armato su chi è inerme, del custode sul custodito, del padrone sul servo, del datore di lavoro sul dipendente. Si tratta, in sostanza, di un modo paradigmatico di concretizzazione di

[1] Il presente scritto è la rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno *Principi del diritto penale e teoria del reato, Convegno per Giovannangelo De Francesco,* Pisa 6 giugno 2022.
[2] Il riferimento è alle due protagoniste femminili de *La ciociara* romanzo di Alberto Moravia (e. con la sceneggiatura di C. Zavattini, film di Vittorio De Sica) nella storia icone della mite femminilità esposta alla brutalità di chi detiene il potere.
[3] Nelle dinamiche di gruppo si afferma, spesso, un pensiero forte, che condiziona le scelte di tutti. La percezione di appartenere ad un gruppo, poi, conferisce all'intraneo una sorta di insana percezione di impunità, di intangibilità, oltre che di supremazia. In tema M.N.Masullo, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo, CP* 1997, 2917.
[4] Penso in particolare alle dinamiche del bullismo che utilizza il linguaggio sessuale: cfr. Cass. V, 163/2020 che ha inquadrato nella violenza privata la vicenda di un "*minorenne nei confronti del compagno di scuola, costretto a subire il furto di oggetti scolastici, la simulazione sul suo corpo di un rapporto sessuale e altre continue condotte violente e prevaricatrici*".

una visione distopica della propria supremazia sugli altri, per sancirla e glorificarla. In questo emerge la dimensione "politica" della violenza sessuale, non a caso collocata, dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale[5], nel contesto dei crimini contro l'umanità[6].

Di questo strumentario di prepotenze, la congiunzione carnale è certo il modello plasticamente più spettacolare e perverso. E' pensando ad un agire di tal fatta, al suo significato di sottomissione della vittima, di usurpazione della potestà sull'interezza del corpo attraverso la penetrazione, che il legislatore è pervenuto a compiere scelte repressive molto severe. Il coito violento ha assolto, quindi, al ruolo di paradigma di disvalore in funzione delle scelte di politica criminale, sia sul piano sostanziale che processuale. Ma è proprio da questa premessa che deriva la perplessità all'origine di questa riflessione. A differenza di quanto si è scelto di fare in altri contesti normativi[7], nel nostro paese lo stesso strumentario repressivo è posto a presidio anche di condotte assai differenti sul piano di disvalore, tanto da legittimare il dubbio che non siano rispettati i principi del proporzionalismo retributivo. Nel concetto di atto sessuale violento rientrano modi di agire che pur appartenendo alla medesima distopia delle relazioni private[8], non sono assimilabili al coito violento, appartenendo ad una sfaccettata fenomenologia di accadimenti minori o minimi, espressione di un'analoga microfisica dei rapporti umani alterati nell'ottica dalla preminenza di genere. Ognuno di essi rappresenta la messa in pratica, la visualizzazione dell'idea del proprio essere sessuato e di come debbano conformarsi le relazioni con persone di un altro sesso, fino ad esprimere una pretesa potestà, una sorta di privilegio dominicale al godimento di quanto si possiede. Il poter fare è consustanziale all'essere, tanto che chi se ne sente privato subisce uno spoglio frustrante che lo induce a ricercare in modi ancor più intollerabili la propria primazia sul corpo del posseduto, del sottoposto, del custodito: la violenza di genere, è in tal senso considerabile un fenomeno del quale la violenza sessuale è soltanto una delle possibili forme di manifestazione[9].

---

[5] Sul ruolo dei delitti di violenza sessuale come strumenti di prevaricazione nel contesto più disfunzionale delle relazioni umane cfr. F.Franceschelli, *Lo stupro come crimine internazionale: il contributo del Tribunale per il Ruanda alla sua definizione, CP* 2014, 3113.

[6] Alla violenza sessuale si riferisce l'art. 7 lett. *g* dello Statuto di Roma: "*Stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o altre forme di violenza sessuale di analoga gravità"*.

[7] Ci limitiamo a segnalare alcune fonti. Il Codice penale spagnolo (regola le aggressioni sessuali avverso maggiorenni capaci, agli artt. 178 e ss., distinguendo tra attentato alla libertà sessuale (art. 178, pena "*prisiòn de uno a cinco años"*) il congiungimento carnale (art. 179 pena da sei a dodici anni), l'abuso senza violenza o intimidazione (art. 181, pena da 1 a tre anni, alternativa a pena pecuniaria). Il Codice penale francese, alla Sezione III del Capitolo II punisce in modo diversificato il congiungimento (art. 222-23) punendolo con quindici anni di reclusione criminale, le altre aggressioni sessuali, punendole con "*cinq ans d'emprisonnement",* e le molestie (cfr. infra). Il Codice penale tedesco riconduce, come quello italiano, l'intera materia al novero degli atti sessuali "contro l'apparente volontà di una persona", operando però una scelta edittale assai differente e meno condizionante: il delitto, previsto dal § 177 StGB, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni, innalzando il minimo ad un anno (co. 5) se vi è stato ricorso a violenza o minaccia di un pericolo imminente per la vita o l'incolumità fisica o, infine, approfittando di una situazione che pone la vittima alla mercè dell'autore.

[8] L'espressione delitti contro le relazioni private è tratto da T.Padovani, *I delitti contro le relazioni private,* in AA.VV., *Storia d'Italia, La criminalità, Annali 12,* Torino 1997, 219 e ss.. L'opera, pubblicata a ridosso della riforma del 1996 analizza, in una prospettiva storica, quanto la sessualità, che possiamo convenire rappresenti una libera espressione della personalità individuale, sia stata intesa per secoli come un ruolo all'interno di una struttura sociale.

[9] Il ricorso alla violenza fisica nella definizione delle relazioni interpersonale è espressione, non di rado, di una ritenuta detronizzazione di chi se ne rende autore. Si tratta, in sostanza, della sola modalità ancora disponibile per riconciliare la realtà, caratterizzata dall'affrancazione femminile, con la interpretazione delle prerogative maschili, ormai anacronistica e spesso frutto di una sottocultura destinata, storicamente, a soccombere. In questo conflitto non è disagevole rinvenire le cause di una delle piaghe dei nostri tempi, la c.d. violenza in famiglia.

Sono tematiche troppo grandi per un giurista. Non di meno sembra possibile arguire che il legislatore, ricostruendo un sistema repressivo sostanziale e processuale connotato di profili di specialità per combattere la violenza sessuale, si proponesse non soltanto di punire un fatto tipico offensivo, ma anche di cercare di porre rimedio ad un rapporto sperequato, nel quale interagiscono il debole ed il forte. Ne è originato un diritto penale del nemico, severissimo nelle scelte edittali e ostile in quelle processuali[10], comunque una sorta di pallida alternativa alla giustizia relazionale che nelle dinamiche sociali e culturali non riesce, nonostante questo, ad affermarsi. In questa prospettiva, invero, una politica che si esprima preminentemente attraverso l'inasprimento della minaccia di pena, svela l'impotenza, la incapacità di perseguire altrimenti l'effetto cui sarebbe opportuno tendere operando sul piano delle regole della quotidiana convivenza, prevenendo sul piano sociale e culturale le cause persistenti della prevaricazione.

In questo ruolo di retroguardia, il giurista ha comunque il compito di confrontarsi criticamente con le norme predisposte in funzione degli scopi perseguiti, per giudicarne la funzionalità nel rispetto dei principi. Nel nostro caso, come vedremo, si imporrà la questione della adeguata precisione del sistema nel definire quanto è proibito e punito dimostrandosi capace di ritrarsi allorché vengano in gioco condotte che, seppur sintomatiche di una perdurante patologia nella percezione del ruolo, sono soltanto il deplorevole retaggio, immeritevole di pena, di una cultura regressiva.

Procedendo in questa direzione, si porrà al centro dalla riflessione la violenza sessuale; lo sguardo non si allargherà, invece, alla considerazione degli strumenti per la tutela penale della intangibilità della sessualità minorile, ovvero gli artt. 609 *quater, quinquies* e, in una prospettiva estrema di anticipazione, con la repressione del mero adescamento, 609 *undecies* Cp. Per quanto allocati, nella geografia codicistica, nel medesimo territorio delle norme sulla violenza, quelle disposizioni evidenziano una propria autonomia già nella formulazione testuale dell'art. 609 *quater*; il loro baricentro, invero, esprime un contenuto di disvalore in cui l'atto sessuale prescinde che prescinde dall'impiego della forza prevaricatrice. In esse entra in gioco, piuttosto, quella condizione, universalmente riconoscibile, di fragilità della vittima e l'esigenza che la sua maturazione sessuale proceda senza improvvise accelerazioni o accadimenti traumatici[11]. Si ricerca, quindi, da un lato il benessere del minore, dall'altro la preservazione delle sue potenzialità,

---

[10] Per rimanere alla stringente attualità, vale la pena di ricordare il destino di una delle disposizioni che diversifica il processo in *subiecta materia,* anche a costo di incidere sul diritto al contraddittorio in sede di formazione della prova. L'art. 392 co. 1 *bis* Cpp, che ammette ed incoraggia il ricorso immediato all'incidente probatorio per la assunzione della deposizione della persona offesa, tra gli altri, per il delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p. è stato posto al vaglio della Corte Costituzionale, sia pure limitatamente alla possibilità che l'incidente probatorio sia esteso all'assunzione della deposizione di un minore non persona offesa. C. cost. sent. n. 14/2021 pur ribadendo come l'incidente probatorio meriti di conservare il proprio carattere di eccezionalità, poiché "*anticipa la formazione della prova rispetto alla naturale sede del dibattimento, in deroga al principio fondamentale d'immediatezza*", ha dichiarato non fondata la questione in forza di una presunzione di vulnerabilità della persona chiamata a deporre. Sulla decisione cfr. N.Pascucci, *La Corte Costituzionale conferma il vigente perimetro applicativo dell'art. 392 comma 1 bis Cpp, RIDPP* 2021, 707.

[11]Si legge in Cass. III, 38084/2021 come il bene giuridico del delitto di cui all'art. 609 *quater* sia rappresentato da: «*il corretto sviluppo della personalità del minore che, essendo fino all'età adolescenziale in via di formazione, è stato ritenuto meritevole di una protezione assoluta sotto il profilo dell'integrità psico-fisica che si concretizza nella tutela non tanto della libertà sessuale del minore quanto della maturazione della sua libertà ancora acerba dalle insidie provenienti da soggetti terzi*».

del suo futuro, il suo poter essere un adulto sessualmente sereno[12]. Nelle interazioni tra adulti o tra soggetti comunque già adusi al linguaggio sessuale, invece, la violenza punita rappresenta l'eccezione alla regola della libertà individuale di perseguire la soddisfazione delle più varie predilezioni sessuali, senza lasciare spazio a pregiudizi culturali o etici che portino a considerare distoniche certe manifestazioni rispetto ad altre[13].

2. Benché, in quanto tale, ogni esternazione sessuale possa considerarsi libera, nel delitto di cui all'art. 609 *bis* (e, conseguentemente, nella sua specifica forma plurisoggettiva necessaria aggravata di cui all'art. 609 *octies* Cp[14]) proprio la qualità sessuale dell'atto che la vittima è costretta o indotta a compiere o subire impregna di un contenuto di disvalore preminente un agire che, altrimenti, pur risultando penalmente rilevante, sarebbe ritenuto meritevole di minor pena o, addirittura, penalmente irrilevante[15].

Sotto il primo profilo, si deve considerare come, nella sua articolata fenomenologia, il delitto di violenza sessuale si ascriva al novero dei reati "eventualmente complessi".

Le fattispecie previste dal primo comma dell'art. 609 *bis* (costrizione mediante violenza o minaccia o mediante abuso di autorità) devono annoverarsi tra i delitti a "base violenta", descrivendo condotte vincolate di causazione dell'evento (l'atto sessuale non libero). Queste, ove funzionali ad un differente esito, sarebbero considerate comunque meritevoli di rilevanza penale: l'ipotesi della violenza privata, rispetto alla quale quella sessuale è speciale per specificazione quanto al carattere dell'atto che la vittima è costretta a compiere o subire; l'impiego di una forza fisica vettoriale per attingere alla corporeità della vittima percuotendola o per impedirne i movimenti, privandola della libertà di locomozione[16]. Questi modi di agire penalmente illecito,

---

[12]Impossibile perfino tentare di fornire indicazioni minime su un tema tanto studiato. Ci limitiamo a ricordare quanto scritto nelle premesse alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali di Lanzarote del 2007: «*Lo sfruttamento sessuale dei minori ...nonché tutte le forme di abuso sessuale di minori ... mettono seriamente a rischio la salute e lo sviluppo psico-sociale dei minori*». Sui contenuti della Convenzione G.L.Gatta, *Protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: ratificata la Convenzione di Lanzarote del 2007 (e attuata una mini-riforma nell'ambito dei delitti contro la persona),* www.penalecontemporaneo.it 2012.

[13]Si legge nella *Dichiarazione dei diritti sessuali* elaborata dalla *World association for sexual health*, che riunisce i sessuologi di tutto il mondo, come «*La sessualità è un aspetto centrale dell'essere umano nell'arco di vita e comprende il sesso, le identità e i ruoli di genere, l'orientamento sessuale, l'erotismo, il piacere, l'intimità e la riproduzione. La sessualità è sperimentata ed espressa attraverso pensieri, fantasie, desideri, credenze, attitudini, valori, comportamenti, pratiche, ruoli e relazioni. Mentre la sessualità può includere tutte queste dimensioni, non tutte vengono sperimentate o espresse. La sessualità è influenzata dall'interazione di fattori biologici, psicologici, sociali, economici, politici, culturali, legali, storici, religiosi e spirituali*».

[14] Le scelte compiute dal legislatore nel punire la violenza sessuale di gruppo, aumentando i limiti edittali e non reiterando la superattenuante del caso di minore gravità, sono state poste al vaglio della Consulta che ha ritenuto ammissibili le scelte compiute, per quanto differenti da quelle che caratterizzano l'ipotesi monosoggettiva, ricorrendo al criterio di giudizio per cui una ingiustificata diseguaglianza debba risultare arbitraria e radicalmente ingiustificata o irragionevole. Così C. cost. sent. n. 325/2005.

[15] Difficile fornire indicazioni bibliografiche sulla tutela penale della libertà sessuale. Siano consentiti dei meri rinvii anche per rinvenire informazioni bibliografiche più complete: C.Piergallini, F.Viganò, M.Vizzardi, A.Verri, *I delitti contro la persona, Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti,* in *trattato di diritto penale, Parte speciale,* a cura di G.Marinucci, E.Dolcini, v. X, Padova 2015.

[16] Che la condotta di privare la vittima della libertà di locomozione, come tale integrante il delitto di cui all'art. 610 Cp, sia connotato intrinseco all'agire costrittivo della violenza sessuale è effetto che consegue alla stretta relazione funzionale tra violenza e atto forzato. Si tratta di un indirizzo consolidato della giurisprudenza, di recente confermato in Cass. III, 36327/2021, nella cui motivazione si ribadisce che «*il delitto di sequestro di persona concorre con quelli*

ove strumento di una costrizione che non inerisca un fare o subire sessuale, sono assoggettati a minacce edittali in genere assai meno severe[17]: la reclusione sino a quattro anni, prevista per la violenza privata, quella sino a sei mesi alternativa alla multa per le percosse (sempre assorbite nel delitto a base violenta), quella da sei mesi ad otto anni per il sequestro di persona (in quanto tale a sua volta inglobato nella fattispecie sessuale nei limiti in cui la costrizione sulla libertà perduri per un tempo rigorosamente funzionale all'atto)[18]. Questo mero rilievo impone di ricercare il senso della scelta di punire ove la violenza funzionale ad un agire lesivo della libertà sessuale[19] in misura tanto clamorosamente più severa[20] (per di più effetto di continue corse al rialzo[21]): pur non considerando l'operatività di una qualsiasi delle circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609 *ter* Cp (che possono perfino raddoppiare la pena: cfr. art. 609 *ter* u.c.), si prevede per gli atti sessuali violenti la reclusione da 6 a 12 anni che, nell'ipotesi necessariamente plurisoggettiva della violenza di gruppo, è elevata ulteriormente da 8 a 14 anni[22].

Sotto il secondo profilo, si deve constatare come il legislatore, allorché il valore in gioco sia l'autodeterminazione sessuale, scelga di abbandonare la strada della complessità per attribuire rilevanza anche a forme di ingerenza che, come al comma 2 dell'art. 609 *bis,* non presuppongono una violenza costrittiva e/o fisica come tale penalmente rilevante. Ed invero, se l'assimilazione dell'abuso alla violenza, ove il primo inerisca la strumentalizzazione di una potestà pubblicistica appare conforme all'idea della complessità (in quanto il *metus* indotto dall'abuso dei poteri impliciti al ruolo, può risultare comparabile od equipollente alla *vis,* potendo risultare penalmente rilevante alla stregua del delitto di concussione[23]), l'esistenza di una componente di illiceità penale

---

di violenza sessuale...[solo] *nel caso in cui la privazione della libertà persona si protrae...nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali*».

[17] Scrive T.Padovani, *Il confine conteso, RIDPP* 1999, 1311: «*il rapporto tra violenza privata e violenza sessuale, espresso in termini di specializzazione della tutela, è tracciato da una prospettiva di progressione teleologica, perché l'interesse alla libertà morale si puntualizza sul nevralgico versante della libertà sessuale*».

[18] Si considera assorbito nel delitto di violenza sessuale anche quello di maltrattamenti ma «*soltanto quando vi è piena coincidenza tra le condotte, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa*»: Cass. III, 35700/2020.

[19] La sete di pena indotta dal confronto con il delitto sessuale non pare estinguibile: da più parti si sollecitano ulteriori rilanci sanzionatori. Tra questi, come scrive C. M. Xella, «*La valutazione del rischio recidiva per gli autori di reati sessuali, RIML* 2013, 1885 il c.d. "*suivi socio-judiciaire francese: al termine della pena, è previsto per chi ha compiuto un reato sessuale un periodo, anche molto lungo, di supervisione ed eventualmente di trattamento. La mancata adesione al programma stabilito costituisce un reato a sé stante e determina una nuova carcerazione*». L'A. si lamenta della mancata adozione di strumenti di tal fatta nel nostro ordinamento e di come «*mentre da un lato cresce l'allarme sociale rispetto alle violenze sessuali e agli abusi sui minori, la nostra legislazione non prevede alcun intervento sull'autore di reato sessuale che vada al di là della carcerazione*». Altri sottolineano invece la scarsa utilità, in chiave di prevenzione generale, del ricorso ad una pur severissima pena detentiva: P. Giulini, A. Scotti, *Il campo del trattamento del reso sessuale tra ingiunzione terapeutica e controllo benevolo, RIML* 2013, 1863.

[20] Sembra utile ricordare come sia dovuta intervenire la Corte Costituzionale (C. cost. sent. n. 232/2013) per escludere la obbligatorietà della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo: in tema G.Leo, *Illegittima anche per la violenza sessuale di gruppo, la regola di applicazione obbligatoria della custodia in carcere,* www.penalecontemporaneo.it 2013.

[21] Nel Codice Rocco il quadro edittale, per quanto parimenti severo, era meno gravoso: reclusione da tre a dieci anni per il congiungimento carnale, ridotta di un terzo per gli atti di libidine. La riforma del 1996 innalzò il limite minimo edittale a cinque anni, per prevenire la ineffettività del trattamento punitivo. Gli attuali limiti edittali, largamente condizionati dai bisogni di una "giustizia comunicativa" sono dovuti all'art. 13 co. 1 della l. 69/2019, nota come Codice rosso.

[23] La giurisprudenza, peraltro, non considera che la violenza sessuale per abuso di autorità pubblicistica come delitto complesso, ritenendo piuttosto che sussista un concorso formale eterogeneo tra i delitti di cui agli artt. 317 e 609 *bis Cp*. In tal senso Cass. VI, 15876/2022, nella cui massima si legge: «*Il reato di violenza sessuale commesso mediante*

non può rinvenirsi allorché, come suggerisce la giurisprudenza[24], si colga il disvalore di condotta anche nell'abuso di un'autorità privatistica[25]. Procedendo nella verifica, appare poi evidente come il delitto configuri un preminente (se non esclusivo) disvalore di evento, strettamente connesso alla lesione della libertà sessuale, laddove la condotta vincolata assuma i connotati delle induzioni[26]. Al n. 1 del co. 2, l'art. 609 *bis* contempla un'invasione nella altrui corporeità sessuale che diviene possibile per una condizione di minorazione fisica o psichica della vittima, di cui il soggetto attivo approfitta (pur non avendola necessariamente cagionata). In quella del n. 2, più rara, si immagina un inganno per indurre la vittima in errore sull'identità personale di chi si propone come *partner* sessuale, sostituendosi ad altri (l'ipotesi *d'antan* dell'adesione alla profferta erotica viziata in quanto condizionata dal falso convincimento di interagire con Tizio piuttosto che con Caio[27]). In entrambi i casi l'agire, per quanto scorretto, non sarebbe penalmente rilevante ove funzionale ad uno scopo differente dalla interazione sessuale. Il soggetto attivo si espone dunque ad una severa minaccia di pena solo allorché determini nella vittima una volontà apparente[28] od inefficace[29] relazionata all'espressione della sessualità.

2.1. Se dal diritto positivo si sposta l'attenzione a quello vivente, la rilevanza della natura sessuale dell'atto "carpito" porta ad effetti ancor più drastici, come se si perseguisse non tanto di definire l'ambito di operatività del fatto tipico, quanto piuttosto di perseguire una tutela integrale da ogni forma di interazione che ignori la libertà dell'altro protagonista dell'atto.

---

abuso della qualità e dei poteri del pubblico ufficiale può concorrere formalmente con il reato di concussione, trattandosi di reati che tutelano beni giuridici diversi, posti a salvaguardia di distinti valori costituzionali, rappresentati dal buon andamento della Pubblica Amministrazione e dalla libertà di autodeterminazione della persona nella sfera sessuale».

[24] Come si legge in Cass.VI, 5453/2020 si tratta di verificare l'esistenza di una qualsiasi posizione di preminenza, di diritto o di fatto, pubblicistica o privatistica, strumentalizzata dal soggetto agente per piegare il volere della vittima.

[25] Il tema è analizzato A. Abukar Hayo, *Abuso di autorità e abuso di poteri, LP* 2012, *on line*, che trae spunto da Cass. SS.UU. 27326/2020 per la quale «*l'abuso d'autorità cui si riferisce 609 bis co. 1 Cp presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali*», commentandola favorevolmente. Commentava il rinvio alle Sezioni Unite S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale e atti sessuali con minorenne: la parola alle Sezioni Unite*, sistempapenale.it 2002. In tema A. Ferrato, *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale, AP* 2021, on line.

[26] Si afferma in giurisprudenza che «*il compimento della violenza sessuale per costrizione costituisce, sotto il profilo del diritto penale, un fatto diverso dal compimento della violenza sessuale tramite induzione*» per cui «*le contestazioni di violenza sessuale per costrizione e per induzione posseggono un carattere alternativo ed inconciliabile*»: Cass. III, 43611/2021.

[27] La disposizione è stata oggetto di applicazione anche in tempi non remoti: cfr. D. Sibilio, *Finto ginecologo induce le pazienti a compiere atti sessuali via skype: configurabile il delitti di cui all'art. 609* bis *co.2 n. 2 Cp*, in www.penalecontemporaneo.it, a commento di una decisione del Tribunale di Milano del 2018.

[28] A. M. Dell'Osso, *Gli assensi artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale, RIML* 2012, 409.

[29] Il complesso degli effetti prodotti dalla rilevanza differenziale implicita alla natura sessuale dell'atto oggetto di costrizione si estendono gravosamente sul piano del processo. Deve ricordarsi come per il delitto di cui all'art. 609 *octies* l'art. 2 del d.l. 11/2009 (convertito con modificazioni in l. 38/2009) imponesse la adozione della misura della custodia in carcere. Sul punto è dovuta intervenire la Consulta: C. cost. sent. 232/2013 dopo aver rilevato come la violenza sessuale di gruppo sia da considerare una fattispecie speciale autonoma, punita più severamente per ragioni ritenute condivisibili, il cui effetto dilatato ambito di operatività non consente presunzioni non sussistendo dati di esperienza generalizzati, un *id quod plerumque accidit* che consenta di affermare che ogni vicenda inquadrabile come violenza di gruppo renda chi ebbe a commetterla presuntivamente pericoloso.

Letto, tassativamente, nei ristretti confini della sua tipicità, il delitto presuppone (come si è detto) l'interazione tra coartazione o induzione e natura del gesto. L'intreccio "offensivo" si esprime consentendo perfino una sorta di mutuo soccorso tra i due nuclei d'offesa. La violenza, porta a ritenere l'incidenza sulla sessualità anche di gesti quanto meno ambigui[30] (come nel caso della condanna per stupro di chi usando la forza costringa la vittima a subire un bacio sulla guancia[31]), mentre la significatività sessuale dell'atto enfatizza l'impatto del gesto sulla libertà del volere.
Percorrendo la via della integrale tutela penale della libera sessualità, però, la giurisprudenza ha finito per assestarsi su soluzioni applicative che, per la loro creatività, preoccupano: ben oltre i confini dell'interpretazione, per quanto teleologica o evolutiva, si pratica, in sostanza, un vero e proprio esercizio di analogia *in malam partem*[32]. L'ordinamento penale viene così piegato, nella prospettiva di perseguire in tal modo un sostanziale riequilibrio tra le forze (sperequate) che entrano in campo: la vittima (iscritta, d'ufficio, nella classe dei vulnerabili[33]) ed il carnefice, investito di prerogative di genere, di ruolo, di potere. L'art. 609 *bis* assume la funzione di garantire non solo la repressione ove la sessualità sia costretta o indotta, ma piuttosto ogni sua forma se non espressione del pieno consenso di chi vi partecipa[34]. L'agire violento o abusivo o ingannatorio, al centro della struttura della fattispecie, finisce in tal modo in ombra, con la dilatazione della fattispecie oltre i suoi effettivi limiti positivi, nella prospettiva di punire comportamenti atipici ma egualmente ascrivibili alla più vasta genia delle interazioni sessuali "patologiche" in quanto dissentite.

---

[30] Talvolta si pone in ombra la stessa esigenza che gli atti coinvolgano il corpo della vittima mediante un contatto: cfr. M. Vizzardi, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; M. Cappai, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in www.penalecontemporaneo.it 2017, a commento di Cass. III, 18679/2015.
[31] Il caso è tratto da Cass. III, 6158/2020, nella cui massima si legge: «*In tema di reati sessuali, il bacio sulla guancia, in quanto atto non direttamente indirizzato a zone chiaramente definibili come erogene, configura violenza sessuale, nella forma consumata e non tentata, allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima*».
[32] In realtà preoccupazioni come quelle che si manifestano possono apparire a taluno anacronistiche. In effetti, nel dibattito penalistico contemporaneo non mancano voci che si propongono di sostituire al principio di riserva formale di legge, quello di certezza delle regole garantito attraverso la loro consolidata applicazione giurisprudenziale. In sostanza, la c.d. riserva di fonte, ed i suoi fondamenti illuministici, finisce per essere guardata con il compatimento che si riserva ad un vecchio elefante il cui spazio vitale è conteso da nuove vigorose ed aggressive forme di vita. Emblematico quanto si legge nella rielaborazione di alcuni interventi svolti nel 2022 ora riproposti in G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia,* in *sistemapenale.it* . Il chiaro A. si propone, senza infingimenti, di ripensare la legalità penale conferendo in modo scoperto un ruolo alle decisioni giurisdizionali, dato che "*la sentenza non parla soltanto alle parti, ma anche agli altri giudici, alla dottrina e alla pubblica opinione"* risultando funzionale al bisogno della prevedibilità degli effetti del proprio agire. Quasi a formare un dialogo a distanza, la constatazione della irreversibilità di questa invasione di campo della giurisdizione, ha indotto una delle voci più autorevoli della dottrina ad una reazione: questa, però, non ha assunto i contenuti di un'indignata elegia della riserva di fonte, ma piuttosto quelli di un tentativo di regolamentare un potere della cui usurpazione non ci si meraviglia neppure troppo, suggerendo una sorta di verifica della costituzionalità delle sentenze, quantomeno sotto il profilo della loro irretroattività: cfr. R.Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole,* in *sistemapenale.it.* Alle due opere citate si rinvia anche per ulteriori indicazioni di lettura.
[33] A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo, RIDPP* , 1997, 1163 e ss., nel commentare la riforma del 1996 non nascondeva ciò che in essa appariva implicito, ovvero che se ne dovesse valutare la efficienza come strumento che prendesse atto del nuovo modo doveroso di configurarsi dei ruoli maschili e femminili.
[34] Cass. III, 3326/2021: «*costituendo il dissenso della persona offesa un elemento costitutivo, sia pure implicito, della fattispecie, necessario perché sussista la condotta tipica*».

A ben vedere, si tratta dello sforzo di supplire alle manchevolezze della riforma del 1996[35]: di essa, invero, si è rilevato[36] come perpetuasse un'anacronistica visione della interazione sessuale[37]. Esigendo che l'atto fosse stato reso possibile da una previa violenza costrittiva o dall'essersi approfittato di uno *status* o di un errore, la norma ha assecondato surrettiziamente l'idea per la quale alla vittima competa un dovere di resistenza per tutelare il proprio spazio corporeo sessuale che altri vorrebbe violare. Ed in effetti, l'art. 609 *bis* non punisce qualsiasi interferenza nell'altrui libertà di scelta in merito alla sessualità, ma solo quelle in cui il soggetto attivo consegue il risultato usando la forza o sfruttando uno *status* soggettivo o un errore[38], e ciò nel tacito presupposto che solo in tali congerie alla vittima, alla madre, alla moglie, non possa muoversi addebito[39].
Piuttosto che accettare le scelte legislative, la giurisprudenza ha intrapreso la via di rinunciare alla previa verifica del disvalore di condotta, punendo atti repentini, improvvisi e subdoli cui il soggetto passivo non ha modo di resistere, non potendoli preventivare, purché, ovviamente, attingano il suo corpo in modo da risultare qualificabili come sessuali (come nell'esempio paradigmatico dell'improvviso toccamento dei glutei, al quale la vittima non può manifestare dissenso o apprestare opposizione, non avendolo potuto preventivare). L'operazione, però, pare arbitraria. Ed in effetti, in vicende di tal fatta non solo difetta la condotta vincolata, ma lo stesso dissenso assume i connotati di mera potenzialità: ed invero, proprio la natura improvvisa del gesto ha reso impossibile a chi lo patisce di elaborare una qualsiasi opinione in merito ad esso, acconsentendovi o avversandolo, tanto da potersi sostenere che l'autore non debba neppure confrontarsi con la manifestazione di una volontà antagonista. A ben vedere, al momento del gesto intrusivo, assenso o dissenso rappresentano soltanto una possibilità[40], dubbio che viene sciolto nei termini di un

---

[35] Per una articolata esposizione delle presunte manchevolezze della riforma del 1996 si rinvia a M. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona,* in www.penalecontemporaneo.it ove sono rinvenibili corpose suggestioni per approfondire il tema.

[36] Scriveva A. Colli, *op.cit.,* 1164, «*Ancora oggi il complesso intreccio del profilo socio-psicologico e criminologico con quello più strettamente giuridico, impedisce di considerare pacificamente acquisito il concetto di libertà sessuale come diritto di libertà della donna di autodeterminarsi nei propri comportamenti sessuali, pur nella consapevolezza della sua identità, e nonostante si riscontri una maggior reattività collettiva ai fenomeni di abuso e violenza*».

[37] Scriveva G. Andreazza, *Commento art 609 bis* Cp, in AA.VV., *Codice penale*[5], a cura di T. Padovani, Milano 2011, II, 4269, come «*nei delitti in esame, una prima nota dolente è rappresentata dal persistere del requisito costitutivo della violenza o della minaccia che evoca quell'onere di resistenza che costituiva il perno occulto di raccordo della libertà sessuale con la moralità pubblica*». Nella edizione più recente (VII ed., Milano 2019, 3406), la considerazione non è ribadita dal medesimo A., evidentemente influenzato dalle ardite soluzioni giurisprudenziali che piegano la norma a strumento di tutela generalizzata della libertà di autodeterminazione sessuale.

[38] Sottolineava, prima della riforma, l'esigenza di abbandonare questa soluzione T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà, RIDPP* , 1989, 1301. Il tema è ripreso, anno dopo, da A. Colli, *op.cit.,* 1166, che osserva «*la composizione dell'inconciliabile binomio di tutela, che nella formulazione originaria del codice Rocco tentava di coniugare l'interesse pubblico e astratto della moralità, con quello individuale e concreto della salvaguardia della persona, è stato superato solo illusoriamente attraverso lo spostamento sistematico del delitto fra i reati contro la persona*».

[39] Su tali aspetti T. Padovani, *op.cit.,* 200, che ricorda come prima ancora della riforma del 1996 la giurisprudenza si fosse liberata dell'idea che la violenza praticata dall'aggressore dovesse assumere i connotati della *vis absoluta,* tale da lasciare la vittima senza via di scampo.

[40] E' bene chiarire come la giurisprudenza, ai fini dell'integrazione del dolo di violenza sessuale, non richieda che il soggetto attivo conosca il dissenso ma piuttosto che sia consapevole che non è stato manifestato un assenso, lasciando intravedere uno schema del fatto tipico nel quale tutti gli atti sessuali che non siano stati preceduti da una previa manifestazione di volontà adesiva siano penalmente illeciti. Cfr. App. Lecce, 24/1/2022,, n. 1661, nella cui massima si legge: «*Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico; ne consegue che è irrilevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso, anche ove questo non sia stato esplicitato, potendo, semmai, fondarsi il dubbio sulla ricorrenza di un valido*

dissenso presunto, che la vittima potrà convalidare solo *a posteriori*, magari attraverso la proposizione della querela.
Sul piano della condotta, l'agire illecito non richiede la manifestazione della violenza fisica o morale, costrittiva, né dell'abuso o dell'inganno, tutti strumenti che si manifestano necessari allo scopo di superare la volontà avversa. Altrettanto da escludere che nell'agire improvviso possano cogliersi elementi assimilabili a quelli della induzione per essersi approfittato di uno stato di minorazione. Benché la vittima non abbia messo in campo le proprie difese, è del tutto irrilevante che essa versi in uno *status*, fisico o mentale, che ne comprometta la possibilità di autotutela. Se la condizione di minorazione (quella di cui al co. 2 n. 2 dell'art. 609 *bis*) è concreta ad essa corrisponde una concreta ed intrinseca debolezza del soggetto passivo, che ne limita o impedisce la "possibilità di difendersi"; nei casi in esame, nessuna di queste caratteristiche entra in gioco: la vittima potenziale del gesto repentino può essere vigile, forte e sana, perfettamente in grado di apprestare una solida difesa, nel caso rimasta silente, per il difetto di un preavviso, di un segnale che annunci la futura aggressione.

In sintesi, anche accettando, su basi ideologiche, l'estremo indirizzo interpretativo focalizzato sul bene giuridico, per il quale la norma punirebbe ogni atto sessuale al quale la vittima ha dissentito, non per questo sarebbe consentito un ulteriore salto nel vuoto, reprimendo interazioni a loro volta differenti[41], nelle quali si riscontra non un dissenso ma soltanto l'elusione della facoltà della persona di aderire od opporsi alla profferta sessuale. L'armamentario repressivo delle condotte contrarie alla libera sessualità si arricchisce così, per opera di una giurisprudenza pretoria ma ad oggi inadeguatamente contrastata, di una nuova fattispecie non preveduta dalla legge, ma originante da una opinabile analogia tra costrizione ed intrusione sessuale con atti repentini ed improvvisi[42]. In comune con l'armamentario di fonte legislativa, la nuova ipotesi ha soltanto un mancato assenso, che prende il posto del concreto dissenso che, invece, difetta *per tabulas*[43], dato che la vittima non ha avuto modo di formularlo; in mancanza delle condotte vincolate, la

---

elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa».

[41] La giurisprudenza sembra esposta alla tentazione di confondere i confini, che pure non dovrebbero essere opachi, tra interpretazione estensiva ed analogia ogni qual volta è chiamata a dare applicazione ad un complesso di norme del quale il giudice percepisce un invecchiamento o che considera nato vecchio e inadeguato rispetto a quelli che sono i suoi dichiarati intenti. Nel contesto dei delitti contro la libertà sessuale si rimprovera, in sostanza, di aver confermato la necessità di una costrizione mediante violenza o minaccia, come tale ritenuta, implicitamente, connessa alla presunzione di un dovere della vittima di resistenza. Coglie tali aspetti C. Cantisani, *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale, LP* 2022 *on line*.

[42] Il singolare, quanto stabile, orientamento giurisprudenziale è stato oggetto di attenzione da parte di R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto, RIDPP* 2015, 1769. Si legge nello scritto come «*In tema di violenza sessuale, si pone la questione se per l'integrazione della fattispecie sia sufficiente un atto "sessualmente connotato" realizzato mediante sorpresa: secondo un primo orientamento, l'ipotesi integra gli estremi della violenza sessuale, in quanto la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima è nella sostanza compromessa risultando sufficiente il mero dissenso; secondo un altro orientamento, invece, il fatto deve essere considerato atipico in quanto non sono state realizzate le modalità della violenza e della minaccia, le quali assumono rilevanza là dove si ritiene che la fattispecie è posta a tutela dell'onore sessuale*». Sciogliendo la implicita riserva, l'A. conclude osservando come: «*In tal caso la giurisprudenza si assesta su un tipo difforme da quello legale*».

[43] Utile ricordare come la strada di punire ogni atto sessuale compiuto trascurando il dissenso del soggetto coinvolto sia stata assunta in Germania con la riforma del 2016 che ha introdotto il § 177/1 StGB per il quale sono punibili tutti gli atti compiuti contro la volontà riconoscibile della vittima e senza necessità di ricorrere a violenza o minaccia. Si rinvia, in merito a V. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania,* www.penalecontemporaneo.it 2016.

giurisprudenza coglie un disvalore di elusione del diritto individuale di esprimere la propria volontaria adesione o piuttosto il proprio rifiuto[44] rispetto ad un agire destinato ad invadere la propria dimensione corporea[45].
L'applicazione analogica vive, nel diritto penale contemporaneo, frutto della tendenza della giurisprudenza a ripetere i propri errori[46] : si è coniata una fattispecie transgenica di violenza sessuale, non più a forma vincolata, ma libera, nella quale non si reprime chi agisca nonostante il dissenso semplicemente senza un espresso assenso, un clone nel quale il disvalore del "tutto", la lesione dell'autodeterminazione sessuale, risulta troppo superiore della somma delle sue parti e sorregge per intero la gravissima pena. Eppure, come osserva Mantovani[47] "*il disvalore degli atti*

---

[44] Come anticipato nella nota che precede, da molte parti si era richiesto di abbandonare la stessa terminologia di violenza sessuale in favore di un concetto ancor più generico, lo stupro, considerato integrato a fronte di ogni atto sessuale che non sia stato oggetto di una esplicita presa di posizione adesiva da parte di tutti i protagonisti. Come scrive A. Colli, *op.cit., n. 13, «Retrospettivamente non è inopportuno notare che un maggiore spessore contenutistico sarebbe derivato dall'accoglimento di quel "filone ricostruttivo" che, in sede di progettazione normativa proponeva una chiave di lettura del bene giuridico più coerente con gli scopi perseguiti dalla riforma rubricando il novellato delitto come "stupro" (in questo senso, art. 71 schema di legge-delega per la riforma del c.p. cit. e relazione introduttiva della parte speciale, in Documenti Giustizia, p. 370; art. 609-bis Proposta di legge n. 1434 (Melandri-Amici), cit.). Il tenore letterale del testo proposto era conseguentemente rivolto ad eliminare ogni riferimento alle originarie esteriorizzazioni della condotta attiva, attraverso una formulazione che incriminava "chiunque si congiunge sessualmente o compie atti di identico significato offensivo contro la volontà della persona"; violenza e minaccia venivano dunque tipizzate in veste di circostanze aggravanti, al dichiarato scopo di "evitare la non punibilità di fatti non commessi con tali modalità", ma pur sempre nel mancato rispetto del dissenso opposto dalla vittima. Tale più incisiva scelta terminologica avrebbe fotografato la brutalità di un comportamento immediatamente lesivo della dignità individuale, calpestata nell'inviolabile diritto di esprimere un rifiuto che, al pari dell'omonimo archetipo già incriminato nelle codificazioni dell'ancien règime, non richiede violenza o minaccia come modalità lesive necessarie all'integrazione del fatto tipico. Più precisamente, in quelle codificazioni il sistema delle incriminazioni veniva concepito in termini gradualistici, per cui stupro "semplice" era il mero "concubito con persona libera e di onesta vita", in quanto, secondo la concezione del tempo, il disvalore del fatto s'incentrava già nella consumazione di un rapporto sessuale fuori dai contesti considerati legittimi. A prescindere dalla consensualità della donna, si reprimeva la lesione dell'integrità della futura "destinazione sessuale" di essa, mentre, lo stupro "violento" costituiva un'ipotesi criminosa autonoma, la cui maggior gravità si radicava nell'uso di violenza o minaccia (così T. Padovani, La libertà, cit., p. 1306). Ora che il rapporto sessuale in sé deve considerarsi lecito, il termine "stupro" avrebbe potuto recuperarsi ad un significato idoneo a focalizzare il baricentro dell'offesa nella dignità e libertà individuale, anziché nelle modalità della condotta*».

[45] Il concetto, da ultimo, è espresso con chiarezza da Cass. III, 1559/2021, ove si legge che il connotato obiettivo della violenza è riconoscibile a fronte del «*compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone la manifestazione di dissenso» (Sez. 3, n. 6945 del 27/01/2004, Rv.228493; Sez. 3, n. 46170 del 18/07/2014, Rv. 260985).* Nello stesso senso Cass. III, 19611/2021 nella cui motivazione si legge: «*Deve, infatti, rammentarsi, che, in tema di violenza sessuale, l'elemento oggettivo consiste sia nella violenza fisica in senso stretto, sia nella intimidazione psicologica che sia in grado di provocare la coazione della vittima a subire gli atti sessuali, sia anche nel compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone la manifestazione di dissenso» (Sez.3, n. 6945 del 27/01/2004, Rv.228493; Sez.3, n. 46170 del 18/07/2014, Rv.260985).*

[46] Il riferimento è al comma 1 *bis* dell'art. 618 Cpp, introdotto con l. 103/2017, per il quale una sezione del Supremo Collegio che non condivida un principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite non ha facoltà di pronunciare in difformità, dovendo rimettere la decisione a quest'ultime. In tema M. Pollera, *Le Sezioni Unite penali ed il principio di diritto, CP* 2019, 4546.

[47] F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale I, Delitti contro la persona,* VII ed. Padova 2019, 421. Non è certamente questa la sede per fornire indicazioni bibliografiche, sia pure sommaria, in ordine ai moltissimi contributi della dottrina allo studio della materia.

sessuali sta, rispetto al maggiorenne, non ovviamente nell'atto sessuale in sé, ma nel mezzo (violenza, abuso, frode) e quindi nella non consuensualità libera".

Per evitare ulteriori derive, fedeli al principio per cui i "*fatti non possono non essere, in primo luogo, diversamente sanzionati, a seconda dell'importanza degli interessi tutelati dalle norme che li riguardano*[48]*",* si ripropone come di estrema attualità una domanda ormai classica: in cosa consiste il contenuto oggettivo dell'atto che, rendendolo sessuale, giustifica il ricorso ad un diritto penale di forte antagonismo? Solo rispondendo si porranno le premesse per valutare se il quadro edittale determinato dalle scelte di politica legislativa sia proporzionale all'offesa e, quindi, giusta precondizione per garantire la fattibilità del progetto di instaurare un trattamento punitivo rieducativo[49].

Un'ultima avvertenza: nel procedere alla verifica l'interprete dovrà sottrarsi al fascino di soluzioni, apparentemente comode, che, spostando il baricentro di disvalore da un modo di essere obiettivo dell'atto ad una speculazione sul significato che ad esso è attribuito dai suoi protagonisti [50], conducano a punire uno stato mentale; ancora, si dovrà porre attenzione ad esorcizzare le spinte ad un utilizzo dello strumentario repressivo penale[51] in una prospettiva politica (ben oltre i confini della responsabilità personale) per sostenere la pur nobile causa[52] del riassetto delle dinamiche di genere[53].

3.

---

[48] G. A. De Francesco, *Invito al diritto penale,* Bologna 2019, 43.

[50] Non sono poche le decisioni giurisprudenziali nelle quali si finisce per chiamare a soccorso una qualche speculazioni inerente il punto di vista del soggetto attivo dell'atto e di chi lo ha subito: si veda Cass. III, 38926/2018, ove si legge: «*la Corte ha ritenuto che integra la condotta - e non il tentativo - di violenza sessuale il comportamento da parte dell'imputato che, dopo aver alzato ripetutamente il vestito indossato dalla vittima, le aveva toccato le cosce con l'intenzione di raggiungere parti più intime*». E' invece generalizzata la tendenza a risolvere sul piano delle intenzioni la verifica della natura idonea e non equivoca degli atti nel tentativo di violenza sessuale: in tal senso Cass. III, 23178/2018, che ha confermato la condanna, per il mero fatto di essersi avvicinati, aver proferito apprezzamenti (a sfondo sessuale) ed aver afferrato la vittima per un braccio.

[51] Indubbiamente la riforma del 1996 rappresentò uno strumento per liberarsi dell'idea vischiosa che la sessualità lungi dall'essere una libera espressione della personalità individuale dovesse piuttosto essere intesa come una sorta di potere condizionato ad uno scopo connesso al ruolo della persona nella collettività. Per questo la stessa tutela risultava influenzata dal medesimo ruolo, dallo status politico e sociale dell'individuo in seno all'ordinamento, aggiungendosi così, connotati ulteriori a quelli già offerti dalla morale tipica di quel determinato momento storico. Su tali aspetti T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, *RIDPP* 1989, 1304 ss.

[52] Il rapporto evidente che esiste tra tutela penale della libertà sessuale e condizione femminile è posto in evidenza da L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di genere,* www.penalecontemporaneo.it 2012.

[53] Il sospetto, peraltro, non è del tutto infondato, tanto che con questo tipo di esigenza, come tale di pertinenza della politica, si confronta C. cost. sent. n. 1/2021: «*Nel nostro ordinamento giuridico, specialmente negli ultimi anni, è stato dato grande spazio a provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale, anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori*». Nel caso si chiedeva alla Consulta di considerare la ragionevolezza della scelta di prevedere, per le vittime dei reati sessuali (e non per quelle di altri gravi illeciti) un criterio di automatica ammissione al patrocinio a spese dello stato. La conclusione è stata che «*la ratio della disciplina in esame è rinvenibile in una precisa scelta di indirizzo politico-criminale che ha l'obiettivo di offrire un concreto sostegno alla persona offesa, la cui vulnerabilità è accentuata dalla particolare natura dei reati di cui è vittima, e a incoraggiarla a denunciare e a partecipare attivamente al percorso di emersione della verità. Valutazione che appare del tutto ragionevole e frutto di un non arbitrario esercizio della propria discrezionalità da parte del legislatore*».

3.1. Le difficoltà in naviga l'interprete conseguono, si è detto, alla scelta compiuta dal legislatore di far ricorso, per descrivere la multiforme fenomenologia dell'aggressione sessuale, ad un solo elemento normativo extragiuridico di fattispecie, il concetto di atto sessuale, confidando nella pretesa perspicuità della definizione.

Per conseguire un elevato grado di inclusività, si è pagato un elevato scotto di indeterminatezza.

In realtà è lo stesso testo dell'art. 609 *bis*, ed in particolare il suo terzo comma, che rivelano quanto il riformatore del 1996 fosse consapevole delle difficoltà intrinseche alla scelta di punire, con una medesima severa pena, una casistica di aggressioni sessuali variegata e diversamente offensiva[54], così lasciandosi alle spalle una lunga tradizione e senza guardare alle suggestioni degli altri ordinamenti europei[55].

La norma sugli atti sessuali violenti, invero, dopo aver esposto il volto arcigno di una minaccia penale quantificata per minimizzare il rischio dell'ineffettività, si apre al reale e, con il conio di una circostanza attenuante speciale ad effetto proporzionale speciale, sostanzialmente indefinita, si affida, in massimo grado, proprio a quella discrezionalità giudiziale che la scelta edittale sembrava voler "neutralizzare". Chiamato, in sede di commisurazione in senso *lato*, a definire la pena giusta per il caso concreto, si è rimesso al giudice/interprete la gestione di una "superattenuante"[56] indeterminata, che consente scelte punitive incomparabili, sul piano della severità, per una congerie di atti (ovviamente tipici) ma di "*minore gravità"*. Gettare o meno in galera il colpevole, in definitiva, è responsabilità del giudice del singolo caso, chiamato perfino a selezionare quale dei fattori di commisurazione possa assurgere al rango, straordinario, di ridurre la pena in misura "*non eccedente i due terzi"*[57]. Minacce edittali severe, addirittura parossistiche

---

[54] Come ricorda E. Silingardi, *La nozione di atti sessuali con riferimento alle norme contro la violenza sessuale, RIML* 1999, 1077, dubbi in merito alla determinatezza del concetto emersero già nel corso delle discussioni parlamentari. In tema V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, *GP* 1996, 118; criticamente G. Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, *CP* 1996, 734.

[55] E' opportuno segnalare, senza alcuna pretesa di assolvere agli oneri di una ricerca di carattere comparatistico, come altri paesi ricorrano a strumenti di penalizzazione diversificati in riferimento alla complessità delle possibili modalità di integrazione del delitto sessuale. In particolare, in Francia, il *Livre II, Titre II, Chapitre II, Section 3* del Codice penale, intitolato *Du viol, de l'inceste e des autres aggressione sexuelles* definisce, all'art. 222-22 le aggressioni sessuali ("*Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur"*), per poi distinguere tra atti di penetrazione (§ 1, artt. 222-23: puniti con venti anni di reclusione criminale, che divengono trenta se il fatto è seguito da morte o pena perpetua se commesso con tortura), altre violenze, punite con cinque anni (in diversa guisa aggravati: §2) della diversa pena di imprigionamento (*emprisonnement) e* (§4) la *exhibition sexuelle* e l' *harcèlement sexuel* (art. 222-33, l'ultimo ora abrogato) che puniva con la pena, mite, di un anno le mere molestie ("*Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*"). Tale ultima previsione è stata dichiarata contraria al principio di legalità, come posto dall'art. 32 della Costituzione francese (e dalle norme sovranazionali correlate) con decisione del *Conseil Constitutional* n. 2012-240 del 4 maggio 2012.

[56] I diritti d'autore della definizione appartengono ad Emilio Dolcini che pure aveva tratto la terminologia dalla dialettica parlamentare, impiegandola per la prima volta (salvo il vero) nel 2004: cfr. E. Dolcini, *Leggi penali ad personam, riserva di lege e principio costituzionale di eguaglianza, RIDPP* 2004, 51.

[57] La superattenuante ha suscitato non pochi dubbi e perplessità, sia sotto il profilo degli effetti che essa produce sul piano politico criminale, sia per quanto riguarda la sua tecnica di formulazione. In tema S. Moccia, *Il tema delle circostanze e le fattispecie qualificate del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa, RIDPP* 1997, 409. Si legge: «*Il regime circostanziale introdotto dall'art. 609-bis comma 3, potendo attenuare in misura non eccedente i due terzi la sanzione, finisce per stravolgere sul piano*

in caso di contestazione di una delle circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609 *ter* Cp, si espongono ad un drastico ridimensionamento, magari attraverso il varco dell'art. 69 Cp, fino a rendere possibile la non esecuzione della pena, attraverso la sua sospensione condizionale[58]: si apre dunque la strada a quella ineffettività[59] che propagandisticamente si spacciava per esorcizzata[60].

La attenuante, invero, è razionale ed anzi necessaria. Lo ha confermato, rispetto alla comprensività del fatto tipico, la Consulta con una sentenza di accoglimento (C. cost., sent. n. 106/2014)[61] che solo incidentalmente si è confrontata con il tema[62] (nel caso si trattava di garantire

---

generalpreventivo lo stesso messaggio "culturale" della norma. Ugualmente da censurare è la previsione di una diminuente così ampia solo per porre al riparo la legge da possibili censure di legittimità costituzionale (ex art. 27 Cost.) per eccessiva severità della pena base». Conclude l'A.: *«La predisposizione di una fattispecie di molestie sessuali (secondo l'indirizzo prevalente in Europa e sul tipo di quella contemplata all'art. 71 comma 1 dello Schema di legge delega per la riforma del codice penale) - di cui si lamenta l'assoluta latitanza in questa legge - avrebbe meglio risolto i problemi di "perdita di identità" per quelle ipotesi residuali che risultano, ora, di difficile collocazione in un'attenuante che è comunque indefinita»*.

[58] La sospensione della pena, come noto, si esprime effettualmente come una forma di specializzazione della minaccia: il soggetto ritenuto colpevole, anziché subire la esecuzione della pena come commisurata giudizialmente, subisce la sola minaccia della sua esecuzione, ritenuta, all'esito del giudizio prognostico dell'art. 164 Cp, sufficiente a prevenire una possibile recidiva. Su tali aspetti sia consentito rinviare a A. Martini, *La pena sospesa*, Torino 2001, 145 e ss.

[59] A. Colli, *op.cit.* 1171, osserva come i limiti edittali concepiti dal legislatore del 1996 fossero espressione di una «*assorbente volontà legislativa di neutralizzare il meccanismo processuale di cui all'art. 444 Cpp (e la conseguente probabilità di ottenere la sospensione condizionale della pena patteggiata)*».

[60] F. Mantovani, *Criminalità sommergente e cecità politico criminale, RIDPP* 1999, 1219, ritiene «*la nostra (inesistente) politica criminale contrassegnata, ormai da decenni, dalla sistematica disgregazione del sistema sanzionatorio e da contropiedi repressivi (contro il terrorismo, la mafia, la droga, i sequestri di persona, l'usura, il riciclaggio, la violenza sessuale). Ossia dalla sostituzione alla "razionalità" della politica criminale della "schizofrenia" delle ideologie clemenzialistiche, delle emotività repressive, delle espedienzialità, dannose sia ai fini di un'adeguata tutela del cittadino contro la criminalità, sia della conservazione delle fondamentali garanzie del cittadino contro i pericoli della politica criminale: alla potenziale vittima e al reo*».

[61] La Consulta ha mostrato più volte di ritenere incostituzionali le imposizioni del legislatore volte a limitare il giudizio di comparazione in concreto tra circostanze eterogenee. Oltre alla citata C. cost. sent. n. 106 del 18 aprile 2014, negli anni successivi si segnalano C. cost. sent. n. 73/2020 (quanto all'art. 89 Cp), C. cost. sent. n 55/2021 (sull'attenuante del 116 Cp, in caso di c.d. concorso anomalo) e C. Cost. sent. n. 143/2021 (sull'attenuante del fatto di lieve entità per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, come introdotta dalla stessa Consulta con C. Cost. sent. 68/2012). La strada era stata tracciata in anni ormai risalenti: senza ulteriori riferimenti si ricordano C. Cost. sentenze nn. 251/2012, 105/2014, 205/2017. Si tratta di una soluzione fortemente caldeggiata dalla dottrina: per alcune utili indicazioni cfr. E. Dolcini, *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, AA.VV., *Legalità e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Puggiotto, Milano 2008, 31 e ss.; A. Tesauro, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente pilota*?, *FI* 2013, I, 2405 ss.; V. Perchinunno, *La graduale erosione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata nei recenti approdi della Giurisprudenza Costituzionale, RIDPP* , 2021, 1577; R. Bartoli, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema, RIDPP* 2013, 1695.

[62] Poco dopo la riforma del 1996 (cui si deve la rinuncia alla distinzione, peraltro disagevole, tra congiungimento carnale ed atto di libidine), la Corte Costituzionale era stata investita di una questione di indeterminatezza dell'art. 609 *bis*: la decisione ha preso però la via, obbligata ma comoda, della manifesta inammissibilità per la mancata motivazione sotto il profilo della rilevanza. Cfr. C. cost. ord. 295/2000, ove si legge «*dallo stesso tenore dell'ordinanza di rimessione e, in particolare, dagli esempi richiamati dal giudice a quo a sostegno dell'incertezza che la giurisprudenza avrebbe dimostrato in ordine agli esatti confini della condotta incriminata, emerge che i supposti profili di indeterminatezza della nozione di "atti sessuali" di cui all'*art. 609-bis cod. pen. *vengono proiettati dal rimettente sulla soglia minima di quei comportamenti che, vigente l'originaria disciplina del codice penale, erano potenzialmente riconducibili al modello legale degli atti di libidine violenti (art. 521); così delimitata la censura di*

l'efficacia della circostanza ad effetto speciale di cui all'art. 609 *bis* u.c., anche nel concorso con la recidiva reiterata, alla luce di quanto stabilito dall'art. 69 co. 4).
Il legislatore del 1996, concentrando in un'unica fattispecie congiunzione e atti di libidine[63] (ed utilizzando «*quale termine di riferimento dell'attività costrittiva, l'espressione "atti sessuali", che costituisce il fulcro della nuova fattispecie incriminatrice, volta a sintetizzare, mediante una formula particolarmente ampia*») ha scelto di garantire «*una più comprensiva ed estesa tutela contro qualsiasi comportamento che costituisca una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale*» . La enorme latitudine degli atti proibiti, però, esige una comparabile duttilità delle soluzioni punitive, rendendo determinante il ruolo rivestito dalla circostanza attenuante ad effetto speciale della minore gravità, di cui al co. 3 dell'art. 609 *bis* (peraltro non ribadita nel contesto della fattispecie necessariamente plurisoggettiva)[64]. *«Mediante una consistente diminuzione (in misura non eccedente i due terzi) della pena prevista per il delitto di violenza sessuale* […] *risulta così possibile rendere la sanzione proporzionata nei casi in cui la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità (sentenza n. 325 del 2005)*». La attenuante, dunque, sarebbe il «*temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato (sentenza n. 325 del 2005)*[65]*»* , cui pervenire attraverso «*una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 cod. pen. (Cassazione, sezione quarta penale, 12 aprile 2013, n. 18662, nonché sezione terza penale, 13 novembre 2007, n. 45604 e 7 novembre 2006, n. 5002)*»[66].

---

illegittimità costituzionale, l'omessa descrizione dei fatti contestati non consente alla Corte di verificare la rilevanza della questione».

[63] Possiamo considerare dato acquisito, sia in in dottrina (F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, vol. I*, Milano 1992, 451; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*[5], vol. 7, Torino 1986, 306; G. Maggiore, *Diritto penale, parte speciale*, vol. 2, V ed. Bologna 1961, 550) che in giurisprudenza (Cass. III, 23 marzo 1988, S., in GP 1989, II, 432; Cass. III, 21 gennaio 1985, Y., *CP* 1986, 297) che si dovesse intendere per congiunzione carnale ogni fatto per il quale l'organo genitale del soggetto attivo, o del soggetto passivo, venga introdotto totalmente o parzialmente nel corpo dell'altro. Meno lineare la determinazione del concetto di atto di libidine: si è detto che fosse tale ogni atto di manomissione del corpo altrui - non già soltanto delle parti intime - che sia diverso dalla congiunzione carnale e suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale come, ad esempio, toccamenti lascivi anche non sulle carni nude, essendo del tutto irrilevante - ai fini della consumazione - che il soggetto attivo abbia o meno conseguito la soddisfazione erotica (Cass. III, 10 ottobre 1986, B., in *CP*, 1988, 249; Cass. III, 30 settembre 1986, T.. in *CP* 1988, 250). Si riconducevano quindi alla fattispecie meno grave del 521 ormai abrogato l'abbracciare la vittima senza aver titolo per farlo (Cass. III, 29 settembre 1986, C., CED 174423); infilare la mano sotto le sue vesti per toccarne una coscia (Cass. III, 22 gennaio 1971, G., *CP* 1972, 462); il denudarsi invitando la vittima a fare altrettanto (Cass., III, 7 febbraio 1986, T., in *CP*, 1987, 887); il masturbarsi di fronte ad essala masturbazione del soggetto passivo (Cass. III, 11 aprile 1979, V., GP, 1980, II, 342).

[64] Scrive A. Colli, *op.cit.*, 1170 che *«la previsione di una diminuzione della pena-base fino a due terzi nei "casi di minore gravita" (art. 609-bis ultimo comma), si riconduce all'esigenza di recuperare l'oggettiva diversità lesiva degli atti di libidine e quindi consentire un'adeguata graduazione delle pene da irrogare, fugando ogni dubbio di costituzionalità»*.

[65] Per la consulta, il giudizio per affermare la minor gravità degli atti presuppone «*una valutazione globale del fatto, non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 cod. pen.» (Cassazione, sezione quarta penale, 12 aprile 2013, n. 18662, nonché sezione terza penale, 13 novembre 2007, n. 45604 e 7 novembre 2006, n. 5002).*

[66] Se ogni valutazione in merito alla dosimetria delle scelte edittali compiute dal legislatore in materia di repressione dei delitti contro la libertà sessuale impone di considerare la scelta di introdurre un'attenuante ad effetto speciale

Il sollievo per la disponibilità del "rimedio", non può far dimenticare come esso rappresenti una terapia sintomatica, che per questo potrebbe mascherare la gravità della patologia che affligge la fattispecie e le norme che ne descrivono gli elementi accidentali.

Gli atti sessuali violenti, letti attraverso la lente delle scelte edittali, si rivelano un caleidoscopio incoerente. Considerando le forme di manifestazione (circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale dell'art. 609 *ter* e fattispecie plurisoggettiva necessaria di cui all'art. 609 *octies*) quell'universo risulta punibile, in virtù delle scelte discrezionali e di commisurazione in senso *lato,* con la reclusione che spazia da un minimo (per la forma monosoggettiva attenuata) di due ad un massimo (per quella a concorso necessario aggravata) di ventotto anni di reclusione[67]. Come dire, per evidenziare l'assurdo, dalla pena minima per la violazione di domicilio aggravata, ad una addirittura superiore a quella per l'omicidio volontario non aggravato. Gran parte della responsabilità di questa rappresentazione edittale grava sul disvalore dell'atto sessuale che pure si manifesta, come troppo noto, in infinite sfumature di quel medesimo colore[68].

3.2. Anche in un sistema fedele alla legalità formale, il giudice, sottoposto alla legge, è chiamato ad applicarla interpretandola, implementando in tal modo il messaggio politico criminale promanante dalla norma e fornendo ai consociati una indicazione affidabile in merito al significato

---

(consentendo di adattare la pena giusta per il caso concreto ai differenti modi di essere dei fatti ricondotti nei lati confini di tipizzazione del delitto), altrettanto ineludibile il confronto con le aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609 *ter,* cui il legislatore fa conseguire aumenti proporzionali ma fissi di pena (di un terzo, della metà e del doppio). Esse assumono una rilevanza potenzialmente duplice: invero la verificata esistenza degli elementi oggettivi che compongono una di esse potrebbe essere intesa come argomentazione preclusiva allo stesso giudizio di minore gravità. In questa prospettiva, il legislatore, coniando un'attenuante indefinita ed aggravanti definite lascia aperta la via ad interpretazioni per le quali ciascuno dei fattori aggravatori sia in sostanza incompatibile con un giudizio di minor gravità, per il cui esperimento si impone di considerare sia gli aspetti dell'aggressione che quelli dell'offesa. Parla di "*entità della compressione della libertà sessuale e del danno arrecato alla vittima in termini psichici"* Cass. III, 34120/2007.

[67] Il dubbio che l'art. 609 *octies,* innalzando i limiti edittali di pena per il reato monosoggettivo e non contemplando l'attenuante speciale ad effetto speciale dei casi di minore gravità fosse costituzionalmente illegittimo "*in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione*" è stato sottoposto al vaglio della Consulta che ha ritenuto la questione infondata scegliendo la strada, consumata, della non manifesta irragionevolezza della diversità regolamentativa. Si legge in C. cost. sent. 325/2005 che «*l'aggressione commessa da più persone riunite, oltre a comportare una più intensa lesione del bene della libertà sessuale a causa della prevedibile reiterazione degli atti di violenza, vanifica le possibilità di difesa e di resistenza della vittima e la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue a qualsiasi episodio di violenza sessuale*»; questo rende la vicenda incompatibile con un giudizio in concreto di minor gravità funzionale al riconoscimento dell'attenuante; «*l'omessa previsione dell'attenuante dei "casi di minore gravità" non può quindi essere ritenuta espressione di una scelta del legislatore palesemente irragionevole, arbitraria o ingiustificata, contrastante con l'art. 3 Cost.*». La pronuncia è ricordata da A. Merlo, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, RIDPP* 2016, 1427.

[68] Invero, la stessa possibilità di riconoscere nel caso in concreto i crismi della minore gravità viene fatta discendere da un giudizio orientato dal ricorso ai fattori commisurativi del co. 1 dell'art. 133 c.p., come potrebbe dedursi dal rinvio al concetto di "caso", che sembra orientare in modo retrospettivo lo sguardo di chi deve decidere ed in termini di proporzionalismo retributivo in funzione del fatto. In tal senso T. Cavalletto, *Il caso di minore gravità nel delitto di atti sessuali con minorenne: linee evolutive e profili critici di venti anni di giurisprudenza, CP* 2017, 2979. L'autore esclude anche ogni rilevanza di una ponderazione della colpevolezza, attraverso i criteri della intensità del dolo e del grado della colpa. In tal senso si espresse Cass. IV, 22520/2017, per la quale «*l'attenuante non può non essere valutata che con riferimento al "danno" derivatone alla persona offesa e, quindi, con precipua attenzione alle modalità oggettive del fatto incriminato. Mentre la personalità del reo e, più in generale, i profili soggettivi della vicenda possono essere semmai valutati ai fini della concessione delle attenuanti generiche e della dosimetria della pena*».

che deve attribuirsi ad essa[69]. L'insieme delle decisioni assunte[70], soprattutto laddove la norma giuridica si offra per la sua latitudine e duttilità ad un approfondimento progressivo, dovrebbe lasciar intravedere una trama, un disegno, delle linee costanti di interpretazione alla luce di conoscenze ricavabili da scienze extragiuridiche come la antropologia e la medicina, ma non meno dall'esperienza comune[71].

Forse perché il vuoto da colmare è eccessivo, forse perché l'interpretazione di un concetto di tal fatta non può che risultare condizionata dalle convinzioni di chi vi provvede, il risultato finale è che guardando alle decisioni come ad un insieme si rimane colpiti dalla fantasmagoria di un mosaico multicolore. Poco importa che le decisioni, se considerate in funzione del singolo caso giudicato, risultino, nella maggior parte dei casi, inattaccabili: esse non sembrano il risultato preventivabile di un metodo affidabile e consolidato ma piuttosto l'espressione del pragmatismo tipico della giustizia del caso concreto, del suo particolarismo eclettico. Del resto, proprio perché polarizzate sul singolo caso da giudicare, le motivazioni sono spesso espressione di un'argomentazione giuridica sclerotizzata nella evocazione rituale (e forse *a posteriori)* di formule motivazionali preconfezionate. L'evidenza della violenza sessuale scolora e la sua dimostrazione sfuma in una sorta di gioco letterario, fatto di traslitterazioni evocative: sessuale è l'atto che eccita la "brama"[72] o "la concupiscenza sessuale"[73], il "piacere erotico[74]" quello che esprime il "desiderio"[75], gli "istinti sessuali"[76], la "ebbrezza sensuale"[77], le "voglie sessuali"[78] la "libido sessuale[79]" etc. etc.. Questo sfoggio di "abilità argomentativa" è correlato all'esigenza di giudicare soltanto i casi non evidenti. L'esigenza di un confronto motivazionale con il caso ed i principi non ha alcun motivo di essere, invero, allorché la fenomenologia degli atti da giudicare sia assolutamente perspicua, come accade nelle ipotesi prototipiche di congiungimento carnale o di

---

[69]In tal senso i sistemi di *civil law* differiscono tuttora da quelli di *common law*, nei quali il giudicante si confronta con il caso e non con la norma da applicare allo stesso. Su tali aspetti, di recente, M. Pollera, *Vincolo del precedente ed esigenze di certezza: i confini del principio di diritto nelle sentenze delle Sezioni Unite, CP* 2022, 360 e ss., cui si rinvia.

[70] Adotta, in sostanza, il medesimo metodo di confrontarsi con le numerose decisioni del S.C., F. Macrì, *La violenza sessuale (art 609 bis Cp) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015,* www.penalecontemporaneo.it 2016.

[71] Scrive G.Canzio, *Op.cit.*, come anche attraverso una rete di giurisdizioni nazionali e sovranazionali, è possibile immaginare un ruolo dinamico del c.d. formante giurisprudenziale, nel rispetto delle "*effettive garanzie per i diritti e le libertà delle persone"*. Il "*modulo procedurale del precedente…incide sul rafforzamento della prevedibilità della base legale del sistema giuridico"* valorizzando la certezza e la stabilità. Colpisce, nell'asserzione, la scelta di selezionare le garanzie tra effettive ed ineffettive, secondo un criterio di selezione che non è del tutto perspicuo.

[72] Il patrimonio terminologico della lingua italiana è assai esteso. Non stupisce, per questo, che si cerchi di contrabbandare il ricorso ad un sinonimo o ad una traslitterazione per una enunciazione esplicativa. Il termine brama sessuale è impiegato da Cass. III, 36758/2003.

[73] Cfr. Cass. III, 13682/2022.

[74] Cass. III, 43611/2021.

[75] Cass. III, 13278/2021; la sentenza si iscrive alla classe di quelle, numerose, che affrontano il tema delle intenzioni del soggetto attivo del delitto non sul piano della tipicità degli atti sessuali, ma piuttosto al momento di verificarne il dolo. In tale contesto, invero, risulta agevole per il Supremo Collegio respingere ogni contestazione e ricorso sancendo come la disposizione sia caratterizzata da un dolo generico, per cui risultano irrilevanti i motivi del reo, i fini che ha perseguito. In particolare si è rigettata la *defence* di aver agito per scherzare o per ragioni che nulla avevano a che spartire con la sessualità, dato che il delitto risulta connotato da un dolo generico, che rende irrilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza fini e motivi del reo.

[76] Cass. III,, 3705/2021.

[77] Cass. II, 1 aprile 1953.

[78] Cass. III, 37129/2021.

[79] Cass. III, 44609/2021.

atti di stimolazione meccanica degli organi genitali o di caratteri sessuali primari[80]. Di una guida all'interpretazione che diventi anche strumento di un'efficace politica preventiva, emerge il bisogno solo se l'atto che la vittima è costretta o indotta a subire o compiere sia suscettibile di letture alternative o ambigue, essendo per sua natura polisemico, suscettibile di assumere o meno valenza sessuale[81].

Nei casi dubbi, la giurisprudenza invoca due differenti chiavi di lettura, valorizzando aspetti che attengono alla natura del gesto (criterio oggettivo) o piuttosto incentrati sulle ragioni o sui punti di vista dei protagonisti degli atti (soggettivo).

In chiave soggettiva, si pongono in evidenza le "ispirazioni" di chi ha agito: l'atto, per quanto fugace ed estemporaneo, deve risultare "*finalizzato ed idoneo*" a porre in pericolo "*la libertà di autodeterminazione...nella sua sfera sessuale, indipendentemente dall'appagamento da parte dell'agente di istinto libidinoso*[82]".

In un sistema orientato alla punizione di fatti, è comunemente ritenuto preferibile l'approccio oggettivo che valorizza, a sua volta, due connotati: il "contatto" con il corpo del soggetto passivo (che integra l'intrusione nella sfera di altrui libertà e consente di distinguere delitto consumato e tentato[83]) ed il suo coinvolgere una cosiddetta "*corporeità sessuale*", concetto la cui presunta autoevidenza si ritiene esoneri da ulteriori approfondimenti o spiegazioni.

Come vedremo, criteri oggettivi e soggettivi[84], invero, sembrano oggetto di una contrapposizione dialettica artificiosa.

3.3. I criteri oggettivi di verifica del carattere sessuale godono di un fideistico consenso. Come abbiamo anticipato, il loro fulcro è rappresentato dalla determinazione della natura erogena della zona del corpo attinta. Erogeno, in senso letterale, è ciò che dà origine al desiderio sessuale. Zona erogena diviene quella parte del corpo la cui stimolazione è funzionale a produrre quell'effetto.

La soluzione, a ben vedere, per quanto semplice, è solo apparente, risolvendosi in una sorta di traslazione dell'oggetto di accertamento.

Invero, sul piano scientifico è acquisito il dato che solo alcune parti del corpo siano ontologicamente erogene: in linea di principio si tratta di porzioni anatomiche che, per innervazione ed irrorazione, sono "progettate" allo scopo, come il tegumento, la parte esteriore, dell'organo genitale. Lasciato questo solido approdo, erogene possono però rivelarsi, per ragioni

---

[80] Una delle poche sentenze nella cui motivazione si affronta con spirito critico la interpretazione del concetto di atto sessuale, nel caso compiuto con abuso di potere, è stata Cass. III, 51582/2017. Nella motivazione, cui si rinvia, si ribadisce il concetto fondante per cui si richiede un differente impegno in funzione dei modi concreti di estrinsecazione dell'agire: dice infatti la Corte come sia "*ovviamente"* atto sessuale ogni forma di congiungimento.

[81] La prospettiva di questo lavoro privilegia, come anticipato, il punto di vista della giurisprudenza. Per indicazioni anche dottrinali sulla interpretazione del concetto di atto sessuale, si rinvia sinteticamente a G. Andreazza, *op.cit.*, VII ed., 3407 e ss.

[82] Così in motivazione Cass. III, 11624/2022 cit., che richiama non pochi precedenti: "*cfr. sez. 3, n. 33464 del 15.6.2006, Beretta, rv. 234786; conf. sez. 3, n. 41096 del 18.10.2011, M., rv. 251316 che richiama i precedenti costituiti da sez. 3, n. 21336/2010; sez. 3 n. 39718/2009; sez. 3, n. 7772/2000*".

[83] Cass. III, 11624/2022.

[84] Invero, ogni indagine che si proponga di apprezzare connotati oggettivi dell'atto non può accentrarsi che sulla sua "apparenza fenomenologica" (che coinvolga o meno organi genitali, per esempio) ovvero sulla parte del corpo della vittima che attinge. Al contrario, criteri soggettivi, per quanto in potenza riferibili alle intenzioni di entrambi i protagonisti, non possono che vertere prioritariamente su quelle di colui che ha commesso il fatto: le intenzioni, invero, appartengono a chi agisce e non anche a chi subisce, senza volerla, l'azione.

diverse da individuo a individuo, pressoché tutte le altre parti del corpo, tanto che, alla fine, non possiamo ritenere di disporre di una mappatura affidabile del corpo umano che distingua, con diversi colori, le parti erogene e quelle che tali non sono. Ne consegue, che chi affidi la determinazione della natura sessuale dell'atto al mero rilievo che esso attinga ad una di esse[85], finirà per incorrere in un altrettanto evidente rischio di non univocità [86]. Non di meno è comune, in giurisprudenza, l'affermazione per cui ove sussista «*il coinvolgimento di quelle che, secondo una diffusa cultura ed un condiviso costume sociale, vengono considerate le parti del corpo tali da suscitare il compiacimento erotico*[87]*»* risulterebbe consequenziale la natura sessuale dell'atto.

Chi però superi la schematizzazione delle massime, si accorge, ben presto, che il contatto con una zona erogena è considerata condizione sufficiente per la identificazione dell'atto sessuale, ma non certamente necessaria. Il Supremo Collegio, infatti, precisa che sessuali possano essere anche atti che attingano parti del corpo dichiaratamente non erogene, «*allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altri dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima*[88]*»*.

Se «*tutte le parti del corpo potrebbero in ipotesi essere considerate zone erogene a seconda delle modalità, dell'intenzione e della finalità con cui avviene l'invasione di esse*», ne deriva, sulla base di un modello argomentativo speculare, che nessuna di esse (con la sola eccezione del tegumento degli organi riproduttivi) è necessario che lo sia: «*anche i semplici toccamenti di una mano, o di un piede, o di un braccio, o del collo e così via potrebbero dar luogo ad un atto sessuale ai sensi dell'art. 609-bis Cp*»[89]. Alla fine, per superare le troppe aporie, in soccorso dell'oggettività inaffidabile si invoca che «*siano prese in esame e valutate … le modalità e le finalità*[90]» dell'atto[91], ovvero che la soggettività assuma un ruolo complementare a quello della prima, aprendo il campo[92] all'apprezzamento delle fantasie, debolezze se non parafilie, capaci di spostare "l'oggetto del desiderio" in contesti nei quali non si avventura la persona comune[93].

---

[85]F. Mantovani, *Diritto penale cit.*, 429 e ss., evidenzia cinque ragioni per le quali preferire il ricorso ad un criterio oggettivo, tra le quali la interpretazione della norma secondo il principio di offensività fondata sulla loro obiettiva attitudine offensiva, l'esigenza di tassatività e l'inadeguatezza del criterio soggettivo quanto agli atti di corruzione, tenuti in presenza della vittima minorenne, potenzialmente offesa solo a condizione di un connotato concreto dell'atto.

[86] F. Mantovani, *Diritto penale cit.*, 430: sono univocamente sessuali gli atti "*di contatto fisico, al nudo o meno, con le zone – considerate dalla scienza, costume e comune modo di sentire, e quindi nella normalità dei casi – erogene, dell'altrui corpo".*

[87] Cass. III, 39710/2011.

[88] Ancora dalla motivazione di Cass. III, 44609/2021.

[89] In questa incertezza oggettiva, e per converso, neppure gli organi genitali, per la stessa ragione, nella medesima prospettiva relativista, sono universalmente da considerare come zone erogene, la cui aggressione integra sempre violenza sessuale: appare infatti «*di intuitiva percezione che non per questo qualsiasi tipo di contatto con quelle zone, come un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via, potrebbe essere considerato di per sè atto sessuale»* (Cass. III,44609/2021).

[90] Cass. III, 51582/2017.

[91] Cass. III, 44609/2021, chiamata a decidere su una "doppia conforme" di condanna in sede di merito (per la violazione dell'art. 609 *bis*) a seguito di querela proposta da una persona cui era stato toccato, di sorpresa, il fianco. La motivazione della sentenza (di annullamento) si articola in una premessa (ovvia e non chiarificatrice) per cui deve ritenersi sessuale ogni atto che comporti il "*coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo".* Il contributo motivazionale, però, è stato ritenuto dal S.C. insufficiente.

[92] Cass. III, 39710/2011.

[93] Valga come esempio Cass. III, 24683/2015. Si legge nella motivazione come il giudice debba valutare se l'atto sia o meno destinato «*a soddisfare la concupiscenza dell'aggressore, o a volontariamente invadere e compromettere la*

3.4. In realtà, l'esigenza di impegnarsi in speculazioni in ordine al punto di vista del soggetto attivo, per quanto possa preoccupare i cultori di un diritto penale ispirato al principio di materialità offensiva, non deve stupire. In primo luogo, ed uscendo dalla limitata prospettiva del diritto penale, possiamo convenire che il gioco erotico si espliciti come interazione che chiama in causa componenti psichiche non meno che stimolazioni somatiche, rendendo difficoltoso distinguere le une dalle altre. L'eccitazione sessuale è evento multifattoriale, frutto di condizioni e cause che tra di loro interferiscono in una infinità di combinazioni. Tornando negli angusti confini della interpretazione normativa, potrebbe allora convenirsi che ponendo in luce la soggettività di chi ha compiuto costrizione ed induzione non si sposta l'attenzione su un elemento estraneo al fatto tipico. Per quanto, invero, la norma non attribuisca espressa valenza ad elementi soggettivi del fatto tipico, come i motivi o i fini per cui esso è compiuto, è implicito al concetto di atto sessuale il bisogno di dar rilievo anche a profili che non siano ricavabili da un'analisi rigorosa della esteriorità del gesto isolato dal suo contesto[94]. In sostanza, che si possa essere costretti ad indagare, ai fini della identificazione del fatto tipico oggettivo, sul significato che l'autore attribuisce al gesto, possiamo considerarla una sorta di conseguenza indesiderata del ricorso ad un elemento normativo extragiuridico che imponendo di far uso di altre conoscenze o scienze, espone al rischio di contaminare delle loro imprecisioni o vaghezze la tipicità. In questo caso, attribuendo il ruolo di protagonista alla natura sessuale dell'atto si accetta di fare entrare in gioco anche il soggetto agente, le sue ossessioni, parafilie, i suoi feticismi[95] e le abitudini maturate all'esito di esperienze personali consolidate, spesso a loro volta culturalmente condizionate.

---

libertà sessuale della vittima" alla luce di un "*approccio interpretativo di tipo sintetico*" che valorizzi "*l'intero contesto in cui il contatto si è realizzato anche in relazione alla dinamica intersoggettiva in cui esso è inserito*». L'indagine rileva nelle due opposte direzioni: invero, «*la idoneità a stimolare per contatto l'istinto sessuale, stante la complessità dei moventi che sottendono ad esso, non è certo esclusiva prerogativa solo di taluni specifici distretti corporei, quali sono quelli elettivamente deputati alla funzione riproduttiva*», per cui «*tutte le parti del corpo potrebbero in ipotesi essere considerate zone erogene a seconda delle modalità, dell'intenzione e della finalità con cui avviene l'invasione di esse....anche i semplici toccamenti di una mano, o di un piede, o di un braccio, o del collo*». E' però altrettanto certo che «*non per questo qualsiasi tipo di contatto con quelle zone, come un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via potrebbe essere considerato di per sè atto sessuale, senza che ne siano prese in esame e valutate appunto le modalità e le finalità*» (nel senso della rilevanza del fine della concupiscenza quale elemento del reato si veda anche: Corte di cassazione, Sezione 3 penale, 25 settembre 2003, n. 36758).

[94]Sono frequenti le decisioni nelle quali la Cassazione è stata chiamata a decidere sulla possibile incompatibilità tra il delitto di violenza sessuale e le ragioni non sessuali che avrebbero ispirato l'atto. A fronte di una *defence* di tal fatta risulta agevole invero contrapporre due argomenti: a) da un lato che il delitto non si pone in alcun modo il problema dell'effettiva soddisfazione sessuale di chi perpetra l'atto (Cass. III, 13728/2021), risultando per questo irrilevante che costui abbia agito per ragioni come la vendetta, l'odio razziale o religioso, il dileggio; b) dall'altro che si tratta di delitto a dolo generico, che prescinde da qualsiasi rilevanza dei motivi, che potranno al più giustificare la scelta commisurativa o la concessione di attenuanti o aggravanti (Cass. III, 24872/2021, ove si legge: «*L'imputato era perfettamente consapevole che il toccamento dei glutei di una donna fosse una condotta con una oggettiva connotazione sessuale, il che integrava il dolo richiesto dalla fattispecie in esame, essendo del tutto irrilevante che l'imputato avesse posto in essere la condotta per dileggio o per scherno»).*

[95] Non è raro trovare, in giurisprudenza, la affermazione che modalità eterodosse di manifestazione della propria sessualità siano come tali oggetto di una sorta di mera tolleranza, sulla base della costante verifica del perdurante consenso di chi ha parte al gioco: in tal senso Cass. III, 43611/2021, nella quale si legge che gli atti sessuali non convenzionali possono essere "*ritenuti leciti"* solo per il consenso. «*Ed infatti, il consenso prestato a fini di piacere erotico rende lecita la condotta ivi contestata e, conseguentemente, diviene lecito anche il fine di arrecare, nel contesto della pratica sessuale prescelta, un dolore oggettivamente accettabile. Il rapporto sadomaso nelle relazioni sessuali non può, quindi, in sé definirsi illecito e fonte di responsabilità penale, purché sia caratterizzato da un reciproco scambio di consensi informati, liberi e revocabili ed a condizione che i soggetti interessati non si trovino*

Un ultimo rilievo: ritenendo percorribile, ai fini della verifica della tipicità oggettiva, una via che non rifiuti *a priori* la rilevanza del significato dell'atto per i suoi protagonisti non si deve cadere nell'errore di attribuire un peso preminente al punto di vista del querelante (espresso, del resto, con l'inoltro della condizione i procedibilità di cui all'art. 609 *septies*). Questi è chiamato a narrare il fatto nella sua storicità, a descriverne la fenomenologia, non a determinarne la qualificazione giuridica attraverso la valorizzazione delle proprie percezioni, della propria soggettività lesa (pur ammettendone, per ipotesi la totale onestà intellettuale). L'ordinamento, come ovvio che sia, predispone infatti una tutela che deve prescindere dalle peculiarità o dalle opinioni di chi percepisce o subisce l'atto, dato che, altrimenti, la norma, trasformata in uno strumento di tutela delle individuali idiosincrasie, risulterebbe inadeguata a garantire un orientamento comportamentale univoco.

4. A questo punto, messe da parte le comode confutazioni, si impone di proporre una soluzione interpretativa.
4.1. E' certo che chi è chiamato a dare esecuzione alla legge, interpretandola, debba preferire le soluzioni che garantiscano la maggior vitalità della disposizione. Da questa premessa origina l'onere che l'interprete si confronti anche con eventuali manchevolezze del tipo, ricordando però come non gli competa inventare rimedi[96].
Nel caso, si tratta, gioco forza, di convivere con una scelta di politica legislativa, quella di fondare la repressione sul concetto unitario di atto sessuale, destinato a contenere l'intera fenomenologia degli "stupri". La soluzione, del resto, è stata frutto della consapevolezza delle problematiche indotte dal modello previgente, che articolava la regolamentazione su due livelli (congiunzione carnale ed atti di libidine) cui corrispondevano due differenti forbici edittali (comunque meno severe), imponendo un doppio onere interpretativo, con le conseguenti aporie.
Altrettanto condivisibile, in termini generali, la scelta di reprimere il reato complesso di violenza sessuale più severamente di quanto non sarebbero stati puniti i suoi componenti. Essa si vale di solidi argomenti. La complessità, invero, non è eguale alla somma degli addendi. In effetti, per quanto il sistema reprima la condotta indipendentemente dalla identità di genere dei suoi protagonisti, un approssimativo confronto con il dato criminologico e le statistiche conferma quanto ancor oggi il delitto sia, nella sua frequenza, il sintomo più preoccupante di una sperequazione, della prevaricazione di un sesso sull'altro. Se la violenza sessuale diffusa era guardata in una società costruita sulla primazia maschile, con sostanziale tolleranza, di essa si percepisce ora, appieno, l'inaccettabile significatività di revanscismo, di tentativo di riaffermare antichi squilibri ed ingiustizie, tanto da far apparire ineludibile che l'ordinamento giuridico assuma un ruolo nel contrastarla.
Del resto, proprio la condizione svantaggiata della donna come vittima per antonomasia della violenza sessuale offre un serio contributo sul piano della connotazione offensiva degli atti di

---

in situazioni patologiche, la cui presenza finirebbe con il neutralizzare il consenso, rendendolo privo di effetti giuridici per carenza della piena capacità di intendere e volere (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 11631/2021). *Non è un caso che nella disciplina di queste pratiche le parti seguano determinate regole che garantiscano la libera condivisione degli scopi e delle modalità per raggiungerli e si accordino preventivamente anche su una specifica parola di sicurezza (c.d. safeguard) per consentire l'immediata interruzione della condotta, alla semplice richiesta di una delle parti coinvolte*».

[96] Sul distinguo tra analogia e interpretazione nell'attualità giurisprudenziale si rinvia, anche per ulteriori indicazioni a C. Cantisani, *op.cit.*, 10 e ss.

prevaricazione sessuale: la vittima, invero, subisce oltre al danno alla propria libertà, un effetto complementare, una vittimizzazione accessoria (diverso da quella processuale e secondaria) connessa alla menomazione dell'immagine che di sé e del ruolo che le è proprio nelle strutture sociali di appartenenza che ne consegue.
Infine, appare comprensibile che la coartazione ad una manifestazione di sessualità risulti più odiosa di altre, dato che si tratta di incidere in modelli espressivi estremamente intimi, segreti, perfino, collocati in una sorta di tabernacolo che custodisce un'immagine di sé che nessuno deve vedere, se non chi è stato scelto per questo.
Per quanto ognuno di questi argomenti abbia una propria validità, però, ciascuno di essi presuppone che si proceda alla determinazione di un confine tra ciò che, essendo sessuale, legittima la maggior pena e ciò che, invece, non lo è.

4.2. Arrivati al punto, si tratta di provare a fornire un'indicazione, quasi una metodologia, per affrontare un problema la cui soluzione, disagevole, non ha alternative quanto meno nella prospettiva della prevedibilità degli esiti del giudizio[97].

Nel farlo sarà utile rammentare come l'ordinamento persegua la tutela della libertà sessuale a fronte di aggressioni che provengano da qualsiasi altro individuo, risultando quindi irrilevante ogni considerazione che ponga in evidenza l'ipotetica identità o diversità di genere dei protagonisti o le loro stesse preferenze sessuali. Del resto, risulta estraneo alla struttura del fatto tipico che l'atto sessuale violento procuri ad uno o all'altro dei suoi attori una qualche stimolazione o soddisfazione erotica o che esso sia espressione delle preferenze sessuali di chi lo perpetra[98].

Per provare a definire i connotati dell'atto che lo qualifichino come sessuale, inducendo ad una superiore attenzione rispetto all'esigenza che esso sia sempre libera manifestazione della personalità individuale, è necessaria poi una seconda presa d'atto. Nella complessità delle interazioni umane, gran parte dei gesti, dei comportamenti, degli atteggiamenti attraverso i quali

---

[97] L'esigenza di perseguire un elevato grado di prevedibilità degli esiti del giudizio interpretativo rappresenta, in sostanza, l'altra faccia del principio di legalità e, come tale, è intimamente connesso con l'intera rete dei principi in materia penale. Invero, solo garantendo al cittadino la possibilità di preventivare le conseguenze delle proprie azioni sarà lecito attendersi un effetto preventivo ed un orientamento culturale alle scelte comportamentali che si appresta a compiere, potendolo rimproverare per non averle compiute. Si tratta di un profilo emerso con particolare evidenza allorché il giudizio penale è condizionato dagli esiti di una prova scientifica: cfr. C. Conti, *Il diritto delle prove scientifiche: percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era post Franzese, CP* 2022, 1644. Commentando Cass. IV, 9 aprile 2013, GP II, 2013, 695 l'autrice scrive: «*la Cassazione afferma che le coordinate di riferimento dovranno essere quelle afferenti al principio del contraddittorio ed al controllo del giudice sul processo di formazione della prova, che deve essere rispettoso di preordinate garanzie, alla cui osservanza deve essere, rigorosamente, parametrato il giudizio di affidabilità dei relativi esiti: un risultato di prova scientifica può essere ritenuto attendibile solo ove sia controllato dall'organo giurisdizionale, quantomeno con riferimento all'attendibilità soggettiva di chi lo sostenga, alla scientificità del metodo adoperato, al margine di errore più o meno accettabile ed all'obiettiva valenza ed attendibilità del risultato conseguito*».

[98] Non sembra assumere alcun rilievo il fatto che lo stupratore abbia agito contro il proprio desiderio o le proprie inclinazioni al solo scopo di mortificare o punire la vittima, aggredendola nella sua intimità sessuale. La giurisprudenza di legittimità affronta il tema allorché si tratti di verificare sufficienza e congruenza della motivazione sul dolo, a fronte di doglianze che chiamano in causa lo scopo libidinoso dell'agire. Numerose le decisioni che ricorrono ad una formula consolidata per cui «*l'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale è integrato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente, sicchè non è necessario che detto atto sia diretto al soddisfacimento dei desideri dell'agente nè rilevano possibili fini ulteriori - di concupiscenza, di gioco, di mera violenza fisica o di umiliazione morale - dal medesimo perseguiti*» (Cass.III, 38646/2017).

si instaurano le relazioni sono espressione (anche, quantomeno) delle preferenze di genere di chi ne è protagonista. Il sesso, in parole povere, contribuisce in modo determinante ad *an et modus* dei comportamenti quotidiani. La constatazione non implica, però, che sia altrettanto vero che ogni interazione umana, se frutto di costrizione o induzione, sia qualificabile come violenza sessuale.

Nel fuoco della fattispecie incriminatrice entrano tre distinte tipologie di contatti che condividono o possono condividere, in tutto o in parte, una comune "fonte di ispirazione".

Nella prima si collocano quelli che potremmo definire atti univocamente e intrinsecamente sessuali, nella seconda atti il cui carattere sessuale, per quanto prioritario, non è ineludibile, nella terza atti polisemici, che possono non di meno talora rivelarsi sessuali.

Sono del primo tipo tutte le ipotesi di coito, di congiungimento o penetrazione carnale, ma anche gli atti di stimolazione meccanica e di manipolazione dei caratteri o degli organi sessuali. Si tratta di comportamenti che assumono una significatività sessuale a prescindere dagli effetti che essi producono su chi li pratica o su chi li subisce; esemplificativamente, infliggere una penetrazione, sia pure attraverso strumenti meccanici, senza che il carnefice ne tragga altra soddisfazione se non l'affermazione del suo predominio o l'umiliante mortificazione della vittima (penso in particolare ad atti sostenuti da motivi - estranei al fatto tipico - d'altra natura, come l'odio raziale, religioso, di genere) non incide certo sulla rilevanza sessuale intrinseca dell'atto. La lingua parlata, per ottenere il risultato, è quella della sessualità. Si tratta di modelli di interazione che la generalità dei consociati, in un determinato momento storico, comunque adotta per perseguire la soddisfazione o lo stimolo del desiderio nella interazione sessuale. Secondo criteri giuridici, la interpretazione dell'elemento normativo di fattispecie secondo la fisiologia e l'antropologia, scienze di riferimento, conduce univocamente a questa conclusione.

Nella seconda classe si riconducono atti che attingono parti del corpo che sono di regola sollecitati in una interazione funzionale all'eccitazione sessuale, rappresentando caratteri identificativi del genere (in sostanza, oltre agli organi genitali, per l'uomo e la donna i glutei, per la seconda il seno e le cosce) ma non attuando né quella che si è detta stimolazione meccanica né il coito; questi atti, in una relazione tra regola ed eccezione, possono anche risultare spogli di ogni espressività e significatività sessuale, concretamente inefficienti alla stimolazione di quel tipo di istinto. Per fare degli esempi, possiamo pensare alla mano che si infila furtiva nelle tasche dei pantaloni della vittima per rubare il portafoglio o alla percossa che attinga un organo genitale o un carattere sessuale primario o secondario.

Nella terza classe rientrano atti che nelle relazioni intersoggettive appartengono al linguaggio corporeo quotidiano, ma che, in particolari condizioni, possono essere da un lato segno delle preferenze sessuali di uno o più dei protagonisti coinvolti, dall'altro innestati in un linguaggio volto al coinvolgimento in una interazione sessuale progressiva. Si pensi a taluni contatti corporei con la schiena o la spalla, coi piedi, coi capelli di una persona. Di essi, dunque, emerge saliente il dato della polisemicità, dato che il medesimo gesto , per chi ne voglia cogliere l'obiettivo significato, è suscettibile di esiti interpretativi assai differenti.

La soluzione adottata dal riformatore del 1996 di legare il contenuto di disvalore delle condotte di costrizione o induzione ad un elemento normativo extragiuridico, l'atto sessuale, si manifesta, in riferimento ad alcuni degli atti del secondo tipo ed alla generalità di quelli del terzo, non risolutiva. Ancor più inutile, e metodologicamente discutibile, ricercare una soluzione sostituendo l'oggetto della dimostrazione: dalla natura sessuale dell'atto, alla natura erogena della zona del corpo che attinge. Nell'esempio della percossa che attinga parti del corpo generalmente evocate nelle dinamiche delle interazioni sessuali, la scelta del sito da attingere con violenza può risultare significativa sia per conseguire un effetto particolarmente doloroso dell'atto, che per affermare un

"odio o disprezzo" di genere, la mortificazione della vittima per le sue preferenze sessuali, o ancora manifestarsi come espressione di sadomasochismo. Se nel primo caso si tratta "soltanto" di una percossa particolarmente odiosa, nel secondo l'oggetto della costrizione o induzione attiene ad una distopia dei rapporti di genere, mentre nel terzo si tratta senz'altro di un atto sessuale. Sul piano degli effetti pratici, potremmo concludere che in tal caso il carattere sessuale sia oggetto di una sorta di presunzione semplice, suscettibile di contraria dimostrazione.
Quanto all'ultima categoria, quella certo più problematica, essa contempla gesti che appartengono alla comunicazione interpersonale quotidiana e che pur potendo essere condizionati dalle preferenze di genere di chi li esegue, non sono per questo espressione di una progettualità sessuale o di un istinto a soddisfarsi in quei termini. Attingendo con una parte del proprio corpo il corpo di un'altra persona, invero, si possono comunicare emozioni, sentimenti o inviare messaggi, avvertimenti, manifestare intenti: in sostanza di trasferiscono informazioni. Sempre in chiave esemplificativa si pensi a gesti minimi, come quello, magari irritante, di trattenere per qualche secondo la mano nella propria al momento del saluto, di salutare baciando sulla guancia[99], di appoggiare, camminando, la mano sulla spalla dell'accompagnatore/trice[100].
Si tratta, sia chiaro, di un approccio tanto semplicistico quanto complesse sono le intersezioni tra sessualità, corporeità, predominio e violenza; pur non garantendo il risultato, alla stregua di una sorta di cartina di Tornasole, esso evidenzia un bisogno, quello di allargare l'oggetto dell'indagine oltre i rigorosi confini del contatto[101] .

---

[99] Il tema della rilevanza penale del bacio imposto o rubato è divenuto una sorta di classico. La giurisprudenza, estraendo il disvalore dai modi della condotta, non ha mai tentennato nel ritenerlo un atto sessuale. Sul punto cfr. A. Di Martino, *Sul bacio involato a lei che dissente, RIDPP* 1999, 1596; M. Vizzardi, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di atto sessuale, CP* 2008, 755. In particolare sulla possibile rilevanza come atto sessuale violento del bacio sulla guancia A. Guidi, *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*, www.penalecontemporaneo.it a commento di Cass.III, 44480/2012.

[100] E' a fronte di fenomeni come questi che Cass. III, 24683/2015 attribuisce rilevanza al «*finalismo della condotta*» ritenuto tale «*da far escludere, ad onta della materialità di essa, che la stessa fosse diretta a violare la, pur attinta, zona erogena della persona offesa, di tal che sarebbe illogico, oltre che palesemente inaccettabile, qualificare la condotta dell'agente*» come violenza sessuale.

[101] La possibilità di considerare, in via di eccezione, il connotato non sessuale di atti che attingano le aree genitali o i caratteri sessuali primari e secondari della vittima è tutt'altro che teorica. Invero, si possono fornire, come meri esempi, non pochi casi nei quali ad una "obiettiva invasione" della corporeità sessuale che, secondo una sorta di convenzione non scritta, non consegue la integrazione e/o contestazione dell'art. 609 *bis* : A.- la condotta di chi, nel cagionare contro il volere della vittima mutilazioni genitali rituali ne "manipola" l'apparato riproduttivo: esclusa dal quadro la rilevanza dell'età del soggetto passivo (l'atto è una sorta di rito in iniziazione alla vita adulta di fanciulla giovanissima), il fatto potrebbe considerarsi tipico oltre che alla stregua dell'art. 583 *bis* anche della norma sulla violenza sessuale, in quanto presuppone una invasione nella corporeità (sessuale, appunto) della vittima, per quanto strumentale ad eseguire la mutilazione, eseguita abusando di autorità o sfruttando una minorazione (su tali aspetti C. De Maglie, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche, RIDPP* 2008, 1088); B.- il caso analogo della condotta di manipolare i caratteri sessuali della vittima per perpetrare illegittimamente un aborto meccanico su una persona in condizioni di minorazione; C.- la percossa diretta agli organi riproduttivi della vittima, per conseguire un effetto particolarmente doloroso o neutralizzante, che integra un contatto invasivo e violento con zone erogene; D.- il furto la cui esecuzione implica invadere zone intime del corpo, come nel caso in cui essa abbia nascosto i suoi averi tra i voluminosi seni; affronta il tema del possibile concorso tra delitto contro il patrimonio e delitto contro la libertà sessuale, risolvendolo sul piano della verifica dell'ambigua valenza finalistica dell'atto Cass. II, 41985/2021, nella cui motivazione si legge: «*Ma nel rispetto del principio di specialità, quando la costrizione ha per oggetto la sfera sessuale e non attiene, neppure in via mediata, alla sfera patrimoniale deve applicarsi l'art. 609 bis Cp.*». La conclusione, evidentemente, si fonda su una sorta di proiezione dell'atto nella sua funzionalità oggettiva, verso l'offesa/evento. In tutti gli esempi proposti, rispetto alla qualificazione giuridica dell'atto, assume un ruolo decisivo la ricostruzione del "contesto" nel quale esso si colloca, esteso ai ruoli delle parti coinvolte. Nel loro "essere" in primo luogo mutilazioni genitali

In sostanza, ai fini della delicata valutazione non possono risultare decisivi né approcci che pongano attenzione alla soggettività, quella di chi compie l'atto e quella di chi lo subisce, né quelli che confidano sulla evidenza obiettiva del contatto. Pur convenendo che la verifica di un effettivo coinvolgimento sessuale dell'autore del gesto, possa ritenersi elemento estraneo al fatto tipico descritto dall'art. 609 *bis*[102], non può escludersi che atti altrimenti equivoci siano da considerare sessuali per la concretezza degli effetti che producono, per le sue particolari predilezioni sessuali, sul loro autore. Questo tipo di approccio, invero, opera surrettiziamente come strumento selettivo a monte, evitando l'azione penale per i molti comportamenti quotidiani che, per quanto sgraditi, non integrano uno "stupro", e così distinguendo bacio da bacio, carezza da carezza, pacca da pacca[103]. Esso, in una dinamica inversa, consente invece di cogliere la rilevanza sessuale di contatti che usualmente sono estranei a tale dinamica, come quelli sintomatici di un atteggiamento maniacale.

Partendo da quest'ultima considerazione possiamo porre allora in evidenza almeno un carattere essenziale dell'atto costretto: esso, invero, si esplicita come una interazione o relazione della quale la norma definisce i connotati patologici (la vittima è costretta o indotta a compiere o subire). La giurisprudenza pone in evidenza questo connotato stabilendo che debbano ritenersi estranei alla nozione di atto sessuale quei "*comportamenti che non si risolvano in un contatto corporeo col soggetto passivo o che, pur coinvolgendo il corpo altrui, non denotino alcuna valenza in termini di estrinsecazione della libido*"[104]**.** Si intende dire che la violenza sessuale implica la partecipazione di almeno due protagonisti i cui corpi sono entrati in contatto.

Il secondo aspetto da considerare è che il contatto deve essere mediato da violenza, minaccia, abuso od errore. E' ovvio ed evidente che la rilevanza penale di un atto alla stregua delle (troppo) severe disposizioni di cui agli artt. 609 *bis et octies* Cp, sia condizionata dalla constatazione dell'esistenza di un'intrusione con violenza o minaccia nello spazio corporeo del soggetto che patisce il gesto. Quello che si intende valorizzare è come proprio la violenza perpetrata può

(orientate dalla credenza culturale di rendere un servizio nella prospettiva della miglior vita futura della vittima), percosse (per quanto si avvalgano del coinvolgimento dei caratteri sessuali, sono funzionali ad arrecare un mortificante dolore) o atti caratteristici del c.d. "furto con destrezza" (guidati dall'esigenza prioritaria che la vittima non ne percepisca l'esecuzione) i gesti divengono testimoni della propria natura. Essi, del resto, non appartengono neppure al contesto degli atti sessuati non risultando condizionati dalle preferenze di genere. Altrettanto potrebbe dirsi nel caso dell'aborto meccanico, che pure presuppone come modalità di aggressione, un'invasione del corpo della vittima.

[102] Non sembra assumere alcun rilievo il fatto che lo stupratore abbia agito contro il proprio desiderio o le proprie inclinazioni al solo scopo di mortificare o punire la vittima, aggredendola nella sua intimità sessuale. La giurisprudenza di legittimità affronta il tema allorché si tratti di verificare sufficienza e congruenza della motivazione sul dolo, a fronte di doglianze che chiamano in causa lo scopo libidinoso dell'agire. Numerose le decisioni che ricorrono ad una formula consolidata per cui «*l'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale è integrato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente, sicchè non è necessario che detto atto sia diretto al soddisfacimento dei desideri dell'agente nè rilevano possibili fini ulteriori - di concupiscenza, di gioco, di mera violenza fisica o di umiliazione morale - dal medesimo perseguiti*» (Cass.III, 38646/2017).

[103]Si pensi a quanto potrebbe risultare inutile l'apertura di un fascicolo di indagini preliminari a carico della notta che costringe il nepote a ricevere un fastidioso bacio di commiato o al caso dell'impiego diffuso del contatto fisico, a prescindere da un preventivo consenso, nelle relazioni interpersonali giovanili. In entrambe le fenomenologie, ipotizzare che si tratti di atti tipici offensivi, non punibili perché scriminati o incolpevoli sembra invero eccessivo.

[104] Si tratta di un'impostazione largamente maggioritaria: da ultimo Cass. III, 44609/2021. Spesso l'esistenza del contatto definisce il confine tra violenza sessuale consumata e tentata: Cass. III, 11624/2022. Gli atti che coinvolgano soltanto il corpo del soggetto attivo, per quanto evidentemente espressione della sua sessualità, sono considerati invece rilevanti ad altri fini; così costringere taluno ad assistere ad atti di autoerotismo che non conferiscano alcun ruolo alla vittima, integra il delitto di violenza privata: Cass. V, 5211/2020.

spingere a considerare sessuale anche un atto che non esprima con piena evidenza questo connotato. Il coniuge che imponga alla moglie un bacio per quanto casto, tenendole con forza fermo il viso, per superarne la resistenza, non può che aver attribuito a quel gesto un significato che va ben oltre il suo contenuto obiettivo, considerandolo piuttosto strumento di affermazione di un'autorità e di un potere sull'altrui corpo che legittima la conclusione[105].
Se il delitto implica la verifica di un contatto violento e sessuale, questo implica non solo il bisogno che esso si esteriorizzi uscendo, per così dire, dal novero delle elaborazioni di una mente poco lucida, ma anche che se ne verifichi la risonanza nella sensibilità di chi lo perpetra e di chi lo subisce. Non si tratta di considerare le intenzioni, ma piuttosto le interazioni, gli effetti. Se ogni stupro è invasione della corporeità sessuale della vittima attraverso il corpo del carnefice, si deve poter cogliere, nel fatto, la dimostrazione di questa violazione. Torniamo ad un esempio. Supponiamo che taluno eserciti minaccia o addirittura ricorra a percosse per costringere altri a farsi toccare un piede o la calzatura (tecnicamente, si definisce questa anomalia sessuale come retifismo, una forma di feticismo). Il gesto, per chi lo compie, può risultare pregno di significati sessuali, mentre chi subisce la violenza costrittiva, avverte soltanto la limitazione della propria libertà e non la intrusione nella propria sessualità. Per usare le parole di Freud[106], siamo di fronte ad una vittoria del pensiero sulla realtà, in quanto sussiste un'evidente divergenza tra la natura obiettiva del gesto ed il significato che ad esso almeno uno dei protagonisti attribuisce. Se è certo che nessuno possa essere costretto a subire la strumentalizzazione di una qualsiasi parte del proprio corpo in un impiego funzionale ed idoneo a soddisfare il desiderio sessuale di chi lo costringe, non di meno, ove questa significatività del gesto risulti preclusa allo sguardo, alla stessa percezione della vittima, essa ne percepirà esclusivamente il significato di coazione, non avvertendo invece che il suo corpo è divenuto oggetto, strumento, di una manovra che nega la sua libertà e dignità sul piano sessuale. In tale seconda ipotesi, si potrebbe concludere che la costrizione rilevi penalmente ma solo secondo il più mite parametro della violenza privata. Ad opposte conclusioni sarebbe doveroso pervenire laddove il feticista esteriorizzi quella che altrimenti sarebbe una sua intima valorizzazione sessuale dell'atto, rendendola oggettiva, per esempio manifestando o scoprendo la propria soddisfazione, consentendo alla vittima di comprendere di aver perduto la qualifica di soggetto per assumere quella di strumento al servizio del desiderio altrui. Posta in evidenza la funzione servente del corpo della vittima, il gesto si rivelerebbe lesivo della libertà sessuale e, quindi, tipico.
Gli esempi, invero, sono tutti egualmente bugiardi.
Non di meno, si tratta di cogliere i profili di una metodologia. Il contatto costretto deve chiamare in causa, sul piano oggettivo, la libera soggettività sessuale di tutti i protagonisti[107]. Per chi agisce, questo può avvenire sul piano delle mere intenzioni, potendosi considerare accertato che non sia rilevante l'effettiva soddisfazione. Per chi subisce, si tratta di cogliere l'evidenza di significato del gesto. La vittima deve infatti poter percepire, dalla fenomenologia dell'accadimento, che il suo

[105]Ha riconosciuto gli elementi costitutivi del delitto di violenza sessuale in un caso come quello ricostruito Cass. V, 37460/2021.

[106] Scriveva S. Freud, *Fetischismus, Almanach der Psychoanalyse* 1928 (Vienna 1927), 17-24, ora *on line*, con traduzione in italiano di R. Colorni: «*il feticcio è il sostituto del fallo della donna (della madre) a cui il piccino ha creduto e a cui, per i motivi che sappiamo, non vuole rinunciare*».
[107] Anche i soggetti che versano in una condizione di minorazione (psichica o fisica), in particolare se di causa patologica, devono considerarsi egualmente titolari di un diritto alla sessualità libera. Sul punto M. Vizzardi, *Sul diritto dell'incapace di esprimere la propria sessualità e la violenza sessuale per induzione mediante abuso elle condizioni di inferiorità psichica*, www.penalecontemporaneo.it 2011.

corpo, oggetto del contatto, è impiegato contro o comunque in modo che prescinde dalla sua libertà, in una interazione sessuale, perché causa di effetti oggettivi nella corporeità di chi agisce.

5. Proviamo, a questo punto, a tirare le fila del discorso.
Nel nostro ordinamento si è compiuta la scelta di punire in modo assai più severo quelle costrizioni violente o induzioni mediante inganno lesive della libertà del soggetto passivo, chiamato a compiere o subire un atto sessuale. Questa scelta deriva dalla ponderazione del significativo valore addizionale rappresentato dal connubio tra modello di condotta e natura dell'atto.
Costruendo la fattispecie delittuosa dell'art. 609 *bis* (e, per la stessa ragione, *octies*) si è deciso di non perseguire un tentativo di determinazione normativa dei modi possibili d'essere dell'atto che ne evidenziano il carattere sessuale. Neppure si sono astrattamente considerati gradienti di disvalore tra atti obiettivamente differenti sul piano della loro significatività sessuale come i congiungimenti carnali o le stimolazioni meccaniche degli organi genitali ed altri, polisemici e potenzialmente neutri, che possono assumere molteplici obiettivi significati comunicativi.
Anche per questa assimilazione, si può convenire che la contesa per definire i confini della tipicità del delitto di violenza sessuale si decida sul terreno dei secondi. Per affermare il carattere sessuale dell'atto ai fini del delitto di cui all'art. 609 *bis* si deve contrastare la tentazione di ricorrere a modelli presuntivi (come, ad esempio, quello che porta a concludere che sia sessuale ogni atto che attinge una zona erogena) invocando l'evidenza solo per gli atti del primo tipo, sessuali in sé. Si deve inoltre evitare di attribuire un peso discriminante alle intenzioni di chi agisce o alla percezione sensibile di chi subisce. In una ricerca semeiotica si impone di apprezzare egualmente elementi tradizionalmente considerati oggettivi ed altri soggettivi, non disgiunti gli uni dagli altri. Nella sua materialità l'elemento di fattispecie richiede l'esistenza di un contatto tra i corpi. Il concetto implica che si instauri una relazione, per cui l'atto sia percepibile dai sensi di chi lo compie e di chi lo subisce[108].
Gli atti neutrali possono considerarsi sessuali se, ricostruite le condizioni concrete del loro esplicarsi appaiano inseriti in un processo che è concepito per evolversi dal piano della polisemicità a quello dell'evidenza, caratteristica degli atti di coito o che coinvolgano la genitalità. Posto che ogni verifica quanto alla loro rilevanza penale implica che non si sia verificata un'evoluzione del contatto sino ad assumere i connotati dell'atto in sé sessuale, ne deriva che di tali atti sia consentito apprezzare il significato in chiave prognostica, secondo un parametro di idoneità funzionale.
Benché se ne debba considerare la rilevanza come delitti consumati di violenza sessuale e non come tentativi (in quanto tali apprezzabili solo laddove non sussista il contatto tra i corpi), solo collocandoli nel complesso dei caratteri qualificanti la loro obiettività, come tempo, luogo, perone, contesto, essi si propongono come contatti preliminari ad una possibile evoluzione del discorso sessuale. In altri termini, atti polisemici possono considerarsi atti sessuali se essi siano concretamente impiegati in un processo funzionale a sollecitare l'istinto sessuale della vittima o piuttosto a sfruttarne il corpo per la ricerca di una soddisfazione del solo autore. Altrettanto può sostenersi allorché la sessualità, le preferenze di genere dei due protagonisti entrino in gioco come

[108] Sottolinea la dimensione relazione del concetto di atto sessuale E. Silingardi, *op.cit.*, 1086. Scrive l'A.: *«Posto il problema in tale più ampio contesto, a mio avviso conformemente allo spirito ed ai fini della legge 66/96, ove gli interpreti si orientassero nella direzione sopra indicata, ovvero con riferimento ai contenuti propri della nozione di sessualità, che fanno riferimento non solo all'atto di per se stesso considerato, ma anche agli aspetti relazionali nei quali l'atto è venuto ad inserirsi, ciò renderebbe a mio avviso oltrepassato ogni residuo dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina».*

fattori distorti, come laddove l'atto assolva ad un'esigenza di mortificazione della sessualità altrui o di esorcizzazione di quella propria.
Per quanto improvvisi e repentini, contatti che non siano in sé sessuali, seppure funzionali a sondare il consenso della vittima alla instaurazione di un rapporto sessuale[109] non possono considerarsi violenza sessuale, posto che in merito ad essi un effettivo dissenso, come nucleo fondante la lesione della libertà sessuale, è possibile coglierlo solo a posteriori, analizzando la reazione di chi li subisce[110].
Sia chiaro, la metodologia per quanto complicata non può pretendere di prevenire conclusioni discutibili. Essa si propone soltanto di ridurne, per quanto possibile il numero. Laddove evitasse anche soltanto un'ingiusta condanna, di essa si dovrebbero tessere le lodi.

---

[109] Sull'esigenza di prendere in considerazione la costruzione di un sistema repressivo che concentri il baricentro sull'esistenza o inesistenza del consenso all'atto sessuale G. Cazzetta, *Colpevole col consentire. Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'ottocento, RIDPP* 1997, 424.
[110] Non mancano voci che si dolgono delle rare sentenze (di merito) che non ritengono integrato il delitto in casi come quelli di un atto improvviso e repentino. Di recente PINNA, *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di Cassazione,* sistemapenale.it 2022. L'A. critica le conclusioni cui è pervenuto il T. Busto Arsizio, sent. 26/1/2022, ove si attribuiva rilevanza al fatto che la "vittima" (invero per il momento presunta) non avesse manifestato *"istantaneamente il proprio dissenso"*. Singolare che il commentatore ritenga utile valorizzare il dato che il Tribunale fosse composto di tre donne, finendo per conferire a questo aspetto un qualche significato. Ancor più stupisce, infine, che l'A., chiudendo il proprio elaborato, affermi la assoluta necessità, sulla spinta della Convenzione di Istanbul e considerando il Rapporto speciale delle NU sulla violenza contro le donne del 2021, di addivenire ad una riforma legislativa per consentire di punire ogni atto sessuale caratterizzato dalla mancanza di un previo consenso della vittima. Un argomentare di tal fatta, invero, presuppone che di tali strumenti non esista ancor oggi traccia nel nostro ordinamento.

UN'ALTRA CONFERMA DEL SUPERAMENTO DEL TERTIUM COMPARATIONIS E DELLE RIME OBBLIGATE: C. COST. 14.4.2022 N. 95

di Riccardo Battistoni
Dottorando presso l'Università del Piemonte orientale

Con sentenza C. cost. 14.4.2022 n. 95, la Corte costituzionale dichiara sproporzionata per eccesso la sanzione pecuniaria, compresa tra i 5.000 e i 10.000 euro, prevista per l'illecito amministrativo di atti contrari alla pubblica decenza *ex* art 726 Cp, e la sostituisce con quella individuata per gli atti osceni *ex* art. 527 co. 3 Cp. Il provvedimento offre l'occasione per ragionare su tre aspetti: la riconferma del superamento della rigida applicazione del *tertium comparationis* e delle rime obbligate, il nuovo ruolo che la prima di queste teorie potrebbe assumere nella giurisprudenza costituzionale e gli effetti, nell'ordinamento italiano, della C.G.UE Grande Sezione 8.3.2022 C-205/20 NE.
By judgment C. cost. 14.4.2022 no. 95, the Constitutional Court declares disproportionate for excess the pecuniary sanction, between 5.000 and 10.000 euros, provided for the administrative offence of acts contrary to public decency pursuant to art. 726 Criminal Code, and replaces it with that identified for obscene acts pursuant to art. 527 co 3 Criminal Code. The measure offers the opportunity to analyse three aspects: the definitive overcoming of the rigid application of "*tertium comparationis"* and "obligatory rhymes", the new role that the first of these theories could assume in the constitutional jurisprudence and the effects, in the Italian legal system, of the EU Grand Chamber 8.3.2022 C-205/20 NE.

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Il contesto normativo e l'evoluzione delle fattispecie - 3. La sanzione sproporzionata e gli altri illeciti amministrativi richiamati. - 4. Il principio di proporzionalità delle sanzioni. - 5. Il ruolo del *tertium comparationis*. - 6. Una sentenza che corrobora il superamento delle rime obbligate. – 7. L'individuazione della pena sostitutiva. - 8. Conclusioni

1.Con la sentenza C. cost. 14.4.2022 n. 95, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 726 Cp, come sostituito dall'art. 2 co. 6 d.lgs. 15.1.2016 n. 8, nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «da euro 5.000 a euro 10.000» anziché «da euro 51 a euro 309».
Il giudizio nasce da una vicenda molto semplice: il ricorrente è stato colto urinare in un parcheggio vicino ad una discoteca anche se i servizi igienici della stessa risultavano assolutamente agibili e funzionanti. Il fatto è stato sussunto nella fattispecie di cui all'art. 726 Cp, che sanziona gli atti contrari alla pubblica decenza e, trattandosi di un illecito amministrativo, è stato sottoposto all'attenzione del Prefetto. Questi ha ritenuto di comminare una sanzione amministrativa pari a 5.000 euro.
Interessa evidenziare un punto: quella irrogata risulta, in effetti, la sanzione minima configurabile per i fatti di atti contrari alla pubblica decenza, laddove la massima si quantifica in 10.000 euro. Il giudice rimettente, infatti, osserva come per gli illeciti amministrativi si risponda indifferentemente per dolo o per colpa, così come previsto dall'art. 3 l. 24.11.1981 n. 689. Ne deriva che l'ammontare concreto della sanzione sarà tanto più vicino al massimo al ricorrere del dolo, e tanto più prossimo al minimo al ricorrere della colpa. Nel caso di specie, non sono stati

rinvenuti gli estremi del dolo: non poteva ritenersi che il ricorrente volesse ledere, nemmeno eventualmente, il bene giuridico tutelato dall'art. 726 Cp. Pertanto, poichè il fatto traduceva la sola trascuratezza delle normali regole di civiltà, non poteva che qualificarsi come colposo. Ciononostante, l'unica sanzione applicabile corrispondeva alla non trascurabile cifra di 5.000 euro. Effettuato ricorso contro l'ordinanza-ingiunzione emessa dalla Prefettura, il giudice di pace si è risoluto nel proporre questione di legittimità costituzionale, in ragione della sproporzione, per eccesso, della cornice edittale dell'art. 726 Cp. Il ricorrente, in particolare, evidenzia che se per gli atti contrari alla pubblica decenza la cornice edittale è compresa tra 5.000 e 10.000 euro, invece per l'illecito amministrativo degli atti osceni in luogo pubblico, nella variante colposa di cui all'art. 527 co. 3 Cp, la sanzione è compresa tra i 51 e i 309 euro. Tanto premesso, il giudice di pace ha sollevato questione di incostituzionalità dell'art. 726 Cp nella parte in cui punisce gli atti contrari alla pubblica decenza con una sanzione amministrativa da 5.000 a 10.000 euro, anziché con una sanzione amministrativa da 51 a 309 euro.

2. Il giudice delle leggi, nella sentenza in commento, prende le mosse da un inquadramento normativo delle fattispecie richiamate. Entrambe, gli atti contrari alla pubblica decenza e gli atti osceni, sono presenti nel codice fin dal 1930. Per quanto contigue da un punto di vista logico, le norme sono assai distanti l'una dall'altra da un punto di vista topografico. L'art. 726 Cp si colloca nel Libro III delle contravvenzioni in particolare del codice penale. Più precisamente nel Titolo I, delle contravvenzioni di polizia, al Capo II, delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale, Sezione I, delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi. Gli atti osceni sono invece siti nel Libro II, dei delitti in particolare, e tanto basta per ravvisare il maggior disvalore che i compilatori del codice riconoscevano in detta fattispecie.
Il diverso disvalore degli illeciti in questione, tuttavia, non si esauriva nella natura di contravvenzione degli atti contrarti alla pubblica decenza e di delitto degli atti osceni. Infatti era desumibile anche dal differente trattamento sanzionatorio, con riferimento in particolare alle varianti colpose: se gli atti osceni erano puniti con la pena pecuniaria da 300 a 3.000 lire, gli atti contrari alla pubblica decenza, in quanto contravvenzione, potevano essere puniti indifferentemente per dolo o per colpa, e la pena era alternativa: o l'arresto fino a un mese, verosimilmente per i casi di dolo, ovvero l'ammenda, più consona alla colpa, compresa tra le 100 e le 2.000 lire.
Per quanto concerne gli atti osceni nella variante colposa, questi sono stati trasformati da delitto a illecito amministrativo con l'art. 44 d.lgs. 30.12.1999 n. 507. Gli atti dolosi del primo comma rimanevano, invece, ancora qualificati come delitto. Fu con l'art. 3, co. 22 l. 15.7.2009 n. 94 che venne inserito un nuovo secondo comma, nell'art. 527 Cp, che punisce il soggetto attivo qualora gli atti osceni dolosi siano compiuti nelle vicinanze di luoghi frequentati dai minori. Infine, l'art. 2 co. 1 let. *a* d.lgs. 15.1.2016 n. 8 ha trasformato gli atti osceni dolosi del primo comma in illecito amministrativo, sicché l'unico delitto sopravvissuto nell'art. 527 Cp è quello di cui al secondo comma, qualora gli atti siano commessi nelle vicinanze di luoghi frequentati da minori. Per il resto, gli atti osceni, siano essi dolosi o colposi, sono oggi illeciti amministrativi. I primi puniti con sanzione compresa tra i 5.000 e i 30.000 euro, mentre i secondi, come si è visto, con sanzione compresa tra i 51 e i 309 euro.
Riguardo agli atti contrari alla pubblica decenza, questi conobbero una prima modifica con l'art. 113 l. 24.11.1981 n. 689, che ne aumentò la pena originaria. Successivamente, l'art. 18 l. 26.6.1999 n. 205 abrogò il secondo comma relativo al turpiloquio, e inserì la sanzione alternativa dell'arresto fino ad un mese ovvero l'ammenda da 20.000 a 400.000 lire. L'ultima modifica si è avuta con

l'art. 2 co. 6 d.lgs. n. 8/2016, con cui la contravvenzione *ex* art. 726 Cp è stata tramutata in illecito amministrativo, punito con sanzione pecuniaria compresa tra i 5.000 e i 10.000 euro.

3. Una volta inquadrato il contesto normativo, la Corte evidenzia che il sindacato di costituzionalità sulla proporzione delle sanzioni per illeciti amministrativi è stato ormai recepito da tempo, dal giudice delle leggi. Si mette in luce come il fondamento di tale sindacato si rinvenga nell'art. 3 Cost., applicato con le norme della costituzione che, caso per caso, tutelano i diritti violati dalla sanzione amministrativa in questione. Posta, infatti, la natura sostanzialmente sanzionatoria degli illeciti amministrativi, anche per questi, come per le pene, non può che sussistere un rapporto di congruità tra sanzione ed illecito[1].
Ciò premesso, per potersi pronunciare, la Corte ritiene di dover operare un vaglio del disvalore dell'illecito sanzionato dall'art. 726 Cp. A questo fine ricostruisce il bene giuridico tutelato dalla norma, la pubblica decenza, che si traduce nel "normale sentimento di costumatezza", sentimento che viene leso da quelle condotte capaci di ingenerare un senso di fastidio e riprovazione. Tra queste condotte viene pacificamente fatta rientrare quella di orinare in un luogo pubblico[2]. Il limite rispetto agli atti osceni è segnato dalla natura sessuale dei comportamenti posti in essere, con una precisazione: gli atti osceni ledono il pudore sessuale, offeso quando vengono ingenerate sensazioni di disgusto o rappresentazioni o desideri erotici[3].
Si evidenzia come il pudore sia la specifica sensibilità riservata a pensieri e condotte legate alla sfera della sessualità. Sarebbe il sentimento che porta al riserbo nell'ambito della riproduzione e dell'attività sessuale. Se, indubbiamente, il pudore assume una dimensione anzitutto individuale, ai fini degli atti osceni ecco che ne tradurrà una declinazione più collettivistica. Circa il "comune sentimento del pudore" non può, inoltre, ignorarsene la forte mutevolezza, legata ad una nozione storico relativistica del pudore stesso: il sentimento comune alla maggioranza, il sentimento medio della collettività in un particolare momento storico e la percezione risultante dalla media dei sentimenti dei consociati sono le principali declinazioni della nozione di "comune sentimento del pudore" evocate dalla dottrina[4].
Si sottolinea, invece, che gli atti contrari alla pubblica decenza non devono per forza suscitare ripugnanza, essendo sufficiente il disgusto, il disagio, la disapprovazione. Inevitabilmente, inoltre, la nozione di pubblica decenza deve ricercarsi nel sentimento comune della persona media, non sulla base della sensibilità individuale, calato nel contesto storico sociologico attuale[5]. È di tutta

---

[1]Cfr. le pronunce richiamate dalla sentenza in commento: C. cost. 16.3.2021 n. 39, C. cost. 23.9.2021 n. 185, C. cost. 10.5.2019 n. 112, C. cost. 12.9.2019 n. 212, C. cost. 17.4.2019 n. 88, C. cost. 9.2.2018 n. 22.
[2] Cfr. A. Bassi, *sub* art. 726 Cp, in *Codice penale commentato*, IV, a cura di G.L. Gatta, Milano 2021, 392, ove viene operata la distinzione tra luogo pubblico (sempre aperto alla collettività), luogo aperto al pubblico (accessibile in determinate fasce orarie) e luogo esposto al pubblico (non accessibile, ma visibile dal pubblico); cfr. Cass., 27.10.2017, n. 16477.
[3]Cass. 27.10.2017, n. 16477.
[4] Cfr. A. Bassi, *sub* art. 529 Cp, in *Codice penale commentato*, III, a cura di G.L. Gatta, Milano 2021, 569-571; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte speciale, I delitti contro la persona*[5], II, tomo I, Torino 2020, 155-156, che individuano uno stretto legame tra pudore pubblico e buon costume ravvisandone financo una vera e propria tutela costituzionale nell'art. 21, Cost.; cfr. G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova 1984, 67 ss, ove l'Autore riflette sul buon costume come tutelato dall'art. 21, Cost.; Ivi, 8-12 per una differenziazione tra concezione storico relativistica e concezione storico statistica del pudore; Ivi, 12, ove l'Autore riflette sull'interpretazione minoritaria del concetto di pudore che segue l'impostazione deontologica. Questa individua nel pudore un bene oggettivo, non suscettibile di essere soggettivizzato.
[5] Cfr. A. Bassi, *sub* art. 726 Cp, in *Codice penale commentato*, IV, cit., 388-389; sulla differenza tra "pubblica decenza" e "pudore" cfr. Ivi, 389, laddove viene individuato il criterio qualitativo, che riconosce nel pudore un bene

evidenza, dunque, quanto la nozione di pudore e di pubblica decenza siano connotate da una forte indeterminatezza[6]. La continua evoluzione della società impedisce, infatti, di dare una precisa concretizzazione ai beni giuridici in esame. Il che pone non pochi problemi in punto conoscibilità e prevedibilità, elementi che la Corte EDU[7] richiede per qualsiasi norma abbia connotazione sostanzialmente punitiva, indipendentemente dal fatto che il diritto interno la qualifichi come reato ovvero illecito amministrativo[8].

Quanto alla nudità, la Corte evidenzia non essere di per sé indice di atti osceni: questi possono configurarsi anche senza, così come taluni atti di esposizione della nudità possono fermarsi alla soglia d'offesa degli atti contrari al pubblico pudore[9]. Il discrimine è dunque segnato dall'effetto che la condotta suscita: se offende il pudore sessuale si avranno atti osceni, senza che sia necessaria la nudità; invece, qualora l'offesa si limiti ad offendere il normale sentimento di costumatezza, anche al ricorrere della nudità, si avranno atti contrari alla pubblica decenza.

Da ciò si evince il limitato disvalore degli atti contrari alla pubblica decenza: ingenerano fastidio, ma nulla di più. Alla luce di tali considerazioni, la Corte evidenzia come la sanzione compresa tra 5.000 e i 10.000 euro sia manifestamente sproporzionata, frutto non di esercizio di ragionevolezza, ma di mero arbitrio da parte del legislatore. Questa conclusione viene poi rafforzata attraverso due comparazioni. In primo luogo, gli atti osceni sono sempre stati considerati più gravi degli atti contrari alla pubblica decenza: tanto premesso, non può ritenersi proporzionata la sanzione maggiore prevista dal legislatore del 2016 per i fatti relativi a quest'ultima fattispecie. In secondo luogo, la sanzione è posta a paragone anche con quelle di illeciti amministrativi commessi nella circolazione stradale: superare di 60 km/h il limite massimo di velocità consentito, anche in un centro abitato, prevede una sanzione compresa tra gli 845 euro e i 3382 euro[10]. Come può punirsi meno una condotta che espone al pericolo la pubblica incolumità, rispetto a quella che si limita ad ingenerare un fastidio? Tanto è sufficiente per ravvisare la sproporzione della sanzione *ex* art. 726 Cp.

Una volta accertata la sproporzione, la Corte si interroga su come individuare una sanzione, per gli atti contrari alla pubblica decenza, costituzionalmente conforme con il principio di proporzionalità. A questo fine ricorda come sia ormai recepita la giurisprudenza che svincola il giudice delle leggi dalle c.d. rime obbligate: nell'individuare una sanzione conforme, la Corte non può più ritenersi ancorata all'unica soluzione possibile, anche se si versi in materia riservata alla

---

giuridico speciale rispetto alla pubblica decenza, nonché il criterio quantitativo, che ritiene possa configurarsi lesione del pudore solo ove sia offeso in modo assai rilevante. Viene inoltre ricordata la sintesi delle due impostazioni, individuata dal criterio misto.

[6] Così G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte speciale, I delitti contro la persona*[5], cit., 156, con specifico riferimento al buon costume, cui riportano la nozione di pubblico pudore come menzionato in nota 4; cfr. G. Fiandaca, op. cit., 84-93, si vedano le considerazioni dell'Autore sul rapporto tra buon costume e principio di determinatezza.

[7] C. eur. GC, 8.6.1976, *Engel e alt. c. Paesi Bassi.*

[8] Impostazione avallata anche dalla Corte costituzionale, con specifico riferimento alle sanzioni amministrative, cfr. C. cost. 7.6.2018, n. 121, punto 15.3.

[9]Cfr. sentenza in commento punto 3.1: «Sulla base di tale criterio, si è ad esempio ritenuto che costituiscano atti contrari alla pubblica decenza l'urinare in luogo pubblico (supra, punto 2), l'esporre il corpo nudo in una spiaggia pubblica non riservata ai nudisti (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenze 20 giugno 2012, n. 28990 e 27 giugno 2005, n. 31407), l'essere sorpresi addormentati e completamente nudi in un'autovettura al fianco di una donna semisvestita (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 22 maggio 2012, n. 23234), il palpeggiarsi i genitali davanti ad altri soggetti in modo scostumato e scomposto ma non espressivo di "concupiscenza" e di "dimostrazione di libido"» (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 11 giugno 2004, n. 26388)».

[10]Art. 142 co. 9 *bis*, codice della strada.

discrezionalità del legislatore[11]. Basta che nell'ordinamento ricorrano una o più soluzioni costituzionalmente conformi, individuabili attraverso un'interpretazione sistematica, coerente con la logica perseguita dal legislatore[12]. Alla luce di questa considerazione, la Corte ritiene congrua la soluzione proposta dal rimettente: sostituire la sanzione con quella prevista dagli atti osceni che prevede una cornice edittale compresa tra i 51 e i 309 euro.

4. La pronuncia in commento offre l'occasione per ragionare sul ruolo del termine di comparazione nel sindacato di costituzionalità delle sanzioni. La Corte, infatti, non rinuncia a ravvisare l'irragionevolezza della risposta sanzionatoria attraverso la valutazione della sola norma oggetto di scrutinio: d'altronde la sproporzione di una cornice edittale compresa tra 5.000 e 10.000 euro per gli atti contrari alla pubblica decenza emerge *ictu oculi*. Eppure, quasi a rafforzamento di questa conclusione, il giudice delle leggi argomenta anche attraverso un paragone col disvalore espresso dagli atti osceni, da una parte, e dagli illeciti amministrativi stradali, dall'altra.
Prima di analizzare il ragionamento della Corte, è bene ricordare che, sia quando la teoria del *tertium comparationis* poteva ritenersi prevalente, sia oggi, che si favorisce un sindacato interno alla fattispecie, la Corte si è sempre interrogata sulla ragionevolezza delle sanzioni. Detto giudizio di (ir)ragionevolezza chiama in causa il principio di proporzionalità della pena, principio che, com'è noto, non è riportato nel testo della Costituzione. Nonostante questa lacuna, puramente testuale, è tuttavia ben possibile ravvisare l'immanenza del principio nel sistema costituzionale italiano.
In primo luogo, la proporzionalità è naturale conseguenza del principio di uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3 co. 2 Cost.[13]: a fronte di più consociati che abbiano commesso il medesimo reato, non sarebbe ragionevole punirli allo stesso modo, senza tenere conto di elementi che possano dosare la risposta sanzionatoria di ciascuno. Una simile impostazione porterebbe a trattare in modo uguale situazioni completamente diverse. Allo stesso tempo, com'è noto, è possibile individuare anche nel sistema costituzionale più specificamente penale taluni principi che implicano, e allo stesso tempo presuppongono, la proporzionalità. Si pensi, all'art. 27 co. 1, Cost.: posto che la norma impone un accertamento della responsabilità personale dal punto di vista oggettivo (non si risponde che per fatto proprio), nonché da quello soggettivo (non si risponde che per fatto proprio colpevole), il principio di personalità della responsabilità penale non può che avere, come corollario, quello della personalizzazione della pena[14]. E d'altronde ciò risulta imprescindibile anche alla luce del già citato art. 27 co. 3, Cost.: solo al ricorrere di una pena adeguata c'è possibilità che il consociato percepisca un rimprovero riferito al fatto commesso, senza avvertire un senso di

[11]C. cost. 10.3.2022 n. 62.
[12]Cort. cost. 1.2.2022 n. 28, C. cost. 13.4.2021 n. 63, C. cost. 26.11.2020 n. 252, C. cost. 27.10.2020 n. 224, C. cost. 19.4.2019 n. 99, C. cost. 8.3.2019 n. 40, C. cost. 17.12.2018 n. 233, C. cost. 5.12.2018 n. 222.
[13] F. Mantovani, *Diritto penale*[11], Milano 2020, 794.
[14] Cfr. B. Romano, *Diritto penale parte generale*[4], Milano 2020, 49, che richiama l'importanza dell'art. 133 Cp.

ingiustizia nella risposta sanzionatoria[15]. Di talché ne diviene auspicabile la risocializzazione[16], come conseguenza dell'accettazione della pena[17].
Le norme costituzionali richiamate trovano massima espressione, appunto, nel c.d. principio di proporzionalità[18] e devono esser tenute presenti nell'ambito di qualsiasi riflessione venga sviluppata al riguardo. Il legislatore, in primo luogo, non può prescindere dal principio in sede di legiferazione penale: la discrezionalità del Parlamento dev'essere sempre guidata da ragionevolezza, onde ponderare la pena più adatta al disvalore del fatto previsto come reato[19]. Successivamente, anche il giudice dovrà tenere a mente il principio, al fine di comminare la pena che meglio si adatti al caso concreto[20]. Considerazioni simili valgono, infine, anche in sede di esecuzione della sanzione[21]. Com'è evidente, in questo commento ci si limiterà a riflettere su una situazione patologica attinente alla prima fase di vita della pena: quella in cui il legislatore abbia esorbitato dalla sua discrezionalità e prodotto una sanzione manifestamente irragionevole.
Dal momento che ci si occupa di un illecito amministrativo, inoltre, giova ancora ricordare che sul punto, sebbene risulti possibile un sindacato sulla proporzionalità della sanzione, il principio di proporzionalità non potrà tenere in considerazione l'art. 27 co. 3 Cost. Ciò in quanto la funzione rieducativa della pena opera solo, appunto, per le pene in senso stretto. Per gli illeciti amministrativi sarà infatti necessario richiamare l'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che di volta in volta si ritengono violate dalla sanzione[22].
Sebbene immanente, ma non espresso nella Costituzione, il principio di proporzionalità è infine riconducibile all'art. 49 della Carta di Nizza. Non solo, ma anche l'art. 20 dir. 2014/67/UE lo prevede e, al riguardo, bisogna segnalare che recentemente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di tornare sulle norme in questione: si fa riferimento alla sentenza C.G.UE Grande Sezione 8.3.2022 C-205/20 *NE*. In questo provvedimento, di poco precedente rispetto alla sentenza in commento, la Corte di giustizia ha stabilito che il principio di proporzionalità ha efficacia diretta negli ordinamenti interni.

---

[15] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte generale*[8], Torino 2019, 746.
[16] F. Mantovani, op. cit., 797-798, sottolinea che sia preferibile parlare di "risocializzazione" e non di "rieducazione" a prescindere dal dettato costituzionale. Ciò fermo restando che i percorsi di risocializzazione non possano mai essere imposti: di qui il carattere eventuale della funzione rieducativa della pena; così anche G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale parte generale*[8], cit., 760; F. Palazzo, *Corso di diritto penale parte generale*[8], Torino 2021, 31, evidenzia come le tecniche rieducative possano contare sull'appoggio della vastità delle scienze umane; D. Pulitanò, *Diritto penale*[9], Torino 2021, 128-129, che legge nella funzione rieducativa della pena una declinazione dell'art. 3 co. 2 Cost.: se la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana, allora lo Stato dovrà sanzionare in un modo che sia «umanamente significativo per il condannato».
[17] F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 61-67; F. Palazzo, op. cit., 28-29; sulla prevalenza della funzione rieducativa della pena cfr. E. Dolcini, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *RIDPP* 2021, 405-408.
[18]Si segnala il lavoro di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale parte generale*[9], Milano 2020, 761; cfr. G. Bettiol, L. P. Mantovani, *Diritto penale parte generale*[12], Padova 1986, 808; per un recente contributo sui rapporti tra pena e principi costituzionali cfr. E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *RIDPP* 2019, 9-11.
[19] C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Diritto penale parte generale*[3], Milano 2020, 645-646.
[20] Ivi.
[21] M. Donini, *Pena agita e pena subita, il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29.10.2020, per una riflessione sul rapporto tra proporzione e teoria del delitto riparato.
[22] Sulla proporzionalità in rapporto alle sanzioni amministrative cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 86-87; L. Tomasi, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in www.sistemapenale.it , 4.10.2021; C. GABBIANI, *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *SP* 2021, 10, 105-135.

Trattasi di un intervento estremamente significativo per due motivi: interessa il caso di una sanzione sproporzionata astrattamente prevista dal legislatore austriaco[23], e consiste in un vero e proprio *overruling* operato dalla stessa Grande Sezione. Infatti in un caso di poco precedente[24], la Quinta Sezione della Corte di Giustizia aveva ribadito che il principio di proporzionalità non possa avere efficacia diretta. Ciò in quanto l'art. 20 della direttiva conferirebbe un potere discrezionale ai singoli Stati, tale per cui la norma non potrebbe considerarsi incondizionata e sufficientemente precisa[25].
Nel richiamato caso *NE*, trattato dalla Grande Sezione, i giudici addivengono ad una conclusione diametralmente opposta. Com'è stato autorevolmente sintetizzato[26], la Corte ha stabilito che la proporzionalità come prevista dall'art. 20 dir. 2014/67/UE si limita a richiamare l'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che il principio ha carattere imperativo in materia penale. Esso si traduce nel divieto, per gli Stati, di adottare sanzioni sproporzionate. La norma è poi di certo sufficientemente precisa, al punto di non ostacolare un controllo da parte del giudice del caso concreto. Queste caratteristiche permettono di riconoscere l'efficacia diretta del principio di proporzionalità, con tutto ciò che ne consegue: in primo luogo la possibilità, per i giudici, di disapplicare una normativa interna in contrasto con l'art. 20 della direttiva e con l'art. 49 della Carta, purchè rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. L'obbligo di disapplicazione, tra l'altro, non riguarda l'intero precetto, ma solo la sanzione nella misura minima necessaria per ricondurla a proporzione.
Tutto ciò richiamato, la dottrina arriva a chiedersi se «a conti fatti, l'ordinamento italiano non sia già in grado di offrire una risposta rispettosa di tutti i principi in gioco, attraverso il consolidato meccanismo di controllo accentrato della proporzionalità delle sanzioni punitive da parte della Corte costituzionale»[27]. Controllo che, come si vedrà, sino alla nota C. cost. 10.11.2016 n. 236 è stato operato solo all'interno degli stretti confini della teoria del *tertium comparationis*, in combinato disposto con quella delle rime obbligate.

5. Come si menzionava, da alcuni anni la Corte ha iniziato a superare la teoria del *tertium comparationis*, che, ai fini del sindacato sulla proporzionalità delle pene, imponeva di ravvisare una disparità di trattamento operando un raffronto tra fattispecie contigue. Con riferimento all'*iter* di superamento della teoria *de qua*, si pensi anzitutto al caso dell'art. 186 del codice penale militare di pace, su cui la Corte si era pronunciata con sentenza C. Cost. 25.5.1979 n. 26[28]. In quella sede, la norma puniva, con l'ergastolo, l'insubordinazione nei confronti di un superiore, commessa indifferentemente con il tentato omicidio ovvero con l'omicidio consumato. Allora la Corte aveva sindacato l'irragionevolezza intrinseca della pena prevista dal reato: è manifestamente irragionevole una pena che tratti allo stesso modo situazioni così tanto diverse. In quella sede, dunque, non veniva ricercato un termine di paragone in altre fattispecie, onde comparare il disvalore dell'art. 186 Cpmp; si è piuttosto ritenuto che l'insubordinazione tramite tentato omicidio non potesse ragionevolmente punirsi con la pena dell'ergastolo.

---

[23] Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26.4.2022.
[24] C.G.UE 4.10.2018 C-384/17 *Link Logistic*.
[25] F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit.
[26] Ivi.
[27] Ivi.
[28] Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 55-56.

Più recentemente, inoltre, la sentenza C. cost. 10.11.2016 n. 236[29] ha segnato un ancor più netto cambio di prospettiva, con riferimento al *tertium comparationis*[30]. La pronuncia interessava il delitto di alterazione di stato, di cui all'art. 567 co. 2 Cp, laddove punisce chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità. La pena detentiva compresa tra i cinque e i quindici anni venne ritenuta manifestamente irragionevole e sproporzionata. Qui interessa osservare quanto la Corte sia stata lucida nell'effettuare una valutazione del disvalore, in rapporto alla sanzione, completamente interna all'art. 567 co. 2 Cp, senza paragoni rispetto ad altre fattispecie. In particolare la Corte evidenziava come sia per il primo che per il secondo comma «è un medesimo bene ad essere leso, sia pur in forme diverse. Ma le differenti modalità esecutive non esprimono, in sé stesse, connotazioni di disvalore tali da legittimare una divergenza di trattamento sanzionatorio. Ed anzi, tale divergenza, che si traduce in una cornice edittale marcatamente più severa nel caso del secondo comma, appare manifestamente irragionevole». Tanto premesso, il termine di comparazione emergeva quanto alla sola individuazione della sanzione da sostituire. Posta la medesima intensità di lesione del bene giuridico, per il primo e per il secondo comma, la modalità della condotta applicata nel secondo non aggrava il disvalore, e pertanto ben potrà applicarsi la sanzione prevista dal primo.

Da ultimo, anche la sentenza C. cost. 8.3.2019 n. 40[31] pare inserirsi nel solco delle pronunce che tendono ad un superamento, o quantomeno a discostarsi, della logica del *tertium comparationis* e ricercano, piuttosto, un'irragionevolezza della pena individuata nella fattispecie oggetto dello scrutinio del giudice delle leggi. In quell'occasione, la Corte si è pronunciata sull'incostituzionalità del minimo edittale previsto per il delitto di cui all'art. 73 co. 1, D.P.R. 9.10.1990 n. 309, computato in otto anni di reclusione. È vero che, in qualche modo, la pronuncia sembri richiamare la logica del termine di paragone, laddove viene evidenziato il notevole iato intercorrente con la pena massima per il traffico di lieve entità di cui all'art. 73 co. 5, individuata in 4 anni di reclusione, ma autorevole dottrina[32] ha posto l'accento sul ragionamento, operato dalla Corte, del tutto interno alla fattispecie di cui al primo comma.

Attraverso una lettura combinata degli artt. 3 e 27 co. 3, Cost., il giudice delle leggi evidenzia come le norme in questione impongano al legislatore di limitare la privazione della libertà personale nella misura minima necessaria, e comunque tenendo sempre in considerazione il processo di recupero e di risocializzazione. Posto tale obiettivo, una pena manifestamente sproporzionata, che individua come minimo otto anni di reclusione per anche solo una condotta di traffico di stupefacenti, sia pure appartenenti alle c.d. "droghe pesanti", influenzerebbe assai in negativo il percorso rieducativo.

Le sentenze in analisi pongono l'accento non tanto sulla incostituzionalità della norma per motivi legati alla disparità di trattamento, quanto piuttosto sull'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio in rapporto al disvalore del fatto. D'altronde, la disparità di trattamento assume un

---

[29] Cfr. Ivi, 69-70.

[30] Per un approfondimento della sentenza in questione cfr. F. Viganò, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPC* 2017, 2, 61-66.

[31] M. Passione, *La fine è ignota. Un commento alla sentenza n. 40/2019 della Corte costituzionale*, in *GPW*, 3, 13.3.2019, Alla luce della sentenza *de qua*, l'Autore commenta: «Breve: si rivendica l'opzione ermeneutica capace di dare piena attuazione alla Costituzione, sganciata dall'individuazione di precisi, ed unici, riferimenti testuali, ma si riconosce la primazia del legislatore nell'esercizio delle scelte politiche, purché ragionevoli e misurate. Parrebbe la quadratura del cerchio, ma è difficile immaginare un'interlocuzione virtuosa, rebus sic stantibus, con un legislatore interessato alla ricerca di facili consensi, più che al rispetto dei principi costituzionali e convenzionali»

[32] Cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 70-72.

maggior rilievo in quelle pronunce del giudice delle leggi in cui si è dato maggior spazio alla logica del *tertium comparationis*: si pensi a casi di incostituzionalità di una pena più severa di quella prevista per un reato meno grave, come nel caso della pronuncia della C. cost. 14.7.1976 n. 176[33]. In quell' occasione venne sindacato l'art. 32 del testo unico delle norme per la protezione della selvaggina e per l'esercizio della caccia, approvato con regio decreto 5.6.1939 n. 1016, modificato dall'articolo 10 l. 2.8.1967 n. 799, che per il relativo delitto puniva, con la multa e con la revoca temporanea della licenza di caccia, chi trasportasse senza motivo un fucile in zona di ripopolamento. Il motivo risiedeva nel fatto che, invece, l'effettivo esercizio abusivo della caccia allora veniva sanzionato come illecito amministrativo. Detto termine di paragone rendeva irragionevole la risposta sanzionatoria dell'art. 32, per via di una ingiustificata disparità di trattamento.

Ora, nella sentenza in commento, da una parte la Corte pare non voler rinunciare, stante il percorso sopra descritto, ad una ricerca del reale disvalore unicamente all'interno dell'art. 726 Cp[34], ma dall'altra il paragone col disvalore espresso dagli atti osceni permea l'intera pronuncia. La Consulta, infatti, evidenzia che: «l'eccessività del minimo di 5.000 euro si coglie agevolmente anche nel confronto con lo specifico trattamento sanzionatorio oggi previsto per gli atti osceni: illecito, quest'ultimo, che – a dispetto della distinta collocazione sistematica nel codice penale – è sempre stato considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in rapporto di gravità maggiore rispetto a quello, fenomenologicamente contiguo, di atti contrari alla pubblica decenza; tanto che il principale problema esegetico relativo all'illecito in esame è rappresentato proprio dalla definizione della linea di demarcazione rispetto agli atti osceni, in relazione a tipologie di condotte spesso caratterizzate dal comune denominatore dell'esposizione di parti intime del corpo (supra, punto 3.1.)»[35].

Dato il percorso volto al superamento della teoria del *tertium comparationis*, questi riferimenti devono intendersi come rafforzativi della già di per sé manifesta irragionevolezza della cornice edittale prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza. Si vuole dire che un paragone con gli atti osceni, probabilmente, non era necessario. Se la Corte si fosse limitata a ravvisare la sproporzione della cornice edittale in relazione, unicamente, al disvalore espresso dell'art. 726 Cp, difficilmente un simile provvedimento avrebbe destato sorprese. Le richiamate sentenze in materia di superamento del *tertium comparationis*, in combinato disposto con l'irragionevole cornice edittale immediatamente percepibile come tale anche dal *quivis de populo*, rendeva scontata una simile conclusione.

D'altra parte, il riferimento agli atti osceni e agli illeciti stradali potrebbe suggerire che la Corte costituzionale non si senta vincolata da teoria alcuna, se non da quella che le impone di non sfociare, una volta per tutte, sul terreno del Parlamento. Il *tertium comparationis* e la teoria delle rime obbligate, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo, hanno per tanto tempo rappresentato i due massimi livelli di garanzia posti dalla stessa Corte per tutelare la discrezionalità del legislatore. In primo luogo, il sindacato sulla proporzionalità della pena poteva operarsi solo ove ricorresse una sanzione che trattasse casi simili in modo irragionevolmente diverso (primo livello di garanzia); superato questo vaglio, una pronuncia di incostituzionalità poteva aversi solo ove la Corte fosse vincolata ad un'unica scelta ai fini della pena sostitutiva (secondo livello di garanzia). Questo meccanismo, alla luce della giurisprudenza descritta, può essere allentato senza però ritenersi abolito. Allora ciò che suggerisce la sentenza in commento non è che la teoria del *tertium*

[33] Ivi, 55.
[34] Cfr. punti 4.2 e 4.3.
[35] Punto 4.3.2.

comparationis debba ritenersi bandita dall'ordinamento. Come potrebbe "abolirsi" una teoria che si pone come primo baluardo della discrezionalità legislativa? La Corte, piuttosto, potrebbe atteggiarsi diversamente in base al caso concreto. Potrebbero ricorrere situazioni in cui un richiamo ad un termine di paragone risulti opportuno, così come altre in cui potrebbe essere superfluo o comunque inutile. Nel caso di specie è lo stesso rimettente che ha proposto la comparazione tra gli atti contrari alla pubblica decenza e gli atti osceni: ai fini di una compiuta risposta al giudice del caso concreto, la Corte potrebbe aver ritenuto utile ragionare tenendo in considerazione entrambe le fattispecie.

6. Il tema del sindacato delle pene da parte della Corte costituzionale porta sempre a trattare quella che, forse, è la questione più delicata: l'individuazione della pena sostitutiva di quella dichiarata incompatibile con la carta fondamentale.

L'impostazione tradizionale prende le mosse dalla teoria delle rime obbligate: la Corte costituzionale potrebbe operare un sindacato di costituzionalità, e conseguentemente sostituire la pena oggetto del giudizio con un'altra, solo ove la possibilità di pena alternativa sia vincolata. Diversamente si verificherebbe una ingiustificata intromissione, da parte del giudice delle leggi, nella discrezionalità legislativa. Se è il solo legislatore a poter decidere quali fatti considerare reati, allora solo esso potrà individuare la pena adeguata. E se la pena individuata si rivela manifestamente irragionevole, la Corte potrebbe intervenire solo ove lo stesso Parlamento, trovandosi ipoteticamente a dover rivalutare la sanzione, potesse determinarsi verso un'unica soluzione vincolata.

La teoria in esame ha radici risalenti: la dottrina[36] le individua già nelle sentenze della Corte costituzionale n. 3/1956 e 8/1956. Com'è noto, la prima questione interrogava la Corte se, ai fini dell'applicazione dell'art. 57 Cp, in capo al direttore di una testata giornalistica, si dovesse ravvisare una responsabilità quantomeno colposa per omessa vigilanza; mentre la seconda riguardava il fatto se l'art. 2 TULPS permettesse al Prefetto di adottare ordinanze che vietassero strillonaggio e vendita di giornali a domicilio. In entrambi i casi, come ricorda la citata dottrina[37], la Corte non dichiarò l'incostituzionalità delle norme, ma suggerì interpretazioni conformi alla ancora neonata Carta fondamentale. L'*horror vacui*, la paura di lasciare lacune in un ordinamento nuovo, con un legislatore lento, tratteneva il giudice delle leggi dal pronunciare l'incostituzionalità delle norme.

Al contempo era iniziato il percorso che avrebbe portato la Corte a superare le strette maglie dell'art. 136 Cost., che la vincola a sentenze di accoglimento o rigetto, e a ideare le categorie delle sentenze interpretative di rigetto e accoglimento, nonché le manipolative ablative, additive e sostitutive[38]. La critica fondamentale a questa impostazione ravvisava un eccessivo esercizio di creatività da parte della Corte costituzionale: molto meglio sarebbe stato, anche nella materia penale, che il giudice delle leggi decidesse di dichiarare una norma incostituzionale, piuttosto che "crearne" una nuova. L'Autrice, al riguardo, commenta: «[…] tuttavia è chiaro il costo che questo approccio comporta: il legislatore potrebbe non intervenire tempestivamente; comunque, si getterebbe un alone di incertezza su tutte le condotte aggressive tenute medio tempore, e anche su quelle anteriori […]»[39].

---

[36] D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate*, in *SP* 2021, 2, 11.
[37] Ivi.
[38] Ivi, 12.
[39] Ivi, 21.

Sul solco di questa impostazione, la teoria delle rime obbligate venne da sempre vista come un'eccezione da applicare solo come *extrema ratio*. La stessa Corte, d'altronde, in diverse occasioni ravvisò l'incostituzionalità di una norma, senza però intervenire sulla stessa. Si pensi alla sentenza C. cost. 17.6.1987 n. 230: si trattava della questione di costituzionalità di una molteplicità di norme che non garantivano l'indipendenza dei magistrati della Corte dei conti[40] e, in quanto tali, vennero ritenute in contrasto col dettato della Carta fondamentale. Sul punto, tuttavia, la Consulta si espresse in questi termini: posta «[..] la pluralità delle soluzioni prospettate dai giudizi a quibus, il magistero inteso a ricondurre la Corte dei Conti nell'area della Costituzione compete non alla Corte costituzionale, che è giudice delle norme sott'ordinate e non produttore di queste, ma al Parlamento che non ha mancato di dar vita a leggi per le giurisdizioni ordinaria e amministrativa, e vi si dedica anche per la Corte dei Conti da non poco tempo seppure senza attingere concrete mete. A ciascuno il suo»[41].

È poi possibile richiamare un altro importante, successivo intervento: con sentenza C. cost. 4.7.1996 n. 235[42], la Corte non ravvisò i margini per applicare le rime obbligate con riferimento alla questione di costituzionalità relativa agli artt. 30 *bis*, co. 3 e 30 *ter*, co. 6 dell'ordinamento penitenziario, ove concedono sole 24 ore per reclamare il provvedimento del magistrato di sorveglianza che negasse il permesso premio al detenuto. Sebbene il termine esiguo suscitasse dubbi di ragionevolezza, la Corte evidenziò come ricorressero troppi, diversificati termini di paragone perché potesse adattarne uno all'istituto in esame[43]. Era tuttavia evidente come sentenze di questa entità, che di fatto privavano i consociati della tutela di diritti fondamentali onde evitare invasioni di campo da parte della Corte nella materia normativa, non potessero ripetersi per molto. Emblematica, in questo senso, fu la sentenza Torreggiani[44]. È noto come la questione abbia interessato il tema dell'esecuzione della pena in carcere e del sovraffollamento, e come abbia portato anche ad una condanna dell'Italia da parte della CEDU. A seguito di questa, la Corte venne interrogata sulla compatibilità, con la Costituzione, dell'art. 147 Cp, nella parte in cui non permette di rinviare facoltativamente l'esecuzione della pena, quando questa debba svolgersi in condizioni

---

[40] artt. 14 co. 2 e 4, art. 15 co. 2 e 3 l. 20.12.1961 n. 1345 (Istituzione e funzionamento di una quarta e di una quinta Sezione speciale per i giudizi su ricorsi in materia di pensioni di guerra ed altre disposizioni relative della Corte dei Conti) in riferimento agli artt. 3 e 108, co. 2, Cost.; art. 8 co. 3 r.d. 12.7.1934 n. 1214 (Approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei Conti) in riferimento agli artt. 100 co. 3, 108 co. 2, 97 co. 1 e 2, 24 co. 2 e 3, Cost.; art. 2 co. 2 l. 21.3.1953, n. 161 (Modificazioni al testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti) in riferimento agli artt. 3 co. 1, 97 e 108 co. 1 e 2, Cost.

[41] La sentenza è richiamata anche da D. Martire, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *OC* 2020, 6, 255.

[42] Ivi, 247-250.

[43] Cfr., punto 6, non poteva utilizzarsi il termine di dieci giorni *ex* art. 14 ter per il reclamo contro il provvedimento che dispone o proroga la sorveglianza particolare, e tantomeno quello per i «reclami avverso il decreto che esclude dal computo della pena detentiva il tempo trascorso dal detenuto o dall'internato in permesso o in licenza in caso di mancato rientro o di gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio», cfr, punto 6. Nemmeno potevano aiutare i termini di impugnazione previsti nel Codice di procedura penale: le tre ipotesi richiamate, infatti, in alcun modo svolgevano funzioni accomunabili con i provvedimenti di concessione o di diniego dei permessi premio.

[44] C. eur., 8.1.2013, Torreggiani e alt. c. Italia; C. cost. 22.11.2013 n. 279; Cfr. D. TEGA, op. cit., 22, l'Autrice ricostruisce la storia della teoria delle rime obbligate fino alla famosa sentenza Torreggiani, e rievoca un intervento di Gaetano Silvestri a seguito di quella pronuncia: «Silvestri ricorda la "sofferta" pronuncia costituzionale sul sovraffollamento – un "estremo atto di deferenza verso il legislatore" – e il monito in essa contenuto. E conclude con le seguenti parole: "[q]uando la judicial deference finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*"».

contrarie al senso di umanità. Ebbene, ancora con questa sentenza, la n. 279/2013[45], il giudice delle leggi evidenziò la massima importanza della questione, ma altresì l'inammissibilità per la pluralità di soluzioni normative che potevano essere adottate, «pluralità che fa escludere l'asserito carattere "a rime obbligate" dell'intervento additivo sull'art. 147 cod. pen.»[46]. È nota la conclusione della motivazione del provvedimento *de quo*, con cui la Corte sottolineò come sarebbe stato intollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia del Parlamento sul tema del sovraffollamento carcerario.
Orbene, la teoria delle rime obbligate cominciò a vacillare in modo significativo con la già citata sentenza C. cost. 10.11.2016 n. 236. In quella sede, come si è visto, a cadere fu il dogma del *tertium comparationis*, utile solo ai fini della definizione della pena sostitutiva[47], in quanto la Corte, individuata la sostanziale identità di disvalore dell'art. 567, co. 1 e 2 Cp, operò un ragionamento completamente interno alla norma. Ciò posto, in quell'occasione le rime obbligate trovarono ancora uno spiraglio di applicazione, in quanto la Corte ritenne che: «alla luce dei limiti dei poteri d'intervento di questa Corte, l'unica soluzione praticabile consiste nel parificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie nelle quali si articola l'unitario art. 567 cod. pen., trattandosi, appunto, di utilizzare coerentemente "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento"»[48]. Eppure già nel 2016 era possibile notare che, venuto meno il *tertium comparationis*, presupposto applicativo delle rime obbligate, non sarebbe passato molto tempo prima che la Corte decidesse di mettere in discussione anche questa teoria.
Teoria che cadde con la sentenza della C. cost. 5.12.2018 n. 222[49]. In quell'occasione, si trattava di sindacare la legittimità dell'art. 216, co. 4, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, in materia di reati fallimentari. In particolare, venne ritenuta incostituzionale la pena accessoria fissa di dieci anni[50], consistente nell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e nell'incapacitazione all' esercizio di uffici direttivi presso qualsiasi impresa. È noto come le pene fisse non siano guardate con favore dal giudice delle leggi: si giustificano solo ove colpiscano fatti che traducono sempre e comunque il medesimo disvalore[51].
Allora la Corte aveva diverse strade interpretative per sostituire la pena accessoria: la prima era quella di lasciare, semplicemente, che si riespandesse la disciplina dell'art. 37 Cp[52]. Optò, tuttavia, per una riqualificazione della pena "fino" a dieci anni. In questo modo si tenne conto del fatto che gli artt. 217 e 218 della legge fallimentare prevedono pene accessorie simili punite "fino a", rispettivamente, due e tre anni. Ciò che rileva, in questo provvedimento, è la lucidità con cui la

[45] Cfr. G. Leo, *Sovraffollamento carcerario: dalla corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/, 25.11.2013.
[46] Cfr. punto 8.
[47] F. Viganò, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 64.
[48] Punto 5.
[49] Cfr. A. Galluccio, *La pronuncia della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/ , 10.12.2018.
[50] Cfr. E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, cit., 11.
[51] D. Pulitanò, op. cit., 134-135; F. Palazzo, op. cit., 537.
[52] In questo modo, la pena accessoria si sarebbe dovuta computare nella stessa quantità della sanzione principale concretamente comminata. Poiché quest'ultima è già frutto di personalizzazione, da parte del giudice, ai sensi dell'art. 133 Cp, allora anche la pena accessoria sarebbe stata oggetto di un processo di individualizzazione, sebbene mediato. Questa soluzione, sebbene sicuramente compatibile con la Costituzione, non venne valorizzata, in quanto comunque avrebbe sostituito un automatismo, quella della pena fissa, con un altro automatismo: il necessario ancoraggio della pena accessoria con quella principale. Non poteva trascurarsi che il legislatore storico avesse individuato la pena accessoria in un ammontare che poteva anche superare quello della pena principale: in ossequio alla funzione speciale preventiva negativa, la Corte riteneva costituzionalmente legittima una simile impostazione. Pertanto dichiarò incostituzionale la pena accessoria fissa di dieci anni e la sostituì con la pena "fino" a dieci anni.

Corte superò la teoria delle rime obbligate[53], pur rimanendo fedele alla ricerca di una risposta sanzionatoria che non dimenticasse l'orientamento del legislatore nell'ambito, in questo caso, delle pene accessorie per reati fallimentari.
Deve ancora ricordarsi la già citata C. cost. 8.3.2019 n. 40[54]. In quel provvedimento si scorge il senso fondamentale del superamento delle rime obbligate: a fronte dell'inerzia legislativa, la Corte non tollerò più di lasciar violati diritti fondamentali, per non rischiare di invadere il campo dell'attività normativa. Come si è ricordato, si trattava di censurare la legittimità costituzionale della pena minima di otto anni di reclusione *ex* 73, co. 1, D.P.R. n. 309/1990, laddove la pena massima prevista per lo spaccio di lieve entità *ex* 73, co. 5 è computata in quattro anni. Lo iato era il frutto del sovrapporsi di normative e sentenze dello stesso giudice delle leggi[55], senza che il legislatore fosse intervenuto per riportare a ragionevolezza la pena minima per il fatto di non lieve entità. Questa inerzia non venne più tollerata dalla Corte, che accettò di modificare la pena minima della fattispecie in sei anni di reclusione. Non si trattò di attività creativa, ma di una ricostruzione della volontà legislativa ricavabile da previsioni già ricorrenti nell'ordinamento[56].
Il bilanciamento tra l'esigenza di tutelare i diritti e quella di rispettare la discrezionalità legislativa ha, peraltro, trovato una delle sue massime espressioni nella sentenza della C. cost. 23.9.2021 n. 185[57]. In quella sede venne censurato l'art. 7 co. 6 d.l. 13.9.2012 n. 158 nella parte in cui, al secondo periodo, punisce con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50.000 euro l'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 5, che impongono adempimenti onde avvertire chi pratichi giochi con vincita dei rischi inerenti detta attività. In quel caso, la Corte ravvisò la manifesta sproporzionalità della pena prevista, ma al contempo non individuò, in quanto mancanti, riferimenti normativi limitrofi onde operare la sostituzione. Al riguardo la Consulta considerò che: «ciò non rappresenta tuttavia ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale, la quale dovrà assumere un contenuto meramente ablativo. Spetterà al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo»[58]. In questa decisione, da una parte la Corte intese eliminare dall'ordinamento una sanzione così severa per una condotta dal disvalore limitato; dall'altra, tuttavia, non "inventò" risposte sanzionatorie sostitutive, in ossequio alla discrezionalità del legislatore[59].

7. Nella sentenza in commento, la Corte prende le mosse proprio dalla giurisprudenza richiamata che supera la teoria delle rime obbligate che, seppure recente, risulta comunque decisamente

---

[53] Cfr. Punto 8.1.
[54] Sul ruolo delle sentenze C. cost. 5.12.2018 n. 222 e C. cost. 8.3.2019 n. 40 nella storia della teoria delle rime obbligate, cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 286-290; Cfr. C. Bray, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/, 18.3.2019.
[55] Si tratta dell'originaria formulazione dell'art. 73, D.P.R. n. 309/1990, del d.l. 30.12.2005 n. 272, il cui art. 4 *bis* venne poi dichiarato incostituzionale con sentenza C. cost. 25.2.2014 n. 32, del d.l. 23.12.2013 n. 146, nonché del d.l. 20.3.2014 n. 36.
[56] Punto. 5.3.
[57] L. Tomasi, op. cit.
[58] Cfr. Punto 7.
[59] Scettico sul netto superamento della teoria delle rime obbligate e favorevole a soluzioni che ne conservino la *ratio* di fondo R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via. A proposito della questione di legittimità costituzionale sollevata in rapporto all'art. 73, co. 1 d.P.R. n. 309/1990 (minimo edittale)*, in *DPC* 2019, 2, 151-152.

abbondante[60]. Sulla base di questa nuova impostazione, il giudice delle leggi rammenta proprio il fatto di essere libero nell'individuare una pena costituzionalmente legittima e ciò proprio in ossequio a quella necessità di tutelare i diritti fondamentali dei consociati, soprattutto quando il legislatore si appalesi troppo lento o manifestamente irragionevole nell'intervenire. Eppure, nonostante questa rivendicazione di fondo, l'intervento della Corte, in mancanza di un'unica opzione possibile, deve ricercare soluzioni «che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore»[61]. Impostazione, questa, che dunque non dimentica il ruolo centrale del Parlamento. Se il giudice delle leggi dovrà sostituire una sanzione, potrà farlo solo ricostruendo la volontà del legislatore.

Ora, nel perseguire questo proposito, la Corte non fa mistero di condividere l'opzione suggerita dal ricorrente, cioè quella di sostituire la sanzione prevista per gli atti contrari alla pubblica decenza, con quella individuata per gli atti osceni colposi. La soluzione sottintende un giudizio di eguale disvalore delle due fattispecie, anzitutto se commesse con colpa. In particolare rileva la seguente considerazione: «la visione involontaria di atti sessuali compiuti da altri senza alcuna intenzione aggressiva o comunque maliziosa nei confronti di terzi potrà, al più, ingenerare nello spettatore un senso di fastidio e di molestia sostanzialmente analogo a quello provocato dalla generalità degli atti inurbani e scostumati riconducibili, appunto, alla fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza»[62].

Questa conclusione, tuttavia, porta ad equiparare sotto il profilo sanzionatorio anche gli atti contrari alla pubblica decenza dolosi, con gli atti osceni di natura colposa. Infatti gli atti contrari alla pubblica decenza prevedono la medesima cornice sia per i casi di dolo che per quelli di colpa: la sostituzione della sanzione con quella degli atti osceni colposi opera per entrambe le ipotesi. Alla luce di ciò, la Corte anticipa l'obiezione, infondata, secondo cui sarebbe poco sensato equiparare atti osceni colposi e atti contrari alla pubblica decenza dolosi. Infatti, gli atti contrari alla pubblica decenza sono illeciti amministrativi e pertanto, così come per le contravvenzioni, tutto sommato poco importa l'elemento soggettivo, utile solo per la quantificazione della sanzione. Il disvalore è fondamentalmente espresso dalla condotta, tenendo conto della sua oggettiva offensività. Ciò posto, la Corte evidenzia l'oggettiva coincidenza dell'offensività degli atti contrari alla pubblica decenza, dolosi o colposi, con gli atti osceni meramente colposi. Tanto basta per applicare la sanzione prevista per questi ultimi alla fattispecie amministrativa di cui all'art. 726 Cp.

La soluzione appare, in effetti, in linea anche con il recente arresto della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea sopra richiamato. Come si è detto, il principio di proporzionalità richiamato dall'art. 49 della Carta di Nizza, nonché dall'art. 20 dir. 2014/67/UE, ha efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri. Il che permette, al giudice del caso concreto, di disapplicare una sanzione sproporzionata, come anche, naturalmente, di sollevare questione di pregiudizialità.

La disapplicazione, tuttavia, attiene solo alla misura minima necessaria per riportare la norma a proporzione. Nel caso in esame, il giudice di merito non ha ritenuto di procedere in questo senso (d'altronde, al momento del giudizio, la Grande Sezione non si era ancora espressa sull'efficacia diretta del principio), così come non ha sollevato questione pregiudiziale. Piuttosto, ha deciso di passare attraverso il controllo di costituzionalità accentrato richiesto dalla Corte costituzionale con

[60] Cort. cost. 1.2.2022 n. 28, C. cost. 13.4.2021 n. 63, C. cost. 26.11.2020 n. 252, C. cost. 27.10.2020 n. 224, C. cost. 19.4.2019 n. 99, C. cost. 8.3.2019 n. 40, C. cost. 17.12.2018 n. 233, C. cost. 5.12.2018 n. 222.

[61] Punto 5 della sentenza in commento.

[62] Ivi.

sentenza C. cost. 14.12.2017 n. 269, suggerendo al giudice delle leggi come riportare a proporzione la sanzione. L'accoglimento della richiesta, da parte della Corte, ha quindi portato ad una decisione valida *erga omnes*, assai più rispettosa dei diritti dei consociati della semplice disapplicazione nel caso concreto.

8. Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale colpisce con la scure del giudizio di manifesta irragionevolezza la sanzione compresa tra 5.000 e 10.000 euro, per gli atti contrari alla pubblica decenza. Irragionevolezza che emergeva *ictu oculi*, al punto che lo stesso buonsenso comune, a prescindere dalle valutazioni giuridiche, suggeriva di per sé quanto la sanzione fosse sproporzionata. Alla luce di ciò, la Corte ravvisa questo vizio della risposta sanzionatoria senza cercare altri riferimenti normativi, pur rafforzando l'argomentazione con un rimando agli atti osceni e agli illeciti stradali.

La sentenza si inserisce, dunque, nel solco tracciato dalla recente giurisprudenza costituzionale che, sostanzialmente, rigetta i vincoli imposti dal *tertium comparationis* e dalla teoria delle rime obbligate. Teorie che se, da una parte, non possono che ritenersi rispettose della discrezionalità del legislatore, dall'altra troppe volte hanno impedito al giudice delle leggi di intervenire per rimediare ad insanabili violazioni di diritti fondamentali.

Interessa rilevare, in ogni caso, come il provvedimento paia suggerire che il giudice delle leggi possa scegliere, di volta in volta, se sia necessario o meno richiamare un termine di paragone ai fini della motivazione del provvedimento che dichiara incostituzionale una sanzione. Se fino alla C. cost. 10.11.2016 n. 236 il sindacato di costituzionalità della pena doveva passare per forza attraverso le "forche caudine" del *tertium comparationis*, oggi non è più così: sanzioni manifestamente sproporzionate ben possono essere sindacate attraverso una valutazione autonoma del disvalore descritto dalla fattispecie. Allo stesso tempo, la teoria in questione pare potersi ritagliare un nuovo spazio, quale argomento *ad abundantiam* al fine di rendere più solide talune motivazioni delle sentenze costituzionali. L'unico limite imprescindibile che la Corte si pone pare allora essere che la sanzione sostitutiva debba sempre ricercarsi attraverso l'interpretazione sistematica del contesto normativo in cui si inserisce la relativa fattispecie.

Infine, la sentenza in commento può far concludere che il controllo di costituzionalità accentrato, in combinato disposto con il superamento del necessario uso della teoria del *tertium comparationis* nonché della teoria delle rime obbligate, sia rispettosa di quanto stabilito dalla sentenza C.G.UE Grande Sezione 8.3.2022 C-205/20 NE. Com'è stato autorevolmente suggerito[63] è possibile ritenere, infatti, che nel nostro ordinamento già da tempo operi un sistema che permetta il ridimensionamento di una pena astratta manifestamente sproporzionata per eccesso, pur sussistendo altresì un meccanismo di tutela della discrezionalità legislativa.

[63] F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit.

LA NATURA ECCEZIONALE DELLE SCUSANTI: RIFLESSIONI A MARGINE DEL RECENTE DIBATTITO SUL PRINCIPIO DI INESIGIBILITA' E SULL'ESIGENZA DI AFFINARE IL GIUDIZIO DI COLPEVOLEZZA

di Sirio Moreno Scorcia
(*Dottorando in Diritto penale, Università di Siena*)

Sommario: 1. L'estensione della causa di non punibilità *ex* art. 384, comma 1, Cp ai conviventi *more uxorio*: uno spunto giurisprudenziale per indagare sul principio di inesigibilità. – 2. Sulla polivalenza semantica e funzionale della colpevolezza. – 3. Esigibilità come "quarto elemento" costitutivo della colpevolezza o assenza di scusanti come limite negativo? Sulla esigenza di tassatività. – 4. La dimensione irrinunciabilmente normativa ed eccezionale dell'inesigibilità al vaglio di talune ipotesi tipiche. – 5. Imputabilità e personalizzazione del rimprovero alla luce delle neuroscienze: cenni. – 6. L'inesigibilità *sub specie* del *nemo tenetur se detegere*: dalla giurisprudenza sulle false comunicazioni sociali (art. 2621 Cc) la convalida della tesi restrittiva.

1. Il principio di inesigibilità, per lungo tempo ai margini dell'elaborazione dottrinale, sembra oggi aver superato l'antica diffidenza ed essersi, anzi, guadagnato una posizione di primo rilievo nel dibattito penalistico[1].

A motivo del nuovo interesse e dell'emergente fiducia nei confronti della inesigibilità vi è, certo, la nota pronuncia con cui il massimo consesso della Cassazione ha esteso il perimetro soggettivo dell'art. 384 Cp sino a ricomprendervi i conviventi *more uxorio*, facendo leva proprio sulla portata generale del principio[2], ma l'innovazione pretoria attecchisce, in realtà, su di un terreno già in parte arato. Infatti, l'istanza dottrinale (già piuttosto risalente) verso forme di colpevolezza maggiormente individualizzate, davvero incentrate su di un rimprovero rivolto al singolo agente, vive, a sua volta, un momento di enfasi, cui non poco ha contribuito l'evoluzione delle neuroscienze cognitive[3]. Quest'ultime — tentando una sintesi vertiginosa — insegnano che i comportamenti umani, anche quando posti in essere da un soggetto le cui facoltà intellettive e volitive siano perfettamente integre, sono condizionati da fattori impulsivi cui il cervello reagisce prima ancora che l'intelligenza possa avvedersene. Il libero arbitrio, la libertà di autodeterminare le proprie azioni in funzione di una precedente scelta conscia e consapevole sarebbe, dunque, poco più che una chimera e, senz'altro, fittizia nella rigidità con cui viene oggi proposta dal diritto

[1] Dà conto della pregressa scarsa attenzione al tema nel panorama nazionale G. Fornasari, *Applicazione dell'art. 384 Cp e famiglia di fatto: brusco* overruling *delle Sezioni Unite*, in *GI* 2021, 1728, cui è, invece, da attribuire il merito di un precoce interessamento (G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, 1 ss.). Più in generale, con riferimento alla teoria della colpevolezza, M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 574; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP* 1990, 58 ss., che ne ravvisa la ragione nell'approccio tendenzialmente oggettivistico della dottrina nazionale, se pure adottato in un'ottica di garanzia.

[2] Il riferimento è chiaramente a Cass. S. U. 17.3.21 n. 10381, in *DG* 2021, 7, con nota di E. Fontana, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 384 Cp al convivente* more uxorio.

[3] Come si avrà modo di osservare, pretese di personalizzazione piuttosto marcate sono già da tempo avanzate dalla dottrina penalistica sul versante della c.d. *misura soggettiva della colpa* o *colpevolezza colposa*. L'influsso delle neuroscienze, invece, estende valutazioni di questo tipo anche alla responsabilità dolosa. Per un inquadramento sul difficile e controverso rapporto tra neuroscienze e diritto penale, si vedano: F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale le questioni sul tappeto*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 12.12.2017, 270 ss.; S. Moccia, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *DPP* 2016, 681 ss.; O. Di Giovine, *Neuroscienze*, in *ED, Annali VII*, 2014, 711 ss.

penale[4]. Da qui, secondo alcuni e soltanto in una certa misura, l'esigenza costante e non eccezionale di parametrare il giudizio di colpevolezza sulla singola personalità, financo escludendone un esito infausto laddove reazioni impulsive non governabili abbiano concorso a determinare il fatto tipico.

La problematicità delle questioni che queste premesse, già così semplificate, pongono è a tutti evidente. In questa sede, l'intenzione è quella di lambire soltanto una tale ampiezza di scenari, circoscrivendo l'indagine attorno all'interrogativo sulla natura eccezionale o meno di quelle cause di esclusione della colpevolezza che trovano fondamento nella inesigibilità. A tal fine, pare utile ricostruire per sommi capi l'apparato motivazionale approntato dalle recenti Sezioni Unite c.d. Fialova.

Il Giudice di legittimità, chiamato ad esprimersi sulla possibilità di estendere il primo comma della norma che chiude il capo dedicato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia in favore del convivente, nel caso di specie ritenuto responsabile di un fatto di favoreggiamento personale[5], prende l'abbrivio segnalando la sussistenza di indirizzi discordanti tra le Sezioni semplici. Viene, anzitutto, in rilievo un primo orientamento restrittivo, i cui argomenti si incardinano: a) nel portato tassativo e non esemplificativo della disposizione che elenca i soggetti riconducibili alla nozione di *prossimi congiunti* di cui all'art. 384 Cp (art. 307, Cp); b) nella persistenza, nel diritto positivo, di un trattamento differenziato tra coniugi e conviventi, legittimato anche dalla Consulta poiché ritenuto oggetto di discrezionalità legislativa[6]; c) nonché (e soprattutto, per ciò che qui interessa) nel tenore *eccezionale* dell'art. 384 Cp, per ciò stesso insuscettibile di estensione analogica in conformità all'art. 14 delle preleggi, Cc. Questo primo gruppo di argomentazioni, si dice, è stato ulteriormente alimentato dal legislatore del d. lgs. n. 6 del 19.1.2017, che, ridefinendo i contorni dell'art. 307 Cp, avrebbe limitato la modifica alle parti dell'unione civile ed intenzionalmente tralasciato i conviventi *more uxorio*.

Si contrappone un secondo, e più acerbo, orientamento disposto a dare rilievo ad una nozione più ampia e moderna di famiglia, aggiornata al nuovo quadro storico-evolutivo, in cui il modello socialmente diffuso della convivenza venga a parificarsi con il vincolo coniugale, anche in nome di un principio di coerenza del sistema giuridico, che in altre e puntuali occasioni ha mostrato di avere attenzione verso contesti di vita familiare atipici e non istituzionalizzati. La strada intrapresa,

---

[4] La questione che le neuroscienze pongono agli studiosi del diritto penale viene compendiata nei seguenti termini da F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze*, cit., 272: «Secondo alcuni studiosi, le neuroscienze – quindi, il complesso di discipline sopra richiamate – sarebbero ormai prossime a fornire la definitiva dimostrazione empirica che ogni comportamento umano è solo l'esito meccanicistico di un processo cerebrale: non esisterebbe, insomma, una volontà libera, consapevole, ma solo una serie di connessioni neuronali governate dalle leggi causali della fisica. Da qui il passo è breve alla formulazione del seguente, inquietante interrogativo: se ogni comportamento umano è causalmente predeterminato, è forse giunta l'ora di congedarsi da alcune categorie basilari del diritto penale come i concetti di "libero arbitrio", di "coscienza e volontà", di "responsabilità personale intesa come capacità di agire altrimenti"?».

[5] Il fatto, in breve: a fronte di un incidente stradale causato dal convivente cui era stata in precedenza revocata la patente di guida, l'imputata, con dichiarazioni mendaci, riferisce ai Carabinieri di essere lei stessa responsabile, volendo così scongiurare le ipotesi di reato all'epoca previste per la circolazione senza il titolo necessario (illecito, poi, depenalizzato) e per l'omissione di assistenza nei confronti di persone ferite (art. 189, co. 7, c. str.).

[6] Infatti, in più occasioni la Consulta ha differenziato il fondamento costituzionale dei due modelli familiari, rintracciato, rispettivamente, nell'art. 29, Cost. per il vincolo coniugale e nel principio personalistico dell'art. 2 Cost. quanto alla convivenza *more uxorio*, legittimando così riflessi differenziati sul piano della legge ordinaria. Si vedano in tal senso: C. cost., 2.4.1980 n. 45, in *DeJure*, in materia di proroga legale del contratto di locazione *post mortem*; C. cost., 24.3.1988 n. 423, *ivi*, a proposito dell'art. 649, co.1, n. 1, Cp; C. cost., 4.5.2009 n. 140, in *GC* 2009, 1525 ss., espressamente riferita all'art. 384, Cp; ancora, C. cost., 14.4.2010 n. 138, in *GC* 2010, 2715 ss.

in questo secondo caso, è quindi quella dell'allargamento dei confini dell'art. 307, Cp per il tramite della assimilazione tra *coniugio* e convivenza *more uxorio*.[7]

Da quest'ultimo percorso logico-argomentativo, almeno in principio, le Sezioni Unite non paiono discostarsi allorché cominciano a porre le basi per la soluzione *estensiva*. Anzi, le prime osservazioni lasciano intuire la volontà di rimodellare la nozione di prossimi congiunti, ambendo a provare che il silenzio della c.d. legge Cirinnà quanto ai conviventi *more uxorio* non sia eloquente ma neutro nel significato, poiché stemperato da tutta una serie di interventi di diritto positivo espliciti nel riconoscervi rilevanza giuridica.

Eppure, nel prosieguo della motivazione, il baricentro viene deviato su un altro piano, quello, appunto, della *analogia*: una volta premesso che sotto l'ombrello del divieto di analogia, nel suo contenuto costituzionalmente imposto (art. 25, comma 2, Cost.), trovino riparo soltanto le norme di sfavore per il reo e non anche quelle "*in bonam*", si rintraccia il tradizionale ostacolo all'estensione dell'art. 384 Cp nella ritenuta *natura derogatoria* della norma rispetto ai principi generali dell'ordinamento.

In effetti, il comune denominatore tra le posizioni giurisprudenziali che hanno dato corpo alla pregressa pluralità di orientamenti risiede nella *presunzione di eccezionalità* della norma, mai messa in discussione nemmeno dalle sentenze più avveniristiche e dalla quale deriva come indefettibile corollario la soggezione all'art. 14 delle preleggi, Cc. In passato, dunque, l'applicazione della (diciamo per ora) causa di non punibilità oltre i confini strettamente positivizzati è stata o negata a causa del suo contenuto esorbitante rispetto alla regola generale che pretende di sanzionare colui che ostacola l'ordinario compimento dell'attività giudiziaria; oppure, pur senza negare un tale assunto, è stata talvolta ammessa avendo riguardo all'avanzamento sociale del concetto di famiglia. Le osservazioni delle Sezioni Unite si appuntano oltre questa dicotomia: a ben vedere, il primo comma della norma in esame darebbe vita *non* ad una *causa di non punibilità in senso stretto*, espressione di una valutazione opportunistica del legislatore, ma ad una causa di esclusione della colpevolezza e, segnatamente, ad una «scusante soggettiva»[8], che, dando rilievo

---

[7] Il novero delle pronunce estensive, prima dell'intervento nomofilattico in commento, si riduce a Cass. 22.1.2004 n. 22398, in *CEDCass*., m. 229676; Cass. 3.4.2015 n. 34147, in *CEDCass.*, m. 264630; Cass. 19.9.2018 n. 11476, in *CEDCass*., m. 275206.

[8] La natura giuridica dell'esimente di cui all'art. 384 Cp ha costituito per lungo tempo oggetto di dibattito tra gli interpreti. Il primo e più risalente indirizzo era incline a qualificare la norma come *causa di giustificazione* e, segnatamente, come *ipotesi speciale* dello stato di necessità, di cui condividerebbe la *ratio*, poiché nei casi ivi previsti il pregiudizio degli interessi confliggenti protetti dalla norma incriminatrice sarebbe passaggio obbligato (ecco la necessità) per la salvaguardia della libertà personale e dell'onore. Così, in dottrina: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano 2016, 515; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*[5], VII, Torino 1984, 750; R. Dolce, *Falsa perizia o interpretazione*, *ED*, XVI, 1967, 526; D. Santamaria, *I termini dello stato di necessità nell'art. 384 Cp*, in *FPen* 1963, 80; M. Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano 1959, 241. Ha fatto seguito un secondo orientamento, oggi preminente ed accolto in giurisprudenza, che, a sostegno della natura autonoma e scusante della disposizione, valorizza la discrepanza nella *ratio* rispetto allo stato di necessità ed il difetto di qualsivoglia riferimento ad un canone di *proporzione* tra l'interesse soggettivo assecondato e quello sacrificato, così come alla causazione non volontaria della situazione di pericolo: entrambi attributi pretesi dalla scriminante dell'art. 54, Cp. Si mette, poi, in evidenza la illogicità dei corollari disciplinari che deriverebbero dall'inquadramento dell'esimente in termini di scriminante, specie sul versante della inammissibilità della legittima difesa e del concorso di persone nel reato (poiché il trattamento di favore andrebbe esteso anche nei confronti dell'istigatore). Tra i primi in questo senso, F. Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, 305 ss.; D. Zotta, *Casi di non punibilità*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino 1996, 537; G. Fornasari, *Il principio*, cit., 353-356; Id. Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *DPP* 2008, 910; M. Zanotti, Nemo tenetur se detegere*: profili sostanziali*, in *RIDPP* 1989, 184 ss.; Id. *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova 1984, 66 ss.. Peraltro, una volta stabilita

all'anomalo conflitto motivazionale in cui il soggetto versa al momento in cui si appresta al fatto tipico, inibisce il potere di esigere una condotta osservante del precetto penale ed incide sul profilo soggettivo del reato, anestetizzando il rimprovero. In quanto scusante, «l'art. 384 Cp non si basa su considerazioni di mera opportunità che giustificano la non punibilità — ecco il discrimine rispetto alle cause di esclusione della punibilità *stricto sensu* — né appare fondato su un bilanciamento di interessi contrapposti, che lo farebbe qualificare come una causa di giustificazione, ma tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta alterato»[9].

Se questa è l'indole della norma, immediate nel ragionamento del giudice nomofilattico le ricadute in punto di analogia: la *ratio* della scusante (e cioè, la non esigibilità del comportamento *secundum ius*) non avrebbe alcunché di eccezionale perché perfettamente armonica con il principio costituzionale di colpevolezza (art. 27 Cost.), senza dubbio «volto ad escludere che possa esservi una condotta colpevole in presenza di un precetto penale che non risulti esigibile»[10]. Una volta abbattuto il "tabù" della eccezionalità mediante il raccordo tra inesigibilità e colpevolezza, le strettoie dell'art. 14 preleggi, Cc sono superate e l'analogia diviene presto ammissibile, poiché non v'è chi non veda come le condizioni psichiche del convivente posto dinanzi all'alternativa tra l'ausilio al *partner* e la collaborazione con l'autorità siano (o, quanto meno, possano essere) perfettamente sovrapponibili a quelle del coniuge, dato che medesimo può essere il coinvolgimento emotivo.

Al di là del preambolo sulla equiparazione tra conviventi *more uxorio* e coniugi (in un certo senso recuperata in sede di conclusioni nella veste di una equivalenza emotiva che giustifica l'interpretazione analogica), lo spirito della decisione, risiede, allora, nel trittico logico che associa *principio di colpevolezza*, *inesigibilità* e *generalità delle scusanti*: a) l'inesigibilità come espressione della colpevolezza; b) la scusante, in controtendenza rispetto alla costruzione dottrinale tradizionale, come fattispecie in grado di trarre dal principio che le è sotteso (il principio di inesigibilità che finisce, però, per coincidere con quello di colpevolezza) la propria vocazione all'universalità.

2. Il primo combinato inesigibilità-colpevolezza merita di per sé qualche considerazione, ove si abbia riguardo al discrimine che intercorre tra il *principio di colpevolezza* e la colpevolezza come *categoria dogmatica*. Come è noto, infatti, la dottrina si è sempre premurata di distinguere la dimensione assiologica e costituzionale della colpevolezza dal concetto di colpevolezza come elemento che, assieme a quello della tipicità ed a quello dell'antigiuridicità (secondo la c.d. concezione tripartita), sostanzia l'illecito penale.[11] In questo suo secondo significato, la

---

la natura dell'art. 384 Cp e svelatane la *ratio* di tutela, parrebbe perdere di significato e, anzi, rivelarsi ridondante l'ulteriore aggettivazione come «scusante soggettiva», che, in un certo senso, tradisce l'antica costruzione giurisprudenziale in termini di causa di giustificazione.

[9] Cass. S. U. 17.3.21 n. 10381, cit., par. 10, 24.

[10] Cass. S. U. 17.3.21 n. 10381, cit., par. 11, 27.

[11] Sulla distinzione e sulla diversa estensione, si vedano: F. Palazzo, *Corso di diritto penale*. *Parte generale*, Torino 2021, 402 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[7], Bologna 2014, 203 ss.; A. Pagliaro, *Il reato*. *Parte generale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano 2007, 131 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 141 ss.; sostanzialmente anche M. Donini, *Illecito*, *op.cit.*, 552 ss., che distingue la colpevolezza *fondante* da una soltanto *limitante* della responsabilità penale, seppur nell'ambito di quella costruzione — di matrice tedesca — della colpevolezza come categoria autonoma in cui far confluire tutte le valutazioni strettamente correlate alla personalità del reo e, pertanto, scissa dai coefficienti psichici che, come componenti *soggettive tipiche*, apparterrebbero al versante del fatto. La necessità di discernimento tra le due accezioni della colpevolezza è parimenti avvertita dalla stessa C. cost., 23.3.1988 n. 364, in *CEDCass*., m.

colpevolezza porta con sé la questione del paradigma da adottare nella bipartizione tra una concezione *psicologica* ed una *normativa*[12] e quella, ancora successiva poiché suppone l'adesione alla seconda delle opzioni in alternativa, di quali siano i requisiti costitutivi di cui la categoria si compone internamente.

Non è qui messo in dubbio che tra le due accezioni vi siano ampi spazi di intersezione, nella stessa misura in cui la seconda rappresenta lo strumento tecnico-giuridico con cui il principio viene declinato. Ed è, altresì, vero che la pressoché unanime adozione di quella concezione ricca, approfondita, raffinata di colpevolezza espressa dalla teoria normativa ha finito per "alzare l'asticella" anche con riferimento al principio; di talché, oggi, pare quasi che vi sia un rapporto di reciproco scambio tra il principio e la categoria dogmatica: la copertura costituzionale del primo esorta ad affinare le componenti della seconda, così come lo sforzo di elaborazione dogmatica consente di guardare al principio con più generosità[13].

Eppure, l'esigenza della distinzione permane. In primo luogo, perché sostenuta da quella stessa celebre sentenza con cui la Consulta, pur inaugurando la "vita costituzionale" del principio di colpevolezza, non ha assunto una posizione esplicita sulla disputa già in atto tra l'indirizzo psicologico e quello normativo (a conferma del fatto che il principio sia cosa diversa dalla

---

0013796, par. 8: «La prima, tradizionale, fa riferimento ai requisiti subiettivi della fattispecie penalmente rilevante (ed eventualmente anche alla valutazione di tali requisiti ed alla rimproverabilità del soggetto agente); la seconda, fuori dalla sistematica degli elementi del reato, denota il principio costituzionale, garantista (relativo alla personalità dell'illecito penale, ai presupposti della responsabilità penale personale ecc.) in base al quale si pone un limite alla discrezionalità del legislatore ordinario nell'incriminazione dei fatti penalmente sanzionabili, nel senso che vengono costituzionalmente indicati i necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena».

[12] Sulla "storica" contrapposizione tra le due concezioni, nella manualistica, *ex plurimis*: R. Alagna, *La colpevolezza*, in *Il reato*, a cura di G. Cocco, E. M. Ambrosetti, Milano 2021; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*[11], Milano 2020, 307 ss.; C. F. Grosso, M. Pelissero. D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale*. *Parte generale*[3], Milano 2020, 345-346; T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 230; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 334 ss.; G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 366 ss. Si vedano anche, T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *DPP* 1969, 831 ss., con riferimento all'incidenza della teoria normativa sulla graduazione della colpa; M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 95 ss.; G. Marini, *Colpevolezza*, in *DigDPen*, Torino 1988, 318.

[13] Invero, l'impegno della dottrina a ridosso dello storico arresto giurisprudenziale del 1988 è consistito soprattutto nel "rilanciare" la tesi della Consulta laddove la stessa, non precludendo perentoriamente a qualsivoglia forma di responsabilità oggettiva ma soltanto a quelle precipuamente riferite agli «elementi significativi dell'illecito», si era rivelata recessiva, ridimensionando la sua portata innovatrice: basti pensare al rischio di imputazione oggettiva delle circostanze, fronteggiato dal legislatore con la L. n. 19 del 7.2.1990, ma non lambito dagli effetti della pronuncia. Dunque, una volta costituzionalizzato per il tramite dell'art. 27 Cost., il riflesso che si è inteso pacificamente e costantemente conferire al principio di colpevolezza nel diritto vivente è stato quello di ricondurre quanto meno a colpa i residui codicistici di responsabilità oggettiva. Da questo punto di vista, degno di nota è il risalente sforzo di connessione tra il principio di colpevolezza e le ipotesi del *versari in re illicita* già condotto, a ridosso della pronuncia costituzionale, da A. Pagliaro, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *RIDPP* 1988, 394 ss. Nel tempo (ma non subito: basti pensare alla dissonanza di opinioni che, sul finire del secolo scorso, ancora si registrava sulla riconducibilità dell'imputabilità alla teoria della colpevolezza, segnalata da M. Romano, *Cause di giustificazione*, cit. 58), non sono tuttavia mancati i tentativi di offrire al principio costituzionale un contenuto positivo più penetrante e precettivo riflettendovi tutti, o quasi, gli elementi strutturali della colpevolezza (normativa): è il passaggio da un criterio meramente *psicologico* ad uno *personalistico*, autorevolmente descritto da T. Padovani, *Diritto*, cit., 227-228. Eppure, quand'anche taluna dottrina sia arrivata a postulare una più intensa compenetrazione tra il principio e la rispettiva categoria dogmatica (così pare, ad esempio, in G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[10], Milano 2021, 373; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*[6], Torino 2020, 416), la inesigibilità vi è sempre permeata soltanto in veste negativa, come *assenza* di *cause scusanti*.

colpevolezza nella sua dimensione strutturale e che, quanto meno all'epoca, ad integrare il contenuto minimo del valore costituzionale si ritenesse già sufficiente la concezione psicologica)[14]; ma soprattutto perché alla categoria dogmatica è deputata una funzione "politica" di cui il principio è sprovvisto e a cui sarebbe, in ogni caso, inadeguato.

Il principio, infatti, anche nelle sue formulazioni più rigorose, *non* perde il carattere della genericità (pena, altrimenti, lo snaturamento) e il suo significato finisce, in fondo, per essere condensato nella preclusione a ritenere penalmente responsabile il soggetto cui il fatto *non* appartiene se non da un punto di vista meramente materiale, poiché sarebbe non soltanto intuitivamente ingiusto ma anche distonico rispetto sia alla funzione retributiva della pena sia a quella rieducativa punire colui che non abbia assunto un atteggiamento antidoveroso della volontà. Altra questione, irriducibile al dettato costituzionale, «che indica la strada e l'obiettivo ma non ancora la sua traduzione in "elementi" o "requisiti" del reato»[15], è fissare le condizioni del rimprovero e i criteri di graduazione, cioè, trovare il punto di equilibrio tra la legittima aspirazione a rendere sempre più personale la responsabilità penale, da una parte, e le irrinunciabili esigenze di politica criminale, dall'altra.

Alla luce di una tale premessa, in via del tutto ipotetica, si potrebbe arrivare a sostenere che, quando nell'autorevole pronuncia viene invocato l'art. 27, comma 1, Cost. al fine di instaurare il parallelismo, o persino, la sovrapposizione di contenuto tra la *colpevolezza* e l'*inesigibilità*, lo si faccia con il proposito di riferirsi (soltanto) al principio nel suo spettro semantico comune e condiviso. Nel concetto di colpevolezza, infatti, è sempre implicita un'idea di esigibilità: non è colpevole il fatto inesigibile poiché non addebitabile alla sfera soggettiva dell'agente. Ma quando — verrebbe conseguentemente da chiedersi — il fatto non è esigibile? L'attributo della esigibilità, ove correlato alla colpevolezza in qualità di principio, si può ritenere insussistente allorché, pur al cospetto di un comportamento *proprio*, difetti un relativo coefficiente psichico; oppure quando, pur in costanza di un fattore psichico (nella forma del c.d. *pseudo-dolo* o della *pseudo-colpa*), manchi *in radice* la capacità dell'agente di autodeterminarsi; ancora, nel caso in cui l'illecito sia il frutto dell'ignoranza incolpevole sulla legge penale; e, infine, quando il fatto, sebbene tipico ed antigiuridico, sia stato indotto dalla coeva incidenza di un fattore psichico perturbante. In altri termini, se si fosse voluta assegnare all'inesigibilità una funzione puramente descrittiva del principio di colpevolezza, nulla più si sarebbe fatto che rifugiarsi dietro una tautologia (poiché è chiaro che la responsabilità penale è responsabilità per fatto proprio, tale in quanto complessivamente ascrivibile alla singola persona; e la colpevolezza, in quanto rimprovero, è possibilità di esigere la conformazione alla norma da parte della stessa) e, certo, alcun contributo reale si sarebbe dato alla tematica delle scusanti.

Non è questo, con tutta evidenza, l'orizzonte che le Sezioni Unite hanno inteso adottare. Al contrario, del termine "inesigibilità" si è voluto fare un utilizzo squisitamente tecnico e la conferma ci è data proprio dalle conseguenze che sono fatte derivare sul versante delle scusanti.

Il concetto di inesigibilità origina nella dottrina tedesca in concomitanza con l'affermarsi della *concezione normativa* di colpevolezza. Non è un caso che Frank, padre della teoria normativa, che è teoria del rimprovero, pur non addivenendo alla precipua formulazione in termini di inesigibilità, arrivi ad escludere la possibilità di pronunciare un giudizio di colpevolezza nei confronti di chi

[14] Da questo punto di vista, ancora una volta esplicita, C. cost., 23.3.1988 n. 364, cit., par. 13, stando alla quale la stessa possibilità di muovere un rimprovero nei confronti dell'autore del fatto tipico «non equivale ad accoglimento da parte della Costituzione (a costituzionalizzazione) d'una delle molteplici concezioni "normative" della colpevolezza prospettate in dottrina bensì costituisce autonomo risultato, svincolato da ogni premessa concettualistica».

[15] F. Palazzo, *Corso*, cit., 402.

abbia agito in costanza di *circostanze anomale* in grado di condizionare il processo motivazionale che l'ordinamento, per il tramite della norma incriminatrice, usualmente si attende ed anzi pretende in assenza di situazioni atipiche.[16] Tra inesigibilità e concezione normativa della colpevolezza vi è, dunque, un rapporto di dipendenza unilaterale: la prima, si potrebbe dire, vive e muore a seconda delle sorti della seconda. La colpevolezza evoca, infatti, in quell'accezione ampia in grado assorbire sia il dolo che la colpa, la capacità della norma penale di *motivare* i consociati alla sua osservanza. In questo senso, il rimprovero interviene laddove il destinatario del precetto, sordo alla sua idoneità motivante, abbia optato per la soluzione criminosa (in ipotesi dolose) ovvero non si sia attivato nei termini in cui la doverosità della norma avrebbe imposto (in ipotesi colpose).

Per rendere più efficacemente il concetto pare utile recuperare la distinzione, autorevolmente sostenuta, tra il *processo motivazionale ipotetico* e quello *reale*[17]. Il primo è quello supposto del legislatore, il quale, nel formulare la fattispecie delittuosa e nel corredarla di una pena, si convince della sua forza persuasiva (che, *incidenter tantum*, si dovrebbe al disvalore implicito e spontaneo del fatto più che alla minaccia della sanzione), dell'idea, cioè, che la disposizione si imponga ai consociati per la sua evidenza disvaloriale, condizionandone i comportamenti nel senso della proibizione oppure della prescrizione in positivo (in dipendenza della tipologia di reato). Il ragionamento congetturale della legge, al cospetto del dato reale, va posto in raffronto con il procedimento motivazionale effettivamente svoltosi nella mente del soggetto, che, in presenza di condotta colpevole, sarà necessariamente difforme dal primo: in altri termini, vi sarà responsabilità colpevole laddove l'autore abbia, nel conflitto tra l'interesse pubblico e personale a rispettare la norma e il motivo egoistico o comunque incompatibile, dato prevalenza a quest'ultimo. E' da un tale scostamento tra la spinta motivazionale della prescrizione normativa e la motivazione propria (o la sua assenza) che origina il rimprovero, sicché la colpevolezza, sempre, si appunta o sulla volontà anti-doverosa oppure sull'assenza di volontà doverosa.

Quando ci si riferisce alla colpevolezza come elemento costitutivo dell'illecito penale e, quindi, quando si indaga il confine tra ciò che è punibile e ciò che non lo è, il giudizio di rimprovero, sebbene sia strumento di personalizzazione della responsabilità penale, ordinariamente (e, forse, inevitabilmente) reca in sé un certo margine di astrattezza, di talché con formula sintetica si può dire che esso soggettivizzi senza però individualizzare del tutto. Il dato è agevolmente apprezzabile con riferimento alla responsabilità dolosa, ove le circostanze strettamente soggettive tendono, di fatto, a rilevare nei limiti delle scusanti e, quasi, come implicita si atteggia la constatazione della antidoverosità dell'atteggiamento psichico; ma non è meno vero al confronto con il reato colposo. Infatti, nel vagliare la c.d. *misura soggettiva* della colpa, si assume quale parametro di riferimento

---

[16] R. V. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriff, Festschrift der juristischenna*, Gieбen 1907, 528 ss., una volta fissato l'elemento di sinonimia tra colpevolezza e rimprovero, ricomprende nella prima la *normalità delle circostanze concomitanti all''azione*, la cui valutazione spetta, in definitiva, al giudice ed in assenza della quale il secondo non potrebbe essere formulato; a partire dal 1911, con riferimento al medesimo aspetto della colpevolezza, l'Autore inizierà a parlare di *normalità del procedimento motivazionale*. Grosso modo negli stessi anni, J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwurfe Deutschlands Österreichs und der Schweiz, Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* 1913, 144 ss., offre il proprio contributo alla teorizzazione della motivabilità della norma in rapporto alle spinte psichiche del singolo destinatario, seppure mediante l'artificioso affiancamento di una *norma di dovere* rivolta alla sfera interiore dell'individuo accanto alla norma giuridica principale: dalla duplice violazione e, quindi, dal contrasto tra atteggiamento soggettivo del singolo e norma di dovere deriverebbe la responsabilità per fatto colpevole. Muovendo da queste premesse, più tardi, l'Autore ravviserà nelle scusanti, legali ed extralegali, lo strumento giuridico di realizzazione di un *interesse soggettivamente prevalente ed approvato*, in grado di escludere il rimprovero nonostante la violazione della norma di dovere (J. Goldschmidt, *Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Frank*, I, Tübingen 1930, 442 ss.).

[17] F. Palazzo, *Corso*, cit., 404 ss.

non il concreto trasgressore della regola cautelare, con tutti i suoi limiti caratteriali e le condizioni psico-fisiche contingenti al fatto, bensì il «parametro normativo relativistico»[18] dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, seppure con l'obiettivo di massimizzare lo sforzo verso la concretizzazione[19].

Diverso è, invece, il peso che i fattori perturbanti rivestono in sede di determinazione della pena, una volta che il reato sia stato comunque ritenuto integrato anche sul versante soggettivo. E' chiaro, infatti, ed anzi è espressamente richiesto che, nella graduazione della sanzione, si tenga conto, nel linguaggio del Codice, dell'«intensità del dolo e del grado della colpa» (art. 133 Cp), cioè dell'entità del coefficiente psichico, ma, più modernamente, possiamo dire del *grado di colpevolezza*. La formalizzazione del rimprovero, dunque, si articola lungo un duplice momento: prima sull'*an*, nei suddetti termini non propriamente individualizzanti, e, poi, sul *quantum*.

3. E' a questo punto che si inserisce e si può tornare al discorso sulla inesigibilità, la quale inverte il meccanismo di imputazione soggettiva per come sin ora descritto, rendendo determinanti le ragioni individuali che hanno condotto all'azione tipica già ai fini dell'*an* della responsabilità penale. Quando si pone la questione dell'inesigibilità, ci si interroga sulla possibilità/opportunità che l'atipicità delle circostanze concomitanti al momento della commissione del fatto alteri la consueta priorità dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice su quello che ha motivato l'agente. Si tratta, detto altrimenti, di valutare se il fattore psichico indotto da impulsi intrinseci o estrinseci rivelatisi predominanti sull'incentivo ad osservare la norma penale possa o debba trovare un qualche apprezzamento già in fase, non di quantificazione, ma di accertamento della responsabilità penale.

A fronte di una dottrina tedesca delle origini piuttosto entusiasta nel costruire l'inesigibilità addirittura come causa *extralegale* di esclusione della colpevolezza, tra le fila degli studiosi nazionali il quesito è stato a lungo posto soltanto in via episodica; dopodiché, quando più frequentemente avanzato, è stato quasi sempre risolto in modo restrittivo. Nel senso, cioè, di ritenere che l'inesigibilità possa, sì, trovare spazio ma nei limiti e nelle forme in cui sia positivizzata mediante apposite scusanti, dotate, quest'ultime, di un carattere senz'altro eccezionale perché in deroga ai principi ed agli stessi meccanismi di funzionamento del diritto penale. Tra i più immediati rischi opposti all'evenienza di una *generalizzazione* del criterio di inesigibilità veniva, infatti, paventato quello dell'"infiacchimento" del diritto penale, che sarebbe risultato da una generalizzata interdizione del rimprovero ogniqualvolta si potesse constatare un condizionamento psichico dell'agente al momento di commissione del fatto tipico, tale da "muovere a compassione" l'ordinamento (nella persona del giudice). L'inesigibilità, pertanto,

---

[18] F. Mantovani, *Diritto*, cit., 372.

[19] Si darà conto a breve dell'infaticabile dedizione della dottrina sul fronte della personalizzazione del giudizio di colpevolezza con esplicito riferimento alla responsabilità colposa (c.d. *colpa colpevole*) - v. *infra*, nt. 27; per il momento sia sufficiente osservare, quanto al dolo, come la incomprimibile esigenza di normativizzazione del giudizio di colpevolezza, quindi, di relativa astrazione del processo motivazionale seguìto dall'agente concreto si conservi entro argini sostenibili soltanto a condizione che gli illeciti puniti a titolo di dolo rechino in sé un «intrinseco disvalore pregiuridico», aderiscano, cioè, ad un substrato assiologico socialmente avvertito ed intuibile. Fuori da questo requisito, sovente pretermesso dalla prassi legislativa, la pretesa di motivabilità della norma incriminatrice, fondamento della responsabilità colpevole, non può che svuotarsi di significato ed esprimere un carattere di artificiosità. Da qui, la proposta *de iure condendo* di F. Mantovani, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva espressa ed occulta*, in *RIDPP* 2014, 774 ss., di dequalificare i reati omissivi c.d. neutri al grado di illeciti amministrativi o contravvenzioni oppure, in subordine, di affiancare a ciascuno di essi un corrispettivo delitto colposo in cui far rientrare le ipotesi di ignoranza evitabile del precetto.

come canone rigidamente informato entro i confini segnati dal legislatore, come *limite negativo* che non appartiene al corpo della colpevolezza ma la cinge dall'esterno.

Se così è (o è stato) nell'opinare della dottrina maggioritaria, non v'è chi non veda l'entità dell'impatto sortito sull'ordinamento dalla sentenza che ha introdotto alla presente riflessione[20]. Perché — lo si ripete — la densa argomentazione non si è contentata di ribadire l'ovvio, cioè, di evidenziare quell'attributo di esigibilità immanente alla stessa idea di colpevolezza; ma si è spinta ben oltre, correlando l'istituto dell'inesigibilità al principio generale di colpevolezza. Se si volesse valutare con il massimo rigore la speculazione giurisprudenziale (come pure bisogna fare avuto riguardo all'autorevolezza del consesso di provenienza), bisognerebbe pervenire alla conclusione che, in realtà, l'operazione ermeneutica tentata sia stata quella di *costituzionalizzazione* dell'inesigibilità, in modo da potere ricavare la *valenza generale* delle scusanti.

Poiché, però, è il principio di colpevolezza a determinare il contenuto minimo della relativa categoria dogmatica, assorbita l'*inesigibilità* nel dettato dell'art. 27, comma 1, Cost., si avrebbe quale conseguenza che il suo riflesso positivo, cioè a dire, l'*esigibilità* del comportamento conforme sarebbe oggi da intendere come *elemento costitutivo* della colpevolezza, come parte integrante della sua struttura.

All'uopo torna particolarmente utile la distinzione tra *limiti negativi* autentici e (meri) *rovesci negativi di altrettanti elementi positivi*, teorizzata da illustre dottrina a proposito, giustappunto, del giudizio di colpevolezza[21]. Il *limite negativo* di una determinata categoria giuridica non presenta, per così dire, alcun "referente" all'interno della struttura portante della stessa ma si limita ad incidere dal di fuori attraverso una serie di ipotesi rigidamente tipizzate. Ogni *elemento costitutivo* produce, al contrario, un corrispettivo risvolto negativo, la cui tipizzazione, a ben vedere, non dovrebbe occorrere, se non a fini *esemplificativi*.

Volendo riportare il principio all'ambito di nostro interesse, verrebbe da fare l'esempio del rapporto tra *imputabilità* e *cause di esclusione* della stessa. Alla prima, oggi, si riconosce valore propriamente costitutivo rispetto alla colpevolezza (breve: è corretto affermare che il fatto sia colpevole *purché* il soggetto sia capace di intendere e volere; sarebbe, invece, improprio sostenere che vi sia colpevolezza *a meno che* non ricorra un vizio di mente), con il risultato che, volendo fare propria la dicotomia appena abbozzata, le cause di esclusione dell'imputabilità dovrebbero

---

[20] Ecco che si spiega il proliferare di autorevoli commenti che ha fatto seguito alla pronuncia, accolta talora con entusiasmo (tra gli altri, F. Palazzo, *Conviventi* more uxorio *e analogia* in bonam partem*: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *www.sistemapenale.it*, 22.3.2021; R. Bartoli, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi i coniugi*, in *DPP* 2021, 1078 ss.; F. P. Bisceglia, *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 Cp al convivente* more uxorio, in *SP* 2021, 31 ss.), altre volte con non celato scetticismo (S. Fiore, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *AP* 2021, 1 ss.; 1081 ss.; G. Fornasari, *Applicazione*, cit., 1725 ss.).

[21] Il riferimento è a F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 258 ss.: l'Autore, interrogatosi sul tenore costitutivo o meno dei "quattro elementi" del giudizio di colpevolezza, conclude affermativamente in ordine all'imputabilità, ai coefficienti psichici del dolo e della colpa ed alla conoscibilità del precetto penale, ricavando il corollario in forza del quale, a ben vedere, le cause di esclusione dell'imputabilità, così come l'errore sul fatto e quello scusabile sulla legge penale, siano più esattamente da inquadrare alla stregua di risvolti negativi di corrispettivi elementi essenziali della colpevolezza e non già come cause di esclusione in senso proprio (tant'è che se ne parla come di «scusanti improprie»). Da una tale impostazione, non può che derivare la restrizione dello spettro definitorio delle scusanti vere e proprie, limitato a quelle puntuali previsioni normative aventi a fondamento il principio di inesigibilità, poiché l'accertamento della sussistenza di eventuali cause di esclusione dell'imputabilità o del dolo e della colpa oppure, ancora, della conoscibilità della norma incriminatrice sarebbe contestuale alla constatazione, in positivo, dei corrispettivi elementi costitutivi della colpevolezza.

essere intese come rovesci negativi e *non* come limiti negativi. Come detto, il corollario disciplinare che dovrebbe immediatamente seguire all'inquadramento di un certo elemento in questi termini è quello della *atipicità*. Il rovescio negativo si atteggia sostanzialmente come atipico, poiché altro non è se non il lato in ombra di un corrispettivo costitutivo. E, in effetti, sebbene non vi sia ancora pieno accordo sulla natura tassativa o meno delle ipotesi di non imputabilità,[22] è certo che sia in corso da tempo una tendenza all'*interpretazione sostanzialistica* dell'art. 85 Cp, incentrata sulla convinzione che a rilevare sia, in definitiva, non il tipo di *deficit* ma l'influenza che esso concretamente esercita sulla capacità di intendere e volere dell'imputato.

A proposito della nostra tematica, non pare che le premesse sistemiche poste dal Giudice di legittimità possano condurre ad una soluzione differente: in conseguenza del nuovo approccio, non l'assenza di scusanti ma, in positivo, la esigibilità del comportamento si troverebbe ad occupare uno spazio autonomo nel giudizio di colpevolezza, al pari di quanto accade per il dolo e la colpa, per l'imputabilità oppure per la conoscibilità della legge penale, mentre l'inesigibilità finirebbe per essere degradata al livello di mero rovescio negativo. Vincolato sarebbe, allora, il precipitato: data l'indeterminatezza delle scusanti, spetterebbe al giudice il compito di sindacare sulla *esigibilità* della volontà doverosa nella fattispecie concreta e, eventualmente, procedere con formula liberatoria ove non riscontrata. Tra l'altro, la conferma che questo sarebbe l'effetto qualora si elevassero a sistema le conclusioni delle Sezioni Unite può trarsi dalla stessa sentenza, che, una volta formulato il principio, subito si adopera nell'enucleare *pro futuro* i canoni all'insegna dei quali verificare la sussistenza della convivenza vera e propria al fine di discernerla da forme relazionali meno stabili e, quindi, non raggiunte dall'interpretazione analogica.

E' bene chiarire che la questione sia da apprezzare su di un piano più teoretico che pratico, perché certo la prassi giurisprudenziale — già piuttosto pigra nell'accertamento del coefficiente psichico del reato — rende fatuo il "timore" di una generalizzata deresponsabilizzazione dei consociati come contraccolpo di una repentina *escalation* nell'applicazione delle scusanti. Eppure, in linea di principio, pare opportuno mettere in guardia dal pregiudizio che una simile costruzione ermeneutica può arrecare al valore della *certezza giuridica*.

Non vi è dubbio, infatti, che il criterio della inesigibilità, nella misura in cui si radica sul presupposto della esistenza di *condizioni anomale concomitanti* all'inverarsi del fatto tipico, conserva in sé margini amplissimi di incertezza, per colmare i quali si rivela imprescindibile l'intervento del legislatore, esclusivo titolare di poteri di bilanciamento tra interessi in conflitto. La valutazione degli influssi psichici rilevanti al punto da escludere (e non soltanto mitigare) la responsabilità penale è attività cui non pare possa essere preposto nessun altro organo costituzionale. Questo, specie in un momento in cui il progresso delle neuroscienze pone l'accento sul fattore di collegamento tra attività neuronale e comportamenti conseguenti, ridimensionando la fiducia positivistica verso la capacità umana di autocontrollo: ove si perorasse la configurabilità di una *causa extra-legale* di inesigibilità e, quindi, la possibilità di prescindere dal contemperamento legislativo degli interessi conflittuali in gioco, il pericolo di uno sconfinamento sarebbe, certo, tangibile.

La certezza del diritto, anche avendo riguardo alle implicazioni che la sua destrutturazione arreca al principio costituzionale di uguaglianza[23], pare, dunque, veicolare verso una prima conclusione:

---

[22] Sul punto, F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., 265.

[23] A tale proposito non pare superfluo rammentare che la Consulta ha già esercitato in passato un controllo di conformità all'art. 3, Cost., *sub specie* della ragionevolezza delle scelte normative, proprio con riferimento all'art. 384, co. 2, Cp, ritenuto costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevedeva il medesimo regime di non punibilità in favore del titolare della facoltà di astensione, allorché ad interrogare fosse la polizia giudiziaria (C. cost.,

non fosse altro che per questa ragione, il principio di inesigibilità è inadatto all'operatività immediata[24]; le scusanti, in quanto limite *negativo* vero e proprio, debbono essere positivizzate entro un elenco *tassativo*.

4. A ben vedere, una volta pervenuti a questo primo approdo, non è ancora risolta la questione (in parte differente) dell'indole generale oppure eccezionale delle scusanti. È, invece, questa seconda la tematica più impellente, non soltanto perché chiave di volta del ragionamento delle Sezioni Unite ma anche perché di maggiore interesse all'interno del dibattito dottrinale.

Tra gli studiosi, infatti, si rivelerebbe insolita la posizione di chi dovesse sostenere la percorribilità dell'ipotesi sovra-legale; può, però, attecchire con maggior successo la tesi della natura non derogatoria delle scusanti, sempre con l'obiettivo di sollecitare una più accurata personalizzazione del giudizio di colpevolezza.

Ora, la tassatività non è requisito esclusivo della fattispecie eccezionali e se corrisponde al vero che rispetto a quest'ultime essa si atteggi come imperativo ineludibile, non si può parimenti trarre dalla (ormai, si ritiene) assodata necessità di tipizzazione il carattere implicitamente eccezionale delle scusanti: l'indagine sul tenore derogatorio o meno delle scusanti abbisogna, allora, di argomenti suoi propri.

Se la riconduzione delle scusanti ad un novero tassativo di casi ha fondamento nella esigenza di contenere la discrezionalità giudiziale e gli esiti incerti che possono derivare dall'attribuire all'interprete la selezione di quei turbamenti in grado di scemare, sino al dissolvimento, il rimprovero di colpevolezza, l'eccezionalità si spiega in considerazione dell'anomalo ordine assiologico che il legislatore imprime allorché dà vita ad una causa di esclusione della colpevolezza di questo tipo.

Come detto, nel meccanismo scusante, vi è implicita la consapevolezza che la norma giuridica non sempre motivi il destinatario, persuaso all'azione o all'omissione da interessi subiettivi rivelatisi concretamente prevalenti su quello giuridico protetto, e che, tuttavia, su talune oggettive trasgressioni del precetto possa appuntarsi la comprensione dell'ordinamento. Una tale *logica clemenziale*, propria di uno Stato che si fa paterno più che paternalistico, presuppone che il motivo

---

27.12.1996 n. 416, in *RGP* 1998, 78), precisando come, sebbene l'ordinamento non contempli una fattispecie penale *ad hoc* per le false informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, la condotta potrebbe comunque integrare gli estremi del favoreggiamento personale (art. 378 Cp). E' del tutto evidente che quanto più l'inesigibilità devia da un modello strettamente legale tanto più si restringe un tale potere di controllo da parte della Corte Costituzionale. Per una più ampia panoramica sulle questioni di legittimità costituzionale cui è andato incontro l'art. 384, co 2, Cp, G. L. Perdonò, *Casi di non punibilità*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di V. Maiello, Napoli 2015, 928 ss.; N. Pisani, *Casi di non punibilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, Torino 2016, 611 ss.

[24] E' l'ambiguità su questo aspetto a rappresentare il *punctum dolens* nel ragionamento delle Sezioni Unite, poiché alla base dell'interpretazione analogica, pur nel contesto di una motivazione assai articolata, pare essersi posto proprio il fondamento costituzionale dell'inesigibilità e il conseguente impiego diretto del principio. Di questo stesso avviso, S. Fiore, *Non aspettare più Godot*., cit., 14 ss., il quale, in risposta a F. Palazzo, *Conviventi*, cit., secondo cui l'operazione analogica sarebbe «a rime obbligate» data la piena assimilabilità tra l'ipotesi già disciplina dall'art. 384 Cp e quella non positivizzata, rinviene nella ritenuta sinergia tra inesigibilità e principio generale della responsabilità colpevole il pericolo di «una china potenzialmente ripida, in grado di condurre senza controllo (e senza freni) verso una gestione giudiziale di tipo ultralegale della esigibilità non come componente strutturale del giudizio di colpevolezza individuale, ma come leva per spostare i confini della tutela che il legislatore assicura ai beni giuridici»; mentre dovrebbe spettare, appunto, al legislatore «selezionare le tipologie di conflitto interiore o di doveri oppure i casi meritevoli di "compassione" ai quali viene attribuito – in ragione del "grado" della loro incidenza sulla motivazione dell'agente, presumibile sulla base di un giudizio generalizzante del loro significato – l'attitudine a disattivare (in generale) la pretesa normativa».

personale fonte del turbamento sia, indubbiamente, non disapprovato ma spesso financo approvato dall'ordinamento. Soltanto a questa condizione potrà ammettersi, nel conflitto tra gli interessi in campo, la priorità di una spinta egoistica ampiamente *sproporzionata* rispetto ai valori (spesso anche costituzionali e collettivi) tutelati dalla norma incriminatrice.

È condivisibile, dunque, la tripartizione articolata dalle stesse Sezioni Unite tra *cause di non punibilità in senso stretto*, *scusanti* e *scriminanti*, laddove si rintraccia il profilo differenziale tra le prime nella sussistenza o meno di valutazioni di mera opportunità, esterne alla sfera soggettiva del reo, mentre, quanto alle ultime due, viene in considerazione come elemento distintivo la sussistenza, soltanto per le cause di giustificazione, di una attività di bilanciamento tra valori.[25] Eppure, si ritiene che proprio da un tale costrutto dogmatico debba essere ricavata (o, piuttosto, essere ribadita) la natura *eccezionale* delle cause scusanti.

Con riguardo a queste ultime, infatti, quel sindacato di *concreta* proporzionalità tra i beni giuridici in raffronto, che stigmatizza la dinamica delle cause di giustificazione, manca del tutto. In altri termini, al cospetto della fattispecie concreta, ove si ponga il problema della inesigibilità, alcuna valutazione dovrà essere compiuta in ordine alla *proporzione* tra il pregiudizio arrecato dalla condotta tipica e quello che l'autore avrebbe subìto laddove si fosse lasciato motivare dalla norma, giacché il legislatore ha preventivamente accolto il rischio della lesione e, ciò nonostante, ha ritratto il proprio potere repressivo.

L'eccezionalità delle scusanti parrebbe, allora, risiedere non tanto nella stravaganza della situazione tipica che ne legittimità l'operatività, poiché si potrebbe arrivare a sostenere che ogni o quasi tutti gli illeciti penali siano mossi da fattori psichici perturbanti (anche il fine di profitto che anima il ladro o il corrotto, in un certo senso, lo è), quanto nel *rilievo assiologico* che l'ordinamento intende accordare all'interesse soggettivo concretamente dominante: sarebbe altrimenti inspiegabile la rinunzia ad una *regola di proporzione*.

Queste considerazioni sembrano trovare conforto nelle ipotesi, ritenute tradizionalmente scusanti, degli artt. 384 e 599 Cp. Quanto alla prima norma, chiara è l'intenzione di risparmiare all'autore del fatto tipico il patema d'animo instillato dall'alternativa tra il preservare la libertà personale e l'onore del prossimo congiunto, all'insegna della presunzione che alla formalità del rapporto corrisponda una componente autenticamente affettiva, e i doveri di collaborazione con la giustizia. L'interesse soggettivo che scusa è, dunque, quello alla protezione della famiglia, valore non soltanto compreso dall'ordinamento ma espressamente apprezzato, anche, nella sua dimensione sociale (art. 29 Cost.).

Conclusioni non dissimili possono formularsi a proposito della causa di non punibilità concepita in favore di colui che reagisce mediante espressioni diffamanti al fatto ingiusto altrui e nelle immediatezze dello stesso (art. 599 Cp). E' sufficiente riflettere sul fatto che il Codice, nella sua versione originaria, contemplasse il delitto di onore (art. 587 Cp) per prendere consapevolezza del peso che quel bene giuridico rivestisse nell'assetto assiologico del legislatore storico. Oggi, l'onore e la reputazione hanno con tutta evidenza assunto una posizione più defilata nel *parterre* dei valori:

[25] Sul punto, ancora immutate nel loro valore suonano le parole di M. Romano, *Cause di giustificazione*, cit., 60 ss.: «Quanto alle cause di giustificazione, il loro dominio è notoriamente quello di un bilanciamento di interessi: schematizzando, da una parte la lesione del bene tutelato, dall'altra parte un altro bene di maggior pregio secondo l'ordinamento»; «per la cause di esclusione della colpevolezza (…), l'ordinamento mostra di tenere in speciale conto i riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere». Infine, con riferimento alle cause di non punibilità in senso stretto «così come avviene normalmente con le condizioni obiettive di punibilità, l'assenza di reazione da parte dell'ordinamento si spiega alla stregua di interessi esterni alla "meritevolezza della pena"». Quindi, concludendo: «le prime rendono lecito un fatto tipico, le seconde rendono non colpevole un fatto tipico e antigiuridico, le terze rendono non punibile un fatto tipico, antigiuridico e colpevole».

prova ne sia la depenalizzazione dell'ingiuria oppure la minore indulgenza con cui il diritto vivente guarda all'azione aggressiva (benché di difesa) intentata dal soggetto che avrebbe potuto fuggire a fronte del pericolo attuale di un'offesa ingiusta. Ciò nonostante, l'inflessibile e poderosa curva di procedimenti aventi ad oggetto il reato di diffamazione, così come la tendenza giurisprudenziale ad ampliare le maglie del fatto tipico di cui all'art. 595 Cp,[26] lasciano intuire che, ad ogni modo, un tale bene giuridico venga ancora percepito, apprezzato e protetto dall'ordinamento in positivo piuttosto che in una accezione meramente negativa (cioè, come *non* disapprovazione).

Se pure con tinte più tenui, è possibile riproporre il ragionamento anche sul versante della responsabilità colposa. Come è stato autorevolmente sostenuto, la colpa costituisce la «sede privilegiata del discorso sull'inesigibilità»[27], poiché, in effetti, quando il reato esprime le esigenze solidaristiche e di responsabilizzazione tipiche di una società tecnologicamente avanzata (e quindi densa di attività pericolose) e specializzata nelle competenze individuali (e quindi sorretta da vincoli di reciproca fiducia tra i consociati), implicanti, non la mera astensione, ma l'attivazione diretta dell'interessato in conformità alla cautela, maggiore è la rilevanza che può riconoscersi a quelle circostanze concrete che hanno ostacolato la sussunzione del processo motivazionale reale in quello astratto. In un tale appunto, v'è senz'altro del vero; eppure, non pare che si possa ricavare *sic et simpliciter* la possibilità di sottoporre le scusanti all'analogia.

Tenendo distinti i piani, è sentita e cogente l'istanza di costruire la responsabilità colposa su un modello di colpevolezza autentico, cui fa da corollario la sacrosanta aspirazione dottrinale a superare la prassi giurisprudenziale della *oggettivizzazione della colpa* (breve: dove vi è inosservanza del dovere di diligenza, là vi è colpa); da qui, tuttavia, non può discendere come risultato implicito l'abolizione, quanto all'inesigibilità, della componente di eccezionalità. L'inesigibilità, detto altrimenti, nella logica clemenziale che le è propria, travalica ciò che non è prevedibile ed evitabile e si innesta su ciò che, pur potendo essere evitato dall'agente modello che opera nelle medesime condizioni, non è pretendibile che lo sia da quello concreto data l'eccezionalità della situazione di fatto e il rilievo degli interessi giuridici in gioco. Si tratta, però, ancora una volta di questione valutativa (dunque, normativa), non relegabile alla dimensione puramente psicologica. [28]

---

[26] Come è noto, la giurisprudenza di legittimità, ai fini della integrazione del fatto tipico di diffamazione, da tempo esclude che vi sia la necessità di nominare espressamente il destinatario dell'offesa nell'onore allorché mediante gli elementi della fattispecie concreta (anche il mero riferimento ad una categoria di appartenenza) se ne possa desumere *per relationem* l'identità e, inoltre, ammette che soggetto passivo del reato di specie possa essere anche un ente collettivo: l'attitudine all'estensione è, dunque, palese. Così, tra le altre, Cass. 08.10.2021 n. 1059, in *CEDCass*, m. 282468; Cass. 21.10.2014 n. 2784, in *CEDCass*., m. 262681.

[27] Così, G. Fornasari, *Il principio*, cit., 320 ss., che ne enfatizza la natura essenzialmente *normativa*.

[28] La condanna verso la prassi di mascherare sotto il velo dell'imputazione colposa ipotesi di responsabilità oggettiva è unanimemente pronunciata dalla dottrina (per tutti, F. Mantovani, *Diritto*, cit., 370); altro, ed enorme, tema è quello su quali debbano essere le modalità di concretizzazione di un tale intento di dare vita ad una colpa dal contenuto autenticamente personale, ovverosia, su quale parametro possa soppesarsi la c.d. *misura soggettiva* della colpa. Su questo secondo fronte, premesso l'elevato grado di differenziazione interna tra le posizioni dottrinali, le soluzioni paiono spingersi lungo due direttrici fondamentali. Vi è una porzione maggioritaria tra gli studiosi che affina il giudizio di colpevolezza riducendo il differenziale tra il canone dell'agente modello e l'autore del fatto tipico concretamente verificatosi, cioè, facendo permeare nel primo anche talune emergenze della fattispecie materiale. Infatti, la figura-modello, nella colpa generica, opera in due distinti momenti: prima, al fine di individuare il dovere di diligenza; poi, per misurare l'evitabilità soggettiva (F. Palazzo, *Corso*, cit., 440 ss.). In questo suo secondo segmento, tuttavia, essa non viene enucleata con la medesima astrattezza della prima volta (sempre F. Palazzo, *Corso*, cit., 440 ss.; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 397 ss., che propone più radicalmente di rinunciare al criterio dell'*homo eiusdem* nel momento oggettivo, sostituendolo con quello della migliore scienza ed esperienza) e, anzi, occorre che "aggallino" alcune «caratteristiche fisiche ed intellettuali

Prova ne sia la causa di esclusione della colpevolezza, recentemente introdotta all'art. 55, comma 2, Cp e prevista in favore di colui che, a tutela della incolumità propria o altrui, *ecceda colposamente* i limiti della legittima difesa domiciliare, avendo però agito in stato di *grave turbamento* dovuto alle condizioni di incombente pericolo ovvero in stato di minorata difesa. [29] La condizione di alterazione psichica, come risulta limpidamente dal dato testuale, non assume *tout court* valenza scusante ogni qualvolta si creino i presupposti materiali per l'operatività di una scriminante; al contrario, il legislatore ha inteso confinare l'esenzione da responsabilità alla ristretta ipotesi dell'art. 52, commi 2, 3, 4, Cp, a condizione che, peraltro, vengano in evidenza beni giuridici dalla natura altamente personale.

In questo ordine logico, sembra porsi anche quella causa di esclusione della colpevolezza a regime transitorio introdotta con l'art. 3 *bis* della legge n. 76 del 28 maggio 2021, in sede di conversione del d. l. n. 44 del 2021 in materia di misure urgenti per il contenimento della pandemia da SARS-CoV-2. La legislazione d'urgenza ha previsto che gli eventi lesivi e mortali colposamente causati dal personale sanitario durante il periodo dell'emergenza possano essere imputati soltanto per colpa grave, avendo riguardo, nel misurare l'entità del coefficiente psichico, "*della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado*

---

dell'agente concreto» (C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *ED*, *Annali X*, 2017, 243 ss.) ma non tutte, se non a costo di rinunciare a monte alla stessa possibilità di formulare un giudizio di colpevolezza per il fatto colposo (T. Padovani, *Diritto*, cit., 264; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*[3], I, Milano 2004, 468). Punto fermo in un tale processo di relativa materializzazione dell'agente modello è, in primo luogo, la necessità di considerare i diversi gradi di specializzazione interni alla disciplina di appartenenza (è valido il classico esempio del discrimine che intercorre, in termini di prevedibilità/evitabilità, tra il cattedratico ed il medico specializzando, peraltro con il limite della c.d. colpa per assunzione), in secondo luogo, la ininfluenza di mere inclinazioni caratteriali; maggiori dissonanze, invece, possono sorgere quanto alla rilevanza di condizioni contingenti altre, transeunti e difficilmente standardizzabili. Sul punto, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 365 ss.; Id., *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, 2218 ss., a commento di Cass. 8.10.2021 n. 1096. Si contrappone un secondo indirizzo, teso a valorizzare la colpevolezza come possibilità di esigere esattamente da quell'agente concreto il comportamento conforme e, quindi, a declinare il proposito di personalizzazione sul piano delle scusanti, che finirebbero così per avere una vocazione non soltanto generale ma persino atipica. In tal senso, espressamente, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 152 ss., che conseguentemente ammette l'operatività giudiziale delle scusanti in quanto *regole di giudizio* non del tutto codificabili; allo stesso modo, seppur meno categoricamente, G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2021, 21 ss. La problematica sullo sfondo resta sempre quella di «non oggettivare (la colpa) fino a renderla un concetto astratto e nel non soggettivizzarla fino a rendere scusabile ogni violazione della regola cautelare»; così, M. Grotto, *Principio*, cit., 338.

[29] Infatti, alla norma di specie, introdotta dalla L. n. 36 del 2019, viene generalmente riconosciuta natura scusante. Così, D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 342 ss.; D. Piva, *Oggettivo e soggettivo nell'eccesso di difesa per "grave turbamento"*, in *DPP* 2020, 656 ss.; Id. *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 255 ss.; F. Bacco, *Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 7.5.2019, 53, il quale, pur contestando la previsione in punto di chiarezza, ritiene che «lo stato di alterazione motivazionale comporti un'inesigibilità che appare ragionevole dal punto di vista empirico-fattuale, e che, soprattutto, è giustificata sul piano dei valori in gioco e del messaggio general-preventivo.»; G. L. Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*. *Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa"*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 1.4.2019, 1 ss., che palesa il timore di meccanismi presuntivi nel ritenere la condizione di minorata difesa dell'aggredito ed esorta a restringe la rilevanza scusante del *grave turbamento psichico* ai casi in cui quest'ultimo sia davvero il risultato della situazione di pericolo e determini, sul piano eziologico, l'eccesso di difesa.

di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza".

La *ratio* della previsione sembra a tutti gli effetti riconducibile a quella delle scusanti: si vuole assegnare rilevanza all'incidenza che talune circostanze anomale concomitanti possono avere avuto in rapporto al comportamento offensivo. Ora, che la sua *opportunità* intinga in una serie di interessi giuridici comuni e di primo rilievo, soppesati con quello individuale nella titolarità della vittima e sunteggiabili nella presa d'atto, eminentemente "politica", che, in costanza degli eventi lesivi in argomento, il personale sanitario fosse complessivamente ed eccezionalmente impegnato sul fronte della salute pubblica (art. 32, comma 1, Cost.) è cosa che non può sfuggire ad alcuno.[30]

Dunque, ad un primo bilancio, pare che la fisionomia dell'inesigibilità possa essere tratteggiata nei seguenti termini: essa consiste in un «principio regolativo»[31] non *stricto sensu* fondante la categoria della colpevolezza ma in grado di contrassegnarla come *limite negativo*; abbisogna per ciò stesso di essere tipizzata entro specifiche scusanti, che descrivano precipuamente le concause materiali e, di conseguenza, psichiche, in grado di rendere recessiva la volontà doverosa, con la tolleranza dell'ordinamento giuridico; le scusanti si connotano di eccezionalità poiché consentono che un fattore perturbante soggettivo possa inibire del tutto il divieto o il comando della legge penale, a detrimento di altri interessi giuridici collettivi o personali ma comunque aggrediti; il che è ammissibile soltanto se a motivo della contingente alterazione psichica sia sotteso un bene, a sua volta, meritevole di tutela.[32] A tutto concedere, quand'anche non si volesse accogliere l'assunto della eccezionalità delle scusanti, osterebbe all'interpretazione analogica il *carattere tassativo* delle stesse, imposto da esigenze impellenti di certezza del diritto, tali da fare intendere le presunte lacune come scelte intenzionali del legislatore.

5. Una lettura dell'inesigibilità in questi termini restrittivi (ma conformi all'elaborazione "classica" dell'istituto) non si pone quale ostacolo insormontabile rispetto all'avvertita esigenza di una più puntuale conformazione del rimprovero alla personalità del reo. In primo luogo, perché argomentare sul carattere eccezionale delle scusanti non implica in via immediata il disincentivo, *de iure condendo*, verso nuove ipotesi di non colpevolezza, che, anzi, sarebbero benvenute a fronte di situazioni di irresistibile conflitto interiore assimilabili a quelle già esistenti (ciò, specie nell'ambito della responsabilità colposa).

In secondo luogo, si ritiene che su altri piani possa essere perseguito l'obiettivo di valorizzazione di eventuali condizionamenti psichici che abbiano indotto l'agente a concretare il fatto tipico.

Ad esempio, molto si può ancora fare (specialmente nella prassi giudiziaria) sul fronte dell'imputabilità. Si è già accennato come, almeno in teoria, il concetto di *infermità di mente* sia andato incontro ad una evoluzione in senso sostanzialistico. Di talché, l'originaria nozione

---

[30] Sulla qualificazione giuridica della norma "di emergenza", M. Caputo, *Il* puzzle *della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1171 ss.; C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *sistemapenale.it*, 1.6.2021, 1 ss.

[31] G. Fornasari, *Il principio*, cit., 300 ss.

[32] Di questo avviso, in definitiva, F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., secondo cui sarebbe d'ostacolo alla descrizione della esigibilità in termini positivi (breve: elemento costitutivo della colpevolezza rispetto al quale le scusanti si atteggiano in veste di rovesci negativi ed atipici) il «congenito *deficit* di precisione» della nozione di anomalìa delle circostanze concomitanti, che, se non regolato, produrrebbe conseguenze difficilmente sormontabili in punto di parità di trattamento tra gli imputati nonché sul piano della controllabilità della decisione giudiziale in sede di impugnazione: «il giudice d'appello potrebbe tutt'al più sostituire la propria valutazione a quella del giudice di prime cure, senza peraltro poter affermare in alcun modo che la decisione di quest'ultimo sia erronea dal punto di vista dell'applicazione del diritto».

codicistica di *vizio di mente*, severamente coincidente con il novero delle malattie neuronali e clinicamente inquadrate (c.d. indirizzo medico-nosografico), è stata dilatata sino a ricomprendervi i disturbi della personalità, i quali suppongono non già l'alterazione organica quanto la persistente ed inflessibile esacerbazione di alcuni tratti della personalità.[33]

Non v'è chi non veda come talune condotte condizionate dal turbamento psichico, solo apparentemente riconducibili a delle reazioni *emotive* o *passionali*, possano costituire, in realtà, la manifestazione estrinseca di un disturbo più profondo[34] e, quindi, il potenziale che l'apertura, prima dottrinale e poi giurisprudenziale, in materia di imputabilità può rappresentare ove applicata a questi episodi (si pensi, ad esempio, alle c.d. reazioni a cortocircuito). Eppure, la "vita" dei tribunali, da questo punto di vista, non lascia intravedere particolari sviluppi e pare, anzi, ancora indugiare su coordinate ermeneutiche precedenti alle Sezioni Unite Raso.

Non solo. Sulla scorta delle neuroscienze,[35] parte della dottrina comincia a dubitare che l'art. 90 Cp, quanto meno nel suo stentoreo contenuto attuale, possa ancora reggere alla prova del tempo.[36]

---

[33] Il cambio di passo in giurisprudenza è stato segnato dalle Sezioni Unite c.d. Raso (Cass. S. U. 25.1.2005 n. 9163, in *CP* 2005, 1874, con nota di G. Fidelbo, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*), dalla cui motivazione, piuttosto che dal più ristretto principio di diritto formulato in conclusione, emerge con una certa evidenza una tale istanza sostanzialistica, specie allorché si valorizzano quelle pronunce delle Sezioni semplici che mostrano di apprezzare «non tanto la rigida classificabilità del disturbo psichico in una specifica categoria nosografica, quanto, invece, la sua attitudine ad incidere, effettivamente e nel caso concreto, nella misura e nei termini voluti dalla norma, sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente». A commento della menzionata sentenza e, più in generale, sul mutamento del diritto vivente rispetto al paradigma codicistico in tema di imputabilità, si vedano: P. Rivello, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in *CP* 2018, 422 ss.; U. Fornari, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *CP* 2006, 274 ss.; M. T. Collica, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità*, in *RIDPP* 2005, 420 ss.; M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *DPP* 2005, 859; A. Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *RIDPP* 2005, 276.

[34] Sul rapporto tra manifestazione impulsive (apparentemente) estemporanee e stato patologico latente, M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano 2012, 47 ss., secondo cui il dettato perentorio dell'art. 90 Cp sarebbe da ridimensionare perché riferito, in realtà, soltanto agli stati emotivi e passionali «in sé e per sé considerati»; così anche B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 231.

[35] Oltre ai contributi menzionati *supra*, con specifico riguardo all'incidenza delle neuroscienze sull'imputabilità, M. B. Magro, *La mente sana e la mente alterata. Uno studio neuroscientifico sulla capacità di intendere e di volere e sul vizio di mente*, in *archiviopenale.it*, 2019, 1 ss.; L. Rizzo, *Gli stati emotivi o passionali e i disturbi della personalità come causa di esclusione della capacità di intendere e di volere*, in *RP* 2014, 348 ss.; M. Di Florio, *Imputabilità e neuroscienze: brevi considerazioni con particolare riferimento alla ludopatia*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 26.9.2019, 1 ss.; con sguardo più critico e meno entusiasta, M. T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* 20.2.2018, 1 ss.; M. Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Crim*. 2008, 325 ss.

[36] Invero, perplessità non sono mancate nemmeno alle origini della norma di specie e nel corso dei lavori parlamentari, come si può leggere in: E. Musumeci, *Emozioni, crimine e giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015, 82 ss.; F.S. Fortuna, *Gli stati emotivi e passionali. Le radici storiche della questione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli 2010, 347 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino 1997, 15 ss.. Più di recente, in senso critico: G. De Francesco, *Diritto*, cit., 400; F. Palazzo, *Corso*, cit., 417 ss., che, tuttavia, in chiave sistematica riduce la effettiva categoricità della preclusione già nella sua portata odierna; T. Padovani, *Diritto*, cit., 240, che però parrebbe cogliere un profilo di incompatibilità della disposizioni soltanto con riferimento a quegli impulsi che inducono alla passività (emozioni asteniche), in potenza influenti rispetto a forme di responsabilità omissiva e colposa; M. Romano, G. Grasso, *Commentario*, cit., 48 ss., che ravvisano nell'art. 90 Cp una norma che, derogando al principio dell'art. 85, Cp, nega d'imperio «il rilievo di un'eventuale incapacità di intendere e volere prodotta al momento del fatto da uno stato emotivo o passionale di particolare intensità anche non colpevolmente causato(si) dal soggetto.» e, *de iure condendo*, ne propongono una modifica estensiva, tale da rendere rilevante ai fini dell'imputabilità ogni forma di *perturbamento profondo della coscienza*; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 137 ss.; M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *RIDPP* 2001, 850 ss., in cui si riferisce anche della proposta di intervento avanzata sul punto

La norma, come è noto, esprime istanze di general-prevenzione tali da escludere perentoriamente che subitanei ottundimenti del *self-control* possano avere una qualche valenza in sede di accertamento della responsabilità penale. La pretesa sottesa è, dunque, quella della inesauribile capacità di autogoverno da parte dei consociati.[37] Senonché, un tale postulato è oggi in via di declino, poiché parrebbe constatato che anche soggetti ordinariamente imputabili, su influsso degli impulsi ed in contesti di particolare concitamento, possano vedere compromessa la propria capacità di volere e, cioè, la seria ed effettiva possibilità di valutare liberamente la percorribilità di un'azione alternativa rispetto a quella tipica concretamente intrapresa. Ora, una volta premessa la necessità di conseguire il più elevato grado di attendibilità scientifica con riguardo a delle tesi così impattanti se declinate nella prassi, non pare in dubbio che, a fronte di una reazione, sì, emotiva ma invincibile per la volontà, un passo ulteriore nella teoria dell'imputabilità possa essere quello di ridimensionare l'imperativo dell'art. 90 Cp.[38]

6. La compenetrazione tra *inesigibilità* e *principio di colpevolezza* sostenuta dalle Sezioni Unite Fialova conduce ad un risultato pratico, quello della estensione della non punibilità al convivente *more uxorio*, assai ragionevole e, dunque, per ciò stesso in grado di compensare le obiezioni eccepibili in punto di diritto. Che la istituzionalizzazione di un rapporto interpersonale non sia garanzia di un condizionamento psichico più intenso di quello che può provare chi coltiva la dimensione affettiva al di fuori delle forme del diritto è, infatti, cosa evidente al punto da non meritare ulteriori approfondimenti. Tuttavia, mutando angolo prospettico e, cioè, prendendo in esame altri paradigmi operativi della inesigibilità, l'assennatezza "autoportante" del principio formulato dalla recente giurisprudenza non sembra conservare la medesima solidità.

È sufficiente, ad esempio, riflettere sugli effetti preterintenzionali che possono derivare sull'ordinamento una volta generalizzato il principio del *nemo tenetur se detegere* sostanziale per effetto della (ormai) legittimata interpretazione analogica dell'art. 384 Cp. Ritenuta la portata generale della scusante, infatti, non è agevole sostenere la necessità di preservare una selezione interna mediante argomenti giuridicamente convincenti, che vadano oltre l'incerto richiamo ai canoni dell'equità, della giustizia sostanziale e della ragionevolezza. Pare, anzi, che il rigore giuridico si spinga nel senso contrario (specie, se dovesse trovare conferma il sostrato costituzionale dell'inesigibilità) e, cioè, in quello della configurabilità della estensione analogica

---

dalla c.d. Commissione Grosso; F. Cenderelli, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza e di imputabilità*, in *RIDPP* 1975, 1336 ss.; M. Mazzanti, *Stati emotivi e passionali*, in *NN.D.I.*, XVIII, Torino 1977, 215.

[37] Sulla *ratio* politico-criminale della norma, F. Ferracuti, C. Giarrizzo, *Stati emotivi e passionali*, *EG*, XLIII, 1990, 661 ss., in cui si stigmatizza come, in realtà, il rigorismo normativo trovi nel prosieguo del codice più occasioni di temperamento, così ad esempio nell'art. 62, co. 1, n. 2) e n. 3) e nella fattispecie di cui all'art. 578, Cp; F. Mantovani, *Diritto*, cit., 733, che parla di originaria *funzione pedagogica*, atta a «stimolare il dominio della volontà sulle proprie azioni e passioni».

[38] Più radicalmente, nel senso della abrogazione, D. Piva, *Le componenti*, cit., 86 ss., il quale definisce perentoriamente l'art. 90, Cp come «norma tautologica di sbarramento che, nella sua indeterminatezza, si autolegittima moltiplicando i suoi effetti dal piano dell'imputabilità a quello della colpevolezza, nell'ambito di un procedimento a catena che conduce ad un'ascrizione della responsabilità secondo logiche più formali che sostanziali, in quanto indirizzate all'osservanza di una regola piuttosto che a un'adeguata considerazione dei contenuti strutturali dell'imputazione». Degno di nota è, inoltre, nell'ambito di una trattazione complessivamente volta alla valorizzazione delle «componenti impulsive», il posto riservato alla c.d. pre-colpevolezza quale strumento correttivo in grado di abilitare il rimprovero dell'ordinamento nei casi in cui l'azione, senz'altro non voluta al momento della commissione, si sarebbe potuta evitare mediante l'esercizio preventivo di un potere di autocontrollo e di inibizione da parte dello stesso autore (la proposta parrebbe, quindi, quella di una estensione della dinamica già propria della *ubriachezza preordinata* di cui all'art. 92, co. 2, Cp).

della norma in tutte le sue direzioni: a) sul piano *oggettivo*, oltre che su quello *soggettivo* già preso in espressa considerazione dal giudice di legittimità; b) nella parte in cui si rivolge all'autore del reato presupposto, oltre che in quella riferita ai prossimi congiunti. Da qui, il rischio di un rafforzamento del *nemo tenetur* nel suo profilo sostanziale, perché declinazione dell'inesigibilità, a sua volta corollario del principio di colpevolezza.

Ad onore del vero, a tentativi di ampliamento della sfera di non punibilità in nome del divieto di autoincriminazione si è già assistito in passato, sebbene siano rimasti ristretti ad un indirizzo minoritario tanto della giurisprudenza quanto della dottrina. In particolare, propizie all'occasione si sono rivelate quelle poche sentenze che, sul finire degli anni Ottanta, enfatizzando il nesso di funzionalità che vi può essere tra le *false comunicazioni sociali* di cui all'art. 2621 Cc e il proposito di occultare gli illeciti commessi nel periodo di bilancio cui le stesse si riferiscono, hanno ammesso l'idoneità operativa del principio oltre gli "angusti" margini dell'art. 384 Cp.[39] L'*input* di origine giurisprudenziale è stato subito colto e inquadrato in termini dogmaticamente più stabili da talune voci dottrinali, giunte persino a concludere che il divieto di autoincriminazione sia tipizzato nella disposizione di parte speciale soltanto in via esemplificativa ma costituisca, in realtà, un *limite logico* dell'ordinamento[40].

Più analiticamente, il primo ostacolo che si delinea dinanzi alla dottrina in commento è rappresentato dalla c.d. *aggravante teleologica* dell'art. 61, n. 2, Cp, rispetto alla quale la causa di non punibilità dell'art. 384 Cp è stata tradizionalmente ritenuta alla stregua di una *ipotesi speciale*, perché circoscritta nel novero dei soggetti e in quello dei reati ma avente in comune con la norma di parte generale l'elemento psicologico nonché il fine prefisso dal reo[41]. In entrambi i casi, infatti, l'autore di un illecito pregresso trasgredisce una seconda volta la legge penale perché sospinto al nuovo crimine dal naturale e comune istinto a preservare la libertà personale; eppure, nonostante l'analogia delle fattispecie materiali, le conseguenze giuridiche non potrebbero essere più divergenti. Nel primo caso non soltanto la responsabilità penale non è esclusa ma subisce persino un aggravamento; nel secondo, la sanzione penale è preclusa *ab origine*. Ora, un tale inquadramento dei rapporti viene da taluno scardinato tramite l'affermazione di un nuovo rapporto di autonomia tra le due disposizioni, che dovrebbero essere riferite a situazioni non perfettamente omogenee. Infatti, la condotta di autoconservazione, nel caso dell'aggravante teleologica, rimarrebbe comunque espressione di una scelta liberamente assunta dall'autore, mentre, al cospetto della scusante, sarebbe imposta dalle circostanze di maggiore costrizione, tali da porre l'agente di fronte all'alternativa secca tra la realizzazione del fatto tipico e il pregiudizio per la libertà personale.

Una volta affrancato il *nemo tenetur* sostanziale dal vincolo di specialità che ne impedisce la libera applicazione, si osserva come l'art. 384 Cp ricomprenda al suo interno anche ipotesi delittuose che si consumano in un contesto *non* strettamente processuale ed anzi *extra-processuale*; il che sarebbe indicativo di una ambizione ordinamentale a tenere in considerazione l'«impulso psicologico di autodifesa» in via generale, a prescindere dal collegamento con la vicenda procedimentale. Da qui, con l'ulteriore ausilio argomentativo del fondamento costituzionale del diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), la tesi della non punibilità di tutte le fattispecie incentrata su degli obblighi di dichiarazione veridica (comprese le false comunicazioni sociali di cui all'art.

---

[39] Si veda, Cass. 21.1.1987, Musselli, in *CP* 1988, 379, in cui viene sostenuto che «nessuno può essere obbligato a fornire, attraverso la scritturazione nei libri sociali, prove a suo carico di reati commessi».

[40] La tesi è stata sostenuta, anche, con i corollari che si vedranno appresso da M. Zanotti, Nemo, cit., 175 ss.

[41] Per tutti, G. M. Flick, *L'esimente speciale dell'art. 384, co. 1, Cp e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 Cp nel delitto di falsa testimonianza*, in *RIDPP* 1964, 223.

2621 Cc) allorché il reo le commetta con il precipuo intento di tenere celati comportamenti offensivi pregressi. *Ad abundantiam*, viene anche invocato il principio di uguaglianza, che sarebbe pregiudicato se si desse la stura alla differenziazione nel trattamento tra soggetti, ugualmente mossi dalla fisiologica propensione auto-conservativa, a seconda che l'illecito a scenario extraprocessuale rientri o meno tra quelli menzionati dall'art. 384 Cp.

Breve: il principio del *nemo tenetur* si riverbererebbe sul piano sostanziale come divieto di imporre al reo obblighi di collaborazione veridica: egli, chiamato a rendere dichiarazioni dalle quali potrebbero affiorare profili autoincriminanti, potrà tacere o potrà mentire, anticipando l'esercizio del diritto di difesa ad una fase antecedente a quella schiettamente procedimentale.

La posizione ermeneutica di specie, come accennato, non ha mai incontrato il favore né della giurisprudenza né della dottrina maggioritarie. Quest'ultima, anzi, si è prodigata nell'evidenziarne l'incongruenza teoretica e le storture pratiche.

In primo luogo, infruttuoso si rivela lo sforzo di ricostruire la scusante in termini strutturalmente autonomi rispetto all'aggravante comune dell'art. 61, n. 2, Cp, poiché le due previsioni condividono il *fondamento psicologico* e la stessa evoluzione materiale: va, dunque, ribadita la sussistenza di un *rapporto di specialità*. La ragioni di un regime disciplinare così divergente vanno, allora, ricercate altrove e, più precisamente, nella prossimità delle fattispecie delittuose citate dall'art. 384 Cp al bene giuridico del corretto governo dell'attività giudiziaria. Il legislatore, in altri termini, ha ritenuto di assicurare uno spazio di esenzione dalla responsabilità penale non ogniqualvolta l'agente sia posto nel conflitto interiore tra la salvaguardia di sé e l'eventualità di arrecare un pregiudizio ad uno qualsiasi tra gli interessi giuridici protetti dall'ordinamento, ma, molto più puntualmente, nel caso in cui il movente egoistico si raffronti direttamente con il buon andamento della amministrazione giudiziaria. L'interesse giuridico sotteso, e di cui è comprensibile la lesione per esigenze difensive, è, dunque, sempre lo stesso, anche quando la norma di parte speciale richiama illeciti dalla dimensione extraprocessuale: contenuto entro questi argini assiologici, è indubbio che il *nemo tenetur* si mantenga aderente ad un criterio di proporzione e ragionevolezza, che sarebbe — al contrario — alterato ove si ritenesse di poter prescindere da una valutazione di compromesso tra le istanze di autotutela e gli interessi alla cui protezione sono preposte le norme incriminatrici di volta in volta in rilievo. L'art. 2621 Cc, come anche è stato messo in evidenza, oltre ad assolvere ad una funzione deterrente cui sarebbe irreversibilmente sottratto dall'orientamento interpretativo che qui si contesta, è teso alla protezione di interessi contrassegnati in senso pubblicistico e, comunque, esorbitanti dalla dinamica squisitamente processuale; di talché l'invocazione dell'art. 24, comma 2, Cost. rischia di apparire come un fuor d'opera, così come grossolano sarebbe scusarne la violazione sul presupposto del diritto di difendersi (peraltro, sarebbe quanto meno contraddittorio sanzionare in egual misura chi, posto in essere un reato, si prodighi nella commissione di altri teleologicamente connessi e chi, invece, limita al primo illecito il comportamento antidoveroso)[42].

È stato, quindi, ribadito che il divieto di autoincriminazione si regge sulla valutazione normativa di un effettivo rapporto sinallagmatico tra il fatto commesso e la parabola giudiziale di accertamento della responsabilità penale, filtrata nel contenuto eccezionale dell'art. 384, Cp: il sussulto fisiologico alla difesa di sé acquisisce portata scusante soltanto quando la "macchina" del

[42] Motivano analiticamente avverso la tesi estensiva minoritaria, anche superando le eccezioni in ordine alla necessità di conformarsi al principio di uguaglianza ed a quello di colpevolezza, D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere*: quali profili di diritto sostanziale?*, in *RIDPP* 1999, 1274 ss.; F. Bellagamba, *I problematici*, cit., 316 ss.. Un quadro di sintesi è offerto da D. Tassinari, Nemo tenetur se detegere. *La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 171 ss.

processo penale è già in moto o prossima all'attivazione, perché è soltanto allora che il pregiudizio per la libertà personale diviene davvero prossimo.

Il principio del *nemo tenetur se detegere* costituisce una tra le modalità di espressione della inesigibilità: poiché anche in questo caso si fa questione di un motivo soggettivo prevalente (ed approvato dall'ordinamento), cioè la libertà personale ed il diritto di difesa, capace di catalizzare gli impulsi del reo verso l'azione tipica e di annichilire l'attitudine motivante del precetto penale. Il rischio, già sperimentato in passato, di una sua indeterminata estensione per effetto dell'ampliamento e della generalizzazione della scusante, con il suo corredo di effetti paradossali ed inconciliabili con il fine di mantenere l'ordinamento in "equilibrio assiologico", ci pare sia da solo sufficiente ad assorbire e confermare quanto detto sin qui.

RESCISSIONE DEL GIUDICATO: POSTURA E IMPOSTURE DI UN RIMEDIO RESTITUTORIO

di Elisabetta Guido
Ricercatore di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Verona

La rescissione del giudicato, giovane istituto del diritto processuale penale, è da anni alla ribalta. Ciò si deve al fatto che è il risultato di un "progetto normativo" poco meditato; non sorprende quindi di vederlo oggetto di riconsiderazione da parte della l. 27 settembre 2021, n. 134, di delega per la riforma del processo penale. Muovendo dalle origini e centrando l'analisi sull'esegesi giurisprudenziale, oscillante tra prime chiusure applicative e successive aperture animate dal fuoco delle garanzie partecipative, fondamentali in patria e ancor più in Europa, l'idea che attraversa l'intero contributo è il bisogno di un'azione sinergica capace di far dialogare tra loro discipline distanti ma concatenate: notificazioni, assenza e rimedi, tanto nel corso del procedimento quanto *post iudicatum*. È tempo di pensare al processo penale "a una dimensione": assicurata con ogni mezzo efficace la volontarietà dell'assenza dell'imputato prima che si approdi a sentenza definitiva, di fronte all'errore la sacralità del giudicato deve soccombere, così che non solo il diretto interessato ma la collettività tutta, nel cui nome la giustizia è amministrata, possano vedere realizzata quella garanzia – il diritto al contraddittorio – di cui l'accertamento penale è stato ingiustamente privato.
The rescission of the judgment, a recent criminal procedural tool, has been in the limelight for years. This is due to the fact it is the result of a poorly thought-out "regulatory project"; thus, it is not surprising to see it being reconsidered by Law no. 134 of 27 September 2021, delegating for the reform of the criminal proceedings. Starting from the origins and focusing the analysis on the decisions of the domestic courts, ranging between an initially-restrictive application and the subsequent openings driven by the concern to ensure the fundamental right to actively participate in the proceedings, the idea underlying the reflection is the need for a synergistic action capable of making distant yet interlinked subjects dialogue with each other: service of process, declaration of absence and remedies, both during the proceedings and after the final judgment. It is time to think of the criminal proceedings as "one-dimensional": once the voluntary absence of the defendant has been ensured with any effective means before the final judgment is given, in case of mistrial the final judgment shall be removed, so that both the person directly concerned and the entire community may see implemented the guarantee – the right to be heard - of which the criminal proceedings has been unjustly deprived.

SOMMARIO: 1. Dal testo alla storia. – 2. Assenza e rimedi, dall'alto delle prescrizioni costituzionali ed europee. – 3. Perimetro applicativo: per legge. – 4. Segue: per giurisprudenza. – 5. Considerazioni "a valle". – 6. La procedura: struttura bifasica e regole applicabili. – 7. Dalla storia al testo. – 8. Verso la nuova disciplina.

1. La vita della rescissione del giudicato inizia con il processo celebrato in assenza dell'imputato. Come in un "parto multiplo", la l. 28.4.2014 n. 67 genera entrambi gli istituti (rispettivamente, artt. 11 e 9), immettendoli nel mondo della procedura penale, l'uno (artt. 420-*bis* ss. Cpp) in sostituzione della contumacia – per l'effetto eliminata –, l'altro (art. 625-*ter* Cpp) quale rimedio

restitutorio finale[1] azionabile a processo concluso, ossia definito con sentenza irrevocabile, dall'interessato ingiustamente dichiarato assente[2].
Questo legame simbiotico è la prima chiave di lettura della disciplina della rescissione, i cui confini si definiscono in relazione all'assetto dato al giudizio *in absentia*. A tale proposito, va rimarcato che mentre i casi di celebrazione del processo senza l'imputato risultano regolamentati in maniera accurata, benché le soluzioni scelte siano apparse sin da subito criticabili[3], il rimedio *ex post* viene "buttato" nell'ordinamento, in un lancio che ha poi prodotto crisi di identità, contaminazioni e assorbimenti[4]. Lo dimostrano gli aggiustamenti di poco successivi. La l. 23.6.2017 n. 103, meglio conosciuta come "riforma Orlando", collocherà altrove questo mezzo di impugnazione, nella sede della revisione, ritenuta più adatta in funzione della diversa competenza dell'organo giudicante, la Corte d'appello anziché la Corte di cassazione, originariamente incaricata; da qui, la *translatio* nell'art. 629-*bis* Cpp, che spezza la sequenza degli artt. 629 e 630 Cpp[5], e l'abrogazione dell'art. 625-*ter* Cpp. Questo "trascinamento", seppure animato da buone intenzioni[6], non ha mancato di sollevare altrettanti problemi.
Chiarite le forme del procedimento, da svolgersi in udienza camerale partecipata grazie al rinvio espresso all'«articolo 127» (art. 629-*bis* co. 3 Cpp), per la verità dubbie solo vigente la pregressa disciplina[7], si è posto un interrogativo di portata generale circa l'applicabilità delle regole dettate

---

[1] In questi termini, M. Bargis, *La rescissione del giudicato* ex *art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *DPenCont* 2015 (1), 161.
[2] Con riferimento alla fattispecie dell'assenza di cui agli artt. 420-*bis* ss. Cpp, a livello di inquadramento generale, cfr. G. Biscardi, *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale nel processo*, in *PPG* 2014 (6), 103 ss.; A. De Caro, *Processo* in absentia *e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *AP* 2014 (3), 13 ss.; R. Bricchetti, sub *art. 420*-bis *Cpp*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano 2017, 1389 ss.; M. Nofri, sub *art. 420*-bis *Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, Milano 2020, 2027 ss.; S. Quattrocolo, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, in *ED, Annali IX* 2016, 36 ss.
[3] Cfr. P. Tonini-C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *DPP* 2014, 513; S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 144 ss.; S. Quattrocolo, *La sospensione del processo nei confronti dell'imputato non comparso e la revoca della relativa ordinanza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 235 ss.; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Così "scompare" il processo in contumacia*, in *GD* 2014 (21), 92; D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio* in absentia, a cura di M. Daniele e P.P. Paulesu, Torino 2016, 197 ss.
[4] Con riguardo alla disciplina pregressa (art. 625-*ter* Cpp), in dottrina si è parlato di tecnica normativa lacunosa e sciatta; così M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 163.
[5] Curiosamente, secondo M. Bargis, *Appendice di aggiornamento al compendio di procedura penale*[8], *2016*, 15.
[6] Si avvertiva, in particolare, l'esigenza di attribuire la decisione sull'istanza di rescissione alla Corte di appello, apparendo assai criticabile l'investitura della suprema Corte, per ragioni di sovraccarico lavorativo: v. A. Diddi, *La rescissione del giudicato*, in *GI* 2017, 2304. La stretta connessione tra la mutata competenza funzionale in favore della corte territoriale e l'innesto della rescissione del giudicato tra le norme sulla revisione è sottolineata da M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DPenCont* 2017 (3), 190.
[7] Il vuoto, sul punto, dell'art. 625-*ter* Cpp era stato colmato, anche se con soluzione opinabile, dalle Sezioni unite, le quali sceglievano il modulo camerale non partecipato ai sensi dell'art. 611 Cpp quale procedura da seguire davanti alla Corte di cassazione, salvo i casi di inammissibilità o di manifesta infondatezza, da dichiarare con provvedimento assunto *de plano*. V. Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, in *CP* 2015, 561, con nota di P. Silvestri, *Successione di norme processuali penali e nuovo processo in assenza dell'imputato* e in *GD* 2014 (40), 20, con nota di R. Bricchetti, *Per i giudizi in contumacia anteriori alla riforma vale la disciplina sulla restituzione nel termine*. Con il cambio di giudice, non più la Corte di cassazione ma il giudice d'appello, il richiamo del rito camerale uniforme (art. 127 Cpp) diventa obbligato, posto che l'alternativa, fuori dei casi di inammissibilità *ex* art. 591 Cpp, è la pubblica udienza (artt. 599-

per la revisione, altre che quelle della sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza (art. 635 Cpp) e della ricorribilità per cassazione della sentenza di revisione (art. 640 Cpp)[8]. Su queste ultime, *nulla quaestio*: l'art. 629-*bis* co. 4 Cpp le richiama esplicitamente. Le restanti sono lasciate all'interprete, il quale, a onore del termine di confronto instaurato, dovrà valutare per ciascuna se compatibile con il diverso mezzo di impugnazione. Compito non certo agevole, se è vero che rescissione del giudicato e revisione sono sì rimedi accomunati nell'anima, tuttavia distanti nel corpo. L'obiettivo è comune: superare situazioni di iniquità giudiziale a fronte di una decisione divenuta definitiva. Ma la diversità delle "causali" di ingiustizia sottese al verdetto finale distanzia, specularmente, i rispettivi antidoti. Il primo è azionabile nel perimetro dell'erronea dichiarazione di assenza: rileva una "mancanza" della fase cognitiva che si traduce nella violazione del fondamentale diritto dell'imputato a presenziare al proprio processo. Il secondo guarda al passato, in una prospettiva di giustizia sostanziale: non si discute della violazione di regole procedurali ma di pronunce fallaci, non a caso si fonda sull'idoneità di un *novum* sopravvenuto alla decisione divenuta irrevocabile a ribaltare l'esito di condanna in proscioglimento[9].
Perfino rispetto alla revisione europea[10], cui è certamente più affine, la rescissione mostra segni distintivi che impediscono una disinvolta sovrapposizione. La *restitutio in integrum*, pretesa in caso di violazione dell'equità convenzionale, qui comporta, per la gravità dell'infrazione rilevata, la rinnovazione totale del processo (che regredisce al primo grado di giudizio), mentre la ripetizione cui dà luogo il rimedio europeo sarà calibrata sul tipo di violazione riscontrata dalla Corte europea e potrebbe limitarsi a una restituzione solo parziale[11]. Inoltre, va detto che il rilevato

---

602 Cpp): lo segnala E. Lorenzetto, *Soltanto in cassazione o anche in appello, questo è il dilemma*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.12.2017, 12.

[8] Critica rispetto al recupero integrale dell'art. 640 Cpp, M. Bargis, *Appendice di aggiornamento al compendio di procedura penale*, cit., 16, per l'evidente ragione che mentre il giudizio di revisione si conclude con una sentenza, il ricorso per rescissione, in quanto discusso in camera di consiglio *ex* art. 127 Cpp, sarà deciso con un'ordinanza.

[9] Cfr. A. Presutti, sub *art. 629 Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 3105 ss.; v. anche R. Casiraghi, *La revisione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G. P. Voena, Milano 2020, *passim*.

[10] Rimedio, come noto, introdotto nel codice di rito per via giurisprudenziale, grazie a una pronuncia della Corte costituzionale, di illegittimità costituzionale dell'art. 630 Cpp, nella parte in cui non prevedeva un «diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario», ai sensi dell'art. 46 § 1 Cedu, «per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»: C. cost., 7.4.2011 n. 113, in *GCos* 2011, 1523, con nota di G. Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo* e di S. Lonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*. V. anche il commento di M. Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea*, in *CP* 2011, 3308 ss. In precedenza, la Corte costituzionale, dichiarata infondata la questione sollevata dal giudice rimettente, di illegittimità dell'art. 630 co. 1 lett. *a* Cpp, nella parte in cui escludeva dai casi di revisione l'impossibilità di conciliare i fatti posti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna con la decisione della Corte europea dei diritti umani accertativa di una violazione dell'equo processo, nondimeno ritenne «di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazione ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU». Con queste parole si chiude la motivazione in diritto di C. cost., 24.4.2008 n. 129, in *GCos* 2008, 1521, con nota di M. Chiavario, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*.

[11] È lo stesso giudice investito del rimedio a celebrare il processo riaperto, la Corte d'appello, dinanzi alla quale potranno compiersi attività di carattere argomentativo o istruttorio ma questa nuova attività procedimentale non è paragonabile (nel senso che rappresenta "qualcosa di meno") ad un nuovo giudizio di merito; cfr. in argomento M. Gialuz, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *RIDPP* 2009, 1848 ss.

nesso non aiuta, anzi risulta claudicante l'idea stessa di potersi far guidare nell'attività esegetica da un mezzo di impugnazione, la revisione europea, non ancora *ius positum*.
L'incuria che ha contraddistinto la "doppia legislazione" sull'impugnativa rescissoria spiega anche la quantità di pronunce giurisprudenziali al riguardo, riferite, anche in considerazione della breve vigenza di quella pregressa, soprattutto alla disciplina attuale. Molte le questioni portate allo scoperto dalla prassi applicativa, bisognose di una risposta; anzitutto, quella della natura e finalità della rescissione del giudicato, tutta da chiarire anche in considerazione della sua convivenza con altri rimedi processuali dall'analoga capacità revocatoria, sempre a fini di giustizia postuma. Il riferimento è, nello specifico, all'incidente di esecuzione: meccanismo disciplinato all'art. 670 Cpp, funzionale a dirimere controversie sul titolo esecutivo quando ne venga eccepita la mancanza o la non esecutività[12]. Il punto di collisione tra i due si situa nell'alveo degli atti introduttivi del processo, invalidi per difetto di notifica. In un caso, poi approdato alle Sezioni unite[13], in cui l'atto di citazione a giudizio era affetto da nullità assoluta perché recapitato a persona non legittimata a riceverlo (nella fattispecie, il difensore domiciliatario dell'imputata, ma in un altro procedimento penale), è parsa dubbia la possibilità di adire il giudice dell'esecuzione per ottenere la non eseguibilità della sentenza, pronunciata in assenza, causa un'omessa citazione a giudizio.
Torneremo più avanti sulla questione e sulla soluzione raggiunta nel caso concreto. Occorre, invece, subito evidenziare che è prioritario il problema dell'inquadramento sistematico del rimedio in esame, poiché essenziale nella valutazione della lettura che di esso è stata offerta nell'esegesi della giurisprudenza. Nonostante la rescissione risulti, da sempre, posizionata tra le impugnazioni straordinarie, in quanto relativa a una sentenza passata in giudicato[14], non è mancato chi, quasi bypassando il dato topografico, ha ritenuto fosse più corretto assimilarla all'incidente di esecuzione[15]. Ma il nodo del problema non è la sua postura, che appare molto chiaramente nel codice di rito, quanto le imposture conseguenti all'inesatta perimetrazione del relativo ambito applicativo. Equivocare è assai facile. Il ricorso per rescissione può prestarsi a mistificazioni per la sua stessa funzionalità, di rimedio al provvedimento del giudice divenuto titolo esecutivo, ingiusto a causa di un errore verificatosi nella fase della cognizione, cui è conseguita la mancata conoscenza del processo.
Ma poiché possono essere diversi i motivi di tale *deficit*, diviene prioritario identificare i vizi suscettibili di essere emendati attraverso una richiesta di rescissione. Inoltre, messa a punto tale questione, converrà verificare eventuali riflessi sul fronte procedimentale. In particolare, la

---

[12] Sul tema, nella manualistica, M. Ceresa-Gastaldo, *Esecuzione*, in *Compendio di procedura penale*[10], a cura di M. Bargis, Milano 2020, 905 ss.; D. Vigoni, *Gli interventi sul giudicato nella fase esecutiva*, in *Procedura penale esecutiva*, a cura di M. Ceresa-Gastaldo, Torino 2020, 161 ss.; M. Daniele, *L'esecuzione*, in A.A.VV., *Fondamenti di procedura penale*[2], Milano 2020, 903 ss. Tra le voci enciclopediche, v. G. Dean, *Esecuzione penale*, in *ED Annali II* (t. I) 2008, 231 ss.

[13] Cass. S.U. 23.4.2021 n. 15498, in *CP* 2021, 2386, con nota di M.L. Di Bitonto, *Un errore 'blu' delle Sezioni unite?* Cfr. altresì S. Quattrocolo, Actio finium regundorum *tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato*, in *www.sistemapenale.it*, 18.5.2021; F. Peroni, *Sul controverso confine tra incidente d'esecuzione e rescissione del giudicato*, in *AP* 2021, 667 ss. e R. Magi, *L'arcipelago dei rimedi post-giudicato. L'ambito delle questioni sul titolo esecutivo dopo l'introduzione della rescissione del giudicato*, in *www.ilpenalista.it*, 8.6.2021.

[14] Di tale avviso M. Bargis, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 754, la quale non manca di sottolineare la natura ibrida del mezzo, esperibile, sulla falsariga delle impugnazioni ordinarie, entro un termine perentorio. Etichetta la rescissione come mezzo di impugnazione anche la Corte di cassazione, nella prima pronuncia relativa all'art. 625-*ter* Cpp, a pochi mesi dalla sua entrata in vigore: Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, cit.

[15] Di tale avviso G. Ranaldi, *La rescissione del giudicato: esegesi di una norma imperfetta*, in *PPG* 2015 (1), 128, per il quale, a dispetto della collocazione sistematica nel libro dedicato alle impugnazioni, «l'*ubi consistam*» della rescissione «non è quello tipico dei mezzi di impugnazione, bensì quello proprio dell'incidente di esecuzione».

selezione all'ingresso delle richieste appare momento cruciale della disciplina, posto che qui si realizza il bilanciamento di interessi contrapposti: quello all'effettività del diritto alla partecipazione al processo, quindi alla giustizia sostanziale della decisione, e quello alla certezza del diritto, che il giudicato custodisce.
In relazione ai profili problematici accennati, nelle pagine che seguiranno tenteremo di dare una risposta, tanto fondamentale nella prospettiva di attuazione della l. 27.9.2021 n. 134, cosiddetta "riforma Cartabia" [16], che, con riguardo alla rescissione, contiene espressi, seppur generici, criteri direttivi. Non mette incertezza quello concernente l'individuazione di «una giusta collocazione sistematica»: il suggerimento è di spostare tale impugnazione dal titolo IV del libro IX dedicato alla revisione. Semmai, i nodi affiorano sul versante del coordinamento, con il ricorso davanti alla Corte di cassazione, di futura introduzione, «al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo», e con l'incidente di esecuzione (art. 1 co. 13 lett. *o*). Si tratta in effetti di un'operazione dall'abbagliante complessità, un *actio finium regundorum*[17] che richiede un passo indietro, un ritorno ai valori tutelati e alla funzionalità del rimedio in analisi.

2. È sempre all'interno delle spesse pareti costituzionali e sovranazionali che occorre chiudersi per avere punti di riferimento utili a guidare e orientare l'analisi di un istituto giuridico. Soprattutto se relativamente nuovo, perciò sprovvisto del sapere che solo la tradizione lascia in eredità.
Ai nostri fini, l'analisi non può che muovere dall'art. 24 co. 2 Cost. e dall'art. 111 co. 2 e 4 Cost.: precetti costituzionali che, riferito l'uno al diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, l'altro al principio del contraddittorio, argomentativo e poietico, offrono protezione sovraordinata al diritto dell'imputato a essere presente al proprio processo, in quanto tale non affermato espressamente. Circa il rapporto di strumentalità tra partecipazione fisica ed esercizio dei diritti di difesa è cosa incontestabile che presentarsi o meno all'udienza costituisca una scelta di libertà, rilevante sotto il profilo dell'autodifesa[18]. L'imputato che partecipa al suo processo decide di avvalersi di diritti, poteri e facoltà posti a sua tutela; chi opta per non comparire davanti al giudice difende altrimenti la sua persona, con un comportamento di *non facere*. Autorizzato dalla Costituzione, purché si tratti di una scelta[19], ponderata dall'imputato in ragione dell'accusa elevata a suo carico, di cui deve avere avuto conoscenza.

---

[16] Legge recante «*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*», in *G.U.*, Serie generale, 4.10.2021 n. 237, su cui v. G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15.10.2021; G. Canzio, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, *ivi*, 25.8.2021; G. Spangher, *Bonafede, Lattanzi, Cartabia: tre concezioni (molto diverse) della riforma del processo penale*, in *www.penaledp.it*, 22.7.2021. Nelle more della pubblicazione del presente lavoro è sopravvenuto lo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, consultabile insieme con la Relazione illustrativa in www.sistemapenale.it, 10.8.2022. V. *infra*, § 8.
[17] Come titola il suo contributo S. Quattrocolo, *Actio finium regundorum tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato*, cit.
[18] «Implicita nell'autodifesa è la possibilità di partecipazione alle attività processuali», scrive A. Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, in *ED*, Agg. I 1997, 240, che poi evidenzia come le previsioni regolatrici dell'istituto della contumacia siano manifestazione della rilevanza assegnata alla partecipazione personale dell'imputato.
[19] Significativa, al riguardo, è l'osservazione di O. Dominioni, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano 1985, 153, per cui il diritto di difesa rappresenta, a livello concettuale e prima ancora di venire in rilievo sotto il profilo tecnico, «la proiezione nel processo di quegli attributi di libera determinazione, autonomia e autoresponsabilità che assistono l'individuo in ogni settore della vita sociale».

Oltre che alla difesa personale, la presenza dell'imputato risulta funzionale al contraddittorio, principio nucleare di un sistema giudiziario che si fondi sull'equo processo. La mutilazione di uno dei due poli su cui si incentra, quello facente capo all'imputato, non preoccupa quando sia costui, una volta messo nelle condizioni di poterne beneficiare, a rinunciare alle prerogative che nella dialettica processuale si compendiano. I problemi, invece, si pongono nei casi di contraddittorio deficitario per assenza involontaria dell'imputato: a quel punto, i diritti di difesa risultano ingiustamente negati e scatta per l'ordinamento un obbligo di restituzione. È bene evidenziare la centralità della garanzia in esame, da considerare come principio costituzionale "di indirizzo" quando si discuta di rimedi a favore dell'imputato (e del condannato) assente, perché è l'assenza al contraddittorio la situazione giuridica cui porre rimedio[20].

Non è sempre stato così chiaro che il *focus* di tutela dovesse essere il contraddittorio e, di riflesso, la sede processuale in cui esso trova naturale attuazione: il giudizio dibattimentale di primo grado. Anzi, si è a lungo creduta soddisfacente la soluzione dell'impugnazione della sentenza pronunciata in contumacia tanto da essere eletto a istituto privilegiato di intervento quello della restituzione nel termine ai sensi dell'art. 175 co. 2 Cpp[21]; col risultato di un recupero solo parziale dei diritti difensivi – entro i confini della rinnovazione dell'istruzione in appello a norma dell'art. 603 co. 4 Cpp[22] – anche a giudicato formatosi[23].

Indicazioni più puntuali e di certo preziose provengono, invece, dalla Corte europea dei diritti umani, la cui produzione giurisprudenziale è divenuta movente del pensiero innovatore poi

---

[20] Cfr. F. Caprioli, *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, in *LP* 2004, 589, in relazione al collegamento sussistente tra presenza dell'imputato, contraddittorio ed esercizio della giurisdizione penale. Sulla centralità del parametro dell'art. 111 Cost., v. pure S. Quattrocolo, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo: commento a ordinanza 31 gennaio 2006 Tribunale di Pinerolo*, in *CP* 2006, 3255 ss.

[21] Secondo la versione originaria, l'imputato, ignaro incolpevole del provvedimento, entro dieci giorni da quando ne avesse avuto conoscenza poteva presentare domanda di restituzione nel termine per l'impugnazione. Analoga facoltà era concessa al suo difensore, se munito di procura speciale (art. 571 co. 3 Cpp, poi abrogato dalla l. 16.12.1999 n. 479). Eliminata la necessità di tale mandato speciale, la disciplina continuava a offrire il fianco alle critiche, tant'è che la Corte europea dei diritti dell'uomo reputò inadeguato tale rimedio, ravvisando due profili censurabili: la difficoltà, per l'istante, di provare il difetto di conoscenza e l'esiguo tempo messo a disposizione per avanzare la richiesta di restituzione. Si allude al noto caso Sejdovic: C. eur., 11.12.2003, *Sejdovic c. Italia*, in *CP* 2004, 1390, con nota di A. Tamietti, *Processo contumaciale e rimedi a garanzia dell'imputato assente: la Corte europea «boccia» la restituzione nel termine* ex *art. 175 c.p.p.* e C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia, ivi*, 2005, 983, con nota di A. Tamietti, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*. In risposta, con il d.l. 21.2.2005 n. 17, conv. in l. dalla l. 22.04.2005 n. 60, fu riformulato l'istituto della restituzione nel termine, sgravando l'imputato dell'onere di provare la sconoscenza del procedimento o del provvedimento – per l'effetto, a carico della parte sostenitrice della consapevolezza – e allungando il termine per la richiesta ripristinatoria a trenta giorni dalla conoscenza dell'atto. Cadeva, poi, la preclusione per la restituzione del contumace, che non aveva avuto cognizione del processo, nel termine per proporre impugnazione là dove la stessa fosse già stata presentata dal difensore, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 175 co. 2 Cpp, come sostituito dall'art. 1 d.l. 17/2005, nella parte in cui quel divieto prevedeva: C. cost., 4.12.2009 n. 317, in *GCos* 2009, 4747, con nota di G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*. Per un'analisi delle vicende dell'istituto in questione, v. S. Quattrocolo, *Contumacia (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali II* (t. I) 2008, 146 ss.; nella prospettiva della compatibilità convenzionale dei rimedi interni in favore dell'imputato assente, cfr. A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010, 229 ss.; v. anche P. Spagnolo, *Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine*, in *LP* 2014, 636 ss.

[22] Comma abrogato dall'art. 11 co. 2 l. 67/2014. Sottolinea l'inadeguatezza di tale meccanismo reintegrativo in ragione della conformazione stessa del giudizio di appello, H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio* in absentia, cit., 255.

[23] Per via del richiamo dell'art. 175 Cpp da parte dell'art. 670 co. 3 Cpp.

sviluppatosi in patria attorno ai rimedi *ex post*. È difatti noto che la partecipazione dell'imputato al suo processo acquista dignità di diritto fondamentale nel nostro sistema processuale grazie all'impatto delle pronunce dei giudici europei, le più significative in materia, peraltro, di condanna del nostro Paese per il carattere iniquo del processo contumaciale[24].
Nel silenzio della Convenzione, che diversamente da altre fonti sovranazionali non rende esplicito il diritto partecipativo[25], la Corte europea sviluppa il principio secondo cui il processo *in absentia* è legittimo, ma al ricorrere di determinate condizioni: volontaria rinuncia non equivoca[26]. Strasburgo, dunque, ammette che taluni ordinamenti contemplino la celebrazione del processo senza imputato, ma non transige sulle garanzie restitutorie da riconoscere sia all'imputato sia al condannato ignaro: quella *restitutio in integrum* che passa attraverso un nuovo giudizio sul merito dell'accusa. L'intera elaborazione convenzionale relativa al tema dei diritti partecipativi è incentrata, oltre che sulla dimensione soggettiva del diritto alla presenza personale, sul contraddittorio come valore euristico da tutelare[27]. E non c'è dubbio che diritti difensivi e probatori trovino la loro massima realizzazione quando le parti escutono in contraddittorio le fonti di prova davanti al giudice incaricato di decidere il merito della causa[28].
A ben osservare, la cifra della giurisprudenza europea è rappresentata dalla valorizzazione del rapporto tra conoscenza della *vocatio in iudicium* e rinuncia consapevole a comparire in udienza. L'accusato deve essere effettivamente raggiunto in tempo utile da una citazione[29] e ove l'assenza non sia a lui imputabile – non dipenda cioè dalla sua volontà – gli va comunque garantita la possibilità di ottenere che un giudice statuisca nuovamente sul merito dell'accusa. Di qui, a livello nazionale, la *problematizzazione* del concetto di rimedio al pregiudizio partecipativo, tema che nell'evoluzione e nell'affinamento dei rapporti tra le fonti del diritto interseca quello dell'esecuzione della sentenza europea che abbia accertato la violazione in patria di un diritto fondamentale[30].

---

[24] Una puntuale ricostruzione delle pronunce della Corte europea rilevanti in argomento, a partire dal caso Colozza (C. eur., 12.2.1985, *Colozza c. Italia*), è operata da A. Mangiaracina, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 16.12.2020, 9 ss.
[25] In difetto di un aggancio normativo espresso, alla stregua dell'art. 14 § 3 lett. *d* Patto internazionale sui diritti civili e politici, tutta la giurisprudenza europea ricava tale diritto fondamentale dall'art. 6 § 1 e § 3 Cedu, sul presupposto che la comparizione dell'imputato è strettamente funzionale all'esercizio dei diritti ivi previsti.
[26] È noto il problema posto dalla rinuncia tacita che, per fatti concludenti, può dedursi dalla volontà di sottrarsi alla giustizia, risolto dalla Corte europea nel senso di escludere che tale intenzionalità possa ricavarsi dallo stato di latitanza dell'accusato: già C. eur., 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 28, dove, premesso il principio per cui «*la renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque*», la Corte statuiva che «*les autorités italiennes ont inféré semblable renonciation de la qualité de "latitante" qu'elles prêtaient à M. Colozza en se fondant sur une simple présomption*».
[27] V., sul tema, D. Negri, *Il processo* in absentia, in AA.VV., *Regole europee e processo penale*[2], Milano 2018, 212 ss.; D. Vigoni, *Panorama europeo in tema di giudizio senza imputato*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 31 ss.
[28] Raccorda il diritto alla presenza con il dibattimento, fase in cui il contraddittorio rileva per la formazione della prova, P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 291.
[29] Cfr., nello stesso senso, la Risoluzione n. 11 adottata il 21 maggio 1975 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, documento in cui è stabilito uno standard di disciplina del giudizio senza imputato.
[30] Si allude, qui, al problema, annoso, della carenza nell'ordinamento processuale nostrano di un "adattatore" che consenta alla vittima della violazione delle regole di equità processuale accertata a Strasburgo di ottenere la riapertura del processo, se necessario per dare attuazione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Falla, questa, solo in parte tamponata dalla giurisprudenza costituzionale (v. *supra*, nota 10), chiara nel denunciare tutti i

La previsione, nel sistema processuale domestico, di un rimedio totale, che consenta un nuovo giudizio, in cui l'assente inconsapevole possa, azzerato lo svolgimento conclusosi con sentenza irrevocabile, stare in giudizio e difendersi costituisce un aspetto rilevante anche per il diritto dell'Unione europea. Lo contempla, in particolare, la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali[31], in sostanza ricettiva dello standard di tutela offerto dalla Convenzione europea. Fatta combaciare l'informazione sul processo con la citazione personale o con altri mezzi che ufficialmente veicolino data e luogo fissati per il processo, come pure le conseguenze della mancata comparizione (considerando n. 36), garantita l'assistenza difensiva all'imputato che scelga di non presentarsi: contornata cioè la legittimità del giudizio *in absentia* (art. 8 § 2), l'atto europeo garantisce all'accusato, per i casi di assenza non associata all'informazione nei termini appena detti, «il diritto a un nuovo processo o ad un altro mezzo di ricorso giurisdizionale», per il tramite del quale venga riesaminato il merito dell'accusa, esaminate nuove prove e riformata la decisione originaria (art. 9).
Se i connotati del «giusto processo europeo *in absentia*» sono, arrivando a una sintesi, piuttosto chiari, ovverosia standard informativo rafforzato, nelle modalità e nei contenuti, e garanzia di rimedi postumi per recuperare i diritti perduti a causa dell'assenza non voluta, il vero *punctum dolens* per ogni sistema giudiziario nazionale che persista nel celebrare il processo all'assente consiste nel tradurre operativamente quelle condizioni, nell'individuare cioè i fatti da cui il giudice possa inferirne la sussistenza, consci che si tratta di materia incandescente per le dinamiche probatorie implicate.
Nel contesto descritto si inserisce il complesso reticolo di norme attraverso cui il codice di rito regolamenta l'intera vicenda del diritto di presenziare al processo, compresa la reazione una volta violato.

3. Il diritto alla rescissione del giudicato è, come noto, ancorato a due presupposti: l'uno afferisce al fattore tempo e pretende che lo stato di assenza del richiedente – condannato o sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato – si sia protratto «per tutta la durata del processo»; l'altro riguarda la causa del non intervento, ossia una «incolpevole mancata conoscenza» della celebrazione del processo medesimo (art. 629-*bis* co. 1 Cpp).
Il loro combinarsi traccia il perimetro delle situazioni cui la rescissione intende porre rimedio; è bene darne conto, per agevolare la chiarezza dell'esposizione.
L'assenza dell'imputato nell'arco dell'intero *iter* procedimentale disvela un primo dato significativo: i rimedi a un'errata dichiarazione di assenza, disseminati tra il primo e i successivi gradi di giudizio, non hanno funzionato[32]. Si tratta della "cura preventiva" della sospensione del processo, cui è tenuto il giudice in caso di impossibilità di notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (art. 420-*quater* co. 2 Cpp), e degli antidoti postumi, consistenti nella revoca dell'ordinanza di assenza – essendo poi l'imputato comparso (art. 420-*bis* co. 4 e co. 5 Cpp) o risultando *a posteriori* che il processo andasse sospeso (art. 420-*bis* co. 5 Cpp) – e nella

limiti degli istituti di creazione pretoria, in considerazione dei diversi aspetti rimessi alla discrezionalità legislativa, che restano fuori dalla sua sfera d'azione.
[31] Direttiva che, relativamente al tema della presunzione di innocenza (capo 2), è stata attuata con il d. lgs. 8.11.2021 n. 188, in *G.U.*, Serie generale, 29.11.2021 n. 284, mentre in riferimento all'assenza (capo 3), è l'art. 1 co. 7 lett. *g* l. 134/2021, relativo al criterio di delega sui rimedi successivi a favore dell'imputato e del condannato ingiustamente giudicati in assenza, a prescrivere che si «armonizz[i] la normativa processuale nazionale con quanto previsto dall'art. 9 della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio».
[32] V. M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 161.

rinnovazione del giudizio di primo grado, previo annullamento della sentenza impugnata, in appello (art. 604 co. 5-*bis* Cpp) o in sede di ricorso per cassazione (art. 623 co. 1 lett. *b* Cpp)[33].
L'altro presupposto, ossia una situazione di ignoranza non addebitabile all'interessato a titolo di colpa, è altamente caratterizzante nell'operazione ricostruttiva in atto. Esclude, infatti, che ogni assenza dall'udienza si possa qualificare idonea a travolgere il giudicato. Rileva la mancanza di colpa che riguardi la conoscenza del processo (*rectius*, dell'udienza preliminare o dibattimentale), mentre non ha rilevanza il difetto di colpa attinente al ritardo che abbia maturato la prova del caso fortuito, della forza maggiore, di altro legittimo impedimento[34].
Quando si parla di assente incolpevole occorre intendersi: l'assenza fisica non supportata da una dichiarazione espressa di rinuncia a comparire o dalla ricezione a proprie mani dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o della citazione a giudizio apre al dubbio, se l'imputato non sia comparso per suo volere o per sconoscenza del processo. L'alternativa che si prospetta, proseguire o sospendere, è orientata da fattispecie normative sintomatiche di conoscenza protese alla progressione del rito verso l'atto finale: elencate nell'art. 420-*bis* co. 2 Cpp – dichiarazione o elezione di domicilio, provvedimenti restrittivi della libertà personale (arresto, fermo, applicazione di una misura cautelare), nomina di un difensore di fiducia[35] – risultano idonee a veicolare una conoscibilità, seppure qualitativamente diversificata, dell'avvio del procedimento penale, mai del processo in senso stretto, relativamente alla regiudicanda, alla data e al luogo di celebrazione dell'udienza, che quindi è compito dell'accusato procurarsi[36].
E nonostante la dottrina abbia tentato di circoscriverne il ruolo, limitandolo ad un ausilio nella verifica giudiziale dell'assenza al cospetto di una citazione a giudizio non consegnata personalmente all'imputato ma a terzi (persona convivente, portiere o chi ne fa le veci *ex* art. 157 co. 1 e 6 Cpp)[37], quelle tipizzate situazioni hanno dato luogo ad automatismi e così autorizzato processi nei confronti di imputati solo fittiziamente consapevoli[38]. Quasi passando in secondo

---

[33] Cfr. G. Canzio, *Il processo* in absentia *a un anno dalla riforma: le ricadute sui giudizi di appello e di cassazione*, in *DPP* 2015, 873 ss.
[34] Situazioni, queste, che non rilevano né nella fase dell'appello né del ricorso per cassazione. L'art. 604 co. 5-*bis* Cpp, a sua volta richiamato dall'art. 623 co. 1 lett. *c* Cpp, non le rievoca espressamente, a differenza di quanto previsto dall'art. 420-*bis* co. 4 Cpp.
[35] Sono rappresentativi di un'«assenza "non qualificata"»: cfr. S. Quattrocolo, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, cit., 38 ss.
[36] In forza di un onere di collaborazione con gli organi giudiziari che implica di tenersi aggiornato sugli sviluppi del procedimento, proprio in vista della *vocatio in iudicium*: cfr. D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, cit., 201, 206 e 220.
[37] V. C. Conti, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *DPP* 2015, 471; S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, cit., 150 s.; D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, cit., 210 ss.; G. Ubertis, *"Truffe delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è diventata assenza*, in *CP* 2015, 940; S. Ciampi, *Condizioni legittimanti la celebrazione del processo in absentia*: *i dubbi sul ruolo da ascriversi all'avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *CP* 2019, 4271, il quale rimarca che il legislatore del 2014, elevando esplicitamente gli atti e i provvedimenti ricordati a condizioni legittimanti la celebrazione del processo in assenza, ha scelto di favorire la prosecuzione del processo, mentre se nulla avesse detto le eventuali diatribe ermeneutiche si sarebbero risolte con la sospensione del rito. In giurisprudenza, v. Cass. 19.12.2019, n. 43140, in *www.dirittoegiustizia.it*, 22.10.2019.
[38] Emblematico il caso della elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio effettuata durante l'identificazione della polizia giudiziaria, adempimento che parte della giurisprudenza ha considerato tale da escludere, ai fini della rescissione del giudicato, l'incolpevole mancata conoscenza del processo, posto che spetta all'interessato attivarsi per mantenere i contatti col professionista e, per suo tramite, aggiornarsi sullo stato del suo procedimento. Cfr., in tema, Cass. 20.11.2020 n. 34041, in *CP* 2021, 2857 e Cass. 3.3.2020 n. 10238, in *DeJure*; in applicazione dell'art. 625-*ter* Cpp, v. Cass. 10.9.2019 n. 39158, *ivi*; Cass. 7.5.2019 n. 32065, in *CP* 2020, 1643; Cass. 16.10.2018 n. 49916, in *CEDCass*, m. 273999; Cass. 6.12.2017 n. 7693, in *ANPP* 2018, 242; Cass. 13.7.2017 n. 40848, in *CP* 2018, 606; Cass.

piano la "norma direttrice", sempre ubicata all'art. 420-*bis* co. 2 Cpp, che raccorda la fattispecie di assenza dell'imputato al fatto che «risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Come l'esperienza giudiziaria ha dimostrato, tutte le evidenziate ambiguità della disciplina dell'assenza si sono riversate sulla rescissione, assai prevedibilmente trattandosi di una forma di tutela ultima, innestata appunto su una catena di inferenze che da un accadimento procedimentale portano a presumere conosciuto l'atto introduttivo del processo. L'imporsi del nuovo paradigma, si potrebbe dire, più che provocare il superamento della contumacia ne ha segnato una rideclinazione in rapporto a imperativi di conformità derivanti dall'obbligo di adeguamento dell'ordinamento interno ai canoni sovranazionali[39]. Diciamo questo perché, invariata la disciplina delle notificazioni, tuttora modellata sul principio di conoscenza legale o presunta dell'atto fatto pervenire al destinatario[40], il rischio-movente dell'abrogazione della contumacia, evitare cioè il processo all'imputato impartecipe non rinunciatario volontario, non è svanito. Se la *traditio brevi manu* è modalità di conoscenza certa dell'udienza, gli altri meccanismi di notificazione previsti "in subordine" trasferiscono sì regolarmente l'informazione sul processo, tuttavia suscettibile dal lato dell'accusato di restare ignorata.

Senza contare, spostando lo sguardo dal profilo della regolarità delle notificazioni – accertamento prioritario e dato per presupposto ai fini della declaratoria di assenza –, che i ricordati indici di consapevolezza del procedimento penale pendente, quanto alla consapevolezza dell'accusa, paiono geneticamente difettosi: il "prodotto conoscenza" che per tali vie passa nella sfera di conoscenza del destinatario non può dirsi, nel contenuto, minimamente adeguato a rendere l'imputato consapevole dell'accusa che costituirà materia del processo[41]. L'unico atto che si avvicina, per tempi di trasmissione e oggetto, al frangente della formulazione dell'accusa è il prodromico avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-*bis* Cpp) che, come noto, non figura nell'elenco degli atti e dei provvedimenti menzionati *expressis verbis* nell'art. 420-*bis* co. 2 Cpp. Di qui, la discussione circa la sua attitudine a veicolare l'effettiva conoscenza del procedimento e la questione, detonatore di un dissidio interpretativo a livello giurisprudenziale, si è conclusa con una soluzione negativa. A fungere da pilastro argomentativo – monolitico al confronto con i paradigmi europei, instabile se osservato sotto la luce del ruolo e della funzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari nella sistematica codicistica – il legame a doppio filo tra effettiva conoscenza del procedimento e formale atto di *vocatio in iudicium*[42].

25.1.2017 n. 14787, *ivi*, 2017, 3317; Cass. 14.7.2016 n. 33574, in *CEDCass*, m. 267499; Cass. 7.7.2016 n. 36855, *ivi*, m. 268322; Cass. 13.11.2015 n. 12445, in *DeJure*.

[39] Fortemente scettico G. Ubertis, *"Truffa delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è diventata "assenza"*, cit., 934 ss., secondo cui la l. 67/2014 si sarebbe limitata ad un intervento di *maquillage*, non avendo eliminato dall'ordinamento qualunque caso di giudizio sostanzialmente contumaciale.

[40] Decisamente critico sul punto S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, cit., 136.

[41] Questa considerazione vale indubbiamente per l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: una volta contestualizzato tale adempimento, che può avvenire anche prima di una formale iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro (art. 335 Cpp), è difatti agevole inferire circa la sua inidoneità e inefficacia, posto che non offre garanzia alcuna di conoscenza del procedimento. Sotto tale profilo, tuttavia, si presentano problematiche anche le altre situazioni in cui l'imputato, non presente in udienza, è presunto consapevole del processo: la nomina del difensore di fiducia e le restrizioni della libertà personale. Cfr. le puntuali osservazioni di D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, cit., 215 ss.

[42] Cfr. Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28912, in *CP* 2019, 4249, con nota, critica in virtù del rilievo riportato nel testo, di S. Ciampi, *Condizioni legittimanti la celebrazione del processo* "in absentia", cit. Il principio di diritto espresso da questa pronuncia è il seguente: «ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale *ex* art. 175 Cpp,

Riassumendo: in tutti i casi in cui il processo si è svolto erroneamente senza l'imputato, sulla base di notificazioni regolari ma inefficaci quanto all'effettiva conoscenza dell'instauranda udienza, la rescissione del giudicato è destinata ad operare dopo che sia divenuta irrevocabile la sentenza pronunciata *in absentia*, offrendo all'interessato – condannato o sottoposto a misura di sicurezza (art. 629-*bis* co. 1 Cpp) – la possibilità di ribaltare presunzioni di conoscenza del processo[43], collegate a fatti concludenti.

4. Il confronto con il contesto giurisprudenziale ci porta, tuttavia, a constatare un'altra verità. Su entrambi gli evidenziati – e intrecciati – nodi problematici, notificazioni e standard di conoscenza, i giudici di legittimità hanno alla fine abbracciato un'interpretazione ispirata a garantire massima tutela all'esercizio del diritto partecipativo. Hanno dettato le coordinate planimetriche dell'assenza, chiarito la *ratio* e tracciato il perimetro applicativo del rimedio finale della rescissione. Sul come, non ci si può nascondere: travalicando il dettato normativo, invero di stretta interpretazione trattandosi di un istituto eccezionale.
In relazione al grado di conoscenza adeguato ai fini del processo *in absentia*, che per legge parrebbe soddisfatto sin dalle fasi iniziali del procedimento – l'esistenza di uno dei fatti sintomatici di conoscenza legalmente previsti "salverebbe" la notifica dell'atto di *vocatio in iudicium* ritualmente eseguita – le conclusioni raggiunte dalle Sezioni unite risultano piuttosto confortanti. Nell'affrontare il tema dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, sconfessando l'elaborazione giurisprudenziale di tipo formalistico che escludeva quel contegno dall'area dell'ignoranza incolpevole[44], il Collegio allargato arriva a togliere efficacia a tale domiciliazione, in sé considerata, onde procedere in assenza dell'imputato[45]. Lo fa con argomentazioni che,

---

comma 2, nella formulazione antecedente alla modifica intervenuta con l. n. 67 del 2014, la effettiva conoscenza del procedimento deve essere riferita all'accusa contenuta in un provvedimento formale di *vocatio in iudicium*, tale non può ritenersi la conoscenza dell'accusa contenuta nell'avviso di conclusioni delle indagini preliminari». In senso conforme, Cass. 24.6.2009 n. 29851, in *CEDCass*, m. 244316; contrariamente, per la rilevanza dell'avviso *ex* art. 415-*bis* Cpp, v. Cass. 3.7.2013 n. 43452, *ivi*, m. 256822. A motivo della divergenza interpretativa esistente in seno alla Corte di cassazione, la prima sezione rimetteva la questione alle Sezioni unite: v. Cass. 5.11.2018 n. 54050, in www.penalecontemporaneo.it, 21.12.2018, con nota di S. Ciampi, *Notifica dell'avviso di conclusione delle indagini ed effettiva conoscenza del procedimento: alle Sezioni unite l'ultima parola sulle condizioni di innesco della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale*. Portato del principio enunciato dal Consesso allargato è l'inidoneità dell'informazione sull'accusa contenuta nel mandato di arresto europeo a integrare l'effettiva conoscenza del procedimento: v. Cass. 22.5.2019 n. 37132, in *DeJure*.

[43] Per tale classificazione, v. L. Giuliani, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 545 ss.

[44] Sull'assunto della relativa adeguatezza, perché indice normativo di conoscenza del procedimento ai sensi dell'art. 420-*bis* co. 2 Cpp e in ragione dell'onere di attivazione e informazione gravante sull'accusato circa gli sviluppi del suo procedimento, indipendentemente dal trattarsi di difesa fiduciaria o d'ufficio (per la giurisprudenza di riferimento, v. *supra*, nota 38).

[45] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, in *CP* 2021, 129, con nota di F. Varone, *A proposito dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e del processo in absentia: le Sezioni unite della Cassazione difendono il diritto dell'imputato alla conoscenza della vocatio in iudicium*. Cfr., per i ricchi spunti, anche il commento di S. Quattrocolo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi*, in www.sistemapenale.it, 2.3.2021, 5 ss. In fatto, il ricorrente, sottoposto a identificazione ad opera della polizia giudiziaria (art. 349 co. 1 Cpp), appositamente invitato eleggeva domicilio presso il difensore di ufficio. In seguito, diveniva irreperibile e latitante. Condannato in assenza all'esito del giudizio di primo grado, in virtù della "prova" di conoscenza del processo fornita dalla pregressa elezione di domicilio, in grado d'appello quella sentenza veniva annullata, reputando il giudice di seconde cure non desumibile da quella elezione la consapevolezza in capo all'imputato della pendenza di un procedimento penale a suo carico. Il ricorso per cassazione presentato dal procuratore generale costituirà l'innesco della successiva rimessione

muovendo dai cardini dell'assenza dell'imputato, ambiscono a validità anche con riferimento all'esegesi riguardante le altre presunzioni legali (nomina fiduciaria e applicazione della misura precautelare o cautelare). Esistono solo due possibilità, enfatizza la Corte, consentite dal dettato codicistico: prosecuzione del rito senza imputato in caso di conoscenza certa dell'atto imputativo e introduttivo del processo, sospensione del procedimento (art. 420-*quater* Cpp) nell'evenienza contraria. Ne consegue l'impraticabilità di una lettura delle fattispecie descritte nell'art. 420-*bis* co. 2 Cpp quali presunzioni di conoscenza del procedimento: se così fosse, si legittimerebbe la celebrazione dell'udienza in difetto di un atto di *vocatio in iudicium* "nelle mani" dell'interessato, in palese violazione dei principi convenzionali ed europei e arretrando nella tutela del fondamentale diritto partecipativo ai tempi del processo contumaciale.
Percorribile è invece la strada interpretativa che porta a ritenere quelle fattispecie agevolatrici del lavoro giudiziale in sede di accertamento in ordine alla mancata comparizione dell'imputato, poiché, a patto che sia provata l'effettività della conoscenza veicolata da quelle tipizzate situazioni[46], si dà per buona la notifica non effettuata alla persona dell'imputato. La conclusione per il giudice, in tali casi, sarà che «è ragionevole ritenere che l'imputato abbia effettivamente conosciuto l'atto regolarmente notificato»[47].
Di riflesso, è lo stesso presupposto fattuale della rescissione del giudicato a subire una metamorfosi. Sempre seguendo il ragionamento della Corte, se l'assunto è che la declaratoria di assenza non ammette incertezze circa l'effettiva conoscenza della chiamata in giudizio, se cioè alcuna forma di conoscenza presunta è contemplata, resta il processo *reo absente* per volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento (art. 420-*bis* co. 2 Cpp)[48]; è a petto di questa fattispecie, per conseguenza, che va individuato lo spettro applicativo del rimedio straordinario rescissorio, non azionabile perché sussiste una presunzione da superare ma per il sopravvenire di «vicende concrete, non note al giudice, che hanno impedito la partecipazione al processo»[49].
L'incolpevole mancata conoscenza del processo, presupposto testuale della richiesta di rescissione, finisce per significare, dall'angolatura dei giudici di cassazione, involontarietà dell'assenza. Il vaglio del giudice della rescissione deve essere a ciò mirato, a «valutare la

alle Sezioni unite della questione relativa al valore da attribuire, ai fini del processo *in absentia*, al domicilio eletto presso il difensore d'ufficio, oggetto di interpretazioni divergenti da parte delle sezioni semplici.

[46] Con riguardo all'elezione di domicilio presso il difensore, le Sezioni unite pongono l'accento sul fatto che essa può avere valore ai fini della conoscenza dell'atto così notificato, ma solo se vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato; parimenti, non vi può essere consapevolezza del processo nell'ipotesi di arresto in flagranza, in caso di fuga dopo la cattura, o di misura cautelare personale applicata e rimasta ineseguita per irreperibilità, rilevando le suddette situazioni sul presupposto del contatto con il giudice e della contestazione degli addebiti (Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit., 142). A proposito del rapporto tra il legale domiciliatario e l'imputato assente, si segnala inoltre una recente pronuncia della Cassazione che non ammette, ai fini rescissori del giudicato, si possa desumere la mancata conoscenza del processo in capo all'imputato qualora il suo difensore di fiducia, nominato in fase di indagini preliminari con contestuale elezione di domicilio, sia rimasto assente alle udienze dibattimentali ma abbia invece partecipato all'udienza preliminare senza nulla eccepire circa l'assenza di contatti con il proprio assistito, comportamento, quest'ultimo, ad avviso della Corte, dimostrativo dell'effettività del mandato defensionale. Si tratta di Cass. 13.1.2022 n. 6057, in *DeJure*.

[47] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit., 143.

[48] Cfr. Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28912, cit., 4257; in questa pronuncia la Corte specifica che le ipotesi di conoscenza tipizzata (dichiarazione o elezione di domicilio; arresto, fermo o sottoposizione a misura cautelare; nomina di un difensore di fiducia) offrono una adeguata contezza delle accuse, da qui un onere per l'interessato di tenersi informato; in caso di inottemperanza, scatta una presunzione relativa di volontaria sottrazione alla conoscenza degli atti del processo, superabile dall'assente che adduca prova contraria.

[49] Cass. S.U. 28.11.2019 n. 23948, cit., 144.

sintomaticità in tal senso dei comportamenti»[50] dell'imputato impartecipe per l'intero arco del processo.
Comprensibile che la Cassazione abbia voluto, attraverso questa interpretazione, allineare le regole interne alla giurisprudenza europea, che – è bene sottolinearlo ancora una volta – ha come punto di arrivo la volontarietà della rinuncia a comparire quale snodo affinché ci sia equilibrio tra l'interesse a non paralizzare la pretesa punitiva statale e la tutela del diritto alla presenza fisica.
Tuttavia, non ci si può illudere che questi risultati rispecchino la lettera della legge, sia perché le norme, prese nella loro formulazione letterale, esprimono concetti altri al confronto di quelli germogliati dall'attività interpretativa – incolpevole mancata conoscenza non corrisponde a involontaria assenza, l'uno richiamando lo stato della colpa, l'altro l'intenzionalità – sia perché, a livello di impostazione generale, non può condividersi l'assunto da cui tutto muove: l'assenza dichiarata a fronte della sicura conoscenza dell'atto instaurativo del processo. In realtà, il sistema è ancora legato, *ex ante*, a una conoscenza formale degli atti, compreso l'atto di citazione a giudizio; quella prevalenza della conoscenza effettiva sul dato formale della regolarità della notifica, che ricorre come *leitmotiv* nella giurisprudenza a significare l'abbandono dell'assetto contumaciale e l'evoluzione crescente del sistema verso una tutela reale delle garanzie partecipative[51], vale sì, ma tuttora *ex post*, sul versante dei rimedi.
Sin qui, tuttavia, la funzione del rimedio impugnatorio straordinario non pare subire uno stravolgimento. Il suo raggio d'azione continua a essere legato al fisiologico errore in cui il giudice può cadere quando verifichi la regolare costituzione delle parti, non accorgendosi dell'irreperibilità dell'imputato e così evitando la sospensione del rito.
Occorre invece ricredersi, non appena si focalizzi l'attenzione sul verdetto delle Sezioni unite espresso in tema di rapporto tra rescissione e notificazione della *vocatio in iudicium* che risulti affetta da nullità assoluta[52]. Verdetto quasi spiazzante, se prendiamo a riferimento la condizione prima affinché l'udienza possa essere celebrata *en l'absence du prévenu*, ovvero la regolare notificazione dell'atto introduttivo del giudizio. Si è deciso, componendo un dissidio interpretativo in merito, che il rimedio *ex* art. 629-*bis* Cpp sia il mezzo funzionale a denunciare il vizio, mentre inapplicabile risulta la disposizione di cui all'art. 670 Cpp, sulla base della seguente, principale, spiegazione: è da escludere che la contestazione sul titolo esecutivo rappresenti il lasciapassare per far valere nullità assolute, verificatesi negli atti introduttivi della fase cognitiva nei riguardi dell'imputato o del suo difensore, «la cui deduzione o il cui rilievo d'ufficio sono preclusi dall'irrevocabilità della decisione, che definisce il procedimento»[53].
L'apparato motivazionale si arricchisce, inoltre, di ulteriori argomentazioni a sostegno: la «stretta correlazione» con la fattispecie introdotta dalla l. 67/2014 all'art. 420-*bis* Cpp, in uno con la sua formulazione testuale, carente di tipizzazione e di indicazioni esemplificative delle cause scatenanti la situazione fattuale di assenza incolpevole, rendono l'istituto di cui all'art. 629-*bis*

[50] Cfr. Cass. 15.9.2020 n. 31201, in *www.sistemapenale.it*, 2.3.2021.
[51] A far data dal 2005, quando, con la modifica dell'art. 175 co. 2 Cpp, è stato positivizzato il diritto incondizionato del contumace inconsapevole, una volta restituito nel termine, al giudizio di impugnazione. Per la giurisprudenza precedente all'intervento riformatore del 2014, la nozione di «effettiva conoscenza del procedimento», di cui art. 175 co. 2 Cpp, era da intendere come sicura consapevolezza della pendenza del processo, ancorata a una citazione contenente l'imputazione contestata, la data e il luogo dell'udienza, le conseguenze in caso di mancata presentazione. V. Cass. 16.1.2009 n. 3746, in *CEDCass*, m. 242535-242536.
[52] Cass. S.U. 23.4.2021 n. 15498, cit.
[53] Cass. S.U. 23.4.2021 n. 15498, cit., 2398. Trattasi di orientamento sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria: v. Cass. 13.2.2020 n. 12823, in *DeJure*; Cass. 17.1.2020 n. 10877, *ivi*; Cass. 17.12.2019 n. 1812, *ivi*; Cass. 18.10.2019 n. 48723, *ivi*; Cass. 7.5.2019 n. 3265, *ivi*.

Cpp «esperibile a prescindere dalla correttezza degli accertamenti condotti in fase di cognizione per procedere in assenza»; così acquisendo, in coerenza con i principi costituzionali e i parametri europei, «utilità pratica» e «spazio di applicabilità»[54].
Insomma, secondo la Corte, il rimedio *de quo* postula anche una pregressa patologia processuale, diversamente dalla credenza, agganciata alle verifiche imposte al giudice ai sensi degli artt. 420-*bis* e 484 Cpp, di reputarlo consentito al giudicato *in absentia* del tutto legittimamente, sulla base di regolari notifiche degli atti introduttivi dell'udienza (preliminare e dibattimentale).
In questa contesa ermeneutica, va detto, la causa è la legge. Un coordinamento mal gestito: eliminata dall'art. 548 co. 3 Cpp la previsione della notificazione all'imputato contumace dell'estratto della sentenza (a norma dell'art. 10 co. 5 l. 67/2014), ristretto il raggio operativo della restituzione nel termine, divenuta appannaggio del solo condannato con decreto penale ai fini dell'opposizione (*ex* art. 11 co. 6), tuttavia invariata la possibilità per il condannato di contestare il giudicato e richiedere al giudice dell'esecuzione la restituzione nel termine per impugnare (art. 670 co. 3 Cpp), è risultata percorribile quest'ultima strada onde eccepire nullità endoprocessuali che, *ante* riforma, sarebbero state dedotte quali vizi relativi alla notificazione dell'estratto contumaciale.

5. La reazione degli studiosi non è stata univoca: a chi ha contestato il risultato, sulla premessa che la nullità della notifica della citazione a giudizio incide sulla *vocatio* stessa e pregiudica la regolare instaurazione del contraddittorio, *ergo* costituisce questione sul titolo esecutivo, non validamente formatosi[55], si è contrapposta una voce più adesiva, incline a ravvisare nella stessa conformazione del processo in assenza la specifica operatività della rescissione in tutti i casi di mancata effettiva conoscenza del processo, indipendentemente dalle cause di ignoranza[56].
Il nostro giudizio sulla pronuncia in questione è doppio: positivo, da un lato. Indubbiamente assenza e rescissione sono istituti interconnessi, dalla nascita come abbiamo evidenziato in esordio, e la valorizzazione del secondo a strumento candidato a rimediare qualunque tipo di errore in cui sia incorso il giudice nel dichiarare assente chi assente non era da dichiarare perché all'oscuro del processo, s'incunea perfettamente nella faglia di sconoscenza che la disciplina generale introdotta nel 2014 ha mantenuto, pur nella sua *mission* di attuazione dei principi di matrice europea. Senza poi trascurare gli effetti assicurati dalla rescissione: l'assente riacquista tutti i diritti, i poteri e le facoltà che si snodano attraverso il processo il quale riparte dall'inizio, all'insegna della *fairness* processuale. La tutela accordata al diritto di presenziare al processo è di tipo restitutorio, tanto nel corso dell'accertamento quanto *post rem iudicatam*. La violazione perpetratasi è talmente grave che non basta demolire la sentenza passata in giudicato, serve rifare il processo. Ma questo risultato non si ottiene tramite l'incidente di esecuzione, dal cui accoglimento segue la dichiarazione di ineseguibilità del giudicato.

---

[54] Cfr. Cass. S.U. 23.4.2021 n. 15498, cit., 2399.
[55] Secondo M.L. Di Bitonto, *Un errore 'blu' delle Sezioni unite?*, cit., 2408, è proprio l'istituto disciplinato nell'art. 670 Cpp ad offrire spazio «per porre in discussione il crisma dell'irrevocabilità», che non può esserci là dove l'imputato non abbia mai ricevuto alcuna citazione a giudizio e, *a fortiori*, non avendo partecipato al processo, neppure potuto impugnare la sentenza, giustappunto pronunciata a sua insaputa. V., in giurisprudenza, Cass. S.U. 28.2.2019 n. 28912, cit., 4259; v. anche Cass. 23.2.2018 n. 16958, in *DeJure*, dove, ricordato il principio per cui in sede esecutiva non è possibile attribuire rilievo alle nullità verificatesi nel corso del processo di cognizione, vi si afferma che esso non trova applicazione rispetto a vizi che interferiscano con la formazione del giudicato, come quelli attinenti alla rituale notifica dell'estratto contumaciale o quelli che, incidendo sull'assistenza tecnica dell'imputato, si riflettono sul titolo per aver compromesso la previa e autonoma facoltà d'impugnazione riconosciuta al difensore.
[56] Cfr. F. Peroni, *Sul controverso confine tra incidente d'esecuzione e rescissione del giudicato*, cit., 677.

Più cauto, dall'altro. Vero è che nullità e inutilizzabilità, una volta conclusosi il processo con provvedimento irrevocabile, non sono più invocabili, tuttavia dovrebbe restare valido il discorso, sul piano dei principi e delle categorie, secondo cui è precluso affermare l'esecutività del titolo quando l'irrevocabilità che ne costituisce il presupposto difetta a ragione del mancato esaurimento delle impugnazioni ordinarie, non attivate per mancata conoscenza del processo e della sentenza.
Tutto considerato, però, rileva poco nella materia che ci occupa il singolo giudizio; conta maggiormente capire ciò che sta dietro gli arresti giurisprudenziali e, al riguardo, l'aumento di cubatura della rescissione altro non è che un segnale, forte, dell'accresciuta capacità delle impugnazioni straordinarie di rendere la procedura penale uno strumento di conoscenza a traiettoria obbligata, verso una decisione giusta, perciò a sua volta necessariamente giusto[57]. Da questa nuova visione, progressista, a uscirne però indebolito è il carattere eccezionale del rimedio. Come per tutte le impugnazioni straordinarie, più si espandono i presupposti, meno residuale risulta l'impugnativa, di maggiore flessibilità gode il giudicato[58].
A questo punto, una riflessione va fatta, con riguardo al rimedio che ci occupa. Se il tema è quello di "restituire al processo" la presenza del suo protagonista principale, per la salvaguardia, così dell'autodifesa, come del contraddittorio nell'accertamento del fatto di reato e della colpevolezza, è un pensiero corretto stimare irrilevanti i motivi della mancata instaurazione della triade dialettica, poco importando che si tratti di vizi di notificazione della *vocatio in iudicium* o di altri accadimenti ugualmente indicativi di una assenza involontaria. Si coglie, in filigrana, una trama comune alla giurisprudenza pronunciatasi sul pregiudizio effettivo in tema di nullità dell'atto processuale. Il sostrato, intriso di giustizia sostanziale, pare comune. Come là rileva la violazione che abbia sortito una lesione effettiva e concreta del diritto presidiato dalla previsione di invalidità[59], così qui rilevano le ricadute dell'invalidità sulla reale conoscenza del processo, che, all'evidenza, non c'è se mai la persona imputata è stata destinataria della notificazione della citazione a giudizio. Ma è nota la delicatezza insita in simile approccio, postulante una valutazione caso per caso, in settori della procedura penale governati dal principio di legalità processuale (art. 111 co. 1 Cost.) e di tassatività (artt. 177 e 568 co. 1 Cpp).
Nel bilanciamento degli interessi non può finire schiacciato quello alla *firmitas* del giudicato che i richiamati principi, valevoli anche per le impugnazioni straordinarie, garantiscono. Pertanto, pure ammessa l'estensione della rescissione a ricomprendere assenze dichiarate per un qualsivoglia errore nell'instaurazione del contraddittorio, è nella previsione di strumenti capaci di "intercettare" e risolvere nella fase di cognizione i difetti strutturali legati alla mancata conoscenza dello svolgimento del processo in capo all'imputato il punto di ragionevole equilibrio. È, in altre parole, sul terreno dei rimedi preventivi e restitutori *in itinere* che occorre lavorare, per tentare, con misurati contrappesi, la "quadratura del cerchio", tra tutela del diritto fondamentale alla partecipazione personale ed eccezionalità del rimedio revocatorio del giudicato.

6. La costruzione operata dai commi 2 e 3 dell'art. 629-*bis* Cpp di un modello a due fasi, l'una funzionale alla revoca della sentenza definitiva, l'altra deputata ad addivenire a un provvedimento

---

[57] Registra questa tendenza delle impugnazioni straordinarie verso una garanzia di decisione rispondente a verità e giustizia, H. Belluta, *La rimozione del giudicato*, in *Procedura penale esecutiva*, cit., 193 ss.
[58] Emblematica l'estensione applicativa operata sui presupposti della revisione, con particolare riguardo alla nozione di «nuove prove» *ex* art. 630 lett. *c* Cpp: v. Cass. S.U. 26.9.2001 n. 28, in *CP* 2002, 1952, con nota di B. Monastero, Revirement *delle Sezioni unite: la prova non valutata legittima una richiesta di revisione*, e 3180, con nota di S. Lonati, *Sul criterio per la definizione di prova «nuova» in vista del giudizio di revisione*.
[59] Cfr. Cass. S.U. 27.1.2011 n. 22242, in *CP* 2011, 3729, circa l'esclusione del vizio di nullità in caso di omessa citazione del difensore dell'imputato che risulti assistito da due professionisti.

che sostituirà quello annullato, rappresenta una scelta non inedita nel panorama delle impugnazioni straordinarie[60], tuttavia dal carattere promozionale in prospettiva riformista, guardando alle proposte avanzate in merito alla regolamentazione del ricorso per esecuzione della sentenza europea.
Raffrontata con la parte sostanziale, dei presupposti applicativi, quella procedurale disvela minore fermento in giurisprudenza, giustificato forse in parte dalle interpolazioni del legislatore del 2017. Ciò nondimeno, diversi sono i problemi che riguardano il procedimento di rescissione del giudicato, su cui vale la pena di soffermarsi, tanto più utile in vista di una rivisitazione normativa della disciplina.
Muovendo dalla fase rescindente, accertativa dei presupposti di rescissione del giudicato, profili discussi attengono sia ai requisiti di ammissibilità della domanda, in special modo in ordine alle prove da porvisi a sostegno, sia al modello dell'udienza camerale *ex* art. 127 Cpp stabilito per il procedimento davanti alla Corte d'appello. Sul primo versante, la legge carica l'interessato del peso di «prov[are] che l'assenza è stata dovuta» a ignoranza incolpevole (art. 629-*bis* co. 1 Cpp). Impegno contestato per incompatibilità con i canoni convenzionali[61], secondo la giurisprudenza non è da intendersi, a dispetto della terminologia impiegata, come onere di prova bensì come onere di allegazione: a corredo della richiesta di rescissione si dovranno indicare le ragioni che la giustificano e gli elementi che quelle ragioni avvalorano, senza che siano inibite al giudice integrazioni istruttorie necessarie a superare eventuali dubbi[62]. In tale direzione si orienterebbe sia la competenza della Corte d'appello a decidere sulla richiesta, visti i suoi poteri di cognizione nel merito, sia l'uso del verbo «ottenere», evocativo dell'investitura in capo al giudice dell'accertamento dell'«oggettiva fondatezza della mancata conoscenza del processo»[63].
Già ammessa la difficoltà di "provare" una circostanza negativa, ossia la mancata conoscenza del processo, se lo spirito della rescissione, per come pretoriamente concepita, è quello di essere "onnicomprensiva" delle situazioni di assenza involontaria, vanificarne l'accesso per via dell'inammissibilità della domanda carente delle prove a conforto della sua validità potrebbe, in effetti, risultare soluzione che cade fuori bersaglio. Soprattutto se si considera che possono esservi elementi il cui effettivo valore dimostrativo può richiedere approfondimenti istruttori che solo l'autorità giudiziaria può svolgere. Non si ignora che l'impugnante, a pena di inammissibilità, deve indicare le «richieste, anche istruttorie» (art. 581 co. 1 lett. *c* Cpp), ma si tratta di contenuto

---

[60] Cfr. la revisione per come disciplinata nel codice di procedura penale del 1930: v., al riguardo, A. Presutti, *Revisione del processo penale*, in *EG*, XXVII, 1991, 6 s.
[61] Già sotto la vigenza dell'art. 625-*ter* Cpp: v., tra gli altri, M. Gialuz, sub *art. 625*-ter *Cpp*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., 3557 s., soprattutto a memoria dell'elisione di un simile carico ad opera del d.l. 17/2005 conv. in l. dalla l. 60/2005, di modifica dell'art. 175 co. 2 Cpp in direzione del trasferimento dell'onere dimostrativo, ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza *reo absente*, dal contumace (inconsapevole) all'autorità giudiziaria.
[62] Cfr. Cass. 15.9.2020 n. 31201, cit.; v., in riferimento all'art. 625-*ter* Cpp, Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, in *CP* 2015, 563, in cui si afferma che potrebbe rivelarsi necessario «chiarire aspetti ambigui o colmare possibili lacune o verificare la rispondenza della documentazione esibita alla realtà processuale». In dottrina, favorevole a ritenere che all'interessato spetti un mero onere di allegazione, P. Spagnolo, *La rinnovata fisionomia della rescissione del giudicato*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d. lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino 2018, 147, la quale sottolinea, inoltre, come la mancata allegazione incida sulla decisione di rescissione, non sull'ammissibilità della domanda. Di avviso contrario, E. Lorenzetto, *Soltanto in cassazione o anche in appello*, cit., 11, che valorizza la disposizione dell'art. 581 co. 1 lett. *c* Cpp, là dove prescrive l'indicazione specifica, a pena di inammissibilità, «delle richieste, anche istruttorie», per ricavare un accrescimento degli oneri di allegazione gravanti sull'interessato.
[63] Cfr. Cass. 15.9.2020 n. 31201, cit.

funzionalmente proiettato alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (art. 603 Cpp)[64], considerata utile nella prospettiva di riforma della decisione impugnata, che è però attività estranea al giudizio di rescissione, esclusivamente finalizzato ad accertare l'insussistenza dei presupposti a base della declaratoria di assenza. Certamente l'interessato potrà chiedere alla Corte d'appello di acquisire un documento o di sentire un testimone, ma siamo dell'idea che tale richiesta, proprio perché attiene al merito della verifica dei presupposti dell'assenza, non possa incidere negativamente sull'ammissibilità del mezzo. La disposizione generale dell'art. 581 Cpp raccoglie uno standard minimo che andrebbe coordinato con i requisiti ritagliati sui singoli istituti impugnatori, ma il problema sta proprio qui: la mancata previsione, nella disciplina dell'art. 629-*bis* Cpp, di requisiti *tailor made*.

E difatti, sul vaglio di ammissibilità si addensano poi altre questioni, dalle modalità di presentazione della richiesta da parte dei soggetti legittimati, personalmente o tramite un difensore munito di procura speciale autenticata[65], al *dies a quo* di decorrenza del termine a loro disposizione (di trenta giorni): inopportunamente fatto coincidere con il «momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento» anziché con quello di avvenuta conoscenza del provvedimento irrevocabile[66].

La matrice è comune, ovvero una certa superficialità nella regolamentazione della disciplina. Eppure, stante il principio di tassatività che governa la materia, tutta, delle impugnazioni, approssimazioni non sono ammesse. Ancor più se si pensa che nel "contenitore impugnazioni" convivono strumenti dalla natura e finalità diversificate. L'anima di rimedio della rescissione, finalizzata alla celebrazione di un nuovo giudizio che si sostituisca interamente a quello precedente, da considerare *tamquam non esset*, perché inficiato da un grave vizio, impatta sul procedimento decisorio; e se la scelta di prevedere le forme dell'udienza camerale partecipata (art. 127 Cpp) accoglie consensi, per la tutela assicurata al contraddittorio tra le parti, il vuoto circa i parametri di ammissibilità della richiesta rescissoria lascia delusi.

Del resto, gli esempi offerti dalle altre impugnazioni straordinarie vanno nel senso opposto, di una maggiore accuratezza normativa: la revisione, in particolare, contempla regole apposite sui requisiti di forma e contenuti della richiesta (art. 633 Cpp) e disciplina le sorti della declaratoria di inammissibilità, anche con riguardo alla sua ricorribilità per cassazione (art. 634 co. 2 Cpp), aspetto, quest'ultimo, che è stato necessario ricostruire in via esegetica, frapponendosi il dato testuale dell'art. 640 Cpp, richiamato nell'art. 629-*bis* co. 4 Cpp, riferito alla impugnabilità della «sentenza» pronunciata all'esito del giudizio di revisione quando è l'ordinanza il provvedimento con cui si chiude l'udienza camerale *ex* art. 127 Cpp.

---

[64] V. A. Cabiale, *Morfologia dell'atto di impugnazione e criteri di ammissibilità*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 197 ss.

[65] In virtù della regola generale dell'art. 582 Cpp, che consente la presentazione dell'atto di impugnazione «a mezzo di incaricato», la giurisprudenza ha ritenuto che la domanda rescissoria sia validamente presentata anche da persona diversa dal difensore munito di procura speciale *ex* art. 122 Cpp, da quest'ultimo delegata al mero deposito dell'atto (v. Cass. 2.3.2021 n. 15957, in *DeJure*), mentre è da dichiarare inammissibile, in virtù della tassatività delle modalità di presentazione previste dall'art. 629-*bis* co. 2 Cpp, se depositata in un luogo diverso dalla cancelleria della Corte d'appello nel cui distretto «ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento» (così, Cass. 3.3.2021 n. 23075, in *DeJure*), previsione da intendersi, più correttamente, come riferita alla cancelleria del giudice «il cui provvedimento (irrevocabile) è stato posto in esecuzione» (v. M. Bargis, *Appendice di aggiornamento*, cit., 16; analogo rilievo veniva effettuato con riguardo alla disciplina dell'art. 625-*ter* Cpp: v. Ead., *La rescissione del giudicato*, cit., 164).

[66] Lo rilevano S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *DPenCont* 2014 (2), 102; G. Biscardi, *Eclissi della contumacia*, cit., 119; M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 164. In giurisprudenza, per la decorrenza del termine "mensile" dal momento in cui il condannato ha avuto conoscenza del procedimento, cfr., tra le altre, Cass. 20.5.2021 n. 29592, in *DeJure*, e Cass. 22.9.2021 n. 36560, *ivi*.

Altrettanti dubbi fioriscono nel passaggio alla fase rescissoria, schiusa dall'accoglimento della richiesta. I riferimenti che il dettato codicistico fornisce attengono, per un verso, all'effetto della revoca del giudicato, consistente nella «trasmissione degli atti al giudice di primo grado», per altro verso alle prerogative riconosciute all'imputato, una volta ripreso *ex novo* il giudizio, ossia il diritto di chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta (art. 489 co. 2 Cpp, cui l'art. 629-*bis* co. 3 Cpp fa espresso rinvio). In realtà, sono disposizioni "ad incastro": l'accesso ai riti a base consensuale[67] giustifica la regressione agli atti introduttivi del dibattimento, con salto dell'udienza preliminare, anche se qui si sia verificata l'assenza incolpevole. Al di là di tale motivazione, l'opzione sembra condivisibile per una considerazione di principio[68]. Se è il contraddittorio il bene da restituire, è ragionevole che vengano ripetute le attività che si innestano nella sede in cui quel valore trova la sua espressione più forte, il dibattimento appunto. In stretta correlazione, per quel che attiene al diritto alla prova, l'imputato avrà diritto a una rinnovazione delle prove precedentemente acquisite, naturalmente con i limiti dovuti all'irripetibilità originaria (art. 511 Cpp) e con i meccanismi di recupero (art. 512 Cpp) previsti per l'irripetibilità sopravvenuta[69].

C'è da dire che anche se numerose, le questioni sul tappeto non hanno trovato spazio nelle proposte della ormai nota "legge Cartabia", che relativamente agli aspetti procedimentali dell'istituto che ci occupa si limita a un criterio, *en passant*, in ordine alla legittimazione alla presentazione della domanda, che viene riservata al «condannato giudicato in assenza» (art. 1 co. 7 lett. *g*), non più al prosciolto cui sia stata applicata una misura di sicurezza[70]. L'auspicio è che il legislatore delegato, prendendo le distanze dai predecessori, abdichi all'uso di formule sciatte e predisponga le regole del procedimento di rescissione ritagliandole sulla sfera applicativa dell'istituto, oggetto anch'essa di rivisitazione, seppure indiretta, in forza di criteri che ci accingiamo di seguito a considerare.

7. Apprezzabile, sulla scorta di quanto fin qui osservato, che il legislatore della riforma abbia deciso di intervenire sulle cause più che sulle conseguenze. Si allude, nello specifico, alla nuova ossatura del processo *in absentia*, racchiusa nell'art. 1 co. 7 l. 134/2021: celebrazione del rito, si stabilisce, «solo quando esistono elementi idonei a dare certezza del fatto che [l'imputato] è a conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una sua scelta volontaria e consapevole» (lett. *a*); sentenza inappellabile di non doversi procedere «quando non sono soddisfatte le condizioni per procedere in assenza dell'imputato» (lett. *e*).
Condizioni, queste ultime, esplicitate: occorre che l'imputato sia tempestivamente citato per il processo a mani proprie o «con altre modalità comunque idonee a garantire» la conoscenza della

---

[67] Per una lettura del dato normativo in maniera inclusiva della sospensione del procedimento con messa alla prova, v. P. Spagnolo, *La rinnovata fisionomia della rescissione del giudicato*, cit., 160, la quale ammette anche la facoltà di richiedere l'oblazione; A. Diddi, *La rescissione del giudicato*, cit., 2305.
[68] Critico, invece, M. Gialuz, sub *art. 625*-ter *Cpp*, cit., 3561.
[69] Poiché la ripresa, *ex novo*, del giudizio (cfr. A. Presutti, sub *art. 629*-bis *Cpp*, cit., 3111) comporta un diverso giudice incaricato della decisione e posto che il principio di immediatezza impone identità fisica tra giudice che partecipa al dibattimento e giudice della deliberazione della sentenza (art. 525 co. 2 Cpp), giocoforza le prove orali precedentemente assunte dovranno essere ripetute davanti al nuovo organo giudicante. Non ritiene applicabile l'art. 512 Cpp, R. Casiraghi, *La rescissione del giudicato*, cit., 235, sul rilievo che la disposizione riguardi esclusivamente le prove formate unilateralmente.
[70] Il giudizio che la parola «giudicato» evoca sembrerebbe escludere, dall'ambito oggettivo dei provvedimenti aggredibili, quelli diversi dalle sentenze irrevocabili pronunciate all'esito del dibattimento o del giudizio abbreviato. Critica rispetto alla tecnica legislativa impiegata, G. Di Paolo, *La rescissione del giudicato ex art. art. 625*-ter *c.p.p.: rimedio effettivo o meccanismo virtuale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.11.2015, 11 ss.

data e del luogo del processo e il fatto che la sentenza potrà essere pronunciata anche senza la sua presenza fisica (lett. *b*)[71].
È, senz'altro, da accogliere positivamente la scelta di ancorare la dichiarazione di assenza alla conoscenza del processo, non del procedimento. Il che significa, a rigore, che è vietato fondare dichiarazioni di assenza prendendo a riferimento attività che tipicamente si collocano nella fase iniziale, di avvio dell'*iter* procedimentale: elezioni di domicilio, misure a vario titolo restrittive della libertà personale, nomine fiduciarie[72].
L'ottimismo, però, si smorza non appena puntiamo l'obiettivo sulla possibilità, contemplata, come visto, dalla legge delega, che il processo si celebri, nonostante l'imputato non sia stato personalmente raggiunto dalla *vocatio in iudicium*. La previsione di congegni informativi diversi dalla *traditio brevi manu*, eppure sufficienti affinché il giudice proceda oltre, schiudono il problema del grado di conoscenza che essi possono veicolare e, *a fortiori*, del "livello soglia" al di sotto del quale è consentita l'attivazione dei rimedi successivi restitutori. E sappiamo, dalle parole della Corte costituzionale, che lo strumento notificatorio, appunto tra quelli ad uso del giudice nella verifica dell'assenza consapevole e volontaria, «non può che essere affidat[o] alla discrezionalità del legislatore»[73]. Al proposito, la posizione di escludere dall'area delle notifiche mediante consegna al difensore dell'imputato non detenuto «quelle con le quali lo stesso è citato a giudizio» costituisce un salto di qualità, per gli obiettivi di conoscenza effettiva che intende perseguire, ancora più significativo in relazione all'imputato assistito da un difensore d'ufficio (art. 1 co. 6 lett. *b* e *c*)[74]. In tale evenienza, il suggerimento è di derogare alla regola generale, cioè che tutte le notificazioni successive alla prima siano eseguite tramite consegna al patrono, quando la prima notificazione non sia stata eseguita nelle forme previste dall'art. 157 co. 1 Cpp, ossia «mediante consegna di copia alla persona» dell'imputato o a chi con lui «conviva anche temporaneamente o, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci». La ragione, s'intuisce, è che in difetto di consegna diretta nelle mani dell'imputato non può esservi certezza che egli sia effettivamente venuto a conoscenza del procedimento a suo carico.
Non belle sensazioni, invece, scaturiscono dalla proposta di ammettere che si proceda *reo absente* anche quando non si «abbia certezza dell'effettiva conoscenza della citazione a giudizio o della rinuncia dell'imputato a comparire». Qui, assistiamo al trionfo della discrezionalità del giudice, il quale, valutate le modalità di notificazione e ogni altra circostanza del caso concreto, può ritenere

[71] L'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, notificato all'imputato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, compendia la citazione a giudizio (art. 419 co. 1 Cpp) come pure il decreto di citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica (art. 552 co. 1 Cpp).
[72] V. Ass. Roma, ordinanza 14.10.2021, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 16.10.2021, pronunciata nel procedimento penale relativo alla nota "vicenda Regeni", con cui è stata dichiarata la nullità della declaratoria di assenza e, per conseguenza, annullato il decreto che disponeva il giudizio nei confronti degli imputati emesso dal G.u.p., in virtù del principio per cui «la sola generica conoscenza della pendenza del procedimento non basta per presumere *sic et simpliciter* la conoscenza certa del processo», nello specifico delle accuse mosse a carico dei prevenuti, sicché «non si può neanche concludere che essi abbiano tentato di sottrarsi alla giustizia o che abbiano rinunciato in maniera non equivoca al loro diritto di partecipare al giudizio».
[73] C. cost., 9.2.2017 n. 31, in *GCos* 2017, 212.
[74] Si ricorderà che sul tema è intervenuta la l. 103/2017, che interpolando l'art. 162 Cpp, ha subordinato l'efficacia dell'elezione di domicilio effettuata presso il difensore d'ufficio al consenso del domiciliatario (co. 4-*bis*), senza il quale la suddetta domiciliazione non prova nulla in termini di effettiva conoscenza del procedimento in capo all'accusato, per l'evidente ragione che non può provare la volontarietà della rinuncia un atto, l'elezione di domicilio *tout court*, nel caso concreto non seguito da un rapporto professionale tra il legale e l'assistito. Cfr. L. Lauricella, *Commento al comma 24, dell'art. 1 Legge 103 del 2017. L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, in www.lalegislazionepenale.eu, 14.12.2017, 3 s.

«provato che l'imputato ha conoscenza della pendenza del processo e che la sua assenza è dovuta a una scelta volontaria e consapevole» (lett. *c*).
Si tratta di proposta formulata in maniera troppo ampia e pertanto foriera di soluzioni normative discutibili sul versante della tutela dei diritti partecipativi dell'imputato. Siamo dell'idea che se non c'è certezza di conoscenza del processo in capo al prevenuto, la sua assenza all'udienza, non supportata da rinuncia o dalla notificazione a mani dell'atto di citazione, debba interrompere la prosecuzione del rito.
Sempre che non si tratti di imputato latitante; è, in tal caso, in forza di una scelta derogatoria, sufficiente la conoscenza del procedimento: non occorre cioè che esista certezza che egli abbia avuto effettiva conoscenza della citazione a giudizio e abbia rinunciato a comparire a dibattimento. Una sorta di *laissez faire*, giustificato dalla possibilità di attivare rimedi postumi, sia in corso di procedimento sia dopo la sua chiusura, e vincolato a una dichiarazione di latitanza "blindata". Nel senso di pronunciata una volta acquisiti elementi, oggetto di specifica motivazione, da cui inferire l'effettiva conoscenza della misura cautelare e la volontà di sottrarsi all'esecuzione della stessa (lett. *f*). Inadeguata e, pertanto, da rivedere è l'attuale disciplina, là dove "canalizza" sul difensore d'ufficio nominato al latitante che sia sprovvisto di patrono, la conoscenza dell'ordinanza applicativa della misura cautelare (art. 296 co. 2 Cpp). Il fatto che gli venga notificato l'avviso di deposito in cancelleria dell'ordinanza non è garanzia di effettiva conoscenza del provvedimento restrittivo in capo all'interessato.
Per venire ai rimedi, pare valido il criterio di limitare la legittimazione del difensore dell'imputato assente a proporre impugnazione, appello e ricorso per cassazione, possibili solo previo «specifico mandato rilasciato dopo la pronuncia della sentenza», nel quale l'imputato è chiamato a dichiarare o eleggere domicilio per il giudizio di impugnazione (lett. *h*).
La *ratio* di fondo non può che trovarci d'accordo: messo in sicurezza il giudizio di prima istanza, svoltosi *in absentia* per scelta consapevole e volontaria dell'imputato, le impugnazioni ordinarie si celebrano a condizione che tale presupposto, potremmo dire di "assenza per consenso informato", persista, così da evitare "sprechi" di risorse giudiziarie che non sarebbero giustificate dall'esigenza di garantire il diritto di difesa (già assicurato) e, al contempo, evitare la formazione di un giudicato a rischio rescissione[75].
Per sottrazione, quest'ultimo, rimedio finale, risulta pienamente azionabile in caso di sentenza divenuta irrevocabile per mancata impugnazione. L'omessa attivazione dei controlli ordinari rileva come spia del fatto che il condannato sia stato giudicato in assenza «senza avere avuto effettiva conoscenza della celebrazione del processo» (lett. *g*). Questo è il presupposto della nuova rescissione del giudicato, che, a livello sistematico, troverà collocazione in un titolo *ad hoc*, probabilmente successivo a quello della revisione, come pure avrà dedicato un titolo apposito la revisione per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani, giusta la direttiva di cui all'art. 1 co. 13 lett. *o* l. 134/2021.
Si tratta di previsione che ha una sua logica. La celebrazione dell'intero processo è sorretta da una valutazione di volontarietà dell'assenza, per sconfessare la quale occorre dimostrare la mancata effettiva conoscenza del processo, prodromo della scelta di comparire o meno in udienza. Tagliando alla radice critiche di non conformità alla normativa europea, la legge non addossa al condannato – il solo legittimato a presentare l'impugnativa – l'onere di provare la sconoscenza del

[75] Per tali considerazioni, cfr. la *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti penali pendenti presso le corti d'appello», della Commissione di studio presieduta da Giorgio Lattanzi, istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia, pubblicata in *www.sistemapenale.it*, 25.5.2021, 15.

processo. Dovrà assolvere un impegno argomentativo e di allegazione, questo sì, ai fini della presentazione di una richiesta ammissibile.
L'intervento, nei termini di cui sopra, sui gradi di impugnazione, nella misura in cui pone in correlazione irrevocabilità, mancata impugnazione come effetto di ignoranza del processo e rescissione, mette a tacere la tesi dell'incidente di esecuzione che si attiva in forza di un titolo non esecutivo perché ancora "revocabile", non essendosi consumato il potere di impugnazione per vizi del processo di notificazione della *vocatio in iudicium*. Peraltro, l'esclusività del rimedio rescissorio, quando si tratti di assenza senza conoscenza del processo, pare confermato anche dalla proposta di cui alla lett. *i* dell'art. 1 co. 7, che prescrive inserito nel provvedimento di esecuzione (*rectius*, ordine di esecuzione *ex* art. 656 Cpp) l'avviso al condannato che «lo stesso potrà esercitare i diritti previsti ai sensi della lettera *g)*» e il rimedio successivo a favore del condannato *in absentia* è, appunto, la rescissione del giudicato.
Questa, allora la corretta postura: impugnazione straordinaria finalizzata a sanare vizi gravi, quale certamente è la violazione del diritto a presenziare al proprio processo, e così rimediare al contraddittorio mancato. Quando non è chiara la volontà dell'imputato di partecipazione o meno al processo e si è ugualmente proceduto, fino ad arrivare a una *res iudicata*, è segno che il sistema non ha funzionato. La rescissione del giudicato è il banco di prova (di tale disfunzionalità) e rappresenta la tendenza squisitamente moderna dell'ordinamento processuale, a non sentirsi vincolato dalla sacralità del giudicato, quando in gioco ci siano diritti fondamentali da tutelare.

8. Ai criteri di delega in precedenza richiamati dà attuazione lo Schema di decreto legislativo di riforma della giustizia penale, approvato lo scorso 4 agosto dal Consiglio dei Ministri e sopravvenuto nelle more della presente pubblicazione[76]. Non potendo ricostruire in questa sede la complessa disciplina nel cui quadro s'inscrive la nuova rescissione del giudicato[77], anche per la provvisorietà del testo, attualmente nelle mani delle Commissioni parlamentari per i pareri di competenza, ci limiteremo a una valutazione generale sulla traduzione dei principi della legge delega, attinente, per un verso, al rapporto tra notificazioni e assenza, per altro verso, a quello tra assenza e rimedi.
Sotto il primo profilo, le soluzioni adottate dal legislatore delegato non si discostano dalle indicazioni del delegante: i nuovi presupposti dell'assenza – citazione dell'imputato a comparire a mezzo di notificazione dell'atto in mani proprie o di persona espressamente delegata al ritiro; rinuncia espressa a comparire o a far valere l'impedimento a comparire; prova dell'effettiva conoscenza della pendenza del processo e dell'assenza all'udienza per scelta volontaria e consapevole[78] – e la principale modalità di notifica degli atti introduttivi del giudizio, presso il domicilio dichiarato o eletto dall'imputato, ambiscono alla garanzia di effettiva conoscibilità di quegli atti[79].
Quanto al secondo profilo, sembra evidente che la nuova disciplina della rescissione del giudicato sia stata riarticolata con riferimento alla riformata veste dell'istituto dell'assenza, appunto rivisitata nei presupposti e negli effetti, ove impropriamente dichiarata, sì che il rimedio in questione finisce per essere di applicazione residuale. L'autentica novità, in effetti, è che esso fa parte di un corpo

[76] V. *supra*, nota 16.
[77] La cui collocazione rimane invariata all'art. 629-*bis* Cpp (v. art. 37 dello Schema di decreto). È possibile consultare i testi a fronte dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 su www.penaledp.it, 1.9.2022.
[78] Secondo il testo riformulato dell'art. 420-*bis* Cpp (art. 23 co. 1 lett. *c* dello Schema di decreto).
[79] Cfr. il nuovo art. 157-*ter* Cpp (art. 10 co. 1 lett. *l* dello Schema di decreto)

normativo ristrutturato per ovviare a un difetto relativo alla celebrazione di un processo inconsapevole; la sua area operativa, nel rispetto dei principi di delega, ne esce definita sia in rapporto al rimedio per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, collocato in un titolo autonomo[80], sia con riguardo all'incidente di esecuzione. L'obbligo informativo per il condannato, in sede di notifica dell'ordine di esecuzione, della pena detentiva come pure di quella pecuniaria, che se il processo si è svolto in sua assenza può chiedere la rescissione del giudicato[81] certifica un'estensione della funzionalità di quest'ultimo istituto, che resta separato dall'incidente di esecuzione.
Spetterà alla giurisprudenza misurarsi con un sottosistema più compiutamente disciplinato: regolarità delle notificazioni, assenza consapevole e volontaria, rescissione del giudicato come rimedio estremo.

[80] Regolamentato all'art. 628-*bis* Cpp, all'interno del titolo III-*bis* del libro IX del codice di procedura penale, di nuovo conio (art. 36 dello Schema di decreto), viene "separato" dalla rescissione del giudicato: al comma 8 è difatti stabilito che esso trova applicazione «anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguarda il diritto dell'imputato di partecipare al processo»; in corrispondenza, il riformato art. 629-*bis* co. 1 Cpp esordisce con «Fuori dei casi disciplinati dall'articolo 628-bis».
[81] Cfr. i nuovi artt. 656 co. 5 e 660 co. 3 Cpp (art. 38 dello Schema di decreto).

IL DECORSO DEL TEMPO TRA PRESCRIZIONE E IMPROCEDIBILITA'

di Giuliano Balbi
Professore ordinario di diritto penale, Università della Campania Luigi Vanvitelli

L'Autore, attraverso una ricostruzione critica delle molteplici riforme che hanno caratterizzato in questi ultimi anni la nostra realtà ordinamentale, analizza gli effetti del decorrere del tempo sulla possibilità, o sull'opportunità, di soddisfare l'interesse punitivo dello Stato. Se si tratta di un compito tradizionalmente affidato all'istituto della prescrizione, oggetto peraltro di continui stravolgimenti identitari e funzionali, di estremo rilievo è l'inserimento nelle dinamiche del sistema, con l. 27.9.2021 n. 134, della nuova causa di non procedibilità di cui all'art. 344-bis Cpp. Si tratta di un istituto, tuttavia, che pone molteplici problemi, sia intrinseci, sia di compatibilità con la prescrizione stessa.
The Author critically reconstructs the many reforms relating to the prescription of crime, traditionally entrusted with the task of regulating the incidence of the course of time on the punitive interest of the State. The introduction, by Law No. 134, 27.9.2021, of the new ground for non-prosecution (Art. 344-bis Cpp) has certainly changed the system dynamics, giving rise to numerous problems both of an intrinsic nature and in the relationship with the prescription itself.

SOMMARIO: 1. Prescrizione e improcedibilità per decorso del tempo. Una difficile convivenza. – 2. Fondamento e funzione di garanzia della prescrizione. I rischi connessi a un'impropria regolamentazione normativa. – 3. Un esempio di impropria regolamentazione normativa: la l. 5.12.2005 n. 251 (cd. *ex-Cirielli*). – 4. La l. 23.6.2017 n. 103 (cd. *Riforma Orlando*) e le prime contaminazioni processuali. Un intervento dalla vita effimera. – 5. La l. 9.1.2019 n. 3 (cd *Riforma Bonafede*). Lo sconcertante blocco della prescrizione dopo la sentenza di primo grado. – 6. Il *d.d.l. C. 2435/2020 nella sua versione originaria (cd. lodo Conte bis)*. La prescrizione "in balia" della politica e del COVID. – 7. La *Commissione Lattanzi* (d.m. 16.3.2021). – 8. La l. 27.9.2021 n. 134 (cd. *Riforma Cartabia*) e la durata massima dei giudizi di impugnazione. Ragioni prammatiche e aporie di sistema. – 9. *Segue*. Una durata *problematicamente ragionevole*: la plausibile assenza di fondamento costituzionale. – 10. I dubbi di legittimità (soprattutto in tema di proroghe). – 11. Uno schema insidioso: fare finta di fermare il tempo.

1. Parlare oggi della prescrizione e del suo rapporto con la causa di non procedibilità di cui al nuovo art. 344 bis Cpp è compito tutt'altro che agevole. Sulla scena, infatti, ci sono "personaggi" strani e eterogenei: l'oblio del tempo e il PNRR; Cirielli e Filangieri; Beccaria e Bonafede; una causa di estinzione del reato che tende a dissolversi, con tutto il suo bagaglio di ragioni legittimanti, prima che il reato si estingua; il tempo che, per quanto possa sembrare inusuale, a un certo punto smette di scorrere. Fine prescrizione mai. Certezza della pena. Però poi il tempo riprende a scorrere; il processo si arresta. Il reato non è prescritto ma non può procedersi; eppure non è detto che le cose vadano davvero così; alle volte sì alle volte no, senza un criterio rigorosamente riconoscibile; il giudice, in ragione di vaghe istanze di complessità, può infatti prorogare i termini e posporre la non procedibilità, anche all'infinito per taluni reati. Ma non necessariamente per i più gravi. Può farlo ad esempio per l'ipotesi di cui al co. 2 dell'art. 306 Cp, *partecipazione a banda armata*, non per quella, decisamente più grave, prevista dal comma 1 della stessa disposizione – promozione, costituzione e organizzazione della banda armata; può farlo per gli atti sessuali

consensuali con un minore degli anni 14, anche un bacio appassionato, ma non per il caso in cui quello stesso minore sia stato sequestrato o volontariamente ucciso. In effetti, viene da pensare a un sistema dominato in modo incontrastato dal caso, a uno strano modello pervaso da forti istanze deflattive ma dall'oggetto inopinatamente randomizzato dall'inafferrabilità dei criteri selettivi[1].
A un certo punto, spostandoci su di un piano funzionale, prevenzione generale e prevenzione speciale – che reggono la prescrizione[2] – scompaiono, senza aver raggiunto i loro obiettivi, lasciando tutta la scena, quantomeno in apparenza, nelle mani del giusto processo *sub specie* della ragionevole durata[3]. Che però non opera per tutti, non per gli imputati, ad esempio, di un fatto per il quale sia prevista la pena dell'ergastolo. Il giusto processo dunque – o almeno così penserebbe un inguaribile aristotelico - a loro non compete[4].
Il quadro complessivo del rapporto tra la prescrizione e la nuova causa di non procedibilità, se mi passate la metafora, sembra evocare l'immagine di un anziano gentiluomo, di antiche origini e nobili principi – per quanto segnato, e non di poco, dalle vicende della vita -, costretto improvvisamente a convivere con un aziendalista rampante che persegue i *teloi* delle performance e dell'efficienza implementandoli, però, su di un *Business plan* estremamente confuso.
E come è poi possibile, mutando prospettiva, che l'ex-Cirielli, una delle peggiori normative degli ultimi decenni – si pensi, per tutte, alla intollerabile connessione tra prescrizione e recidiva[5] - sia sopravvissuta, nel suo impianto base, alla riforma Orlando[6], alla riforma Bonafede[7], all'ipotetico "lodo Conte bis"[8] e alla riforma Cartabia[9]? Come è possibile che si sia sedimentato un quadro normativo in cui uno dei principali obiettivi perseguiti da quasi tutte le riforme che si sono

---

[1] V. *infra*, § 10.
[2] V., ad es., C. cost., 14.7.1999 n. 337. Cfr. anche *infra*, § 2.
[3] Anche sui media, l'esecutivo ha costantemente prospettato il perseguimento della ragionevole durata del processo come uno dei *teloi* fondamentali della riforma. Cfr., ad es., *Cartabia: "Tra i miei obiettivi c'è garantire tempi ragionevoli per i processi"*, in www.rainews.it/, 19.1.2022. Come si è tuttavia notato, in senso decisamente critico: «Appare, tuttavia, evidente che, nell'impegnare la legge ad assicurare la ragionevole durata del processo, il precetto costituzionale si riferisca ad interventi positivi di tipo acceleratorio, ossia volti a propiziare, nel pieno rispetto delle garanzie, una tempestiva conclusione del processo - dalla depenalizzazione alla fluidità delle fasi processuali - interventi dei quali, sia detto di sfuggita, non si vede neanche l'ombra nella riforma 'Cartabia'; di certo non allude ad una mannaia che, decorsi certi termini, si abbatta sul processo, eclissandolo con una sentenza di improcedibilità che rappresenta la più nichilistica e vuota delle sue possibili conclusioni». Così, P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in www.penaledp.it, 24.1.2022, 6.
[4] V. *infra*, § 9.
[5] Sul punto, per tutti, v. G. Marinucci, *La legge ex Cirielli: certezza d'impunità per reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, in *DPP* 2006, 170 ss.; E. Dolcini, *Le due anime della legge "ex Cirielli", in Cmer.* 2006 (1), 55; G. Balbi, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 404 s. In proposito, vanno peraltro ricordati i molteplici interventi della Consulta volti a elidere talune previsioni di quella normativa eclatantemente in contrasto con il quadro dei principi costituzionali. In particolare, cfr. C. Cost., 10.6.2011 n. 183; C. Cost., 15.11.2012 n. 251; C. Cost., 14.4.2014 n. 105; C. Cost., 23.7.2015 n. 185; C. Cost., 24.2.2016 n. 74; C. Cost., 21.6.2017 n. 205; C. Cost., 31.3.2021 n. 55. Nondimeno, a mio avviso, è la stessa connessione tra i due istituti a minare irrimediabilmente la complessiva legittimità della disciplina. Come si è efficacemente notato, «nel caso della prescrizione … sono del tutto irrilevanti le potenzialità criminogene del reo, basandosi l'effetto estintivo unicamente sull'oblio sociale dell'illecito». Così, F. Giunta, D. Micheletti, Tempori cedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 57.
[6] L. 23.6.2017 n. 103.
[7] **L. 9.1.2019 n. 3.**
[8] D.d.l. 13.3.2020 n. 2435.
[9] L. 27.9.2021 n. 134.

susseguite è stato quello di limitare i danni derivanti dalle riforme precedenti, senza però (quasi) mai metterle formalmente in discussione?
Affrontare tutto ciò con rigore dommatico, e in una prospettiva politico-criminale intellettualmente onesta e consapevole, diviene allora operazione pressoché impossibile, perché la ragione politica, per la verità di spessore non sempre elevato, ha sistematicamente prevalso sulla ragione *tout court*. Una soluzione, forse quella scientificamente più corretta, potrebbe consistere nel disinteressarsi completamente del tema: prendere atto del quadro normativo vigente, dolersene in cuor proprio, e andare avanti, volgendo lo sguardo altrove. D'altronde, se un ordinamento giuridico vive di razionalità intrinseca e di tensione teleologica – e legittimante - verso un quadro di principi fondamentali, queste norme si collocano su di un piano decisamente, paradossalmente, meta-ordinamentale. Ma poiché, a dispetto di ciò, operano nel sistema – e stiamo vivendo tempi difficili, in cui la scelta oggettivamente più comoda e soggettivamente più proficua, quella di "chiamarsi fuori", sarebbe quanto mai irresponsabile -, il confronto con esse diviene probabilmente doveroso.
Appare opportuna una premessa. La prescrizione del reato e la neo-introdotta causa di non procedibilità non possono che essere analizzate l'una accanto all'altra, in termini di reciproca interazione, perché è ineludibile la necessità di valutarne la complessiva capacità di convivere all'interno di un sistema che ha affidato loro un compito comune: regolare gli effetti del decorrere del tempo sulla possibilità - o sull'opportunità funzionale - di soddisfare l'interesse punitivo dello Stato. Anche se in fasi differenti, giocano infatti "sullo stesso tavolo", perché non possono che rispondere alla medesima razionalità di sistema e al medesimo quadro di principi fondamentali. Due momenti diversi, d'accordo, ma della stessa storia, e in nessuna storia l'epilogo può essere totalmente distonico rispetto alle sue premesse. E allora lasciamo da parte pseudo-argomentazioni discretive più che altro nominalistiche, sgombriamo il campo da obiettivi di efficienza *self-justifying* a prescindere dai principi, non nascondiamoci dietro il binomio prescrizione dei reato/prescrizione del processo risolvendolo in un vuoto artificio retorico (anafora?) strumentale a legittimare acriticamente le scelte del legislatore. Piuttosto, diradate così le prime nebbie, ma tante ancora ne incontreremo, è necessario prendere le mosse da una ricostruzione – critica per quanto sintetica, nei limiti di quanto consentito dalla frequenza degli interventi di riforma di questi ultimi vent'anni - del quadro normativo di riferimento in tema di rinuncia alla pena per decorso del tempo, un terreno che, fino alla riforma Cartabia del 2021, era appannaggio esclusivo della prescrizione, probabilmente la più significativa tra le, decisamente eterogenee, cause di estinzione del reato previste dal nostro ordinamento.

2. La prescrizione che, sebbene in modo incostante e asistematico, era istituto non ignoto agli ordinamenti più risalenti[10], con l'affermazione dello Stato moderno inizia a trovare una collocazione costante all'interno delle codificazioni[11]. Questo accade per una ragione assolutamente pregnante sul piano assiologico, connessa alla stessa tenuta delle "nuove" fondamenta del sistema. Il pensiero illuminista le riconosce, infatti, il compito di assolvere un ruolo di garanzia primaria, strettamente connesso alla legalità: sottrarre all'arbitrio del potere non solo i modi, ma anche i tempi di accertamento del reato[12].

---

[10] La *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.), ad esempio, prevedeva che l'accusa di stupro, adulterio e lenocinio si prescrivesse in cinque anni. Sui precedenti più remoti dell'istituto cfr. G. Stea, *L'ultima prescrizione del reato. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato*, Padova 2020. V. anche P. Pisa, *Prescrizione (dir. Pen.)*, in *ED*, XXXV, 1986, 78 ss.
[11] In questo senso, già E. Pessina, *Elementi di Diritto Penale*[5], Napoli 1880, 139 ss.
[12] Sull'intera problematica, ampiamente, v. S. Silvani, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna 2009, 16 ss.

Soffermandoci ancora sulla genesi dell'istituto, va detto che inizialmente la sua essenza, comunque individuata nell'*oblio del tempo*, veniva declinata secondo differenti opzioni funzionali, vuoi la plausibilmente avvenuta risocializzazione del reo[13], vuoi il venir meno della sua pericolosità, o comunque un'accentuata diminuzione di essa[14]. Sono tuttavia opzioni deboli, in ragione dell'evidente fragilità dello schema presuntivo su cui sono modulate. Si tratta, in effetti, di paradigmi ricostruttivi allo stato ampiamente superati[15].

Oggi, il fondamento dell'istituto viene diffusamente colto in una pluralità di istanze che interagiscono strettamente tra loro:

a) l'attenuazione del ricordo, e dunque l'affievolirsi del bisogno di pena che segue al venir meno – o comunque alla rarefazione - dell'allarme sociale[16]. Gli stessi lavori preparatori al codice del '30 appaiono espressivi di questo modello: «l'azione corroditrice del tempo fa sì che si sia quasi perduta la memoria del fatto criminoso e che l'allarme sociale, da esso suscitato, sia scomparso»[17]. Particolarmente significativo rilevare come vi sia una decisa assonanza di questa impostazione anche con la giurisprudenza costituzionale che, pur in una prospettiva accentuatamente soggettivistica, proprio su queste premesse arriva a riconoscere l'esistenza di un «diritto individuale all'oblio»[18];

b) la difficoltà processuale conseguente a un eccessivo intervallo temporale intercorso tra la realizzazione del fatto e il giudizio, con la corrispondente problematicità, per l'imputato, di esercitare al meglio il diritto di difesa[19]. Già Filangieri notava come non vi sia «niente di più difficile che difendersi da un'accusa quando questa è di anni posteriore al delitto»[20]. Non v'è dubbio che questi rilievi evochino, correttamente, l'esistenza di un rapporto tra la prescrizione e il giusto processo[21], *sub specie* della ragionevole durata[22], ma si tratta di un crinale, per così dire, scivoloso, su cui si dovrà inevitabilmente ritornare. Per il momento sia sufficiente il rilievo, apparentemente sfuggito al legislatore del 2021, che se un processo giusto è sicuramente "veloce",

---

[13] Già C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 13, notava come il decorso del tempo consentisse «al reo di divenir migliore».

[14] In questo senso, ancora A. Molari, *Prescrizione del reato e della pena*, in *NssDI*, 1966, 680 ss.

[15] Per una ricostruzione storica del fondamento della prescrizione, cfr. A. Peccioli, *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Torino 2019, 13 ss.

[16] Per tutti, M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico al Codice penale*, III², Milano 2011, 63.

[17] V. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma 1929, 206.

[18] Così, in particolare, C. cost., 14.2.2013 n. 23; C. cost., 28.5.2014 n. 143. In quest'ultima, si ritrova tuttavia il riferimento anche all'attenuazione dell'allarme sociale. Cfr. C. Piergallini, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in *GiurCos* 2014 (3), 2371 ss.

[19] Sul tema ampiamente, e per tutti, A. Cavaliere, *Le nuove disposizioni "emergenziali" in tema di prescrizione del reato*, in www.lalegislazionepenale.eu (7.12.2017).

[20] V. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, Milano 1817, III, 256.

[21] In questa prospettiva, sia pur decisamente *ante litteram*, si notava autorevolmente come un eccessivo decorrere del tempo determinasse la dispersione dei «*mezzi di prova, o della reità dell'accusato a danno del suo accusatore o della sua innocenza a suo danno*». Così, G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, Milano 1882, 243.

[22] Interessante rilevare, in una prospettiva assolutamente peculiare, come la prescrizione possa anche essere ritenuta una forma di "compensazione" per l'imputato a fronte di un processo dalla durata irragionevolmente eccessiva. In questo senso, C. eur., 6.3.2011, *Gagliano Giorgi c. Italia*. Sul punto, v. P. Gaeta, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *DPenCont* 2012, 258 ss. Cfr. anche B. Lavarini, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in www.lalegislazionepenale.eu (31.12.2019).

non è però sempre vero il contrario, ovvero che un processo "veloce" sia necessariamente un processo giusto[23];
c) la necessità di sottrarre l'imputato alla «prospettiva di una persecuzione penale e di un processo interminabili»[24], esigenza simbiotica, peraltro, a quelle istanze di stabilizzazione sociale che certamente connotano il sistema penale[25], non soltanto in termini meramente simbolici[26], e la cui essenza garantista – proprio in relazione allo scorrere del tempo e alle ragioni della prescrizione - era già stata colta da una felice intuizione del diritto intermedio: *propter libertatem subditorum, ne semper de iure suo dubitentur*[27].
La prescrizione ha legami indissolubili anche con la teoria della pena, esprimendo il rifiuto di una concezione retributiva assoluta e una evidente tensione funzionale verso obiettivi di prevenzione generale[28] e speciale[29], istanze che, in relazione a fatti di cui «sopravvive soltanto una vaga e fredda reminiscenza»[30], tendono infatti a affievolirsi «fino a spengersi del tutto»[31]. Potremmo dire, a ben vedere, che l'oblio del tempo rende l'esercizio "ad ogni costo" del potere punitivo statuale non soltanto velleitario - la «precarietà della giustizia umana non si concilia con una intransigente, anacronistica – e fallita in partenza – ricerca di qualsiasi preteso autore per qualsiasi illecito del passato»[32] –, ma anche antitetico, nella sua identità desocializzante, allo statuto costituzionale della pena: ai sensi sia dell'art. 3, co. 2, *sub specie* dell'obbligo statuale di rimozione dei fattori di impedimento al pieno sviluppo della persona umana, sia dell'art. 27 co. 3, in ragione della dispersione nel tempo delle istanze rieducative[33]. Come si è efficacemente notato, la prescrizione

---

[23] Come si è efficacemente notato, ad esempio, «il diritto alla ragionevole durata del processo implica, quale corollario indefettibile, il diritto a che il processo stesso prenda avvio in un tempo tale da non pregiudicare l'esercizio effettivo del diritto inviolabile di difesa». Così, O. Mazza, *La riforma dei due orologi*: *la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 21.1.2020.
[24] In questi termini, Cass., 12.12.2006, in *GD* 2006 (1), 38. Sarebbe proprio questo «il principale interesse sostanziale tutelato dalla vigente disciplina della prescrizione», secondo F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *DPenCont* 2013, 26.
[25] V., in particolare, N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna 1990, 109 s. Come efficacemente si è rilevato in questa prospettiva, la prescrizione risolve quell'indeterminatezza delle situazioni giuridiche che costituisce una «fonte di incertezza e di disordine non vantaggiosi per la società». Così, G. *Penso*, *Prescrizione del reato e della pena*, in *NDI*, X, Torino 1939, 259.
[26] In questa prospettiva, per tutti, cfr. V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *QuestG*, 2019, 97 ss.
[27] J. Zuffus, *Tractatus de criminalis processus legitimatione*, Roma, 1665, lib. II, Quaestio XCIII, *An praescriptio impediat legitimationem processus*, n. 23, 137. Sul punto cfr. N. Rossi, *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pubblico ministero*, in *QuestG*, 2005, 903 ss.; A. Continiello, *Della prescrizione penale. Natura, fondamento e giustificazione dell'istituto*, in www.giurisprudenzapenale.com, 17.2.2020, 2 ss. Vedi anche V. ManzinI, P. Nuvolone, G.D. Pisapia, *Trattato di diritto penale italiano*[5] (3), Torino 1981, 494.
[28] In particolare, sul rapporto tra prescrizione e prevenzione generale cfr. T. Padovani, *Diritto penale*[12], Milano 2019, 439. Cfr. anche A. Cavaliere, *Le norme 'spazzaprescrizione' nella l. n. 3/2019*, in www.lalegislazionepenale.eu (12.2.2020).
[29] Per una approfondita analisi di questa prospettiva, v. F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere*, cit., 35 ss. Sul punto cfr. anche, tra gli altri, A. Peccioli, *La prescrizione*, cit., 22 ss.; V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, in *RIDPP* 2019, (1), 560 ss.; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *DPenCont* 2016 (1), 84.
[30] L. Masucci, *Prescrizione*, in E. Pessina, a cura di, *EncDirPen*, Milano 1905, 316.
[31] In questi termini, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*[8], p.g., Bologna 2019, 839.
[32] Così, M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario*, (III), cit., 63.
[33] Per l'esistenza di un preciso, e fondamentale rapporto, tra la prescrizione e la funzione rieducativa della pena cfr., ad es., E.M. Ambrosetti, *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato, in* A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, A. Sessa, F. Schiaffo, a cura di, *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli 2017, 416; A. Cavaliere, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit., 4 ss. Individua il fondamento

esprime «una concezione secolarizzata del diritto penale, che cala la dinamica della punizione nella storia sociale e assume la prevenzione dei reati come compito primario della giustizia penale»[34].
In sintesi, se ben modulata, la prescrizione costituisce un istituto ineludibile in un sistema costituzionalmente orientato[35]. Al contrario, se smarrisce il suo fondamento razionale e funzionale può divenire un momento di gravissima patologia dell'ordinamento. Perché se è vero, a dispetto di quanto sostenuto da un confuso – eppur diffuso - populismo giustizialista, che la certezza della pena non è affatto un principio dell'ordinamento[36], è anche vero che la rinuncia alla pena assume carattere "virtuoso" solo a condizione che non renda il sistema evanescente e arbitrariamente selettivo[37], che venga dunque costruita in modo razionale, intellettualmente onesto nella sua tensione ai principi, adeguato – in altre parole - a non smarrire la propria identità funzionale, acquisendo nel contempo piena credibilità politico-criminale.
Nel nostro Paese è accaduto tutt'altro. Se il sospetto che le cose siano andate come non dovevano – non potevano – andare sorge già dal dato parossistico che nel decennio 2004 – 2013 oltre un milione e mezzo di procedimenti penali si è estinto per prescrizione[38], se ne coglie un'ulteriore conferma nel fatto che ciò è accaduto nella totale negazione di quella identità che, sola, può conferire alla prescrizione legittimità funzionale. Era forse calato *l'oblio del tempo* sulla scuola Diaz, su tangentopoli, sul *caso Eternit* o sui tanti rapporti tra mafia e politica? Viene quasi da pensare che, con una insostenibile eterogenesi dei fini, qui l'oblio, il diradarsi della memoria e del ricordo, rischino di essere la conseguenza, e non le premesse legittimanti, dell'applicazione dell'istituto. Nel contempo, va rilevato come le diverse riforme che si sono susseguite in questi

---

costituzionale della prescrizione negli artt. 2, 3, primo e secondo comma, e 27, comma 3, D. Pulitanò, *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia*, in www.sistemapenale.it, 26.2.2020, 2. In generale, come si è efficacemente notato, «la prescrizione è un istituto che **si giustifica in positivo**, come modo di riconoscere la **priorità di interessi diversi rispetto all'accertamento e/o alla punizione di un reato**, in ragione del tempo trascorso e in esito a un ragionevole bilanciamento legislativo degli interessi in gioco». Così, Id, *A proposito del Progetto di legge n. A.C. 2059 (Costa e altri)*, in www.sistemapenale.it, 9.12.2019. Cfr. anche Id, *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in www.sistemapenale.it, 9.8.2019. Vi sarebbe anche una diretta connessione con il principio di personalità della responsabilità penale - «un fatto commesso tanti anni prima è un fatto che appartiene sempre meno al soggetto» – secondo R. Bartoli, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, in www.sistemapenale.it, 9.12.2019, 3. Per una stretta connessione con la legalità v. E. Dinacci, *Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, in *RTrimDPenEc* 2019, 182 ss.

[34] Così, F. Giunta, *La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte*, in *Crim* 2017, 379.

[35] Nota come «l'istituto della prescrizione ben si inserisce in una lettura secolarizzata del diritto penale, e nell'orizzonte costituzionale della pena», D. Pulitanò, *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, *in DPenCont* 2016 (1), 74 s. Cfr. anche D. Martire, *La prescrizione "costituzionale" del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *AP* 2021 (3), 24 ss. Sul punto, cfr. anche A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in www.penaledp.it, 2.11.2021, 25 ss.; M. Pelissero, *La prescrizione tra garanzie sostanziali e processo*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma 2021, 779 ss.

[36] Al contrario, come si è efficacemente osservato, risponde «a una retorica autoritaria, che capovolge il significato liberale del principio di legalità». Così, D. Pulitanò, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in www.sistemapenale.it, 12.3.2021, 29.

[37] V. C. cost., 2.6.1983 n. 148; C. cost., 18.11.2020 n. 278, Su questa problematica, cfr., per tutti, i recenti lavori di P. Caroli, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale, in DPenCont* 2020 (3), 68 ss. e S. Romano, *La rinuncia alla sanzione penale. Contributo ad un'indagine costituzionalmente orientata*, Napoli 2020.

[38] Cfr. *La riforma della prescrizione nelle legge n. 103 del 2017*, in *Camera dei Deputati – Documentazione parlamentare*, https://temi.camera.it/leg18/post/pl18_il_quadro_normativo_previgente.html. Per la necessità di leggere con attenzione i dati numerici relativi alla prescrizione, v. R. Bricchetti, P*oche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione "ammazza processo" (e altro ancora)*, in https://discrimen.it, 17.2.2020.

ultimi anni risultino tutte connotate da uno strano dato comune: l'idea che il tempo non sia un dato oggettivo – da gestire, certo, rispetto alle esigenze del sistema, ma della cui linearità e della cui essenza prendere sostanzialmente atto -, costituendo al contrario una sorta di entità normativa, e dunque duttile, flessibile, totalmente manipolabile funzionalmente al perseguimento di occasionali obiettivi suggeriti dalle contingenze politiche[39].
Ma manipolare il tempo non è soltanto spregiudicato, è anche molto pericoloso, sottendendo, innanzitutto, un inquietante approccio del legislatore nei confronti della realtà, espressivo, a ben vedere, di un - non auspicato – ritorno al *quod principi placuit legis habet vigorem.*
Tempus fugit[40]? E io lo fermo; *tempori cedere*? Non per me[41]. Il nostro legislatore, assumendo a modello implicito la vittoria di Zeus su Chronos, ha infatti strutturato tutti i suoi più recenti interventi in materia sull'ambizioso obiettivo di sconfiggere il tempo, o comunque di piegarlo al suo volere. Ma l'esito, come era prevedibile, non regge il confronto con il mito.
Piuttosto, ho l'impressione che a fronte di un tempo che prima scorre, poi si ferma, eventualmente ritorna indietro, sul piano sostanziale si arresta ma su quello processuale ricomincia a decorrere, e così via, la situazione sia totalmente sfuggita di mano. Ma procediamo con ordine.

3. Non è mia intenzione, evidentemente, ricostruire in modo puntuale le normative che, sul punto, si sono succedute negli ultimi vent'anni. Sono cose note, e l'operazione risulterebbe tanto noiosa quanto inutile. Mi interessa, al contrario, tratteggiarne i contenuti nei caratteri essenziali, soprattutto per evidenziare la sistematica tensione con il quadro dei principi fondamentali. Non so se ciò sia accaduto per inconsapevolezza, disinteresse, spregiudicatezza o insofferenza nei confronti dei limiti che la democrazia pone all'arbitrio del potere, ma è purtroppo una traccia costante che muove dal 2005 e arriva, incontrastata, alla riforma del 2021.
Tutto è cominciato, in effetti, con la l. 5.12.2005 n. 251, che costituisce la struttura portante della disciplina tutt'ora vigente in tema di prescrizione.
Si tratta di una normativa di modestissimo spessore giuridico, ma estremamente interessante se analizzata in una prospettiva socio-culturale. Ispirata da istanze di diritto penale d'autore, lusingata da rozze opzioni mediatiche, modulata su problematici obiettivi personalistici, offre infatti uno spaccato estremamente significativo di una democrazia crepuscolare, sublimata nell'infelice incontro tra gli interessi dei pochi (il soave *côté* della prescrizione) e l'indifferenza, se non l'estremo rigore, nei confronti dei più deboli (la durissima disciplina della recidiva)[42].
Nella consapevolezza che l'estrema sintesi paga un prezzo inevitabile alla precisione del discorso, quel che mi interessa rilevare è che la legge del 2005 modifica radicalmente l'art. 157 Cp, facendo coincidere il tempo della prescrizione con il massimo edittale - e comunque con non meno di 6 anni per i delitti e di 4 per le contravvenzioni -, eliminando i sei scaglioni su cui era originariamente modulato.
A determinare un complessivo, forte abbattimento dei termini è soprattutto la rielaborazione, apportata contestualmente, dell'art. 161 co. 2, in tema di interruzione della prescrizione. Viene

[39] V. G. Balbi, *Tempi strani*. *Rilievi critici sulla disciplina della prescrizione*, in https://archiviopenale.it, 8 s.
[40] «*Sed fugit interea fugit irreparabile tempus*». Publio Virgilio Marone, *Georgiche*, III, 284.
[41] Eppure, «*Tempori cedere semper sapientis habitum*» (così, Marco Tullio Cicerone, *Epistulae ad familiares*, 4, 9, 2).
[42] Per tutti, cfr. E. Dolcini, *Le due anime*, cit., 55 ss.; M. Pavarini, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle* Unpersonen, in *StQuestCrim* 2006 (2), 7 ss.; G. Marinucci, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *DPP* 2006, 170 ss.; G. Balbi, *Questioni aperte in tema di prescrizione*, cit., 403 ss.

infatti disposto che, nelle relative ipotesi, il tempo-base possa aumentare al massimo di un quarto, e non più della metà come era invece previsto sino ad allora.
Per dare un'idea di quanto sia stato rilevante l'impatto della riforma, si pensi – alla luce della sinergia tra le due modifiche - che per il caso di pena massima di 5 anni di reclusione, il tempo della prescrizione è passato da 15 anni a 7 anni e 6 mesi; per quello di pena massima di dieci anni, da 22 anni e 6 mesi a 12 anni e 6 mesi, e così via. Imprescrittibili i delitti sanzionati con l'ergastolo; raddoppio del termine per una serie strana di illeciti – esito singolare di imperscrutabili criteri selettivi - indicati dal sesto comma dell'art. 156 Cp[43], ad esempio per i delitti colposi di danno, ma non per le corrispondenti ipotesi dolose (e dunque l'incendio doloso, ad esempio, si prescrive in 7 anni mentre quello colposo in 12); per l'omicidio colposo dovuto a violazione delle norme antiinfortunistiche, ma non per quello determinato da colpa professionale (12 anni per il primo, 6 per il secondo), e così via[44]. La disposizione, peraltro, non è stata costantemente adeguata al mutare delle norme che richiama. Per cui, a campione, si raddoppia il termine per gli *atti sessuali con minorenne*, ma non se «risulti la sussistenza delle circostanze attenuanti contemplate … dal quarto comma dell'articolo 609-quater», quarto comma che però, lungi dal "contemplare" attenuanti, prevede oggi una serie cospicua di circostanze aggravanti.
Una normativa sistematicamente scoordinata e intrinsecamente irragionevole dunque - con limiti di legittimità abbastanza evidenti -, che raggiunge il suo livello apicale di criticità in relazione al tema dell'interruzione della prescrizione (art. 161 Cp), disponendo che il relativo aumento non sia modulato, come nell'originaria scelta codicistica, sulla gravità del reato, ma sullo specifico individuale del suo autore: fino a un quarto se incensurato o recidivo semplice; fino alla metà se recidivo specifico o infraquinquennale o aggravato durante o dopo l'esecuzione della pena[45]; fino a due terzi se recidivo reiterato; fino al doppio se delinquente abituale o professionale. E così, per fare un esempio, un delitto punibile – nel massimo – con sei anni di reclusione, per il delinquente primario si prescriverà in sette anni e sei mesi, per il recidivo reiterato in sedici anni e otto mesi. Non c'è più l'oblio del tempo e l'inesorabilità *obiettiva* del suo scorrere, totalmente offuscate la prevenzione generale e quella speciale[46], ma solo logore cadenze stigmatizzanti, in funzione emozionalmente satisfattoria di un allarme sociale indotto, tale da rendere apprezzabile la riforma

[43] Si tratta di una norma introdotta frettolosamente, con un emendamento di maggioranza al testo originario, motivato dalle tante proteste - provenienti essenzialmente dagli ambienti giudiziari (v., ad es., *Ex Cirielli. Presidente di Cassazione: un obbrobrio dagli effetti devastanti*, in *La Repubblica*, 7.12.2005) - relative agli effetti devastanti che sarebbero derivati dall'applicazione dei nuovi termini di prescrizione. Cfr. G. Balbi, *Questioni aperte in tema di prescrizione*, cit., 399 ss.
[44] V. tuttavia, pur con motivazioni decisamente apodittiche, **C. cost., 18.4.2018 n. 112.**
[45] Dopo la modifica apportata alla disposizione dalla l. 23.6.2017 n. 103, l'aumento alla metà è esteso anche ai «reati previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti richiamati dal presente comma, e 640-bis». In proposito, non sembra agevole immaginare il motivo che possa avere indotto il legislatore a non includere tra le ipotesi richiamate anche il più grave delitto di concussione, laddove addirittura vi inserisce l'induzione indebita (il che, a mio avviso, sarebbe già di per sé sufficiente a inferire l'illegittimità della disposizione).
[46] Nota F. Giunta (*Sub art. 6, Commenti articolo per articolo*, in *LP* 2006, 475), come «l'aver collegato funzionalmente le figure soggettive di pericolosità e la prescrizione ha determinato un cortocircuito politico-criminale dagli effetti perversi».

nascondendo "l'evanescenza gentile" della prescrizione[47] dietro soluzioni di *law and order* nei confronti di soggetti deboli[48].
Va però detto che le scelte normative dettate da mero opportunismo politico, sublimate o meno – come qui in effetti accade - in caliginose soluzioni di diritto penale mediatico, sono intrinsecamente fragili. Vengono spese sul momento, per raggiungere un obiettivo contingente o captare il consenso del giorno, ma sottendono ragioni che scompaiono rapidamente, anche dalla memoria collettiva, perché, superato l'effimero che le ispira, non avrebbero più motivo di esistenza. E così, al meglio, le releghiamo in un capitolo della nostra storia, del tipo *L'epoca delle leggi ad personam*. La rarefazione della memoria, l'assuefazione crescente a una qualità legislativa modesta nella forma e problematica nei contenuti, l'ambigua inerzia selettiva del legislatore, la surrettizia induzione di nuove emergenze più o meno estemporanee – mai individuate, però, nella crescente elusione dei principi sul piano sia normativo sia giurisprudenziale -, determinano qui, tuttavia, l'insorgere di un problema gravissimo di carattere tendenzialmente cronico: a prescindere dal tramonto delle volatili ragioni che ne hanno accompagnato la genesi, queste normative sopravvivono infatti all'interno del sistema, trasferendovi tutto il loro bagaglio genetico di illegittimità e irragionevolezza politico-criminale.
Dalla ex-Cirielli, infatti, non possiamo prescindere perché, al di là delle più pessimistiche aspettative[49], e del carattere occasionale della sua introduzione nel sistema, costituisce tuttora la normativa base in tema di prescrizione. Coperta dall'oblio del tempo, dallo smarrimento del legislatore, ma anche da quel sentimento diffuso di sconforto e demotivazione politica in cui pur sempre prospera l'arbitrio del potere, è infatti sopravvissuta a tutte le riforme successive, il cui obiettivo, tuttavia, è spesso consistito nel cercare di ridurne l'impatto per evitare che continuassero a determinarsi tante, troppe, prescrizioni prive di un adeguato fondamento politico-criminale. In sintesi, ci troviamo di fronte allo strano fenomeno di normative che si sono innestate su quelle pregresse per impedire loro di funzionare. E la stessa cosa accade – sia pur in una prospettiva prammatica specularmente inversa - per la neo-introdotta causa di non procedibilità di cui all'art. 344 bis Cpp rispetto alla riforma Bonafede: cercare di ridurre i danni prodotti da una normativa incongrua che, per motivi di opportunità politica, si lascia tuttavia sopravvivere nel sistema.

---

[47] In proposito, è interessante ricordare come, nelle more del *processo Mills*, che vedeva imputato per corruzione in atti giudiziari l'allora Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi, venne proposta l'ulteriore riduzione **da un quarto a un sesto dell'aumento massimo della prescrizione in presenza di atti interruttivi, per gli imputati incensurati (ddl. n.** 1880-B**.,** primo firmatario l'on. Gasparri). Quasi superfluo rilevare come tale modifica avrebbe condotto all'immediata prescrizione del reato contestato in quel procedimento. La riforma, pur approvata alla Camera dei Deputati non fu calendarizzata al Senato, anche per la forte opposizione di Magistratura, Avvocatura e Università. In particolare, per quanto riguarda quest'ultima, v. A*ppello contro la 'prescrizione breve': ennesima certezza d'impunità*. ***Testo dell'appello promosso dal prof. Giorgio Marinucci e sottoscritto, ad oggi, da oltre novanta professori di diritto penale*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 15.4.2011.**

[48] Sulle pronunce di illegittimità di taluni aspetti della disciplina, ma anche per il rilievo che «la riforma della recidiva, attuata con la legge n. 251 del 2005, non (fosse) adeguatamente ispirata ai principi costituzionali», v. G. Leo, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 13.9.2017.

[49] In proposito, può risultare interessante ricordare come già nel comizio tenuto in Piazza del Popolo, a Roma, l'8 ottobre 2005 per la chiusura delle primarie del centro-sinistra, Romano Prodi, di lì a poco primo ministro, affermasse a proposito della ex-Cirielli, da poco approvata dalla maggioranza di centro-destra guidata da Silvio Berlusconi: «è una legge talmente spudorata che persino chi ne ha curato la prima stesura oggi se ne vergogna». E così la sua abrogazione venne inserita tra le assolute priorità politiche qualora l'Ulivo, come in effetti accadde nel 2006, avesse vinto le elezioni. Cfr. *Prodi: Finanziaria e legge elettorale. Ultimo atto di un bilancio disastroso*, in *La Repubblica*, 9.10.2005.

Sul punto, evidentemente, ritornerò[50]. Quel che mi interessa rilevare sin d'ora, tuttavia, è che il problema non riposa tanto nel carattere intrinsecamente, inevitabilmente, contraddittorio delle normative di risulta, quanto nella sostanziale impossibilità che, a furia di rinnegare sé stesse, possano soddisfare quell'intimo equilibrio assiologico conferibile loro soltanto dal rispetto dei principi fondamentali.

4. A questo punto, forse perché coinvolto dall'approccio plastico nei confronti del tempo, mi consento la libertà di andare abbastanza veloce, soprattutto nei confronti di quegli interventi che non hanno lasciato traccia duratura nel sistema vigente, o che, pur emersi a livello programmatico, non sono poi stati tradotti in norme di diritto positivo.
Rientra nel primo caso la riforma Orlando (l. 23.6.2017 n. 103) che - ai rinnovati commi 2 e 3 dell'art. 159 - introduceva due cause di sospensione della prescrizione, ciascuna di durata non superiore a un anno e sei mesi**,** relative alle ipotesi di avvenuta condanna in primo e in secondo grado[51].
Si tratta di un passaggio significativo, segnando per la prima volta l'ingresso, all'interno della prescrizione, di una prospettiva di carattere processuale, scelta plausibilmente non immune dall'approccio punitivista proprio della prima sentenza Taricco[52], pronuncia che tuttavia – nel subordinare i principi a esigenze prammatiche date per sovraordinate – probabilmente non costituiva il miglior modello da assumere a riferimento[53].
In effetti, si tratta di una soluzione abbastanza distonica rispetto al fondamento razionale della prescrizione, ancor più se valutato alla luce della sua connessione – qui pressoché scomparsa - con la funzione della pena. Diciamo che si sta parlando d'altro. Ma il passaggio non è indolore, determinando, e il rilievo coglie peculiarmente nel segno pensando a quanto sarebbe poi accaduto con la riforma del 2021, la transizione «da una concezione sostanzialistico-garantista a una … processualistico-statalista della prescrizione, distorcendone … - come si è efficacemente notato - fondamento e funzione»[54].
Nel contempo, non può negarsi la forte tensione di questa disciplina con il principio di non colpevolezza, essendo previste conseguenze negative a carico di soggetti il cui statuto costituzionale – *ex* art. 27 co. 2 - non avrebbe dovuto consentire[55].

---

[50] V. *infra*, § 8.
[51] Sul punto, per un'accurata analisi della riforma e delle sue molteplici criticità, v. A. Cavaliere, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit., 1 ss. Cfr. anche gli attenti rilievi di A. Peccioli, *La prescrizione*, cit., 108 ss.; F. Basile, *La prescrizione che verrà*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 17.5.2017; S. Zirulia, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 20.6.2017, 243 ss.; F. Viganò, *La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorì un topolino?*, in *DPP* (10), 2017, 1289 ss.; D. Bianchi, *La riforma Orlando. La prescrizione riformata. Cenni di processualizzazione e modifiche settoriali*, in *GI* 2017 (10), 2225 ss. Va rilevato come la riforma si sia ispirata, ma discostandosene, alle conclusioni della Commissione Fiorella, nominata nel 2012 dall'allora Ministro di Giustizia Paola Severino. V. *Per lo studio di una possibile riforma della prescrizione – Relazione*, in www.giustizia.it , 23.4.2013.
[52] Cfr. C.G.UE, 8.9.2015. Data la vastità della letteratura sul punto, appaiono superflui rinvii puntuali.
[53] In senso non dissimile, e per tutti, M. Donini, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 3.4.2018, 20.
[54] Così, R. Bartoli, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in www.sistemapenale.it, 7.4.2020, 65 ss.
[55] Che la riforma ponesse seri dubbi di legittimità è efficacemente evidenziato da A. Cavaliere, *Le nuove disposizioni "emergenziali"*, cit., 10 ss.

E' pur vero che nel contempo veniva introdotto un terzo comma all'art. 159 Cp ai sensi del quale, se l'imputato condannato in primo o in secondo grado fosse stato prosciolto nel successivo grado di giudizio**,** il periodo di sospensione sarebbe stato "recuperato", e dunque nuovamente computato. Ma la cosa non cambia molto rispetto a una presunzione di innocenza comunque elusa, perché costituzionalmente viva fino alla sentenza definitiva di condanna, a prescindere dallo specifico delle vicende "intermedie".
Nel contempo, questa disciplina segna un passaggio significativo verso un approccio normativo totalmente fluido, e molto spregiudicato, nei confronti del tempo della prescrizione, il cui decorrere veniva infatti sì arrestato dalla condanna di primo grado, ma soltanto in apparenza qualora si fosse poi stati assolti in appello. In questo caso, infatti, si sarebbe recuperato "il tempo perduto". Fermare il tempo dunque, ma poi, eventualmente, farlo tornare indietro. Con il risultato che non era in alcun modo dato sapere se tra il primo e il secondo grado di giudizio il tempo della prescrizione - "vivo e morto" nello stesso momento[56] - stesse scorrendo o meno[57].
Certezza, riconoscibilità, prevedibilità, tutto travolto dall'inconsapevole approccio pseudo-quantistico di un legislatore, per tornare alla classicità, che da allora si è stranamente ritenuto investito, senza mai dismetterlo, del potere sacro e antico di Kairòs: squilibrare la bilancia del tempo.

5. Se mi è consentito un giudizio di valore, direi che la riforma Orlando, pur mostrando limiti significativi, è comunque decisamente migliore di quelle che l'avrebbero seguita, la riforma Bonafede del 2019 e la riforma Cartabia del 2021, che pur tra loro decisamente antitetiche, perché razionalmente e teleologicamente incompatibili, costituiscono entrambe – in una sinergia virtuale più ipostatica che giuridica - il quadro normativo oggi vigente in materia.
La prima, introdotta con l. 9.1.2019 n. 3, per quanto attiene alla prescrizione entrata in vigore il 1.1.2020 (e dunque relativa ai reati realizzati successivamente a tale data), sostituisce il secondo comma dell'art. 159 Cp, disponendo che il corso della prescrizione venga *sospeso* dopo «la pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna». Nel contempo vengono abrogati il terzo e il quarto comma della medesima disposizione[58]. La norma è scritta davvero male. Dà infatti a intendere che il decorso della prescrizione resti sospeso nell'intervallo temporale che intercorre tra la definizione del giudizio di primo grado e la sentenza definitiva.
Per poi ricominciare a decorrere, dunque? Evidentemente no, essendosi pervenuti alla definizione del procedimento. Volendo prescindere dalla ricerca delle ragioni sottese a una formulazione irragionevole e tecnicamente errata – che plausibilmente non ci sono, ma che quand'anche vi

---

[56]Sul noto paradosso quantistico del gatto al tempo stesso vivo e morto, v. E. Schrödinger, *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*, in *Naturwissenschaften* 1935 (23), 807 ss. In generale, sui paradossi della meccanica quantistica,, v. L.E. Picasso, *Lezioni di meccanica quantistica*, Pisa 2015, 312 ss.
[57] Sul punto, cfr. G. Balbi, *Tempi strani*, cit., 8 s.
[58] Per tutti, da prospettive molto differenti, cfr. G.L. Gatta, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 21.1.2019; G. Losappio, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in www.sistemapenale.it., 23.12.2019; Id, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. tempus fu(g)it*. In *DPenCont* 2019 (7-8), 5 ss. Va detto che, sul punto, la riforma sostanzialmente recepisce le indicazioni espresse dalla Commissione Gratteri, nominata nel 2014 dall'allora primo ministro Matteo Renzi. Sul punto, v. M. Gambardella, *Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067*, in *CP* 2016 (7-8), 2737 ss.; A. Macchia, *Le proposte della Commissione Gratteri in tema di prescrizione*: *alcune riflessioni*, in *CP* 2016 (9), 3105 ss.

fossero sarebbero comunque inadeguate -, deve rilevarsi che ci troviamo al cospetto non di una causa di *sospensione*, come vagheggiato dalla disposizione, ma di un'inedita causa di *interruzione perpetua* della prescrizione[59], di una prescrizione che resta comunque regolata dalla *ex*-Cirielli fino al giudizio di primo grado – e non è poco, non dimentichiamo infatti che circa la metà delle prescrizioni, storicamente, matura in questa fase[60] -, per poi, inopinatamente, arrestarsi per sempre. Si tratta di una scelta indiscutibilmente rivoluzionaria, che rompe radicalmente con una tradizione secolare, con le ragioni consolidate ad essa sottese, mettendo la prescrizione molto ai margini del sistema. Verrebbe da pensare che una soluzione così dirompente non possa che avere alle spalle motivazioni forti e progetti chiari, condivisibili o meno ma comunque espressivi di un'idea consapevole del sistema, del ruolo assolto al suo interno dai principi fondamentali, ma anche dal processo nella sua dimensione sia prammatica sia valoriale.
Ricercando queste ragioni nel luogo più consono, e dunque nel blog ufficiale del M5S (lo so, viviamo tempi strani), la forza politica che più di ogni altra ha voluto questa riforma conferendole peraltro una dignità quasi identitaria, sorgono tuttavia, in proposito, dubbi molto seri. Il post che presenta l'approvazione della riforma si intitola infatti: «Mai più processi lunghi senza giustizia: stop alla prescrizione dopo il primo grado»[61]. Si tratta di un'affermazione che, lungi dal conferire alla scelta normativa riconoscibili fondamenti di intrinseca ragionevolezza, in realtà è priva di qualsiasi senso, anche minimale. È un po' come dire, infatti, che per ridurre la velocità in autostrada si debbano innalzare i limiti consentiti, che per combattere l'alcolismo si debbano distribuire a tutti superalcolici, e così via.
Il che da un lato è estremamente inquietante e ci pone – come giuristi e come consociati – non pochi interrogativi. Dall'altro, quantomeno per non lasciarsi andare inerzialmente allo sconforto, impone alcune valutazioni di contesto.
La l. 9.1.2019 n. 3, emblematicamente nota come "legge spazzacorrotti"[62], ha infatti rappresentato uno dei momenti apicali – fortemente declinati in termini al contempo simbolici e mediatici - di un sistema politico ideologicamente ispirato a un rigido, sia pur epistemologicamente fragile[63], populismo giustizialista[64].
In questo contesto, cui è intimamente estranea la consapevolezza garantista dell'*oblio del tempo* o forse – più esattamente – in cui si attribuisce alla *certezza della pena* un ruolo assiologico, che costituzionalmente non le compete, di primazia sulle effettive garanzie ordinamentali, la

[59] V., ad es., A. De Caro, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in https://archiviopenale.it, 19.12.2019, 5 ss.; A. Cavaliere, *Le norme 'spazzaprescrizione'*, cit., 4 s., per il quale la scelta semantica, totalmente impropria, costituisce *un ingannevole eufemismo* (*ivi*, 5). Sul punto, in particolare sulla "rettifica dell'errore" da parte della riforma del 2021, tramite l'introduzione del nuovo art. 161 bis Cp, v. *infra*, § 8.2.
[60] Per un'attenta ricognizione dei dati di riferimento, v. la *Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, in https://www.cortedicassazione.it, 31.1.2020, 29 ss. Cfr. anche F. Trapella, *Note in tema di prescrizione e di efficienza del processo (a proposito di «Riforme, statistiche e altri demoni»)*, in https://archiviopenale.it,1.2.2022, 3 ss.
[61] https://www.ilblogdellestelle.it , 20.11.2019.
[62] Sulla assoluta intollerabilità, semantica e valoriale, di tale locuzione, per tutti, V. Manes, *Sulla riforma della prescrizione*, cit., 558.
[63] Si pensi, ad esempio, all'assoluta inconsapevolezza dommatica e politico-criminale che traspare dalla causa di non punibilità di cui al – contestualmente inserito – art. 323 ter Cp, o, più ampiamente, al fatto che quella normativa sia già stata oggetto di due pronunce di illegittimità da parte della Corte Costituzionale.
[64] Come è stato efficacemente notato, la riforma si inserisce in un contesto di progressiva erosione della *Weltanschauung* costituzionale del sistema. V. D. Chinnici, *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, in https://archiviopenale.it, 20.3.2020, 1 ss.

prescrizione tende infatti ad essere stigmatizzata come un mero ostacolo formale all'affermazione della Giustizia[65]**.**

Di qui a "metterla all'angolo" del sistema il passo era evidentemente molto breve[66].

In questa prospettiva, non stupisce neanche troppo che la via seguita disattenda ampiamente il quadro costituzionale di riferimento. D'altronde, se la prescrizione è retta dall'idea che le ragioni legittimanti l'intervento punitivo dello Stato vadano gradualmente a sfumare, fino a scomparire, in corrispondenza con il trascorrere del tempo – perché tra loro direttamente proporzionali –, cosa può mai giustificare, sul piano razionale, che questo valga fino a un certo momento ma non oltre, sebbene il tempo continui a scorrere indebolendo così ancor di più le ragioni del punire?[67] Lo stesso può dirsi per le funzioni general e special-preventiva della pena, connesse in modo ineludibile alla prescrizione. Che le stesse vengano meno con la sentenza che definisce il giudizio di primo grado? A chi dovesse rispondere che tutto ciò è giustificato dal fatto che tale provvedimento blocca lo scorrere del tempo, suggerirei di ipotizzare – per rafforzare l'argomentazione - che blocchi anche il sorgere del Sole, il soffiare del vento e il brillare delle stelle.

D'altronde, e la cosa è a tal punto evidente che quasi mi imbarazza rilevarla, l'imprescrittibilità sopravvenuta non può che andare in conflitto con tutti i valori costituzionali – *ex* artt. 3 co. 2, 27 co. 3, 111 co. 2 - sottesi alla prescrizione[68].

È nel contempo interessante evidenziare come la disciplina introdotta, che peraltro si connota per la tensione teleologica verso il perseguimento di un obiettivo irraggiungibile, determini anche una

---

[65] Concetto ben esplicitato nel post *prescrizione = ingiustizia*, in https://www.ilblogdellestelle.it, 28.11.2019. Sul punto, cfr. E. Belfiore, *I tempi della giustizia al tempo del giustizialismo*, in https://archiviopenale.it, 10.1.2020; D. Micheletti, *La prescrizione a cinque stelle*, in https://discrimen.it, 8.10.2018. In una prospettiva più generale, v. G.M. Flick, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *CP* 2021 (1), 44 ss.; G. Losappio, *Il congedo dalla prescrizione*, cit., 5 ss. Che la riforma evidenzi «un certo arretramento culturale» è efficacemente rilevato da P. Bronzo, La prescrizione del reato sotto l'incubo della ragionevole durata, in www.sistemapenale.it, 29.7.2020.

[66] «L'interpretazione strumentale delle passioni vendicativo-punitive della collettività alimenta una vera e propria insofferenza nei confronti della causa estintiva, fino a predicarne come necessaria una sostanziale abolizione». Così, L. Marafioti, F. Centorame, *Prescrizione del reato e processo penale nell'esperienza italiana*, in http://www.dpceonline.it, 2021, 3801 s.

[67] Come si è efficacemente rilevato, «i tempi del processo non possono mai prevalere sull'affievolirsi delle esigenze punitive, anche perché, come accennato, l'attivazione del processo e quindi l'interesse a perseguire è un interesse unilaterale a cui non può essere attribuito un peso eccessivo. Con l'attivazione del processo, si deve dare una chance di conclusione del giudizio, ma non si può fare in modo che nel nome di questa chance si annichilisca il valore e il significato che ha il tempo trascorso, soprattutto sul piano personalistico individuale». Così, R. Bartoli, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, cit., 5. Che «le esigenze fondative della prescrizione sostanziale non svaniscano d'un tratto con la manifestazione di un atto endoprocedimentale» è rilevato da D. Bianchi, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive: prescrizione del reato e sospensione condizionale*, in *DPP* 2021 (11), 1470. Ancora, in modo estremamente efficace: «in una prospettiva ordinamentale vincolata a principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e rieducazione, l'inizio del processo o la sentenza di primo grado non incidono affatto sul venir meno, per il passar del tempo, di qualsiasi senso rieducativo di un'eventuale pena». Così, A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura'*, cit., 32.

[68] Sulla tensione della riforma con un'ampia gamma di principi costituzionali, con particolare riferimento ai *diritti fondamentali del reo, ai diritti fondamentali dell'imputato, primo tra tutti la presunzione di innocenza, al principio di legalità del processo*, v. F. Morelli, *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in *RIDPP* 2019 (3), 1599 ss. In senso sostanzialmente analogo, A. Cavaliere, *Le norme 'spazzaprescrizione'*, cit., 11 ss. Come si è efficacemente notato, «la riforma ha sostanzialmente privato l'istituto delle sue (essenziali) giustificazioni politico-criminali … La prescrizione è oggi ''in difficoltà di senso'', in dispregio della sua stessa *ratio* e della sua dimensione costituzionale». Così, A. Marandola, *Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina*, in *GI* 2020, 987.

significativa violazione del principio di uguaglianza. Rendendo dopo la sentenza di primo grado imprescrittibili tutti i reati a prescindere dalla loro gravità, infatti, ne omologa in modo del tutto irragionevole, e dunque illegittimo, la disciplina[69]. Allo stesso modo, gli effetti omologhi riconnessi alla sentenza di condanna e a quella di assoluzione non possono che determinare la medesima criticità[70].

6. Va detto che la riforma Bonafede diviene oggetto immediato di critiche, più ambigue da parte della magistratura associata[71], radicali da parte delle Camere penali e della dottrina[72], sia pur – rispetto a quest'ultima - con qualche sporadica, e parziale, eccezione[73]. Sul piano politico, le critiche divengono via via più pressanti dopo la caduta del primo governo Conte[74]. La nuova maggioranza, più discretamente con il PD[75], in modo molto deciso da parte di Italia Viva che proprio su questo arriva anche a minacciare una crisi di governo[76], fa molte pressioni, infatti, perché la riforma Bonafede venga ampiamente modificata se non del tutto abrogata.

---

[69] «Contro la metamorfosi del prescrittibile in imprescrittibile, il parametro costituzionale pertinente è il principio d'uguaglianza». Così, D. Pulitanò, *Il dibattito sulla prescrizione*, cit., 10. Cfr. anche Id, *Una confessione di Agostino*, cit., 77; G. Balbi, *Tempi strani*, cit., 8.

[70] Per tutti, G. Spangher, *Prescrizione: una proposta logico-sistematica per l'(eventuale) entrata in vigore della riforma*, in https://ilpenalista.it/, 14.10.2019, 1. «Appare difficile cogliere il senso della sospensione nei confronti di un soggetto per il quale fino alla sentenza di primo grado il decorso della prescrizione correva regolarmente, … dopo la pronuncia di una decisione che ha riconosciuto la sua estraneità al fatto di reato». Così, Id, *Un confronto senza pregiudizi sulla prescrizione*, in *GI* 2020, 973.

[71] V. *Il nodo della prescrizione. Estratto della relazione del Presidente della A.N.M. al XXXIV Congresso nazionale*, in www.sistemapenale.it, 2.12.2019.

[72] V. *Controriforma della prescrizione: l'appello dell'Accademia e dei Penalisti italiani al Presidente della Repubblica*, https://www.camerepenali.it, 19.12.2018. Per tutti, v. G. Fiandaca, *Abrogare la legge sulla prescrizione*, con una decisa stigmatizzazione dell'uso simbolico-espressivo della legislazione penale, in https://discrimen.it, 10.1.2020, 1 ss.; S. Moccia, *Prescrizione, Bonafede gioca con i diritti*, in https://discrimen.it, 25.11.2019, 2 ss., secondo il quale «bloccare la prescrizione dopo il primo grado di giudizio, anche in rapporto a imputati assolti con formula piena, significa calpestare elementari garanzie»; G. Losappio, *La riforma della prescrizione*, cit.; N. Mazzacuva, *Le Insuperabili Ragioni Della Prescrizione (E del 'Diritto Penale Minimo')*, in *DirDif* 2020, 865 ss.; P. Ferrua, *La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma ''Bonafede'*, in *GI* 2020, 978 ss.; R. Bartoli, *Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare*, cit., 1 ss.; A. Peccioli, *La prescrizione*, cit., 124 ss. La riforma Bonafede costituirebbe «la perfetta sintesi del peggio», secondo F. Giunta, *La prescrizione. Ultimo atto?*, in https://discrimen.it, 31.1.2020. In senso critico, cfr. anche N. Pisani, *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in https://discrimen.it, 4.7.2020, 5 ss.

[73] V., ad es., G. Canzio, *Ancora una riforma del processo penale?*, in *DPP* 2021 (1), 6, pur con taluni rilievi critici (ivi, 8); G.L. Gatta, G. Giostra, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in www.sistemapenale.it, 11.2.2020; G.L. Gatta, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in *RIDPP* 2018, (4), 2345 ss.; V. Mongillo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, in *GI* 2020, 1001.

[74] Già nell'imminenza della caduta di quel governo era stato presentato alla Camera, primo firmatario l'on. Enrico Costa (FI), il Ddl 2059/2019 che prevedeva la radicale abrogazione della riforma Bonafede. V. Proposta di legge A.C. 2059 (Costa e altri), in www.sistemapenale.it, 2.12.2019. Sul punto, cfr. D. Pulitanò, *A proposito del Progetto di legge n. A.C. 2059*, cit.

[75] V., ad esempio, L. Milella, *Governo, il Pd contro Bonafede: "O blocca la prescrizione o presenteremo una nostra proposta"*, in *La Repubblica*, 3.12.2019.

[76] Nell'Assemblea Nazionale di Italia Viva, il 2 febbraio 2020, Matteo Renzi, idealmente rivolto al ministro Bonafede, faceva infatti dichiarazioni molto dure: «Fermati finché sei in tempo, perché in Parlamento votiamo contro la follia che avete fatto sulla prescrizione … Fra le poltrone e la civiltà giuridica scegliamo la civiltà giuridica, e senza di noi non avete i numeri in Senato». Cfr. L. Salvia, *Prescrizione, scontro Renzi-Bonafede: "Fermati". La replica: "No ai ricatti"*, in *Corriere della sera*, 3.2.2020.

Il tema diviene oggetto di un dibattito molto serrato, anche sui giornali e nei programmi televisivi di approfondimento. Da allora non è passato molto tempo, ma sono successe tante cose che hanno radicalmente mutato il nostro modo di porci nei confronti della realtà. E appare decisamente strano – dopo la pandemia, con serissimi problemi internazionali e una violenta crisi economica incipiente - pensare che, all'inizio del 2020, al centro del dibattito politico ci fosse la prescrizione, un antico e un po' malmesso istituto giuridico. Ragionare seriamente di principi e di diritti sembra infatti, oggi, costituire quasi un lusso che non ci si può più permettere. Ma è necessario stare attenti, perché si tratta di un crinale insidioso. Con il corpo sociale concentrato su altro, esiste infatti il serio rischio di assistere inerti a modifiche ordinamentali presentate come rispondenti a una necessitata *Salus rei publicae*, data per assiomaticamente prioritaria – non a caso *suprema lex* - rispetto a un corpo di valori, identitario e consolidato, che al contrario non è in alcun modo negoziabile.

Ma torniamo, sia pur molto rapidamente, al governo Conte bis. Frutto di un compromesso espresso dalle forti tensioni che stavano attraversando quella maggioranza politica, il 13 marzo 2020 viene presentato un disegno di legge governativo, a firma dello stesso ministro Bonafede[77], strumentale a modificare l'imprescrittibilità sopravvenuta introdotta dalla riforma del 2019[78]. In particolare, l'art. 14 prevedeva un'ulteriore modifica all'art. 159 Cp, disponendo il blocco della prescrizione con il giudizio di primo grado soltanto se questo si fosse concluso con una sentenza di condanna, fermo restando un computo retroattivo del tempo decorso qualora il successivo grado di giudizio avesse portato alla assoluzione.

Non mi soffermo su un testo mai entrato in vigore, che peraltro era il risultato della mediazione tra un populismo confuso e un garantismo scarsamente consapevole delle garanzie costituzionali, al punto da recepire, pur parzialmente temperati, i profili di illegittimità di entrambe le discipline previgenti[79].

Si trattava, tuttavia, di una normativa comunque più equilibrata di quella che intendeva modificare e che, trovato oramai l'accordo nella maggioranza, sarebbe stata di lì a poco quasi sicuramente approvata. Con la conseguenza che oggi ricondurremmo il blocco totale della prescrizione a una breve, per quanto infelice, parentesi delle recenti vicende ordinamentali. Nel contempo, sarebbe forse venuta meno anche la ragione di introdurre nel sistema l'immaginifica causa di non procedibilità di cui al nuovo art. 344 bis Cpp.

Non voglio avventurarmi ulteriormente in un discorso dalle cadenze fortemente ipotetiche, e dunque intrinsecamente opinabile. Quello che mi interessa evidenziare è il fatto che anche le vicende ordinamentali, come quelle umane, possono essere il frutto esclusivo di eventi casuali e imponderabili.

Quella modifica, infatti, era pressoché "cosa fatta", ma proprio in quei giorni, con assoluta coincidenza temporale, arrivava il COVID, travolgendo tutto il pregresso e modificando radicalmente l'agenda politica e le sue priorità.

---

[77] Il provvedimento viene definito dalla stampa con l'insensata locuzione *lodo Conte bis*, con cui è tuttora noto a chi ne abbia ancora memoria. A mero titolo esemplificativo, v. A. Custodero, *Prescrizione, sì a riforma penale col Lodo Conte Bis. Iv assente al cdm. Il premier: "Sfiducia a Bonafede? Trarrei le conseguenze"*, in *La Repubblica*, 13.2.2000.

[78] Si tratta del *d.d.l. C. 2435*, 13.3. 2020, intitolato «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello», il cui testo è consultabile su http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2435.18PDL0099310.pdf.

[79] Sul punto, cfr. l'interessante contributo di F.B. Morelli, *La prescrizione del reato, cit.*, 1599 ss. Cfr. anche C. Larinni, *"Blocco" della prescrizione per le sole sentenze di condanna di primo grado. Il c.d. lodo Conte-bis a confronto con la presunzione di innocenza*, in *RP* 2020, 347 ss.

Del d.d.l. si perde infatti memoria, e la prescrizione deve confrontarsi con la pandemia, un incontro caratterizzato dal considerevole numero di disposizioni susseguitesi per fornire una regolamentazione contingente al decorrere del tempo, probabilmente inevitabile in ragione della paralisi del sistema giudiziario determinata dall'emergenza sanitaria e dal suo difficile, graduale, ritorno alla normalità[80].

Ma neanche la drammatica eccezionalità della situazione può evidentemente giustificare qualsiasi scelta del legislatore[81].

In proposito, mi sembra interessante dedicare attenzione alla sentenza n. 140, 25.5.2021, della Corte costituzionale, in cui viene dichiarata l'illegittimità dell'art. 83 co. 9 d.l. n. 18 del 17.3.2020, norma che prevedeva la sospensione della prescrizione per il tempo corrispondente a quello in cui il procedimento penale fosse stato rinviato in ragione delle «misure organizzative» che i capi degli uffici giudiziari – ai sensi del comma 6 del medesimo art. 83 – erano facoltizzati ad adottare per contrastare l'emergenza COVID[82]. La Corte ravvisa nella conseguente indeterminatezza del tempo

---

[80] In proposito, meritano sicuramente menzione il d.l. 2.3.2020 n. 9, il d.l. 8.3.2020 n. 11, il d.l. 17.3.2020 n. 18, il d.l. 8.4.2020 n. 23 e la l. 24.4.2020 n. 27. Sul punto, ampiamente, G. Insolera, *Sulla perdurante (e sorprendente) incertezza dello statuto costituzionale di garanzia della prescrizione*, in https://archiviopenale.it, 3.12.2021, 9 s.

[81] Per un'attenta analisi di un tema estremamente delicato cfr., per tutti, G. Losappio, *Regole dei tempi e tempi delle regole. Sospensione della prescrizione, precisione della norma penale e irretroattività* in malam partem, in *CP* 2022 (2), 864 ss.; M. Pelissero, *Sospensione della prescrizione ed emergenza sanitaria: flessibilità della prescrizione o della legalità penale?*, in *DPP* 2021 (7), 905 ss.; T. Guerini, *La prescrizione nel contagio*, in *SI* 2021 (7-8), 841 ss.; G. Flora, Covid regit actum. *Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali*, in www.penaledp.it, 12.5.2020; G.A. De Francesco, *Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato*, in www.lalegislazionepenale.eu (21.8.2020); F.R. Dinacci, *Psoriasi interpretative: la legge nel tempo in tema di prescrizione e termini di custodia nell'emergenza Covid. Alla ricerca di una "legalità" perduta*, in https://archiviopenale.it, 22.5.2020; L. Innocenti, *La prescrizione in epoca emergenziale e la problematica interpretazione della legislazione della necessità ed urgenza*, in *DirDif* 2021 (4), 874 ss.; C. Cupelli, *La sospensione della prescrizione, tra regole dell'emergenza e principi costituzionali: i chiaroscuri della sentenza n. 278 del 2020*, in *Giurcos* 2020 (6), 3243 ss.; A. Gamberini, G. Insolera, *Che la pandemia non diventi l'occasione per accelerare le soluzioni sulla prescrizione e sulle sue ragioni costituzionali,* in www.sistemapenale.it, 24.5.2020.

[82] Va nel contempo rilevato come la Corte – sentenza 18.11.2020 n. 278, - avesse in precedenza rigettato una questione di legittimità relativa al co. 4 della medesima disposizione, laddove disposto che «nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del co. 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli artt. 303 e 308 del codice di procedura penale». Il richiamato co. 2 disponeva: «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali». Nelle plurime ordinanze di rimessione si evidenziava la non manifesta infondatezza della questione di legittimità, in ragione della plausibile retroattività sfavorevole attribuita a una disciplina che, per quanto legata alla peculiare eccezionalità della situazione, era pur sempre stata introdotta successivamente alla commissione del fatto. Si tratta di una decisione – incentrata sull'art. 159, co. 1, Cp («Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge …») e su una lettura inquietantemente "debole" del principio di colpevolezza e di quello di legalità, *sub specie* della prevedibilità - che ha determinato notevoli perplessità nei commentatori, suscitando l'impressione che ne sia risultato indebolito, pur a fronte di affermazioni esplicite della Corte di segno opposto, lo stesso statuto sostanziale della prescrizione. Sul punto, per tutti, v. G. Insolera, *Sulla perdurante (e sorprendente) incertezza*, cit., 16 ss. Cfr. anche O. Mazza *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in https://archiviopenale.it, 4.1.2021, 1 ss.; L. Stortoni, *La legge penale è "ragionevolmente" retroattiva*, in www.penaledp.it, 4.1.2021; M. Pelissero, *La prescrizione*, cit., 787 ss.; R. Bartoli, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*, in www.sistemapenale.it, 8.2.2021; G.M. Flick, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una*

della prescrizione, una violazione del principio di legalità: ai sensi dell'art. 25 co. 2 Cost., una disposizione che incide sulla punibilità deve infatti essere «determinata nei suoi elementi costitutivi sì da assicurare un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità». Ancora, «una persona accusata di un reato deve poter conoscere ex *ante* (ossia al momento della commissione del fatto), sia la fattispecie di reato, sia l'entità della pena, sia la durata della prescrizione».
Si tratta di valutazioni di estremo interesse, soprattutto perché criticità analoghe a quelle riscontrate connotano, in modo abbastanza evidente, anche la riforma Cartabia. Sul punto, in effetti, si dovrà inevitabilmente ritornare[83].

7. Con decreto del 16.3.2021, la Ministra Cartabia nominava una Commissione, presieduta da Giorgio Lattanzi, cui veniva affidato il compito di «elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato». La scelta era espressiva di una esigenza politica primaria. La "riforma della giustizia", infatti, ha un ruolo importante, quasi indefettibile, all'interno di quel *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*[84] dalla cui attuazione dipende la possibilità di accedere al *Recovery Fund* erogato dall'Unione Europea per fare fronte ai gravissimi danni economici conseguenti alla pandemia[85].
Necessità di riformare la giustizia, dunque, ma soprattutto di farlo seguendo le indicazioni dell'Unione, costantemente declinate in termini di maggiore efficienza, in specie, per quanto qui interessa, di velocizzazione del processo penale[86].
Ora, a fronte di questo obiettivo[87], la riforma Bonafede – lo si coglie bene dalla Relazione della Commissione[88], pur con l'estrema cautela politica che la connota - non poteva che essere valutata come profondamente distonica. Non c'è dubbio, infatti, che la prescrizione assolva anche a una funzione deflattiva del sistema, incidendo in modo significativo sui suoi parametri di velocità e efficienza: funzione assolutamente virtuosa se ben modulata, molto problematica se costruita malissimo – come accade con l'ex-Cirielli -, ma comunque indiscutibile. Diciamo che il blocco della prescrizione introdotto con la riforma del 2019, in aggiunta ai molteplici limiti teorici che la connotano, sul piano prammatico possiede l'inquietante attitudine a ingolfare ancor di più la giustizia penale, contribuendo così a un suo ulteriore rallentamento[89].

---

scelta problematica della Corte costituzionale, in *CP* 2021 (1), 44 ss.; I. Piccolo, *La sospensione emergenziale della prescrizione tra legalità e ragionevolezza*, in https://archiviopenale.it, 24.2.2021. In senso adesivo, v. tuttavia G.L. Gatta, *Emergenza covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 Cp per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2, Cost.,* in www.sistemapenale.it, 26.12.2020.

[83] V. *infra*, § 10.

[84] V. *Le misure per la Giustizia nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in https://temi.camera.it/leg18/, 28.7.2022.

[85] Cfr. *Recovery Plan for Europe*, in https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it.

[86] In questo senso, per tutti, cfr. il *Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Relazione per Paese relativa all'Italia 2020*, che accompagna la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea e all'Eurogruppo*, in https://ec.europa.eu, 26.2.2020.

[87] Sulle cause della "lentezza" della giustizia nel nostro Paese non mi soffermo, rinviando ai molteplici contributi elaborati sul tema. Mi sembra tuttavia opportuno rilevare il sicuro interesse del *2° Rapporto sul processo penale*, Soveria Mannelli, 2021, curato dall'Eurispes in collaborazione con L'Unione Camere Penali. Emblematici, in relazione all'estrema problematicità del nostro sistema-giustizia, i dati reperibili in *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report 2020*, in https://rm.coe.int, 17.11.2020.

[88] Cfr. *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435 (24 maggio 2021)*, 49 ss., in www.sistemapenale.it, 25.5.2021.

[89] «Proprio in ragione del venir meno della prescrizione – non può infatti che determinarsi - un considerevole incentivo all'allungamento, inefficace e improduttivo, dei tempi della giustizia». Così, e per tutti, L. Marafioti, F. Centorame, *Prescrizione del reato*, cit., 3813.

Non c'è dunque da stupirsi che la Commissione proponga di modificarla in modo significativo. La delicatezza politica del tema, non dimentichiamo il carattere identitario di quella riforma per il M5S, all'epoca forza di governo, conduce tuttavia a suggerire due opzioni di modifica alternative, molto lontane tra loro.
La prima si pone in linea di tendenziale continuità con la riforma del 2017, e soprattutto con quella - mai approvata - del "lodo Conte bis". In particolare, si propone di sostituire il secondo comma dell'art. 159 Cp con il seguente:
«Il corso della prescrizione, in seguito alla sentenza di condanna di primo grado, rimane sospeso per un tempo non superiore a due anni. Quando la pubblicazione della sentenza di appello non sopravviene prima della scadenza del termine della sospensione, cessano gli effetti di questa, la prescrizione riprende il suo corso e il periodo di sospensione è computato ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere. Il corso della prescrizione, in seguito alla sentenza di appello che conferma la condanna di primo grado, rimane sospeso per un tempo non superiore a un anno. Quando la pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione non sopravviene prima della scadenza del termine della sospensione, la prescrizione riprende il suo corso e il periodo di sospensione è computato ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere».
Questa soluzione, di fatto, avrebbe posto fine alla imprescrittibilità. Mutuava dalle recenti esperienze normative l'ingresso dei tempi del processo all'interno delle dinamiche prescrizionali; portava con sé, immutato, il bagaglio di illegittimità del corpo di disposizioni su cui andava a implementarsi; sembrava trarre ispirazione più dalla legge Pinto[90] che da istanze assiologicamente pregnanti o costituzionalmente orientate; giocava un po' troppo con il tempo, per il tramite di arditi meccanismi di *stop, come back and go*.
Eppure ci sarebbe stato un miglioramento rispetto alla riforma del 2019. Innanzitutto perché quest'ultima è una normativa non facile da peggiorare, ma anche perché il superamento del blocco della prescrizione costituisce, in sé, un valore ampiamente positivo. Non può tuttavia nascondersi che la proposta mostrasse il grave limite di sorvolare, leggiadra e indifferente, sul piano dei principi: non del tutto traditi, forse, ma fortemente indeboliti da una ricostruzione operata in termini quasi esclusivamente tecnocratico/efficientisti.
La seconda proposta ha connotati molto peculiari, eppure abbastanza ambigui. Da un lato, infatti, recepisce il blocco della prescrizione, addirittura radicalizzandolo ulteriormente:
«All'articolo 158, dopo il terzo comma, è aggiunto il seguente: "Il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente, in ogni caso, con l'esercizio dell'azione penale"», anche se, molto opportunamente si propone contestualmente di modificare l'art. 161 Cp, ripristinando la disciplina anteriore alla riforma del 2005, e dunque riportando alla metà il tempo del possibile aumento del termine prescrizionale in seguito alla presenza di cause interruttive.
Dall'altro, introduce nel sistema un concetto nuovo e al contempo molto significativo, quello di *durata massima del processo*, disponendo che il superamento dello stesso integri gli estremi di una precisa causa di non procedibilità[91] che troverebbe applicazione qualora siano trascorsi quattro

[90] Si tratta, come è noto, della l. n. 89, 24.3.2001, che ha previsto il diritto all'equa riparazione per il mancato rispetto del "termine ragionevole" di durata del processo. Il comma 2 bis dell'art. 2 dispone che «si considera rispettato il termine ragionevole … se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità».
[91] Questo il testo dell'articolo, come proposto dalla Commissione: «Art. 344-bis Cpp (Improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del processo). 1. La mancata definizione del giudizio di primo grado entro il termine di quattro anni dall'esercizio dell'azione penale costituisce causa di improcedibilità della stessa. Nei processi con udienza preliminare il termine di durata è prolungato di sei mesi. 2. La mancata definizione del giudizio di appello entro il

anni dall'esercizio dell'azione penale in assenza di definizione del giudizio di primo grado; tre anni dalla presentazione dell'atto di appello senza la definizione del relativo giudizio; due dalla presentazione del ricorso senza la definizione del giudizio di Cassazione. Questa soluzione si accompagna ad alcune norme integrative, statuenti – in particolare - la possibilità di prorogare di sei mesi per ciascuna fase i termini di *durata massima del processo* qualora si stia procedendo per delitti puniti con l'ergastolo; la sospensione degli stessi nei casi previsti dall'art. 159 primo co. Cp; la loro rinunciabilità da parte dell'imputato.
La riforma Cartabia seguirà, sia pur in modo non particolarmente fedele, la via tracciata da questa seconda proposta[92]. Non mi soffermo dunque su di essa, ma sulla sua successiva traslazione all'interno del sistema, peraltro caratterizzata dall'inserimento nel testo di modifiche significativamente peggiorative[93].
E non che il "modello originario" – sul punto totalmente recepito dal legislatore del 2021 - fosse immune da sensibili problemi teorici: il Tempo, infatti, bloccato in una dimensione, scorre invece, inesorabile, in un'altra, modificando però, rispetto al suo corso iniziale, *dies a quo*, *dies ad quem* e funzioni.
A prima vista verrebbe da pensare che il nostro legislatore, sulla base, evidentemente, del suo potere quantistico[94], abbia creato una sorta di Multiverso in cui realtà paradossalmente ucroniche – perché intimamente alternative, e incompatibili, quantomeno secondo modelli di logica aristotelica – convivono invece tra loro, sia pur collocandosi su piani differenti. Poco importa che in una di esse il tempo scorra mentre nell'altra lo scorrere gli sia precluso: secondo lo Zoroastrismo infatti – quantomeno nella sua variante zurvanita -, il tempo finito è generato da quello infinito, ma tende costantemente ad essere riassorbito in esso[95]. È pur vero che qualcuno potrebbe dubitare della qualità di queste argomentazioni – per sfiducia vuoi nell'antica mistica orientale, vuoi nella Marvel -, e ritenere il loro fondamento teorico abbastanza fragile. Se si muove da questa premessa, in effetti, la riforma genera tutta una serie di problemi con i quali diviene necessario il confronto.

---

termine di tre anni dalla presentazione dell'atto di appello costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale. 3. La mancata definizione del giudizio di cassazione entro il termine di due anni dalla presentazione del ricorso costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale. 4. Per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti, e per i delitti di cui all'articolo 407, co. 2, lettera *a*, i termini di durata massima del processo possono essere sospesi per giusta causa con ordinanza del giudice procedente, su richiesta del pubblico ministero, per un periodo non superiore a sei mesi per ogni grado di giudizio. 5. I termini previsti dai precedenti commi sono sospesi nei casi previsti dall'articolo 159, primo comma, del codice penale. 6. La declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo. 7. La definizione del processo con sentenza irrevocabile di assoluzione, entro i termini massimi di durata, anche se sospesi, che risultino superiori ai termini di ragionevole durata del processo di cui alla legge 24.3.2001, n. 89, non esclude il diritto all'equa riparazione attraverso l'indennizzo previsto dalla legge stessa».

[92] Proposta, peraltro, che corrisponde non poco a una prospettiva *de lege ferenda* elaborata da autorevole dottrina. V., in particolare, G. Giostra, *Il problema della prescrizione penale aspetti processuali*, in *GI* 2005, 2221 ss.; G.L. Gatta, *Prescrizione del reato e lentezza del processo: male non cura male*, in www.sistemapenale.it, 9.12.2019, e che in un passato non troppo recente aveva ritrovato una sua collocazione – sia pur non perfettamente corrispondente a quella oggi recepita dal legislatore - in alcune proposte di riforma. V., in particolare, d.d.l. S/878, 26.7.2006, Brutti, Finocchiaro ed altri; d.d.l. S/2699, 22.1.2004, Fassone, Ayala ed altri; d.d.l. S/260, 20.6.2001, Fassone, Ayala ed altri. Per quanto attiene all'aspetto differenziale di più immediata evidenza, va detto che, secondo il modello recepito dalla riforma del 2021, la prescrizione del reato cessa dopo la sentenza di primo grado, così come già previsto dalla riforma Bonafede, e non dall'esercizio dell'azione penale, come invece proposto dalla Commissione Lattanzi.

[93] V. *infra*, § 8 s.

[94] Sul punto V. G. Balbi, *Tempi strani*, cit., 8 s.

[95] Per tutti, v. I.P. Couliano, M. Eliade, *Religioni*, Milano 1992, 373 ss.

8. Per quanto attiene alla causa di improcedibilità *per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, introdotta dalla riforma Cartabia al nuovo art. 344 bis Cpp[96], immediatamente precettiva[97], dalla bizzarra collocazione sistematica[98] e relativa ai soli procedimenti di impugnazione aventi ad oggetto reati commessi a partire dal 1.1.2020[99], il legislatore – temo senza averne piena consapevolezza - compie scelte che incidono molto significativamente sul complessivo equilibrio del sistema[100], peraltro non allineandosi perfettamente – lo si diceva – alla stessa proposta della commissione Lattanzi. Per quanto qui più direttamente rileva, infatti, non viene posto alcun limite temporale tra l'esercizio dell'azione penale e la definizione del giudizio di primo grado, mentre si abbreviano i termini "successivi". La causa di improcedibilità opera, infatti, se sono vanamente trascorsi due anni dall'impugnazione, oppure un anno, senza che siano stati definiti, rispettivamente, il giudizio di appello e quello di Cassazione[101]. Si tratta, tuttavia, di termini tutt'altro che rigidi, e anche qui ci si allontana di molto dalla proposta Lattanzi, essendo prevista la possibilità di tutta una serie di proroghe. Il punto è estremamente delicato, e sarà necessario dedicarvi una più diretta, e approfondita, attenzione[102].
Per il momento, va invece ricordato che I termini vengono sospesi nelle ipotesi di cui al primo comma dell'articolo 159 Cp[103], e dunque nelle stesse ipotesi per le quali è prevista la sospensione della prescrizione.
Ai sensi del co. 7 dell'art. 344 bis Cpp, la declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato chiede la prosecuzione del processo. Ai sensi del co. 9, la causa di improcedibilità non opera nei procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti.
Direi che la riforma debba essere valutata essenzialmente da due prospettive: in sé, ma anche – inevitabilmente – in rapporto alla disciplina della prescrizione. D'altronde, prescrizione e improcedibilità *per superamento dei termini*, condividendo una "missione" comune[104], dovrebbero necessariamente essere connotate da un intimo collegamento, in termini di razionalità di scopo, di valore e di funzione.

---

[96] V. art. 2, co. 2, lett. *a*, l. 134/2021.
[97] Come tutte le previsione dell'art. 2 della l. 134/2021.
[98] La norma è infatti inserita nel titolo V del codice di rito, «Indagini e udienza preliminare». V. S. Beltrani, *L'ambito applicativo della "nuova" causa di improcedibilità del "giudizio" di cassazione*, in *CP* 2022 (6), 2085.
[99] Art. 2, co. 3, l. 134/2021.
[100] La declaratoria d'improcedibilità, infatti, è tutt'altro che "indolore": «non c'è condanna, né proscioglimento, sono assorbite le precedenti decisioni sia di condanna, sia di assoluzione; si caducano le misure cautelari personali (anche quelle a tutela della vittima) e quelle reali; l'imputato perde il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione; vengono meno i provvedimenti civili provvisoriamente esecutivi nonché le decisioni di confisca; nessuna decisione sul querelante; si prospettano questioni sul valore della prove». Così, A. Marandola, *La riforma Cartabia: la delega per il processo penale e la sentenza di improcedibilità*, in *SI* 2021 (12), 1458.
[101] Più esattamente, ai sensi del secondo comma dell'art. 344 bis Cpp, il *dies a quo* viene fatto coincidere con «il novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'articolo 544, come eventualmente prorogato ai sensi dell'articolo 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del presente codice, per il deposito della motivazione della sentenza». Nel contempo, l'art. 2, co. 5, l. 134/2021, prevede un regime transitorio con termini più elevati. Più esattamente, per i procedimenti nei quali l'impugnazione è proposta entro il 31.12.2024, «i termini sono, rispettivamente, di tre anni per il giudizio di appello e di un anno e sei mesi per il giudizio di cassazione. Gli stessi termini si applicano nei giudizi conseguenti ad annullamento con rinvio pronunciato prima del 31 dicembre 2024».
[102] V. *infra*, § 10.
[103] Ma anche, nel giudizio di appello, per il tempo necessario per la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. In questo caso, tuttavia, il periodo di sospensione non può eccedere i sessanta giorni.
[104] V. *supra*, § 1.

Da quest'angolo visuale, al contrario, le due discipline costituiscono una sorta di ossimoro, al punto che in un sistema che intendesse ancora ritenersi tale – e dunque molto di più, e di meglio, che una moltitudine scomposta di norme -, non potrebbero in alcun modo convivere.
Del resto, se l'obiettivo della riforma Bonafede era quello di impedire che il decorso del tempo, dopo la pronuncia di primo grado, potesse vanificare la pretesa punitiva dello Stato, mentre quello della riforma Cartabia consiste nell'attribuire al trascorrere del tempo, a partire dal medesimo momento, il compito di impedire l'esercizio di tale pretesa, non credo possano esservi dubbi circa la loro assoluta incompatibilità, perché strumentali a obiettivi totalmente antitetici. Da un lato la pena ad ogni costo, dall'altro ridurre la durata dei giudizi penali per accedere ai fondi *Next Generation EU*. La cosa, in effetti, appare a tal punto evidente da rendere abbastanza superfluo spendervi tempo e argomentazioni ulteriori.
Piuttosto, resta un grande rammarico, e un profondo senso di amarezza. Per una prescrizione umiliata da un populismo giustizialista che ne ha sterilizzato l'identità costituzionale al punto da indebolirne la funzione, antica, di fondamentale presidio dall'arbitrio del potere; per un legislatore che interviene dando nuovamente rilevanza al tempo, ma in termini di efficienza e non di garanzia, inserendo nel sistema una normativa che tutela l'interesse dello Stato – nuovamente *Suprema lex* (ma non è anche questo un indice di involuzione autoritaria dell'ordinamento?[105]) – e non più del singolo consociato; per la scelta di lasciare in vita una normativa consapevolmente indifendibile con l'obiettivo di bypassarla senza formalmente rinnegarla – coniugando gli obiettivi del PNRR con quello, totalmente effimero, di garantire qualche mese in più di vita alla legislatura[106] -, non dando alcun peso al fatto che questo avrebbe ridotto in macerie la razionalità del sistema; per il susseguirsi di riforme che non hanno mai tenuto realmente conto dei valori costituzionali in gioco, o inventandone di nuovi, ma in realtà totalmente estranei alla Costituzione (*la certezza della pena*[107]), o facendosi schermo di valori reali (*il giusto processo*) senza però che gli stessi si proiettassero realmente nelle scelte normative adottate.
Su quest'ultimo aspetto, che caratterizza fortemente l'inserimento nel sistema del nuovo art. 344 bis Cpp, evidentemente ritornerò[108]. Per il momento, vorrei dedicare una veloce attenzione al rapporto, non particolarmente intenso eppure problematico, tra la riforma Cartabia e la prescrizione.
Va detto subito che la riforma del 2021 recepisce pienamente le scelte in tema di prescrizione operate dalla legge "*spazzacorrotti*"[109]. È vero che abroga la disposizione fondamentale di quella

---

[105] Stigmatizza efficacemente il *Salus Rei publicae Suprema lex esto* (Cicerone, *De legibus*, III [8]) come «per sua statura deontologica insofferente ad ogni regola diversa da quella che, di volta in volta, essa stessa ritiene necessaria allo scopo», G. Marra, Salus rei publicae, *garanzie individuali e diritto penale antiterrorismo*, in *StUrb* 2007 (4), 360.
[106] V., ad es., *Mediazione sulla giustizia. Cartabia e Cinque Stelle vicini a un accordo sulla prescrizione*, in https://www.linkiesta.it, 24.6.2021.
[107] Tra i tanti, possibili riferimenti, da parte della politica, a un principio che non è tale, ma che può intercettare sicuramente un facile consenso, v.: «il principio della certezza della pena ha … subito una continua erosione, generando un senso di insicurezza nella collettività», in *Intervento del Guardasigilli Alfonso Bonafede in occasione della presentazione al Parlamento della Relazione del Garante dei detenuti – 2018*, in https://www.astrid-online.it, 15.6.2018; «Certezza della pena e giustizia giusta», così Matteo Salvini, in https://www.politicanews.it/, 20.6.2021; «Senza certezza della pena siamo finiti». Così Giorgia Meloni in www.redattoresociale.it, 14.3.2013. «Garantire la certezza della pena è la scommessa». Così Matteo Renzi in https://www.ansa.it, 12.2.2018.
[108] V. *infra*, § 9 s.
[109] Nonché lo stigma "culturale" nei confronti della prescrizione. Basti pensare che l'on. Franco Vazio (PD), relatore di maggioranza della riforma Cartabia, affermava nel corso dei lavori preparatori: «intendo, in conclusione, chiarire e ribadire un principio: la prescrizione è il fallimento dell'azione accertativa dello Stato». Cfr.

normativa, quel secondo comma dell'art. 159 Cp che prevedeva «la sospensione della prescrizione dalla pronuncia della sentenza di primo grado … fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna», ma lo fa soltanto perché quella norma – pur costituendo il momento essenziale e "identitario" della novella – era scritta malissimo, evocando una sospensione della prescrizione che senza dubbio non era tale[110]. La l. 134/2021[111], sostanzialmente, "corregge l'errore", introducendo contestualmente un nuovo art. 161-bis Cp, che esprime la stessa regola della disposizione abrogata, utilizzando però la terminologia corretta di «cessazione definitiva del corso della prescrizione»[112]. La norma, nel contempo, non fa più alcun riferimento al decreto penale di condanna – che l'abrogato secondo comma dell'art. 159 prevedeva invece come ulteriore causa di "sospensione perpetua" della prescrizione -, riconducendolo alle ipotesi di cui all'art. 160 co. 1 Cp, e dunque all'ambito delle cause interruttive. Soluzione, direi, assolutamente corretta, soprattutto in ragione dell'assenza di contraddittorio che ne caratterizza l'emissione[113].

Il nuovo art. 161 bis Cp non si limita tuttavia a queste previsioni, disponendo anche che, «nel caso di annullamento che comporti la regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione riprende il suo corso dalla data della pronunzia definitiva di annullamento».

A ben vedere, la norma colma una lacuna significativa della disciplina pregressa, peraltro segnalata da dottrina autorevole[114], «relativa alla mancata considerazione degli effetti delle sentenze di annullamento delle decisioni di primo grado e della … regressione ad un momento antecedente alla sospensione», con conseguente necessità di riconsiderare i termini di prescrizione.

La soluzione adottata dal legislatore, ineccepibile nello statuire l'impossibilità che la sentenza annullata mantenga inalterato il suo effetto di "blocco" della prescrizione, e nel disporre che quest'ultima, come esito dell'annullamento, riprenda regolarmente *il suo corso*, solleva invece serie perplessità circa la posizione del *dies a quo* di tale decorrenza nella *data della pronunzia definitiva di annullamento*.

Il fatto è che la nullità, «una volta dichiarata dal giudice, impedisce la produzione degli effetti dell'atto stesso; dunque, giuridicamente, è come se questo non fosse mai stato compiuto»[115]. D'altronde, il *quod nullum est nullum producit effectum* è un principio, di ordine generale, ampiamente consolidato all'interno dell'ordinamento[116].

Al contrario, ai sensi del nuovo art. 161 bis, la sentenza annullata produce un effetto sospensivo dei termini prescrizionali che si perpetua fino al giorno dell'annullamento, perché solo a partire da

---

https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0551&tipo=stenografico#sed0551.stenografico.tit00060.sub00020.int00120.

[110] V. *supra*, § 5.

[111] V. art. 2 co. 1 lett. *c*, l. 134/2021.

[112] Si tratta, per la verità, di una correzione assolutamente corretta, eppure abbastanza banale, tuttavia salutata con inconsueta enfasi - «Non si tratta di un mero mutamento dell'"etichetta" dell'istituto, quanto, piuttosto, di una modifica sostanziale che perimetra l'ambito di operatività della prescrizione del reato …» – nella *Relazione del Massimario della Cassazione avente ad oggetto la legge 27 settembre 2021, n. 134*. La Relazione è consultabile in www.sistemapenale.it, 4.11.2021.

[113] V. *Relazione del Massimario*, cit., 7. «Considerato che il decreto di condanna consiste sì in una pronuncia giurisdizionale condannatoria ma è atto emesso *inaudita altera parte*, revocabile in forza di nuda opposizione dell'imputato o del suo difensore, appare del tutto condivisibile la sua (ri)qualificazione come causa d'interruzione del corso della prescrizione». Così, D. Bianchi, *Le modifiche al codice penale immediatamente precettive*, cit., 1471.

[114] V. G. Spangher, *Un confronto senza pregiudizi*, cit., 973.

[115] Così, N. Triggiani, *Le nullità*, in AA. VV., *Manuale di Diritto processuale penale*, Torino 2015, 216.

[116] In giurisprudenza, per tutte, Cass. pen., sez. un., 16.7.2020, n. 37207.

quest'ultimo la prescrizione ricomincerà a decorrere. E dunque la sentenza annullata *producit effectum*. Non credo ci siano molti dubbi sul fatto che, alla luce dei principi generali, il periodo intercorso tra la sentenza annullata e quella di annullamento avrebbe dovuto essere recuperato, evidentemente *ex post*, all'interno del decorso prescrizionale. Certo, a tale considerazione è evidentemente sotteso il tema – troppo ampio e complesso per poter essere trattato in un ambito in cui lo si è incontrato solo incidentalmente – dei limiti alla possibilità del legislatore di discostarsi dai principi generali del sistema[117].
Ritengo, tuttavia, che trattandosi qui di una situazione per nulla atipica, e da nessuna prospettiva, ma anzi rientrante a pieno titolo nella consueta fisiologia delle dinamiche processuali, non vi sia nulla che possa giustificare il sottoporla a una disciplina di carattere eccezionale. La soluzione apprestata si connota allora, inevitabilmente, per un significativo deficit di ragionevolezza, con tutto quel che ne consegue in termini di disallineamento dall'art. 3 Cost.[118]
Un ultimo rilievo è dedicato a una modifica che la riforma del 2021 non ha fatto, che sarebbe stata molto opportuna, e che era stata "coraggiosamente" proposta dalla Commissione Lattanzi: modificare l'art. 161 Cp riportando alla metà il tempo del possibile aumento del termine prescrizionale in presenza di cause interruttive[119]. Certo, non si sarebbero risolti tutti i problemi, ormai si è andati troppo lontano. Ma almeno si sarebbe rimossa la modifica "da cui tutto è cominciato"[120], quella che con un incredibile effetto domino ha condotto – passo dopo passo – alla stratificazione di una disciplina ormai sfuggita completamente di mano. Ma forse allungare i termini della prescrizione, foss'anche per recuperare un minimo di razionalità prammatica, proprio non rientrava nel *Business Plan*[121].

9. La nuova causa di non procedibilità di cui all'art. 344 bis Cpp, che in una prospettiva di ordine "relazionale" ha mostrato tutta la sua inadeguatezza a integrarsi, e coordinarsi, con la disciplina

[117] Sul punto, la letteratura è estremamente vasta. A titolo meramente esemplificativo, si rinvia ai fondamentali contributi di R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993; e G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980.
[118] Un'ultima modifica in tema di prescrizione introdotta dalla riforma attiene all'abrogazione del quarto comma dell'art. 159 Cp, ai sensi del quale la durata della sospensione, in caso di sospensione del procedimento per assenza dell'imputato *ex* art. 420-quater Cpp, non poteva superare i termini di cui al secondo comma dell'art. 161 Cp. L'abrogazione è direttamente connessa alla complessiva riforma del processo *in absentia*, oggetto di delega al Governo *ex* art. 1 co. 7 lett. *e*, l. 134/2021. In effetti, tutta la problematica è oggetto di profonda rielaborazione nell'ambito dello *schema di decreto legislativo approvato il 4.8.2022 dal Consiglio dei Ministri, cui si rinvia. Per il testo e la Relazione di accompagnamento, comunque pubblicati sul sito del Ministero di Giustizia, v.* www.sistemapenale.it, *10.8.2022*.
[119] V. *supra*, § 7.
[120] V. *supra*, § 3.
[121] La riforma Cartabia non andrebbe eccessivamente stigmatizzata, perché il suo esito è pur sempre migliorativo rispetto alla riforma Bonafede, «consentendo il repentino superamento dello sciagurato blocco della prescrizione introdotto dalla legge n. 3 del 2019», secondo O. Mazza, *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, in *GI* 2022, 985.

della prescrizione[122], e che mostra un ampio numero di lacune significative[123], va comunque valutata – lo si diceva – anche "in sé", perché non ne sfuggano il fondamento, gli eventuali caratteri di razionalità intrinseca, i possibili limiti di carattere – per così dire - endogeno.
Va detto, innanzitutto, che sul piano politico l'introduzione dell'istituto è stata presentata come strumentale a garantire il giusto processo in relazione alla sua ragionevole durata, e dunque prospettandone un diretto fondamento nell'art. 111 commi 1 e 2 Cost., nonché nell'art. 6.1 CEDU. Nel corso dei lavori preparatori, lo stesso Presidente della Camera, Raffaele Fico, ne evidenziava la strumentalità «a rendere il processo penale più veloce ed efficiente», enfatizzandone in modo esplicito il ricordato fondamento costituzionale[124]. Un concetto, peraltro, più volte ribadito dalla stessa Ministra Cartabia nel presentare la *ratio* della riforma[125].
Ora, non c'è dubbio che quello di *ragionevole durata* sia un concetto inevitabilmente ambiguo[126], per sua natura soggetto a valutazioni intrinsecamente controvertibili, ma direi si possa escludere la sua riferibilità esclusiva al paradigma dello *Speedy trial*[127]. La stessa Corte Suprema degli Stati Uniti, evidentemente più adusa di noi a confrontarsi con un istituto declinato in questi termini, ha peraltro escluso che il «diritto a un processo veloce» possa dirsi violato in assenza di un'attenta

---

[122] D'altronde, come si è efficacemente notato, per la diversità radicale di funzioni, «la prescrizione dell'azione penale non può surrogare quella del reato». Così, A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura'*, cit., 28. Il rapporto tra i due istituti sarebbe, al contrario, perfettamente coordinato e razionale secondo G. Canzio, *Il modello "Cartabia". Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2022, 7 s. Va tuttavia rilevato che l'A., stranamente, critica alla *prescrizione sostanziale* - «non è sostenibile la disciplina della prescrizione sostanziale del reato, nella parte in cui estende i suoi effetti sulla vita del processo legalmente instaurato, propiziandone, come agente patogeno, l'inefficacia» (ivi, 7) - quel che invece apprezza nella nuova causa di improcedibilità: «un rimedio … che garantisce a coloro che sono stati giudicati in primo grado di non restare imputati a tempo indefinito, in violazione del diritto costituzionalmente e convenzionalmente garantito che anche i giudizi di impugnazione debbano avere una durata ragionevole» (ivi, 8). Rilievo analogo può muoversi, a mio avviso, anche a quella autorevole dottrina che in passato aveva posto le basi teoriche per il modello oggi adottato. V. G. Giostra, *Il problema della prescrizione penale*, cit., 2223.
[123] Lacune che pongono, peraltro, tutta una serie di problemi irrisolti: «operatività o meno per l'appello della sentenza di non luogo e dell'appello della parte civile per gli interessi civili; operatività per gli appelli delle decisioni del giudice onorario; mancata indicazione degli effetti delle proroghe sulle misure cautelari; operatività o meno del ne bis in idem; mancata individuazione del termine in caso di conversione in appello nonché in caso di annullamento con rinvio solo per la determinazione della pena; mancato termine complessivo in caso di annullamento con rinvio in appello; incertezza sull'operatività per i rimedi straordinari ed in caso di annullamento di una declaratoria di inammissibilità; le implicazioni sulla responsabilità degli enti». Così, G. Spangher, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *DPP* 2021 (11), 1444.
[124] www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0551&tipo=stenografico#sed0551.stenografico.tit00060.sub00020.int00120.
[125] V., ad es., la *Relazione annuale sull'amministrazione della giustizia* tenuta in Parlamento dalla Ministra il 19.1.2022, in www.sistemapenale.it, 19.1.2022.
[126] In effetti, «il precetto costituzionale, pur vincolando il legislatore, resta di fatto programmatico e privo di indicazioni sulle concrete modalità di attuazione del principio». Così, P. Ferrua, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *QuestG*, 2017, 1.
[127] Come è noto, l'*incipit* del sesto emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti prevede che in ogni processo penale l'accusato abbia diritto a un giudizio sollecito: «*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense*». Auspica l'inserimento nel sistema italiano di un modello analogo a quello dello *speedy trial* statunitense M.L. Di Bitonto, *I termini delle indagini preliminari*, in *GI* 2022, 1010. Cfr. anche ID., *Osservazioni "a caldo" sulla improcedibilità dell'azione disciplinata dall'art. 344-bis Cpp*, in *CP* 2021 (12), 3852 ss.; V. Fanchiotti, The right to a speedy trial *nell'esperienza nordamericana*, in R.E. Kostoris (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie e efficienza della giustizia penale*, Torino 2005, 2 ss.

analisi dei motivi del ritardo, del pregiudizio da questo arrecato, nonché di un'accurata valutazione di tutti gli interessi in gioco[128].
È abbastanza evidente, peraltro, che l'eccessiva speditezza di un procedimento può ben indicare la sua radicale antitesi rispetto al paradigma del giusto processo.
In proposito, diventa quasi banale – e in effetti un po' retorico - ricordare che il processo a Gesù (pur articolato: Sinedrio, Pilato, Erode e di nuovo Pilato) durò tre giorni[129], quello a Socrate soltanto uno[130] o, venendo ai tempi moderni, che Robespierre volle ridurre a tre giorni la durata massima dei processi presso il Tribunale rivoluzionario, essenzialmente per comprimere il diritto di difesa dei Girondini[131], o che i processi presso il Tribunale speciale per la Difesa dello Stato – che operò nel nostro Paese dal 1926 al 1942 con competenza per i reati contro la sicurezza dello Stato -, raramente durassero più di due giorni[132].
Il fatto è - tornando a noi, e dunque lasciando da parte opzioni autoritarie da processo sommario - che «il procedimento penale ha una ragionevole durata quando perviene al suo epilogo fisiologico nel tempo necessario»[133], e non quando non arriva a nessun risultato nel minor tempo possibile[134].
Se allora, molto più concretamente e senza enfasi, la *ratio* dell'istituto va ricercata nelle esigenze deflattive imposte dal PNRR[135] coniugate con la difficoltà politica di perseguire questo risultato

---

[128] V. U.S. Supreme Court, ***Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972),** www.supreme.justia.com/cases/federal/us/407/514/**.**

[129] Per i tempi della Passione di Cristo, pur con qualche aporia, si rinvia a Matteo 26-27, Marco 14-15, Luca 22-23, Giovanni 18-19.

[130] Sul punto, evidentemente, v. l'*Apologia di Socrate* di Platone.

[131] V. A. Panzarola, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in www.judicium.it, 31.3.2021.

[132] Per la dottrina dell'epoca, cfr. O. Vannini, *Tribunale*, in *EI*, XXXIV, I, appendice, 1938, 309 ss.; V. Manzini, *Trattato di Diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, II, Torino 1931, 8 s. Per un'attenta ricostruzione critica, cfr. J.C.S. Torrisi, *Il Tribunale speciale per la Difesa dello Stato. il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna 2016. In generale, va rilevato che la letteratura sul Tribunale speciale per la Difesa dello Stato è assolutamente scarna, dato plausibilmente riconducibile a quella rimozione collettiva che caratterizza ampiamente il nostro rapporto con le responsabilità, storiche e politiche, dello Stato fascista. Sul punto, cfr. ad es. S. Levis Sullam, *I carnefici italiani. Scene dal genocidio degli ebrei, 1943-1945*, Milano 2015. Per la nostra dottrina, sia consentito rinviare a G. Balbi, *Il negazionismo tra falso storico e post-verità*, in *Crim* 2018, 247 ss. e bibliografia ivi citata.

[133] Così, G. Giostra, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in www.sistemapenale.it, 13.1.2020.

[134] Interessante notare come critiche significative e radicali, mosse da autorevole dottrina nei confronti dell'istituto della prescrizione, appaiano quanto mai conferenti, forse ancor di più, se rivolte alla neo-introdotta causa di non procedibilità: «v'è da chiedersi se la 'sanzione' della prescrizione – e dunque di una pronuncia di rito con la quale l'ordinamento rinuncia *tout court* all'accertamento dei fatti e della colpevolezza dell'imputato – sia davvero un rimedio necessario rispetto alla violazione del diritto dell'imputato alla ragionevole durata del processo, o se a ben guardare non si tratti di un rimedio eccessivo rispetto allo scopo. Riflettiamo anzitutto sui costi di questa soluzione: la rinuncia dell'ordinamento a qualsiasi accertamento dei fatti e delle relative responsabilità … i) frustra completamente, con un radicale colpo di spugna, l'efficienza del singolo processo rispetto all'obiettivo (di rilievo costituzionale, come si è sottolineato) di pervenire all'accertamento dei fatti, all'ascrizione delle relative responsabilità e all'irrogazione della pena nei confronti di chi sia riconosciuto colpevole; ii) frustra le altrettanto legittime istanze di tutela delle vittime del reato, le quali dovranno trasferire non solo le loro pretese risarcitorie, ma più in radice la loro pretesa all'accertamento dei fatti e delle responsabilità in un nuovo (e lentissimo) procedimento civile …; iii) comporta uno spreco netto di energie processuali, vanificando d'un colpo l'intera attività svolta dalla macchina della giustizia; e, last but not least, iv) nuoce allo stesso imputato innocente, che ben raramente, e per ragioni comprensibilissime, sarà disposto a correre il rischio connesso alla rinuncia alla prescrizione, e che si vedrà così precluso il pubblico riconoscimento dell'infondatezza dell'ipotesi di accusa». Così, F. Viganò, *Riflessioni de lege lata e ferenda*, cit., 33.

[135] «Le azioni pianificate nel PNRR si tradurranno in un incremento della produttività degli uffici giudiziari con l'obiettivo di abbattere la durata media dei processi civili di più del 40 per cento e dei processi penali di circa il 25 per

modificando la disciplina della prescrizione[136], allora sia *la ragionevole durata* sia, a ben vedere, *il giusto processo*, risultano totalmente estranei alla specificità assiologica e funzionale dell'art. 344 bis Cpp. D'altronde, ai sensi del comma sette, la non procedibilità è "rinunciabile" dall'imputato: se ad essere "presidiato" fosse il giusto processo, evidentemente non potrebbe esserlo[137]; e, ai sensi del comma nove, non opera per i delitti puniti con l'ergastolo: forse che il giusto processo non valga per queste ipotesi[138]?
In sintesi, direi che la neo-introdotta causa di non procedibilità, pur rispondendo a un riconoscibile obiettivo prammatico, non ha alcun fondamento di ordine costituzionale[139]. Il che non vuol dire, evidentemente, che per ciò solo contrasti con la Costituzione, ma che, a fronte di possibili tensioni con questa, risulta totalmente vulnerabile, perché impossibilitata a competere, in termini di bilanciamento, con valori sovraordinati.
E di tensioni con valori costituzionali, in effetti, ve ne sono, e anche abbastanza evidenti.

10. Innanzitutto, va rilevato come la nuova disciplina fatichi a coordinarsi in modo soddisfacente con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. È abbastanza evidente che questa affermazione risulti più o meno condivisibile a seconda di come venga declinata la portata di tale obbligo. Potrebbe infatti ritenersi che, a prescindere dalla "evaporazione" del procedimento *ex* art. 344 bis Cpp, l'azione, in tali ipotesi, sia stata comunque validamente esercitata[140].
Ho tuttavia l'impressione che ritenere il precetto costituzionale soddisfatto in relazione a un'azione sì intrapresa, ma conclusa prima che si sia pervenuti al benché minimo esito, peraltro in relazione a un reato che non si è estinto, finisca per disattenderne la *ratio*, e comunque per eluderne, nella sostanza, la cogenza. Come è stato efficacemente rilevato, infatti, «l'azione è una domanda, e in tanto ha senso definirla obbligatoria in quanto al suo valido esercizio segua l'obbligo del giudice di rispondere accertandone la fondatezza»[141].

---

cento», in *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 99, in www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf. «Gli interventi riformatori sono infatti mossi dall'esigenza di raggiungere precisi, concreti e ineludibili obiettivi del P.N.R.R., concordati dal Governo con la Commissione Europea». Così, G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in www.sistemapenale.it, 15.10.2021, 1.

[136] Per tutti, pur da prospettive molto differenti, cfr. P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 4 ss.; E. Amodio, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, in RIDPP 2022 (1), 11 ss.

[137] Nel contempo, l'improcedibilità indica una irregolarità del processo che, in quanto tale, non potrebbe essere sanata da una manifestazione di volontà dell'imputato. In questo senso, E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in https://archiviopenale.it, 1.12.2021, 47.

[138] Al contrario, come si è notato, «proprio per la gravità delle accuse il procedimento deve mantenere una ragionevole durata; l'imputato vi ha diritto, non meno, anzi forse più degli altri imputati». Così, A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura'*, cit., 31. Sul punto cfr., per tutti, P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 9; A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata dei giudizi di impugnazione*, in *QuestG*, 9.12.2021. Il fatto che i reati puniti con l'ergastolo siano imprescrittibili (art. 157 co. otto Cp) è, al contrario, perfettamente coerente con la *ratio* della prescrizione. L'estrema gravità del fatto può ben essere valutato, infatti, come un dato intrinsecamente ostativo al prevalere dell'oblio del tempo sulla memoria. Sul punto v., ad es., G. Balbi, *Tempi strani*, cit., 8.

[139] Di diverso avviso, per la stretta connessione tra l'art. 344 bis Cpp e il principio di ragionevole durata del processo, G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale*, cit., 23.

[140] In questo senso, ad es., G. Spangher, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*, in www.giustiziainsieme.it/it, 9.2.2022. Nello stesso senso D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale. pregi e difetti*, in www.sistemapenale.it, 21.2.2022, 52 s.

[141] Così, P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 7. In senso analogo, precorrendo i tempi, già, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 1295. Perplessità circa la compatibilità dell'istituto con l'art. 112 Cost. vengono esplicitate anche nell'appello che cinque autorevoli processualpenalisti - Paolo Ferrua, Giorgio Spangher, Renzo

Al contrario, l'accezione debole dell'obbligatorietà dell'azione penale, implicitamente sottesa all'art. 344 bis Cpp, mi sembra, a dire il vero, garantire più un dato di forma che di sostanza, forse perdendosi in una dimensione eccessivamente "decoubertiniana", problematicamente estranea al *telos* – razionalmente giustificante - del raggiungimento di un risultato.
Il profilo maggiormente critico della nuova causa di non procedibilità attiene tuttavia a un altro aspetto dell'istituto, quello delle proroghe che il giudice può disporre ai termini di durata massima delle impugnazioni, fissati, al primo e al secondo comma dell'art. 344 bis Cpp, in due anni per il giudizio di appello e in un anno per quello di cassazione[142].
Il quarto comma della disposizione stabilisce, infatti, che se si tratta di un procedimento «particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare», il giudice che procede può prorogarli, con ordinanza motivata, per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi in quello di cassazione. Per gli stessi motivi, si possono disporre ulteriori proroghe – in numero illimitato, anche se ciascuna di esse deve avere un termine non superiore a quello indicato – quando si stia procedendo per talune tipologie di illeciti: a) delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale se sanzionati con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque o nel massimo a dieci anni; b) delitti di cui agli articoli 270 terzo co., 306 secondo co., 416-bis, 416-ter, 609-bis, nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 609-ter, 609-quater e 609-octies Cp, nonché per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'articolo 74 t.u. sugli stupefacenti[143]; c) delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 primo co. Cp, ma in questo caso i periodi di proroga non possono superare i tre anni nel giudizio di appello e un anno e sei mesi in quello di cassazione.
Questo regime, abbastanza complesso e articolato, nel suo schema base muove dal dato di fondo, difficilmente discutibile, che i termini massimi fissati in via presuntiva dai commi uno e due potrebbero non essere adeguati alla peculiare complessità – qualitativa o quantitativa - di taluni giudizi di impugnazione. La tendenziale vaghezza che accompagna, nella descrizione normativa, l'indicazione delle ragioni e dell'oggetto di tale complessità costituisce un indiscutibile limite della disposizione, ma a mio avviso non tale, in sé, da incrinarne la legittimità[144]: una descrizione tassonomica sarebbe stata infatti irrealistica, e la motivazione richiesta all'ordinanza che dispone

---

Orlandi, Adolfo Scalfati e Marcello Daniele - avevano sottoscritto e diffuso nel luglio 2021. Cfr. *Torniamo alla vera prescrizione o il processo sarà un rebus*, in www.ildubbio.news, 27.7.2021. *Restano dei dubbi sulla compatibilità di tale impianto normativo con i parametri degli artt. 24 e 101 Cost.*, secondo E. Aprile, *Brevi riflessioni sulla 'riforma Cartabia' in materia di prescrizione e di improcedibilità (legge 27 settembre 2021, n. 134)*, in www.giustiziainsieme.it/it, 11.10.2021. Nello stesso senso, P. Moscarini, *L'istituto della prescrizione ed il "giusto processo"*, in *DPP* 2021 (11), 1455.

[142] V. *supra*, § 8.

[143] Come è noto, si tratta del «Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza», di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9.10.1990 n. 309.

[144] Il concetto di *particolare complessità* non è peraltro estraneo al nostro sistema processual-penalistico. V., ad es., l'art. 406 co. 2 Cpp in tema di proroga dei termini di durata delle indagini e l'art. 544 co. 3 Cpp in relazione all'eventuale posposizione del termine per il deposito della motivazione della sentenza da parte del giudice del dibattimento. Sul punto, cfr. *Relazione del Massimario della Cassazione*, cit., 23 s. L'eccessiva vaghezza della disposizione contrasterebbe con il principio di determinatezza, secondo G. Martiello, *Brevi note sulle disposizioni immediatamente esecutive della c.d. «riforma Cartabia» in materia di prescrizione sostanziale e processuale*, in https://discrimen.it, 15.12.2021, 9. «L'irragionevolezza di una simile disciplina è così lampante da rendere superfluo qualsiasi scrutinio della Consulta che, probabilmente, non tarderà ad arrivare». Così, E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia"*, cit., 46.

la proroga è strumento comunque idoneo a garantirne congruità e ragionevolezza[145], anche se va detto – e questo potrebbe invece costituire un *vulnus* non irrilevante - che qualora l'ordinanza di proroga sia emessa dalla Cassazione, non sarà in nessun caso impugnabile, neanche mediante *ricorso straordinario per errore materiale o di fatto* ai sensi dell'art. 625-bis Cpp. Quest'ultimo, infatti, è esperibile solo dal *condannato*, e dunque inconferente rispetto all'ipotesi in esame[146].
Da ulteriore prospettiva, aggiungerei che la predeterminazione del tempo massimo della proroga in termini comunque contenuti, ma anche la sua irripetibilità, costituiscono una soluzione tutto sommato adeguata a impedire il collidere di questo aspetto della normativa con il quadro dei diritti fondamentali.
Se questo è il modello generale, abbiamo però visto come in relazione ai procedimenti che hanno a oggetto taluni, peculiari illeciti, è prevista una disciplina significativamente differente. Ed è proprio qui che si manifestano i problemi più gravi.
Innanzitutto, va detto che risulta estremamente difficile poter individuare una *ratio* sottesa alla individuazione delle fattispecie eccepite dalla disciplina generale[147]. Eppure, come è evidente, solo a questa condizione la normativa risulterebbe conforme all'art. 3 Cost.
Il punto è che la selezione è stata tutt'altro che il frutto di una scelta ponderata da parte del legislatore. L'art. 14-bis dell'emendamento presentato dal Governo, il 14.7.2021, al d.l. AC 2435[148], prevedeva infatti la possibilità di proroghe per i procedimenti che avessero avuto a oggetto i delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp e i delitti contro la Pubblica Amministrazione[149]. Tutt'altra norma, dunque, con una *ratio* quantomeno riconoscibile, sia pur abbastanza sbrigativa nel suo destinare "automaticamente" le proroghe – quantomeno per quanto attiene al riferimento al codice di rito - ai procedimenti relativi ai medesimi delitti per i quali è possibile prorogare la durata delle indagini preliminari.
Il testo di lì a poco approvato, e entrato in vigore, è invece significativamente diverso, esito sostanzialmente casuale, e razionalmente indifendibile, di veloci accordi politici dell'ultim'ora: «Dopo otto ore … l'accordo è stato raggiunto … "Non è la nostra riforma, ma abbiamo lavorato

---

[145] Si è tuttavia notato, da una prospettiva più ampia, che «affidare ai giudici una scelta destinata a ripercuotersi sulla concreta perseguibilità dei reati equivale a consegnare alla giurisdizione scelte di politica criminale in evidente contrasto con il principio di separazione dei poteri». Così, M. Daniele, P. Ferrua, R. Orlandi, A. ScalfatI, G. Spangher, *Sulla disciplina della improcedibilità. Una posizione critica*, in *QuestG*, 6.9.2021. «L'eccessivo potere discrezionale del giudice … confligge con esigenze costituzionalmente imposte di legalità processuale» anche per A. Cavaliere, *Considerazioni 'a prima lettura'*, cit., 29.
[146] Per quanto riguarda, invece, l'ordinanza di proroga nel giudizio di appello, deve notarsi come stranamente – e forse problematicamente – non sia prevista «la legittimazione ad impugnare del pubblico ministero e delle altre parti private». In questi termini, E. Aprile, *Brevi riflessioni*, cit.
[147] Critico sulla qualità dei criteri selettivi, e dunque propenso a dubitare della legittimità della disposizione, D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., 56 ss.
[148] Si tratta del d.d.l. presentato il 13.3.2020 alla Camera dall'allora Ministro di Giustizia Bonafede - «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello» –, su cui si è "innestata" la successiva riforma Cartabia. L'emendamento, plausibilmente, corrisponde a quanto approvato nel CDM del 9.7.2021.
[149] «Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 407, co. 2, lettera a), e per i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del codice penale i termini di durata massima del processo possono essere prorogati con ordinanza del giudice procedente nel caso di giudizio particolarmente complesso, in ragione del numero delle parti o delle imputazioni o del numero o della complessità delle questioni di fatto o di diritto da trattare, per un periodo non superiore a un anno nel giudizio di appello e a sei mesi nel giudizio di legittimità». Il testo completo dell'emendamento governativo è consultabile su https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/gi0122b.Pdf.

per migliorarla pensando alle vittime di mafia", dice Conte ai microfoni al termine della trattativa»[150].

Otto ore per cambiare radicalmente un punto importante della riforma forse non sono molte, e pensare alle vittime della mafia è cosa ottima, ma non ha proprio nulla a che fare con il testo definitivo del quarto comma dell'art. 344 bis Cpp. Nella disposizione, infatti, vengono meno i riferimenti – implicitamente operati tramite l'originario richiamo all'art. 407 Cpp - a molteplici fattispecie di gravità omologa, se non superiore, a quelle che invece vi compaiono: non c'è più l'omicidio, ad esempio, non la rapina, il sequestro di persona, la riduzione in schiavitù, la prostituzione minorile, la pornografia minorile, e così via.

Ho la netta impressione, a ben vedere, che non esista alcun criterio adeguato a conferire credibilità razionale alla selezione operata tra le "inclusioni" e le "esclusioni": non in termini di gravità, non di allarme sociale, non di intrinseca complessità ricostruttiva, accertativa o probatoria[151]. Perché gli *atti sessuali con minore di anni quattordici* sono menzionati ma non la *prostituzione minorile*? Perché lo è la *violenza sessuale* ma non l'*omicidio volontario*? Perché è richiamato il secondo comma dell'art. 306 Cp (*partecipazione a banda armata*) ma non la più grave ipotesi di cui al primo comma (*promozione, costituzione o organizzazione* della banda)[152]? E come è possibile che sia incluso il terzo comma dell'art. 270 Cp, relativo al fatto di chi *ricostituisce associazioni sovversive disciolte*, e non il primo comma, che incrimina la *promozione*, la *costituzione*, l'*organizzazione* e la *direzione* delle associazioni sovversive[153]?

L'irreperibilità di un qualsiasi ragionevole criterio selettivo[154], la conseguente, assoluta, irragionevolezza della disposizione non possono che evidenziarne l'accentuato, irrimediabile, contrasto con il principio di uguaglianza.

---

[150] V. *Riforma Cartabia e le voci contrarie: facciamo il punto*, in www.liberopensiero.eu, 28.7.2021. Ulteriori pensieri, sebbene tardivi, hanno poi indotto il M5S a inserire nel programma delle elezioni politiche del 2022, l'abrogazione di tali norme. V. https://www.movimento5stelle.eu/wp-content/uploads/2022/08/ProgrammaM5S_politiche2022.pdf.

[151] Come si è notato, «sono scelte difficilmente compatibili con gli artt. 3, 27 co. 2 e 111 co. 2 Cost. Un istituto, come l'improcedibilità, che pretende – con tutte le riserve che suscita la parola – di garantire la ragionevole durata del processo, deve necessariamente garantirla a tutti gli imputati, quale che sia il reato a loro attribuito. Il precetto costituzionale sulla ragionevole durata del processo non consente alcuna discriminazione né per categorie di imputati né per tipologia di reati». Così, P. Ferrua, *Improcedibilità e ragionevole durata*, cit., 9. Si tratterebbe, invece, di un «ragionevole temperamento al carattere altrimenti assoluto e cieco di un regime senza proroghe», secondo G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale*, cit., 25. L'Autore, tuttavia, non approfondisce il tema del criterio seguito nella scelta selettiva e del suo fondamento razionale.

[152] Il rilievo non sembri improprio. Soltanto taluni degli illeciti indicati al primo comma dell'art. 306 Cp - la strumentalità alla cui commissione è necessaria per l'integrazione del fatto tipico - sono infatti adeguati a ricondurre l'ipotesi sotto la previsione, di ordine generale, dei «delitti commessi per finalità di eversione dell'ordinamento costituzionale», contenuta nel quarto comma dell'art. 344 bis Cpp. Non *L'offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica* (art. 278 Cp), ad esempio, non il *Sequestro di persona a scopo di coazione* (art. 289 ter Cp), e così via.

[153] Si noti che, anche in questo caso, le ipotesi di cui al primo comma della disposizione, caratterizzato da una pluralità di opzioni modali adeguate a integrarne la tipicità, non necessariamente rientrano nell'ambito dei delitti «commessi per finalità di eversione dell'ordinamento costituzionale sanzionati con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque o nel massimo a dieci anni», di cui al quarto comma dell'art. 344 bis Cpp. Se così non fosse, d'altronde, non avrebbe alcun senso il riferimento, operato invece da quella disposizione, al terzo comma dell'art. 270 Cp che, in quanto ipotesi aggravata rispetto a quella di cui al primo comma, *a fortiori* sarebbe risultata inclusa nella clausola di ordine generale, rendendo priva di senso una sua autonoma menzione.

[154] In questo senso, v. anche A. Scalfati, *Improcedibilità ratione temporis: tentativi di ricomporre a sistema la teratologia processuale*, in https://www.cortedicassazione.it., 7.2.2022, 2. Le proroghe sarebbero «diversificate in ragione della gravità dei reati» secondo A. Nappi, *Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità*, cit. L'assunto non mi sembra tuttavia confortato dalla specificità della selezione normativa.

C'è anche un altro aspetto che connota in termini di estrema criticità la disciplina di eccezione prevista, per talune tipologie di illeciti, dal quarto comma dell'art. 344 bis Cpp: il potere, conferito al giudice, di disporre un numero indefinito di proroghe alla durata del giudizio, senza alcun limite temporale, e dunque anche all'infinito[155].

Qui, come paradosso di un'efficienza che si voleva implementata sulla modernità, stiamo invece tornando molto indietro, a modelli da *ancien régime* che già Beccaria valutava come assolutamente intollerabili: «le leggi devono fissare un certo spazio del tempo, sia alla difesa del reo che alle prove de' delitti, e il giudice diverrebbe legislatore se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare un delitto»[156].

Ancor più duro, se possibile, Carrara, che non limita la sua critica alla sola violazione – per quanto geneticamente fondante - della divisione dei poteri, riconducendola alla superfetazione di un pre-moderno arbitrio incontrollato da parte del potere: «la più abbominevole signoria dell'arbitrio, in quanto il magistrato inquirente o il privato accusatore avrebbe la facoltà di prolungare a talento suo indefinitivamente l'azione penale»[157].

Quella del legislatore del 2021, sul punto, è dunque una soluzione al contempo antica e oscura, dimentica della connessione del decorrere del tempo con le esigenze inalienabili della legalità, peraltro riconosciute anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale: «una persona accusata di un reato deve poter conoscere *ex ante* (ossia al momento della commissione del fatto), sia la fattispecie di reato, sia l'entità della pena con proiezione, entro certi limiti, anche alle modalità della sua espiazione in regime carcerario (sentenza n. 32 del 2020), sia la durata della prescrizione (art. 157 cod. pen.)»[158].

Si dirà: un attimo, il discorso della Corte vale per la prescrizione, che in quanto istituto di diritto sostanziale è inscindibilmente connesso alla legalità, non per le neo-introdotte cause di non procedibilità – di natura processuale - di cui all'art. 344 bis Cpp. D'accordo. Ma siamo davvero sicuri che il tocco taumaturgico del legislatore del 2021 e la conseguente transustanziazione della natura del decorrere del tempo, il soddisfacimento dell'antico anelito, essenzialmente alchemico, a *facere de albo nigrum*[159], ma di un'alchimia impazzita nel suo trasformare in piombo l'oro, costituiscano argomenti davvero spendibili per eludere le garanzie espresse dalla legalità? Sono davvero così fragili le garanzie fondamentali, pronte a dissolversi, come neve al sole, in conseguenza di un semplice tratto di penna buttato a caso dal legislatore?

---

[155] Non però per quanto attiene alle impugnazioni che abbiano ad oggetto i delitti aggravati ai sensi dell'articolo 416-bis.1 co. 1 Cp, in cui possono sì disporsi più proroghe in deroga alla disciplina generale, ma dalla durata complessiva non superiore ai tre anni nel giudizio di appello e a un anno e sei mesi in quello di cassazione. Viene così disposta, per motivi imperscrutabili, una peculiare eccezione alla disciplina d'eccezione di cui al quarto comma dell'art. 344 bis Cpp.

[156] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 13, *Processi e Prescrizione*.

[157] F. Carrara, *Prescrizione penale (Interruzione)*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Prato, 1878, 74. Per un approfondimento della tematica da una prospettiva storica, cfr. M.N. Miletti, *La paura del processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XVIII-XX)*, in https://discrimen.it, 16.1.2020.

[158] C. cost., 6.7.2021 n. 140, cit. Per la limitazione al solo "fatto" dello spazio di garanzia offerto dall'art. 25, co. 2, Cost. - «l'art. 25 Cost. deve, in realtà, considerarsi dettato esclusivamente in funzione della previsione originaria del fatto come reato» – v. tuttavia G.A. De Francesco, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu (15.2.2021), 4 s. Sui rapporti tra prescrizione e legalità cfr. anche A. Peccioli, *La prescrizione*, cit., 39 ss.

[159] In effetti, secondo la canonistica classica, anche al Papa *era consentito «mutare quadrata rotundis*, et *facere de albo nigrum*, et de nigro album». Ma la posizione è da tempo superata (v. A. Paleario, Atto di Accusa contro i Papi di Roma ed i loro seguaci, Torino 1861, 234), e il paragone con il nostro legislatore, a ben vedere, non particolarmente conferente.

Fortunatamente, le cose non stanno così, e la Corte sul punto ci soccorre, non limitando affatto il suo discorso alla sola prescrizione. Condizione di legittimità di una disciplina, della sua conformità al principio di legalità, è infatti «la predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l'accertamento nel processo, con carattere di definitività, della responsabilità penale»[160]. Non credo ci siano molti dubbi, a questo punto, circa l'illegittimità di una disciplina ispirata, al contrario, alla totale assenza, e all'assoluta imprevedibilità, di tale termine[161]. Nel contempo, la connessione dell'art. 344 bis Cpp con il principio di legalità dovrebbe quasi inevitabilmente condurre a ritenere che una sua eventuale modifica *in malam partem* non possa operare retroattivamente, in ragione dell'evidente prevalenza del dato sostanziale – *predeterminazione* del termine - su quello, formale, del carattere processuale della disposizione[162].

11. Ci sono alcune cose, osservando il quadro che ho cercato di ricostruire, che lasciano estremamente perplessi, innanzitutto in termini di ragionevolezza. Ciascun segmento della disciplina, in effetti, risponde a sue precise istanze di razionalità di scopo: ridurre i tempi della prescrizione per peculiari, pur non particolarmente commendevoli, obiettivi prammatici; bloccare la prescrizione per intercettare, in tempi di populismo giustizialista, il consenso di un preciso target politico-elettorale; velocizzare i tempi della giustizia per rispettare il PNRR e poter accedere al *Recovery Fund*.
Il fatto però che le normative successive si siano sempre implementate sulle preesistenti, a prescindere dalla loro palpabile incompatibilità, ha evidentemente dato adito a un sistema

---

[160] C. cost., 6.7.2021 n. 140, cit. Il principio, estremamente significativo, era stato peraltro ben esplicitato già in C. cost., 31.5.2018 n. 115: «un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, 2° co., Cost.».

[161] Esprimono seri dubbi sulla legittimità della disposizione, tra gli altri, G. Ichino, *"Riforma Cartabia" e processo d'appello*, in *QuestG* 29.11.2021, 11 ss.; N. Rossi, *Lasciar decidere il giudice sulla durata dei processi: cancellate quest'assurdità*, in www.ildubbio.news, 3.8.2021. che, muovendo dall'art. 111 Cost., rileva: «eppure, secondo la Costituzione, è la "legge" – e non il giudice - che deve assicurare la ragionevole durata del processo e, aggiungiamo, la ragionevole prevedibilità di tale durata». Da una prospettiva di ordine generale, si è rilevato come la riforma finisca per determinare la processualizzazione dell'intera disciplina, e dunque anche della prescrizione: «È esattamente ciò che sembrava impossibile dopo la sentenza della Corte costituzionale che concluse il c.d. caso Taricco (sentenza n. 115/2018), avendo dichiarato la natura sostanziale della prescrizione addirittura per vincolo costituzionale». Così, M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021 (4), 597.
Ancora, si è notato, in tal modo «il giudice diviene arbitro della punibilità in concreto …, in palese conflitto con gli attributi costituzionali della giurisdizione». Così, D. Negri, *Dell'improcedibilità temporale*, cit., 58.

[162] Nello stesso senso, M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia*, cit., 599; R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021 (9), 1170, che tuttavia evidenzia il rischio che si sia innescato un insidioso piano inclinato che potrebbe condurre a un diverso esito. D. Pulitanò, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in www.sistemapenale.it, 19.7.2021, 2 s. Nella dottrina processual-penalistica, O. Mazza, A Midsummer Night's Dream*: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione?)*, in https://archiviopenale.it, 31.7.2021, 4; A. Scalfati, *Improcedibilità ratione temporis*, cit., 4. Per una diversa conclusione, v. tuttavia P. Ferrua, *Improcedibilità*, cit., 14: R. Orlandi, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in https://discrimen.it, 16.7.2021, 5 s., che peraltro sottolinea le difficoltà tecniche sottese alla possibilità di pervenire a una diversa conclusione. Sul punto, cfr. anche A. Natale, *Introduzione. La cd. "riforma Cartabia" e la giustizia penale*, in *QuestG* 2021, (4), 24 ss. Propende per il carattere processuale dell'istituto, pur senza entrare nello specifico tema della retroattività, G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale*, cit., 27.
Altra cosa, evidentemente, è l'inapplicabilità retroattiva della disciplina. In questo senso, Cass., 26.11.2021 n. 43883, su cui, per tutti, v. O. Mazza, *Prasseologia dell'inammissibilità (brevi note a margine della prima pronuncia di legittimità sulla disciplina intertemporale dell'art. 344-bis Cpp*, in https://archiviopenale.it, 23.12.2021, 1 ss.

razionalmente fragilissimo, a un *puzzle* confuso e incomponibile, che ritrova il suo punto di "equilibrio" nella necessità di rinnegare sistematicamente se stesso.
La cosa è già di per sé grave, eppure c'è un dato, a mio avviso, ancora più inquietante: tutti gli scopi perseguiti, i modelli presentati, le prospettive politiche e assiologiche assunte a riferimento sono totalmente estranee a quella razionalità di scopo, di valore e di funzione, che deve essere conferita al sistema dalla Costituzione.
Il problema più rilevante, allora, non sono neanche i tanti limiti di legittimità che a mio avviso connotano la disciplina, ma la sua intrinseca a-costituzionalità.
Non c'è la prevenzione generale, non la prevenzione speciale, si sorvola sulla legalità, sul principio di uguaglianza, sulla divisione dei poteri, si mette a rischio l'irretroattività, non si tiene conto delle esigenze di stabilizzazione sociale, non c'è il giusto processo, non la - sempre evocata - durata ragionevole, si fragilizza l'obbligatorietà dell'azione penale. Quel che resta sono una serie di mutevoli, e a volte antitetici, obiettivi prammatici, inseriti in un contesto di arida rarefazione valoriale.
Il tutto implementato su di un'opzione modale – e di questo diamo atto al legislatore - al contempo epica e immaginifica: manipolare il tempo, nell'ultima versione fermarlo eppure lasciarlo scorrere. In sintesi, fingere di fermarlo.
Un po' come Penelope con la sua tela, ma qui non siamo a Itaca, e non c'è Ulisse all'orizzonte. In effetti, non ci sono neanche i Proci da ingannare. Ma allora chi sta ingannando il nostro legislatore?

CRIMINI TEDESCHI E SOLDI ITALIANI? OSSERVAZIONI SULL'EPILOGO DELLA TRISTE SAGA DEI RISARCIMENTI ALLE VITTIME DEGLI ECCIDI NAZISTI

di Paolo Caroli
Ricercatore, Università degli Studi di Torino

Il contributo analizza la recente evoluzione della vicenda dei risarcimenti per le vittime italiane dei crimini nazisti, su cui è intervenuto l'art. 43 del d.l. 30.4.2022, n. 36, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 giugno 2022 n. 79 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* - entrata in vigore il 30 giugno. La questione viene presentata nel contesto complessivo della risposta data dal nostro ordinamento agli eccidi nazisti, a cominciare dalla persecuzione penale – sia nel dopoguerra che all'indomani della scoperta dell'Armadio della Vergogna – e dalla mancata consegna dei condannati da parte della Germania. Ci si interroga inoltre sulla costituzionalità del provvedimento e sui possibili scenari futuri.
The paper analyses the recent evolution of the saga of compensation for the Italian victims of Nazi crimes in the light Article 43 of the decree-law 30 April 2022, No. 36, converted, with modifications, into law, by law 29 June 2022, No. 79, which entered into force on 30 June 2022. The question is presented in the overall context of the response given by our legal system to the Nazi massacres, starting with the criminal prosecution - both right after the war and after the discovery of the *Armoire of Shame* - and the failure of Germany to deliver those condemned. The paper also questions the constitutionality of the new law and the possible future scenarios.

SOMMARIO: - 1. Introduzione. - 2. La persecuzione penale dei crimini nazisti. - 3. La questione della responsabilità civile e lo scontro fra la Corte Internazionale di Giustizia e la Corte Costituzionale italiana. - 4. La svolta del 2021-2022. - 5. Le modifiche introdotte in sede di conversione. - 6. Quali scenari futuri? - 7. E i nostri crimini?. - 8. Conclusione

1. L'ultimo giorno utile prima dello scadere dei sessanta giorni, il Parlamento italiano ha approvato la l. 29 giugno 2022 n. 79, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*, entrata in vigore il 30 giugno. Con la conversione – con modificazioni – dell'art. 43 del d.l. 30.4.2022, n. 36, questo intervento legislativo potrebbe segnare la tappa finale della lunga saga dei risarcimenti per i crimini nazisti a danno della popolazione italiana. La svolta legislativa era nata, in via d'urgenza, con uno scopo preciso: il governo italiano ha inteso evitare che la Repubblica Federale di Germania subisse la perdita di un assetto immobiliare rilevante, sito in Roma, in ragione di un procedimento esecutivo davanti al Tribunale di Roma, che vedeva l'udienza per l'autorizzazione alla vendita dei beni pignorati fissata per il 25 maggio scorso. Tuttavia, l'intervento non si limita solo a scongiurare tale scenario nel breve termine. Al contrario, con il decreto-legge ora convertito si giunge al singolare risultato per cui lo Stato italiano pagherà tutti i risarcimenti alle vittime degli eccidi nazisti in luogo dello Stato tedesco.
L'analisi del provvedimento rende necessaria una ricostruzione di questa lunga vicenda. Ciò, a sua volta, presuppone una breve premessa metodologica. Riteniamo che le sole prospettive del diritto civile o del diritto internazionale non consentano una piena comprensione; al contrario, risulta essenziale leggere questo epilogo in parallelo alla persecuzione penale dei criminali nazisti. Come

si avrà modo di mostrare, infatti, i profili civilistici sono venuti ad assumere una portata fondamentale proprio quando la persecuzione penale ha incontrato degli ostacoli. Ancora più appropriato ci pare un riferimento, seppur sporadico, alle lenti metodologiche della c.d. giustizia di transizione.[1] Ciò implica un'estensione della prospettiva sia in senso sincronico, con riferimento agli strumenti utilizzati – civilistici, penalistici, amministrativi e persino extragiuridici - che diacronico, essendo la giustizia di transizione immaginabile come un processo, suscettibile di nuove evoluzioni anche dopo decenni e che pertanto - nel caso italiano - lega insieme la fase postbellica e quella attuale. In questa maniera, la giustizia di transizione non viene liquidata come mera giustizia politica, ma si va invece a comprendere un processo complessivo, che è sì determinato e orientato in maniera eccezionale anche da fattori politici, ma che resta al tempo stesso giuridico e giudiziario.

2. Dopo la brevissima persecuzione penale da parte degli Alleati,[2] nel dopoguerra lo Stato italiano realizza pochissimi processi a criminali nazisti, davanti ai tribunali militari italiani, pur a fronte dell'enorme documentazione raccolta dagli Alleati, dell'elevato numero di vittime italiane - civili e militari[3] - nonché del fatto che non vi siano problemi né di applicazione retroattiva delle norme,

---

[1] Sulle definizioni di giustizia di transizione e per i riferimenti alla vastissima letteratura al riguardo, sia consentito di rinviare a P. Caroli, *Transitional Justice in Italy and the Crimes of Fascism and Nazism*, Abingdon 2022, 9 ss. Ci si limita qui a richiamare, sul concetto di giustizia di transizione nella letteratura italiana, fra i penalisti, G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino 2013; R. Bartoli, *La «giustizia di transizione»: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, a cura di F. Palazzo e R. Bartoli, Firenze 2011, 57-96; P Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli 2020; fra i costituzionalisti, *ex plurimis* G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna 1998; F. Biagi, *European Constitutional Courts and Transition to Democracy*, Cambridge 2020; A. Lollini, *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*, Oxford-New York 2011; J. Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Padova 2008; L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova 2003; A. Spadaro, *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, Torino, 2000; *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa centro-orientale. Élites, istituzioni e partiti*, a cura di S. Bartole e P. Grilli di Cortina, Torino 1998.

[2] Dalle corti militari britanniche su suolo italiano sono celebrati 49 processi (alcuni però anche contro italiani), 60 se si contano quelli della sezione distaccata in Austria relativi all'Italia. Hanno ad oggetto crimini contro la popolazione civile italiana i processi al feldmaresciallo Albert Kesselring, ai generali Eberhard von Mackensen e Kurt Mältzer, Eduard Crasemann, Max Simon e al generale SS Willy Tensfeld. Nessuna delle condanne a morte comminate viene mai eseguita, con l'unica eccezione del generale Anton Dostler. Successivamente, gli Alleati scelgono di non realizzare nuovi processi e di assegnare alle autorità italiane un termine per presentare richieste di estradizione dei militari tedeschi detenuti presso le zone di occupazione. Cfr. P. Caroli, *Il potere*, cit., 82 ss.

[3] Schreiber (G. Schreiber, *Deutsche Kriegsverbrechen in Italien: Täter, Opfer, Strafverfolgung*, München 1996, 8) stima il numero di vittime italiane dei crimini nazisti in 9.180 civili, 11.400 soldati uccisi in Italia, nei Balcani e Grecia dopo l'8 Settembre 1943, e 44.720 partigiani. Per Gentile, il riferimento di Schreiber ai 9.180 civili è frutto di un errore tipografico nella fonte originaria e la cifra corretta è 9.980 (C. Gentile, *I crimini di guerra tedeschi in Italia 1943-1945*, Torino 2015, 29). In riferimento al solo territorio italiano, l'Atlante delle stragi naziste e fasciste (*infra* n. 22) al 30.09.2016 identificava 23.662 vittime in 5.626 episodi, di cui 2.893 vittime dei fascisti. Quanto ai cittadini italiani ebrei, 7,579 vengono arrestati dopo l'8 settembre; di questi 322 sono uccisi sul territorio italiano, mentre altri 6.000 muoiono nei campi di sterminio nazisti (cfr. http://digital-library.cdec.it/cdec-web/).

né di competenza giurisdizionale.[4] Solo tredici[5] processi giungono a sentenza, di cui solo quattro relativi a grandi eccidi.[6] All'inizio degli anni '50, solo due tedeschi stanno scontando un ergastolo (Herbert Kappler, che poi fuggirà, e Walter Reder). Su 25 imputati, solo tre ergastoli vengono inflitti (a Kappler, Reder e Niedermayer), di cui uno in contumacia, e solo due condanne a pene superiori a quindici anni, di cui una in contumacia. Come ormai molto noto, la persecuzione termina il 14 gennaio 1960, quando il Procuratore generale militare della Repubblica, Enrico Santacroce, ordina la "provvisoria archiviazione" dei fascicoli (istituto inesistente nel nostro diritto processuale) nel c.d. *Armadio della Vergogna*.[7] Il Consiglio della magistratura militare, che indagherà al riguardo negli anni '90, afferma il concorso di responsabilità degli organi governativi e dei titolari della Procura generale militare, in quella che è una vera e propria operazione di insabbiamento.[8] Nel 2006, la *Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause dell'occultamento di fascicoli relativi a crimini nazifascisti* adotta una relazione di maggioranza (centro-destra)[9] e una di minoranza (centro-sinistra).[10] La prima spiega l'occultamento, pur sempre classificato come illegittimo, con una «profonda inerzia»[11] dei vertici della Procura generale militare in considerazione dall'impossibilità sopravvenuta di ottenere l'estradizione di cittadini tedeschi. Al contrario, la relazione di minoranza denuncia le direttive governative sulla procura generale, in funzione della nuova politica nei confronti della Germania occidentale. Ancora di più,

---

[4] Ai crimini commessi dai tedeschi si applica il Codice penale militare di guerra del 1941, in virtù dell'art. 13 che prevede: «Le disposizione del titolo quarto, libro terzo, di questo codice, relativi ai reati contro le leggi e gli usi della guerra, si applicano anche ai militari e a ogni altra persona appartenente alle forze armate nemiche, quando alcuno di tali reati sia commesso a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano, ovvero di uno Stato alleato o di un suddito di questo». In particolare vengono contestati i delitti militari *ex* artt. 185 (*Violenza di militare contro privati nemici o di abitanti dei territori occupati contro militari italiani*) e 211 c.p.m.g. (*Violenza, minaccia o ingiuria, in generale*); quest'ultimo sanziona la violenza o minaccia nei confronti dei prigionieri di guerra. Competenti sono i tribunali militari.

[5] Cfr. Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, XIV Legislatura, Doc. XXIII, n. 18-bis, Presentazione 24.1.2006, 151. Sono 2 a Torino (a carico di Waldemar Krumhaar / Ernest Mair), 1 a Napoli (Alois Schmidt), 1 a Padova (Wilhelm Niedermayer), 1 a La Spezia (Eduard Florin), 4 a Roma (Herbert Kappler, Borante Domizlaff, Hans Clemens, Kurt Schutze, Johannes Quapp, Karl Wiedner / Otto Wagner, Herbert Niklas, Walter Mai, Johan Felten, Johan Koch, Helmut Meeske, Willy Hansky / Alois Schuler / Franz Covi), 3 a Firenze (Theo Krake e Rudolf Fenn, / Joseph Strauch / Wilhelm Schmaltz), 1 a Bologna (Walter Reder) e 1 a Verona (Ambrosius Webhofer). Tuttavia, alcuni storici considerano quest'ultimo come italiano, in quanto sudtirolese.

[6] L'eccidio delle Fosse Ardeatine nel processo *Kappler* (1948-1953), alcuni massacri in Toscana (Civitella Val di Chiana, Stia e Vallucciole) nel processo *Schmalz* (1950), l'eccidio del Padule di Fucecchio nel processo *Strauch* (1948-1949), quello di Monte Sole/Marzabotto e Vinca nel processo *Reder* (1951-1954). A questi si deve aggiungere il processo *Cefalonia* conclusosi nel 1960 con sentenza di non doversi procedere.

[7] Al riguardo F. Giustolisi, *L'armadio della vergogna*, Roma 2004; M. Franzinelli, *L'armadio della vergogna: impunità e rimozione dei crimini di guerra nazifascisti 1943-2001*, Milano 2002; G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 1997, 228 ss.; P. Pezzino, *Sui mancati processi in Italia ai criminali di guerra tedeschi*, in *Storia e Memoria*, 1, 2001, 9-72.

[8] Il testo integrale della Relazione approvata dal Consiglio della Magistratura Militare in data 23.3.1999 è disponibile in appendice a R. Ricci, *Processo alle stragi naziste? Il caso ligure. I fascicoli occultati e le illegittime archiviazioni*, in *Storia e Memoria*, 2, 1998, 119-178.

[9] Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione Finale*, XIV Legislatura, Doc. XXIII, n. 18, approvata l'8.2.2006.

[10] Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione di Minoranza*, cit.

[11] Commissione parlamentare di inchiesta sulle cause di occultamento dei crimini nazifascisti, *Relazione Finale*, cit., 78.

la scarsa persecuzione penale ed il successivo freno illegale si spiegano politicamente con una contraddizione: gli italiani sono al tempo stesso vittime di crimini dell'Asse, e pertanto legittimati a perseguire i tedeschi in Italia, e autori di siffatti crimini in Paesi quali Grecia, Jugoslavia, Etiopia, che a loro volta reclamano l'estradizione dei nostri connazionali. Proprio l'esigenza di evitare questo secondo scenario - cosa poi ottenuta, pur se in contrasto con i trattati - frena la persecuzione dei crimini nazisti.[12]

La "scoperta" del celebre *Armadio* nel 1994 - contenente 695 fascicoli documentanti crimini di guerra nazifascisti commessi sul territorio italiano - ha fra le sue conseguenze il riavvio della persecuzione penale su tali fatti, sessant'anni dopo. Dopo molti rallentamenti dovuti alle difficoltà organizzative da parte delle esili strutture delle procure militari, in particolare quella di La Spezia, fra il 2002 e il 2013 i giudici penali militari italiani infliggono circa 60 ergastoli a cittadini tedeschi per crimini di guerra commessi nell'ambito del secondo conflitto mondiale. Con l'eccezione del processo a Priebke e Hass, si tratta di processi contumaciali, non essendovi, com'è noto, nel nostro ordinamento un obbligo di comparizione fisica dell'imputato. Ancora più significativo è il fatto che – con l'eccezione di Priebke (estradato dall'Argentina), Hass (che viveva in Italia) e Seifert (estradato dal Canada) – nessuno dei condannati residenti in Germania viene mai consegnato alle autorità italiane, né sconta la pena in Germania. Infatti, mentre diverse procure tedesche collaborano con le procure militari italiane durante i procedimenti, nella fase successiva le autorità tedesche rifiutano la consegna dei condannati sulla base dell'inammissibilità dei processi contumaciali nell'ordinamento tedesco.[13] Nonostante diversi tentativi di iniziare nuovi processi in Germania - riuscendo a giungere ad una condanna definitiva solamente in un caso, quello di Josef Scheungraber[14] - nel 2021 il Procuratore Generale Militare, Marco De Paolis, annuncia il decesso di tutti i condannati;[15] nessuno di loro ha scontato un solo giorno di carcere. Per un'ironia della tempistica, pur se verosimilmente casuale, pochi mesi dopo tale annuncio, lo stesso De Paolis viene insignito dal Presidente della Repubblica Federale, Frank-Walter Steinmeier, della *Bundesverdienstkreuz* - la più alta onorificenza tedesca - per il suo ruolo di procuratore militare nella maggior parte di questi processi tardivi.[16]

---

[12] Sulla mancata persecuzione dei crimini italiani all'estero, cfr. P. Caroli, *Il potere*, cit., 58 ss.

[13] Sulle problematicità del rapporto fra mandato d'arresto europeo e processi contumaciali, cfr. *Personal Participation in Criminal Proceedings*, a cura di S. Quattrocolo e S. Ruggeri, Cham 2019.

[14] Friedrich Siegfried Engel è condannato a sette anni di reclusione dal *Landgericht* di Amburgo nel 2002, ma nel 2004 il *Bundesgerichtshof* cassa la sentenza e impone un nuovo processo; Engel viene però riconosciuto incapace di affrontare un nuovo giudizio a causa dell'età; muore nel 2006. Josef Scheungraber è condannato all'ergastolo nel 2009 (LG München I, 11 August 2009 1 Ks 115 Js 10394/07) e la *Revision* è rigettata nel 2010, rendendo la condanna definitiva; tuttavia, egli viene riconosciuto inidoneo a scontare la pena a causa dell'età. Siegfried Böttcher, imputato sia a La Spezia che a Stoccarda, muore nel 2005, prima che entrambi i processi si concludano. Il tentativo di processare Theodor Emil Saevecke a Osnabrück, si conclude con la sua morte nel 2000. Gerhard Sommer, condannato in Italia nel 2005, nel 2015 è riconosciuto inidoneo a sostenere un processo ad Amburgo. Quanto alle autorità competenti per le indagini, i crimini commessi in Italia esulano dalla competenza della *Zentrale Stelle* di Ludwigsburg, poiché quest'ultima si limita a investigare crimini contro i civili *al di fuori* delle effettive azioni di guerra, come ad esempio le azioni degli *Einsatzkommando*, nonché all'interno dei campi di concentramento. Per quanto si possa sottolineare come gli eccidi italiani, in particolare quelli commessi dalla 16th SS *Panzergrenadier Division "Reichsführer-SS"*, siano diretti esclusivamente contro la popolazione civile, nella maggior parte dei casi donne e bambini, evitando deliberatamente il confronto bellico diretto con i partigiani, dal punto di vista investigativo essi vengono considerati parte delle azioni di guerra e non rientrano nella competenza della speciale struttura investigativa, creata proprio per far luce sui crimini nazisti. Come si avrà modo di dire in seguito, questa stessa scelta pare indicativa di una sorta di implicita gerarchia nell'elaborazione dei crimini nazisti, che vede il genocidio sistematico come "peculiarità tedesca".

[15] *Morti gli ultimi due ergastolani nazisti condannati in Italia*, in www.repubblica.it, 28.2.2021.

[16] *Italienischer Nazi-Jäger erhält Bundesverdienstkreuz*, in www.juedische-allgemeine.de, 25.5.2021.

3. Dal 1994 in poi, il (lento) riavvio della persecuzione penale porta gli eccidi nazisti davanti al giudice penale (militare), in molti casi per la prima volta. In questo contesto, viene sollevata una questione che non si era mai posta in precedenza: quella dell'ammissibilità della chiamata in giudizio di uno Stato estero (la Repubblica Federale di Germania) quale responsabile civile in ordine ai danni civili provocati con la commissione di crimini di guerra o contro l'umanità da parte di ex militari appartenenti alle forze armate di quello Stato. Il principio viene affermato per la prima volta dalla Cassazione civile nel 2004, nel caso *Ferrini*.[17] Nel processo penale militare, ove nel 1996 l'intervento della Corte Costituzionale ha aperto alla possibilità di costituzione di parte civile,[18] la chiamata in giudizio della Germania viene ammessa a partire dal 2006, nel corso del processo per la strage di Civitella in Val di Chiana davanti al Tribunale militare di La Spezia[19]. In seguito a tali decisioni e al subentrare di una certa tensione diplomatica fra Italia e Germania, si tenta una soluzione diplomatica[20] nell'ambito di un vertice a Trieste fra il premier Silvio Berlusconi, la Cancelliera Angela Merkel e i rispettivi ministri degli esteri. Il risultato è l'istituzione di una Commissione mista italo-tedesca, composta di dieci storici, investita del compito di occuparsi «del passato di guerra italo-tedesco ed in particolare del destino degli internati militari in Germania, al fine di contribuire alla creazione di una cultura della memoria comune ai due paesi».[21] La Commissione presenta il suo rapporto nel 2012. A seguito delle raccomandazioni avanzate dalla Commissione, il governo tedesco si impegna a finanziare una serie di iniziative per la valorizzazione della memoria italo-germanica relativa al secondo conflitto mondiale, con l'istituzione presso il Ministero federale degli affari esteri di un *Fondo italo-tedesco per il futuro*. Vi rientra una ricerca scientifica sul quadro completo degli episodi di violenza contro i civili commessi dall'esercito tedesco e dai suoi alleati fascisti in Italia tra il 1943 e il 1945, con la conseguente elaborazione del c.d. *Atlante delle Stragi Naziste e Fasciste in Italia*, che si compone di una banca dati e di materiali (documentari, iconografici, video) correlati agli episodi censiti, liberamente consultabili online.[22]

Parallelamente, la Germania sceglie di adire la Corte internazionale di giustizia (CIG), opponendo la violazione del principio dell'immunità degli Stati dalle giurisdizioni internazionali. Con

---

[17] Cfr. *ex plurimis*, A. Giannelli, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati della giurisdizione della sentenza* Ferrini, in *RDInt*, 2004, 643-684; P. De Sena – F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the* Ferrini *Case*, in *EJIL*, 16, 1, 2005, 89-112; A. Gattini, *War Crimes and State Immunity in the* Ferrini *Decision*, JICJ, 3, 1, 2005, 224-242.

[18] C. Cost., 22.2.1996, n. 60.

[19] M. Frulli, *La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2, 2009, 442 ss.; A. Ciampi, *The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction Over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War: The Civitella Case*, in *JICJ*, 7, 3, 2009, 597-615; B. Faedi Duramy, *Making Peace with the Past: The Federal Republic of Germany's Accountability for World War II Massacres Before the Italian Supreme Court: the* Civitella *Case*, in *The Hidden Hi stories of War Crimes Trials*, a cura di K.J. Heller e G. Simpson, Oxford 2013, 215-228.

[20] Cfr. F. Focardi, *Giustizia e ragion di Stato. La punizione dei criminali di guerra tedeschi in Italia*, in *Grazia e giustizia*, a cura di K. Härter e C. Nubola, Bologna 2011, 489-541, 491.

[21] Il rapporto della Commissione è disponibile sul sito dell'ambasciata tedesca in Italia https://italien.diplo.de. Per una contestualizzazione e una critica a questa soluzione diplomatica e alle elargizioni tedesche motivate espressamente sulla «generosità» della Germania, si rimanda all'intervento di Luca Baiada nell'ambito del convegno *Stragi e deportazioni neofasciste: per la giustizia e contro l'ambiguità*, organizzato presso il Senato della Repubblica dalla Fondazione per la critica sociale il 7 marzo 2019 e disponibile al seguente link: https://www.youtube.com/watch?v=gpDYeJPX4gU.

[22] L'Atlante è consultabile al sito www.straginazifasciste.it.

pronuncia del 3.2.2012, la CIG ne accoglie le ragioni.[23] Lo Stato italiano si conforma al dettato della Corte, sia con le successive sentenze della Cassazione, che annullano le decisioni di merito, sia con l'art. 3 della l. 14.1.2013, n. 5, che consente espressamente l'impugnabilità per revocazione delle sentenze già passate in giudicato. Tuttavia il Tribunale di Firenze, con ordinanza d.d. 21.1.2014, solleva questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 2 e 24 Cost., sia della nuova legge che delle norme nazionali che impongono l'adeguamento alla sentenza della CIG.[24] Con sentenza del 23.10.2014, n. 238, la Corte Costituzionale accoglie la questione

---

[23] Per il testo della decisione con un commento critico, A. Speranzoni, *Problematiche relative alle parti eventuali nei processi italiani per crimini di guerra*, in *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, a cura di S. Buzzelli, M. De Paolis e A. Speranzoni, Torino 2012, 207-287, 235; si veda altresì F. Viganò, *La sentenza della Corte Internazionale di Giustizia sui crimini nazisti: illegittime le sentenze di condanna dello Stato tedesco*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.2.2012; S. Negri, *Sovereign Immunity v. Redress for War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy*), in *International Community Law Review*, 16, 1, 2014, 123-137; F. Salerno, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, 350-370.

[24] Per un commento all'ordinanza del T. Firenze, C. Meloni, *Ancora in tema di immunità giurisdizionale degli Stati e responsabilità (civile) per crimini internazionali*, in www.penalecontemporaneo.it 4.2.2014; sulla successiva sentenza della Corte Costituzionale, fra i molti nella dottrina italiana: E. Cannizaro, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *RDInt*, 1, 2015, 126 ss.; B. Conforti, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *GCos*, 5, 2014, 3885 e ss.; M. Branca, *Il punto sui "controlimiti"*, *ivi*, 3899 e ss.; M. Castellaneta, *La consulta apre la strada ai risarcimenti*, in *GD*, 47, 2014, 94-98; G. Cataldi, *A Historic Decision of the Italian Constitutional Court on the Balance between the Italian Legal Order's Fundamental Values and Customary International Law'*, in *The Italian Yearbook of International Law* 24, 2015, 37-52; F. De Santis di Nicola, *Civil actions for damages caused by war crimes vs. State immunity from jurisdiction and the political act doctrine: ECtHR, ICJ and Italian Courts*, in *International Comparative Jurisprudence*, 2, 2, 206, 107-121; P. De Sena, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in www.sidiblog.org 17.11.2014; F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in www.verfassungsblog.de 27.10.2014; M. Frulli, *"Time Will Tell Who Just Fell and Who's Been Left Behind": On the Clash between the International Court of Justice and the Italian Constitutional Court*, in *JICJ*, 14, 2016, 587-594; L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quad. cost.*, 4, 2014, 905 e ss.; Id., *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in www.sidiblog.org 15.12.2014; Id., *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 10.11.2014; Id., *Corte costituzionale italiana e Corte Internazionale di Giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, *ivi*, 27.10.2014; M. Iovane, *The Italian Constitutional Court Judgment No. 238 and the Myth of the "Constitutionalization" of International Law*, in *JICJ*,14, 2016, 595-605; C. Meloni, *Jurisdictional Immunity of States: The Italian Constitutional Court v. the International Court of Justice?*, in *ZIS*, 6, 2015, 348-352; P. Palchetti, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out*, in *QIL, Zoom Out II*, 2014, 44-77; A. Pin, *Tearing Down Sovereign Immunity's Fence. The Italian Constitutional Court, the International Court of Justice, and the German War Crimes*, in www.opiniojuris.org 19.11.2014; C. Pinelli, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between Undue Fiction and Respect for Constitutional Principles*', in *QIL, Zoom Out II*, 2014, 33-41; A. Sandulli, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *FI*, 2015, 1166 e ss.; A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014:* cui prodest?, in www.forumcostituzionale.it 26.11.2014; P. Veronesi, *Colpe di stato: I crimini di guerra e contro l'umanità davanti alla Corte costituzionale*, Milano 2017; fra i commentatori stranieri, cfr. R. Kolb, *The Relationship Between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *QIL, Zoom Out II*, 2014, 5-16; C. Tams, *Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court*, in www.ejiltalk.org 24.10.2014; T. Schilling, *The dust has not yet settled: The Italian Constitutional Court disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, *ivi*, 12.11.2014; A. Peters, *Let Not Triepel Triumph. How To Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, *ivi*, 22.12.2014; F. Würkert, *Historische Immunität? Anmerkung zu Sentenza Nr. 238 der Corte Costituzionale vom 22. Oktober 2014*, in *AVR*, 53, 2015, 90-

sollevata, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme di diritto interno che impediscono al giudice italiano di accertare l'eventuale responsabilità civile di un altro Stato per la commissione di crimini internazionali nel territorio nazionale a danno di cittadini italiani. Si afferma espressamente che il principio di immunità degli Stati non opera con riferimento a «atti ritenuti *iure imperii* in violazione del diritto internazionale e dei diritti fondamentali della persona» garantiti dalla Costituzione.

Tuttavia, a seguito della sentenza, mentre la Germania continua a venire condannata in fase di cognizione,[25] successivamente le norme sulla fase esecutiva impediscono - in mancanza di un pagamento spontaneo - l'esecuzione forzata su beni di proprietà della Repubblica Federale di Germania collocati in Italia. L'ostacolo principale è dato dalla norma di diritto internazionale consuetudinario - non rientrante nell'oggetto dalla decisione della Corte costituzionale del 2014 - che preclude l'esecuzione sui beni aventi una funzione pubblica, quali ad esempio le ambasciate.[26] Inoltre, al fine di evitare una crisi con la Germania, il legislatore italiano del 2014[27] si affretta a introdurre una norma che impedisce l'esecuzione forzata su conti bancari intestati a uno Stato estero, laddove quest'ultimo presenti una dichiarazione attestante che tali somme sono destinate esclusivamente all'espletamento delle funzioni diplomatiche. Alla Germania è pertanto sufficiente l'invio di un'autodichiarazione siffatta per paralizzare l'esecuzione.

---

120. Per una recente e corposa riflessione collettiva e transnazionale sulla storica sentenza realizzata a sette anni di distanza dal *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* di Heidelberg, cfr. *Remedies against Immunity?*, a cura di V. Volpe, A. Peters e S. Battini, Heidelberg 2021.

[25] Cfr. G. Berrino, *Cala ancora una volta la scure delle Sezioni Unite sull'esenzione della Germania dalla giurisdizione italiana per crimini internazionali perpetrati dal regime nazista*, in www.sistemapenale.it 27.10.2020; C.M. Mariottini, *Deutsche Bahn AG v. Regione Stereá Ellada*, in *AJIL*, 114, 3, 2020, 486-493; per ulteriori riferimenti A. Peters - A. Volpe, *Reconciling State Immunity with Remedies for War Victims in a Legal Pluriverse*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 3-35, 14; G. Boggero - K. Oellers-Frahm, *Between Cynicism and Idealism: Is the Italian Constitutional Court Passing the Buck to the Italian Judiciary?*, *ivi*, 281-309, A. Chechi, *Relationship Between Municipal and International Law: Italian Jurisprudence on the Boundaries of State Immunity from Jurisdiction and Execution: Waiting for the Next Episode*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, *30*, 1, 2021, 493-496.

[26] Si veda in particolare l'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, ritenuto espressione di una norma internazionale cogente. Sul tema, P. Palchetti, *Right of Access to (Italian) Courts* über alles? *Legal Implications Beyond Germany's Jurisdictional Immunity*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 39-53.

[27] A mezzo dell'art. 19-bis del decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, inserito in sede di conversione (l. 162 del 10 novembre 2014): «1. Non sono soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, le somme a disposizione dei soggetti di cui all'articolo 21, comma 1, lettera *a*, della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, di cui alla legge 14 gennaio 2013, n. 5, depositate su conti correnti bancari o postali, in relazione ai quali il capo della rappresentanza, del posto consolare o il direttore, comunque denominato, dell'organizzazione internazionale in Italia, con atto preventivamente comunicato al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria presso cui le medesime somme sono depositate, ha dichiarato che il conto contiene esclusivamente somme destinate all'espletamento delle funzioni dei soggetti di cui al presente comma.

2. Effettuate le comunicazioni di cui al comma 1 non possono eseguirsi pagamenti per titoli diversi da quelli per cui le somme sono vincolate.

3. Il pignoramento non determina a carico dell'impresa depositaria l'obbligo di accantonamento delle somme di cui al comma 1, ivi comprese quelle successivamente accreditate, e i soggetti di cui al comma 1 mantengono la piena disponibilità delle stesse».

In dottrina è stata da più parti evidenziata la dubbia costituzionalità della nuova norma; per tutti B. Conforti, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *RIDInt*, 98, 2015, 558-561.

4. La vicenda che si commenta conosce una rapida evoluzione nel 2021, in seguito al pignoramento di diversi beni di proprietà della Germania siti in Roma: l'Istituto Archeologico Tedesco, il *Goethe Institut*, l'Istituto Storico Tedesco e la Scuola Germanica. In questo caso, nonostante la Germania presenti, come di consueto, opposizione all'esecuzione e opposizione agli atti esecutivi con richiesta di sospensione dell'esecuzione, facendo leva sulla destinazione pubblicistica dei beni, il Tribunale di Roma inaspettatamente rigetta l'istanza tedesca, estendendo i principi elaborati dalla Corte Costituzionale nel 2014 alla fase esecutiva.[28] In seguito alla suddetta ordinanza e alla fissazione dell'udienza per l'autorizzazione alla vendita - il 25.5.2022 - lo scorso 29 aprile la Germania presenta un nuovo ricorso alla CIG, chiedendo congiuntamente l'applicazione di misure provvisore.[29.] Il giorno successivo al ricorso, il governo italiano adotta il decreto-legge n. 36, entrato in vigore il 1° maggio. L'art. 43 del decreto-legge istituisce presso il Ministero dell'economia e delle finanze «un Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, assicurando continuità all'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica Federale di Germania reso esecutivo con decreto del Presidente della Repubblica 14 aprile 1962, n. 1263,[30] con una dotazione di euro 20.000.000 per l'anno 2023, di euro 11.808.000 per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026».
Il secondo comma prevede due requisiti alternativi per l'accesso al fondo: 1) avere ottenuto una sentenza passata in giudicato avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni a seguito di azioni giudiziarie avviate alla data di entrata in vigore del decreto (1.5.22) ovvero nei 30 giorni successivi; 2) una definizione transattiva (riferibile anche a giudizi instaurati successivamente al 1.5.22).
Il secondo effetto dell'intervento normativo, è il blocco delle procedure esecutive - compresa quella di Roma all'origine della vicenda - in quanto il co. 3 prevede che «in deroga all'articolo 282 del codice di procedura civile, anche nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, le sentenze aventi ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni di cui al comma 1 acquistano efficacia esecutiva al momento del passaggio in giudicato. Le procedure esecutive basate sui titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei danni di cui al comma 1 non possono essere iniziate o proseguite e i giudizi di esecuzione eventualmente intrapresi sono estinti».
Come conseguenza dell'adozione del decreto, la Germania ritira la propria richiesta di misure provvisorie,[31] mentre il ricorso principale resta pendente[32].

5. La legge di conversione del 29 giugno interviene su alcuni punti. In primo luogo, viene definitivamente chiusa la possibilità di agire nei confronti della Germania, anche per coloro che siano in possesso di una sentenza definitiva. Il nuovo co. 3, infatti, sancisce che le procedure

[28] T. Roma, IV, 12.7.2021.
[29] Il testo della *application* è disponibile al seguente link: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/183/183-20220429-APP-01-00-EN.pdf
[30] Sul trattato, cfr. J. Luther, *A Story of 'Trials and Errors' That Might Have No Happy End*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 119-143,129.
[31] Come comunicato dall'ufficio stampa della Corte in data 6 maggio: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/183/183-20220506-PRE-01-00-EN.pdf.
[32] Per informazioni, cfr. https://www.icj-cij.org/en/case/183. Sui possibili sviluppi, K. Oellers-Frahm, *Questions relating to the request for the indication of provisional measures in the case Germany v Italy*, in *QIL Zoom-in* 2022, 5-17; R. Pavoni, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, in *QIL Zoom-in*, 2022, 19-40.

esecutive «sono eseguite esclusivamente a valere sul Fondo di cui al medesimo comma 1». Con questa modifica, lo Stato italiano manleva e mantiene indenne definitivamente la Repubblica Federale di Germania.
Il legislatore italiano interviene poi espressamente anche al fine di evitare che l'Italia diventi luogo prescelto per un *forum shopping* al fine dell'esercizio di una giurisdizione universale in ragione della sentenza della Corte Costituzionale del 2014.[33] Sempre nel nuovo co. 3, infatti, si prevede: «Le procedure esecutive basate sui titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei danni di cui al comma 1 o derivanti da sentenze straniere recanti la condanna della Germania per il risarcimento di danni provocati dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945 non possono essere iniziate o proseguite e i giudizi di esecuzione eventualmente intrapresi sono estinti».
Ancora, si specifica che dall'erogazione degli importi agli aventi diritto saranno «detratte le somme eventualmente già ricevute dalla Repubblica italiana a titoli di benefici o indennizzi ai sensi della legge 10 marzo 1955, n. 96, del decreto del Presidente della Repubblica 6 ottobre 1963, n. 2043, della legge 18 novembre 1980, n. 791, e della legge 29 gennaio 1994, n. 94».
Infine, come era prevedibile, in ragione della pressione delle associazioni dei familiari delle vittime,[34] il termine di 30 giorni per l'avvio di un procedimento nei confronti della Germania è esteso a 180 giorni, spostando così la data - tenendo conto della sospensione processuale - al 28.11.2022.

6. Con questo provvedimento il governo italiano ha inteso chiaramente porre la parola fine all'annosa (e diplomaticamente scomoda) vicenda dei risarcimenti, invitando le vittime a instaurare i procedimenti entro un breve termine, per poi pagare al posto della Germania. Tuttavia, i possibili scenari futuri sono molteplici.[35] Potrebbe infatti darsi che qualche giudice ritenga di sollevare la questione di costituzionalità del decreto-legge e della legge di conversione. Ciò potrebbe avvenire sotto differenti profili. In primo luogo, ci si può chiedere se la fissazione di un termine entro il quale instaurare i procedimenti, pur se posticipato in sede di conversione, non vada a costituire una violazione del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost.[36] o del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost.[37] In secondo luogo, si potrebbe interrogarsi sulla legittimità del provvedimento alla luce del diritto internazionale. Va tuttavia rilevato che, se è vero che per i crimini internazionali è riconosciuto il principio dell'imprescrittibilità in sede penale,[38] non pare sussistere una norma

[33] Per questo scenario e in particolare con riferimento alla Grecia, cfr. G. Boggero - K. Oellers-Frahm, *Between Cynicism*, cit., 292.
[34] Cfr. *infra* n. 45.
[35] Per delle prime ipotesi, cfr. P. Franzina, *Judicial Immunities: Germany V. Italy, Again*, in www.eapil.org 4.5.2022; L. Gradoni, *Is The Dispute Between Germany And Italy Over State Immunities Coming To An End (Despite Being Back At The Icj)?*, in www.ejiltalk.org 10.5.2022; G. Berrino, *Un'istantanea Del Nuovo Ricorso Della Repubblica Federale Tedesca Alla Corte Internazionale Di Giustizia Per Violazione Delle Immunità Giurisdizionali Da Parte Dello Stato Italiano in* www.sidiblog.org 16.5.2022; Id., *The impact of Article 43 of Decree-Law no 36/2022 on enforcement proceedings regarding German State-owned assets*, in *QIL Zoom-in*, 2022, 59-72; P. Rossi, *Italian courts and the evolution of the law of State immunity: A reassessment of Judgment no 238/2014*, in *QIL Zoom-in*, 2022, 41-57 ; G. Boggero, *La Reazione Del Governo Italiano Al (Nuovo) Ricorso Tedesco Di Fronte Alla Cig. Prime Note Sugli Effetti Dell'art. 43 D.L. 30 Aprile 2022, N. 36, Ivi*, 25.5.2022.
[36] Come già evidenziato da Palchetti, non è chiaro quanto la sentenza della Corte Costituzionale del 2014 ammetta una soluzione "politica", cfr. P. Palchetti, *Right of Access*, cit., 50.
[37] Fra chi abbia ottenuto una sentenza in tempo e chi no, come paventato dalle associazioni delle vittime (*infra* n. 45).
[38] Per tutti, R.A. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law*, Den Haag 2007.

cogente equivalente in relazione alle azioni civili per i danni derivanti da crimini internazionali;[39] il nostro legislatore, quindi, parrebbe libero di prevedere una deroga al meccanismo dell'art. 2947 co. 3 Cc. Tanto più che altrimenti, avendosi da un lato della pretesa risarcitoria una persona giuridica (lo Stato tedesco) quale responsabile civile e, dall'altro, anche parti civili istituzionali anch'esse persone giuridiche (associazioni di vittime etc.), si avrebbe una pretesa giuridica azionabile in eterno, non soggetta nemmeno al limite naturale dato dalla morte delle persone fisiche coinvolte come autori e come vittime dei crimini.

Venendo in particolare all'art. 3 Cost., si ravvisano diversi profili di discriminazione, prima di tutto fra le vittime del nazismo che abbiano ottenuto un riconoscimento giudiziale e tutte le altre; come evidenziato dalle associazioni delle vittime,[40] sembrerebbe che lo Stato italiano ancora non abbia le idee chiare su cosa è accaduto durante la Seconda guerra mondiale e abbia bisogno di delegare a un giudice un accertamento cui consegue lo *status* di vittima, secondo le rigide regole probatorie del processo. Ma ancora, che dire delle vittime straniere del nazismo (in particolare greche) che in passato avevano scelto l'Italia per avviare procedimenti esecutivi sulla base delle loro sentenze di condanna? A loro sarà preclusa sia la via giudiziale che l'accesso al fondo. Come si avrà modo di mostrare,[41] vi sono poi ulteriori profili di discriminazione con riferimento alle vittime dei crimini fascisti, sia italiane che straniere.

Un altro interrogativo che ci si può porre, riguarda le mosse successive della Germania. Ci si chiede infatti se questo gesto del governo e Parlamento italiano, chiaramente teso a tutelarne gli interessi, possa venire apprezzato tanto da sollecitare un contributo tedesco al costituendo fondo per le vittime;[42] un intervento che non andrebbe ufficialmente a costituire un risarcimento. In quest'ottica, può essere interessante considerare il c.d. "accordo di riconciliazione" che la Germania ha concluso nel 2021 con la Namibia, in relazione al genocidio delle popolazioni Herero e Nama fra il 1904 e il 1908.[43] In tale accordo, la Germania ha acconsentito a un generoso apporto economico, purché questo non venisse qualificato come risarcimento dal punto di vista giuridico. Proprio questo è stato uno degli aspetti più criticati dell'accordo, in quanto «ha l'effetto di rinforzare una relazione fra 'salvatori' e 'supplicanti', dove i primi agiscono sulla base di una *noblesse oblige*».[44] Se questa dinamica è evidente nel rapporto fra la ricca Germania e uno Stato africano, può sostenersi come questo effetto collaterale si realizzerebbe comunque anche nella relazione con il nostro Stato sudeuropeo.

---

[39] Sulle ulteriori problematicità sollevate, nell'ordinamento italiano, dalle pretese degli IMI (internati Militari Italiani), che non si fonderebbero su reati puniti con l'ergastolo e quindi imprescrittibili, cfr. T.. Torino 20.10. 2009, N. 7137 *Mantelli*; P. Actis Perinetto - L. Pasquet, *Immunità e prescrizione come estreme difese degli stati autori di gravi crimini internazionali: il caso dei deportati italiani*, in *ISPI Analysis*, 2, 2010, 1-9.

[40] Cfr. *infra* n. 45.

[41] Cfr. *infra* § 7.

[42] In precedenza, una chiusura "elegante" della vicenda con la creazione di un fondo misto italo-tedesco, era già stata ipotizzata in maniera dettagliata per gli IMI da F. Fontanelli, *Sketches for a Reparation Scheme: How Could a German-Italian Fund for the IMIs Work?*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 159-187; per un'altra proposta, cfr. A. Peters - A. Volpe, *Reconciling State Immunity*, cit., 29. Sul fatto che il fondo dovrebbe essere pagato in parte dalla Germania e in parte dall'Italia, come forma di assunzione di responsabilità dello Stato italiano per le colpe del fascismo, cfr. A. von Arnauld, *Deadlocked in Dualism: Negotiating for a Final Settlement*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 313-329, 326. Riteneva necessario che a pagare fosse l'Italia già J. Weiler, *Editorial: Germany v Italy: Jurisdictional Immunities – Redux (and Redux and Redux)*, in www.ejiltalk.org 18.10.2021.

[43] In riferimento a tale genocidio e a possibili rimedi giudiziari, si veda J. Sarkin, *Germany's genocide of the Herrero*, Suffolk 2011.

[44] Cfr. S. Imani, K. Theurer, W. Kaleck, *The "Reconciliation Agreement": A Lost Opportunity*, in https://www.ecchr.eu/en/ 3.06.2021; il riferimento a "salvatori" e "supplicanti" si rifà alle elaborazioni teoriche di M. Mutua, Savages, *Victims, and Saviors: The Metaphor of Human*, in *Harv. Int'l L. J.*, 42, 2001, 201 ss.

Soprattutto, si deve prendere atto di come nessuno dei presenti scenari sembri rispondere alle esigenze delle vittime.[45] È sufficiente rivedere le immagini del processo (tardivo) per la strage di Marzabotto,[46] per rendersi conto dell'importanza per le vittime di raccontare per la prima volta la propria storia davanti a un giudice. Infatti, mentre i crimini nazisti si concretavano in una «cancellazione assoluta della vita della polis […] Quanto emerso dall'esperienza giudiziaria italiana ha dunque posto la collettività nazionale innanzi a una richiesta di ascolto […], che, almeno in parte, travalica le sole esigenze ricostruttive del fatto e della prova del danno civile derivante da reato […] una sorta di 'risarcimento poetico-narrativo'».[47] Gli anziani tedeschi processati nella fase tardiva, erano responsabili dell'uccisione di civili disarmati, per lo più donne e bambini, in una logica punitiva nei confronti della popolazione italiana nel suo insieme. Una prima delusione per le vittime, è stata rappresentata dal fatto che gli imputati abbiano scelto di non partecipare alle udienze, secondo un loro legittimo diritto in base all'ordinamento italiano. Ironicamente, proprio sulla base della scelta volontaria degli imputati di non partecipare, le diverse autorità tedesche non ne hanno poi concesso la consegna. Si tratta indubbiamente della delusione maggiore, non solo perché i condannati non hanno scontato la pena inflitta, ma anche perché ciò è stato percepito come una sorta di delegittimazione dei giudizi italiani.[48] Si può dunque parlare di una seconda

---

[45] Il 20 maggio, l'Associazione Martiri di S. Anna-Stazzema «12 Agosto 1944», l'Associazione Vittime eccidi nazifascisti Grizzana, Marzabotto, Monzuno, l'Associazione Nazionale Familiari Italiani dei Martiri caduti per la libertà della Patria, i sopravvissuti e familiari delle vittime delle Stragi di Mommio, Fivizzano e Padule del Fucecchio, hanno inviato una lettera ai presidenti del Senato e della Camera richiamando l'attenzione su alcune criticità, in particolare legate al termine di 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge per iniziare un procedimento quale condizione per l'accesso al Fondo. Ivi si afferma che «le disposizioni che regolano l'accesso al suddetto Fondo, introducono, una INACCETTABILE ED ASSURDA DISCRIMINAZIONE tra i superstiti degli Eccidi nazisti […] sembrerebbe che, la Repubblica, dopo ben SETTANTOTTO anni di celebrazioni, anniversari, libri, testimonianze, processi, non abbia ancora le idee chiare su quanto avvenuto in Italia durante la seconda guerra mondiale ed allora chiede ai superstiti degli Eccidi ed ai familiari delle Vittime di rivolgersi ad un giudice il quale dovrà accertare se, ad esempio, le Stragi di Sant'Anna, di Montesole, delle Fosse Ardeatine, di Mommio, Fivizzano, Padule di Fucecchio, sono o non sono "crimini contro l'umanità" e se nelle stesse occasioni siano stati lesi o meno "i diritti inviolabili della persona!"! » (maiuscolo in originale). In maniera più radicale, invece, una petizione (la n. 972, assegnata il 31 maggio alla I Commissione della Camera) a firma del magistrato militare Luca Baiada, del Presidente di Sezione emerito della Corte di Cassazione, Domenico Gallo, e del Prof. Tullio Scovazzi dell'Università Milano-Bicocca, chiedeva al Parlamento di non convertire il decreto-legge, in ossequio a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nel 2014.

[46] Contenute nel documentario *Lo stato di eccezione* di Germano Maccioni, Italia 2009.

[47] Così A. Speranzoni, *La difesa delle vittime nei processi per crimini nazifascisti in Italia. Tra ricostruzione dei fatti e «irrisolto» risarcitorio*', in *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Focardi e C. Nubola, Bologna 2015, 335 ss., 340 e 344. In un contesto diverso dal giudizio penale, si veda un esempio di riconciliazione spontanea da parte del nipote di uno dei criminali di Sant'Anna di Stazzema (il quale, in vita, aveva sempre negato il massacro) che ne nel 2015 ha deciso di recarsi sui luoghi della strage e ascoltare le storie dei sopravvissuti, cfr. P. Kirby, *My SS family: German meets survivors of Italy WW2 massacre*, in www.bbc.com 16.7.2015.

[48] Una diffusa convinzione, per esempio, è che il nostro modello concorsuale unitario consenta di punire delle condotte che esulerebbero dal modello concorsuale tedesco. Ad esempio, si consideri il caso di Johann Robert Riss, condannato all'ergastolo per la strage di Padule del Fucecchio, per il quale, tramite il ministero della giustizia italiano, era stato richiesto di dare esecuzione in Germania alla sentenza italiana. Nel rigettare la richiesta, il *Landgericht* di Kempten afferma che la figura del concorso morale, «speciale figura concorsuale italiana […] estranea al diritto penale tedesco», farebbe discendere automaticamente il concorso nel reato dalla mera carica ricoperta, mentre «la mera appartenenza a un'unità e la posizione come sottufficiale, secondo gli standard del diritto penale tedesco non sono sufficienti ad affermare la partecipazione a un reato», cfr. Langericht Kempten (Allgäu) 19.2.2015, 2 StVK 1076/14. Tale sentenza, oltre ad eccedere nel sindacato che compete in tale sede, dimostra un'assoluta superficialità nella comparazione giuridica e nell'analisi della sentenza italiana. Spicca ancora di più il contrasto con la coeva giurisprudenza tedesca relativa ai campi di concentramento (cfr. nn. 49-50), in cui proprio dalla mansione ricoperta all'interno del campo si

vittimizzazione. È quindi per effetto di tutto questo che una pretesa che non aveva nulla a che fare con il denaro, bensì con l'ascolto e il riconoscimento, è diventata una richiesta di denaro: perché tutte le altre vie sono state sbarrate.
Dal lato della Germania, è possibile interrogarsi sul perché le procure tedesche - soprattutto quelle che hanno collaborato con le procure militari italiane durante i processi e che pertanto erano a conoscenza del fatto che questi fossero contumaciali – nella maggior parte dei casi abbiano atteso sino alle condanne e alle mancate consegne per tentare di aprire nuove indagini in Germania. Sappiamo infatti che, quantomeno dal caso *Demjanjuk*,[49] la Germania ha inaugurato una nuova stagione di processi al personale dei campi di concentramento, portando in aula imputati addirittura centenari e che non hanno fornito un contributo causale direttamente collegato allo stermino.[50] Si tratta di un'operazione che si realizza, certo, più di recente, in un momento in cui gli imputati rimasti sono davvero pochi e che coincide con una fase storica in cui la Germania si propone sulla scena internazionale come garante dei diritti umani e come foro privilegiato per punire gli autori di crimini internazionali ovunque commessi, a cominciare dalla Siria, a mezzo della giurisdizione universale.[51] Ciò, tuttavia, fa sorgere il sospetto di un doppio *standard* radicato nel sentire collettivo (per quanto probabilmente solo implicito e a livello di prioritizzazione[52]) fra l'Olocausto - o in generale il genocidio – e i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità, visti come una sorta di tragico accidente, ma ahimè proprio di molte pagine della storia di qualsiasi popolo. È doveroso però ricordare che, fra i crimini nazisti di cui si discute, troviamo gruppi di bambini messi in fila e passati con la mitragliatrice, fucilazioni negli asili, bambine lanciate in aria e usate come tiro a segno.

7. Si è evidenziato come questo intervento legislativo nasca prima di tutto in via d'urgenza dalla necessità di tutelare gli interessi patrimoniali della Germania; tuttavia, indirettamente, ciò provoca

---

giunge a processare e condannare anche soggetti che non hanno fornito alcun rapporto causale diretto allo sterminio (dal contabile alla guardia, fino alla segretaria).

[49] Cfr. G. Werle - B. Burghardt, *La punibilità del complice nelle uccisioni di massa nei campi di sterminio nazisti - Il caso Demjanjuk nel contesto della giurisprudenza federale tedesca*, in *Ius17@unibo.it*, 2015, 95-109; per il caso *Gröning*, cfr. P. Caroli, *La responsabilità a titolo di partecipazione del personale del lager di Auschwitz. A margine alla sentenza di condanna di Oskar Gröning*, in www.penalecontemporaneo.it 27.10.2015; per il caso Hanning, cfr. B. Burghardt, *Das Strafverfahren gegen Reinhold Hanning als Beispiel für die Spätverfolgung von NS-Verbrechen*, in *Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, a cura di F. Jeßberger, M. Vormbaum e B. Burghardt, Tübingen 2022, 525-541.

[50] Ci si riferisce al caso dell'ex guardiano del lager di Sachsenhausen, Josef Schütz, portato per la prima volta a processo nel 2021, all'età di 101 anni, e condannato il 13 giugno 2022 alla pena di 5 anni di reclusione; cfr. P. Caroli, *Il processo all'ultimo nazista mostra i problemi irrisolti della Germania con il suo passato*, in www.editorialedomani.it 8.10.2021; K. Peters, *Urteil wird Ende Juni erwartet*, in https://www.tagesspiegel.de/ 13.6.2022. Ad oggi è ancora in corso ad Itzehoe il processo contro la segretaria del lager di Stutthof, Irmgard F., di 97 anni; un processo analogo dovrebbe presto aprirsi a Stoccarda nei confronti di un'altra segretaria dello stesso lager, anch'essa ultranovantenne.

[51] Cfr. L. Morris, *Why Germany is becoming a go-to destination for trials on the world's crimes*, in www.washingtonpost.com 6.03.2021; per informazioni sul processo di Coblenza ai criminali siriani, cfr. https://www.ecchr.eu/thema/syrien/; sul funzionamento della giurisdizione universale in Germania, per tutti J. Geneuss, *Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen. § 153f StPO im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege*, Baden Baden 2013.

[52] Si è già evidenziata (*supra* n. 14) la particolarità nella delimitazione della competenza della *Zentrale Stelle* di Ludwigsburg, la quale, pur a fronte della denominazione *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen* (Ufficio centrale dell'amministrazione giudiziaria per le indagini sui crimini nazionalsocialisti), non comprende i crimini ai danni della popolazione italiana, in quanto non considerati *al di fuori* delle effettive azioni di guerra.

la singolare soluzione per cui è lo Stato italiano, e non quello tedesco, a risarcire le vittime degli eccidi. In questo modo lo Stato va a fornire alle vittime di crimini nazisti una compensazione sulla base di un accertamento giudiziale del danno subito. Una tale forma di ristoro non è stata invece prevista per le vittime di crimini del fascismo e della Repubblica Sociale Italiana, sia laddove questi crimini hanno natura autonoma,[53] che nel caso di supporto da parte delle milizie fasciste ai crimini nazisti. Ciò potrebbe suggerire nuovi profili di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost. con riferimento alle vittime del fascismo.[54] Pur se verosimilmente non ponderato nelle sue conseguenze sul piano memoriale e simbolico, tale provvedimento potrebbe indirettamente anche essere letto come una prima forma di assunzione di una responsabilità condivisa[55] da parte dello Stato italiano, conseguente al ruolo della RSI. Ciò potrebbe, pur se involontariamente, avere l'effetto di aprire un percorso di confronto dell'Italia con i crimini del regime fascista e della RSI. Tale confronto è stato storicamente impedito, fra gli altri fattori, anche da una narrazione che vede la Repubblica come nata dalla Resistenza e, per converso, il fascismo e la RSI come "altro da sé", un nemico sconfitto e non un prodotto della società italiana, come se i fascisti fossero tutti spariti con il 25 aprile ed il regime fascista, con i suoi crimini, fosse stato un tumore, una parentesi che ha usurpato le istituzioni italiane dall'esterno (per vent'anni), senza trovare nella società dei "bravi italiani" sostegno e supporto.[56] Ancora, questo versamento di denaro da parte dell'Italia potrebbe essere visto come un "pentimento" dello Stato italiano nella scelta su come investire le ingenti somme erogate dalla Germania nel 1961; all'epoca, infatti, coerentemente con l'atteggiamento *forward looking* degli anni della ricostruzione, ad un risarcimento delle vittime su base individuale si preferirono invece investimenti infrastrutturali per lo sviluppo del Paese.[57]

Un'ulteriore riflessione si impone a questo punto. Come sin qui ricostruito, dal 2014 l'ordinamento italiano riconosce un diritto al risarcimento per le vittime di crimini internazionali, che prevale addirittura sull'immunità di diritto internazionale degli Stati. Nel 2022, l'Italia interviene perfino in supplenza dello Stato estero debitore al fine di garantire la soddisfazione delle pretese delle vittime. Orbene, in un ordinamento che così tanta importanza dà al diritto al risarcimento delle vittime, è difficile immaginare che possa precludersi in futuro un risarcimento per le molte popolazioni straniere che hanno subito parimenti gravissime violazioni da parte dell'esercito italiano, dall'Etiopia alla Libia, dalla Spagna alla Jugoslavia e alla Grecia. Ricordiamo che, nel dopoguerra, il governo si impegnò attivamente e con successo per evitare ad ogni costo l'estradizione e persecuzione dei nostri criminali di guerra, anche al prezzo di frenare la persecuzione penale dei criminali nazisti. E l'operazione ebbe effettivamente successo: nessuno di loro fu mai perseguito, nonostante le numerose richieste di estradizione pervenute e l'obbligo

---

[53] Sui crimini della RSI, per tutti T. Rovatti, *Leoni vegetariani. La violenza fascista durante la RSI*, Bologna 2011; sulla persecuzione e punizione dei delitti fascisti, cfr. P. Caroli, *Il potere*, cit., *passim*; M. Donini, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla Repubblica in Italia*, in *Mat. st. cult. giur.*, 39, 1, 2009, 183- 216; E. Fronza, *La poursuite des crimes nazis et fascistes en Italie*, in *Mélanges en l'honneur de Geneviéve Giudicelli-Delage*, Paris 2016, 344-364; S. Seminara, *L'elaborazione del passato fascista in Italia*, in *Studi Senesi*, 132, 2, 2020, 359-415.

[54] Sottolinea la discriminazione delle vittime del fascismo, per le quali non si è avuto un risarcimento su base individuale, ma solo forme di (insufficiente) tutela previdenziale, G. Romeo, *Looking Back in Anger and Forward in Trust: The Complicate Patchwork of the Damages Regime for Infringements of Rights in Italy*', in *Damages for Violations of Human Rights: A Comparative Study of Domestic Legal Systems*, a cura di E. Bagińska, Berlin 2016, 217 ss., 237.

[55] Cfr. *supra* n. 42.

[56] Su questo tema più nel dettaglio e con ulteriori riferimenti, P. Caroli, *Il potere*, cit., 235. Una conferma di tale paradigma, si ritrova già nella formulazione degli artt. 2 e 3 del d.l.lt. 27.7.1944, n. 159; cfr. Id., *Transitional Justice*, cit., 107.

[57] In questo senso S. Cassese, *Recollections of a Judge*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 353-358, 354.

internazionale di consegna sulla base dei trattati di pace. Negli anni recenti, la Presidenza della Repubblica ha mostrato timidi segnali di riparazione ai fini della costruzione di una memoria collettiva,[58] anche se i nostri crimini restano ancora sconosciuti alla maggior parte della popolazione. Dopo la scoperta dell'*Armadio della Vergogna*, non ci si pose nemmeno il problema di un'eventuale perseguibilità di condotte di cittadini italiani, pur menzionate nei fascicoli rinvenuti. Nel 2011, l'allora nuovo Procuratore militare di Roma, Marco De Paolis, ha aperto un'indagine relativa all'eccidio di Domenikon, "la Marzabotto della Tessaglia",[59] poi archiviata nel 2016, in seguito al verificato decesso degli indagati. Nel 2012 in Spagna, a Barcellona, è stato aperto un procedimento penale[60] avente ad oggetto le condotte di ventuno aviatori volontari italiani, componenti la squadriglia *Baleari* sotto il comando del generale Vincenzo Velardi. Essi avrebbero preso parte a svariati bombardamenti che colpirono la popolazione civile di Barcellona e della Catalogna, dal 13 febbraio 1937 al 29 gennaio 1939, provocando la morte di 4.736 persone, oltre 7.000 feriti e la distruzione di 1.808 edifici. Tali bombardamenti sarebbero stati diretti esclusivamente contro obiettivi civili, ossia i più popolosi quartieri di Barcellona. Dopo due rogatorie internazionali e l'interrogatorio in Italia dell'unico pilota il cui nome fosse noto alle autorità spagnole - Luigi Gnecchi, sentito nel 2015, a 101 anni[61] - il procedimento si è chiuso, ancora in fase istruttoria, in seguito al decesso dello stesso nel 2016.
Tutto ciò premesso, occorre dunque chiedersi: cosa accadrebbe se, ad esempio, l'associazione di vittime *AltraItalia* – che presentò allora la querela a Barcellona - instaurasse oggi una causa civile in Italia? Cosa accadrebbe se lo facessero i familiari delle vittime di Domenikon o dei crimini

[58] Il Presidente Scalfaro è il primo Presidente della Repubblica a recarsi in visita in Etiopia, nel 1997, e ad ammettere le colpe degli italiani, disponendo inoltre la restituzione dell'obelisco di Axum. Nel 2016, il Presidente Mattarella stringe la mano agli ultimi partigiani etiopi viventi e depone una corona in ricordo delle vittime della repressione italiana. Nel 2020, per la prima volta i capi di Stato di Italia e Slovenia commemorano assieme le vittime di entrambi i Paesi ed il Presidente italiano offre a quello sloveno le chiavi del *Narodni Nom*, sede delle organizzazioni degli sloveni triestini, incendiato dai fascisti nel 1920.

[59] In tale atto di rappresaglia sul modello nazista, la 24° Divisione Fanteria Pinerolo uccide, nella notte fra il 16 e il 17 febbraio 1943, 150 civili maschi disarmati, poi ammassati in fosse comuni. Si tratta del più grave, ma non unico, episodio di rappresaglia sui civili greci ad opera dell'esercito italiano. Il paese, nel 1998, è dichiarato dal governo greco "città martire". Nel 2009 si hanno delle scuse ufficiali a nome dell'Italia da parte dell'ambasciatore italiano in Grecia, Gianpaolo Scarante, il quale partecipa alla commemorazione. Cfr. V. Sinapi, *Domenikon 1943. Quando ad ammazzare erano gli italiani*, Milano 2021; L. Santarelli, *Muted violence: Italian war crimes in occupied Greece*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 9, 2003, 280 ss., nonché il documentario *La guerra sporca di Mussolini*, di Giovanni Donfrancesco, Italia 2008.

[60] Sub n. 632/2012. Secondo il querelante, l'associazione *AltraItalia*, l'amnistia spagnola del 1977, relativa alla Guerra di Spagna e alla dittatura franchista, non si applicherebbe agli imputati stranieri. Tale interpretazione è stata accolta dall'*Audiencia provincial* di Barcellona. Su questo procedimento, P. Caroli, *La transición amnesica italiana*, in *Las huellas del franquismo: pasado y presente*, a cura di J. Cuadrado, Granada, 2019, 1454-1472, 1460.

[61] Nel 2014 il magistrato Olalla Ortega utilizza la rogatoria internazionale per due fini: 1) chiedere di assumere le dichiarazioni del pilota Luigi Gnecchi, in quei giorni onorato dal Ministro della Difesa, Roberta Pinotti, per il suo centesimo compleanno, 2) invitare il Ministro della Difesa italiano a produrre l'elenco completo dei piloti volontari. Quanto alla prima rogatoria, il Ministro della Giustizia rifiuta di darvi corso, esercitando il potere di cui all'art. 723 c.p.p.; la seconda non trova risposta e la richiesta viene sospesa da *Eurojust*. Nel 2015 le autorità italiane mutano atteggiamento. Quanto alla prima richiesta, Luigi Gnecchi viene ascoltato dai Carabinieri alla presenza del suo difensore, il 23.01.2015. Egli conferma di essere stato fra i volontari, ma nega di aver effettuato bombardamenti. Quanto alla seconda, la Corte d'Appello di Roma risponde in senso negativo, con la motivazione che gli archivi del Ministero della Difesa non sono digitalizzati. Finalmente nel 2020 il governo italiano risponde nuovamente inviando la lista con un centinaio di nominativi di piloti italiani, tutti deceduti. Nel 2018 viene archiviato un analogo procedimento nei confronti di Velardi e degli altri aviatori in relazione al bombardamento della città di Durango nel 1937. La motivazione consiste nella mancata dimostrazione che i nominativi indicati nell'esposto corrispondano effettivamente a quegli degli aviatori interessati.

commessi in Etiopia? Potrebbe mai un giudice italiano negare loro un diritto al risarcimento alla luce di cotanta giurisprudenza (persino costituzionale) contraria? E in quel caso, il nostro governo si comporterebbe al pari della Germania o mostrerebbe lo stesso interesse che ha mostrato per le pretese delle vittime italiane? Se si crea un fondo per le vittime del nazismo, non dovrebbe *a fortiori* essercene uno anche per le vittime del fascismo, italiane e straniere?

8. Senza la ricostruzione del contesto complessivo della persecuzione penale dei crimini nazisti, sarebbe stato difficile comprendere il significato di una pretesa economica nei confronti della Germania a quasi 80 anni dai fatti. Lo scenario, come evidenziato, è ancora aperto, poiché si possono proporre almeno sette possibili profili di incostituzionalità, come detto non tutti convincenti, e che possono essere così riassunti: 1) violazione del diritto di difesa; 2) violazione del diritto internazionale cogente; 3) discriminazione fra vittime del nazismo munite o meno di accertamento giudiziale; 4) discriminazione fra vittime italiane e vittime straniere del nazismo (in particolare le vittime greche che avevano tentato di eseguire le sentenze in Italia); 5) discriminazione verso le vittime del fascismo e della RSI (per esse non è previsto un risarcimento individuale a mezzo di un fondo *ad hoc*, inoltre, non potendosi ravvisare una continuità con lo Stato repubblicano, pare preclusa anche la via giudiziale); 6) discriminazione rispetto alle vittime straniere del fascismo (le quali potrebbero in futuro agire nei confronti dello Stato italiano e ottenere soddisfazione sul piano giudiziale), 7) discriminazione rispetto a casi analoghi nei confronti di Stati diversi dalla Germania (in cui i giudici italiani hanno accolto altre richieste di risarcimento nei confronti di Stati stranieri in relazione a crimini di guerra o crimini contro l'umanità, ad esempio Serbia e Iran).[62]
Vi sono poi molte altre implicazioni, su cui ahimè non possiamo ora soffermarci. Almeno un paio vengono alla mente. In primo luogo, il fatto che si collegherà una sorta di riconoscimento pubblico quale vittima del nazismo al previo ottenimento di una sentenza che lo accerti, con tutto ciò che questo implica in termini di rapporto fra verità storica e verità processuale, fra storia, memoria e diritto.[63] Sarà infatti il giudice a attribuire lo *status* di vittima. Inoltre, va ricordato che viviamo in tempi di «tribunalizzazione della storia»,[64] di «storia giuridificata»,[65] di guerre memoriali combattute anche attraverso il diritto e le leggi memoriali,[66] mentre in tutto il mondo si pretendono da ciascuno Stato risarcimenti, scuse pubbliche[67] e misure transizionali per emendare gli errori del

---

[62] G. Boggero - K. Oellers-Frahm, *op. cit.*, 292.
[63] Per una critica dettagliata all'uso del processo penale come mezzo per l'accertamento della verità storica, fra i moltissimi lavori, si rimanda alla fondamentale riflessione di P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, in *RDPC*, 1939, 17, 105-128, nonché, in ambito storico, a C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico*, Torino 1991, in particolare 89 e ss. Nel diritto penale internazionale, *ex plurimis* M. Damaska, *Problematic Features of International Criminal Procedure*, in *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, a cura di A. Cassese et al., Oxford 2009, 175 ss., 180; J. Malamud Goti, *What's good and bad about blame and victims*, in *Lewis & Clark L Rev*., 2005, 629-646, in particolare 64 ss. Sul c.d. diritto alla verità, cfr. E. Maculan - D. Pastor, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires 2013; P. Caroli, *Il diritto alla verità*. Tesi di laurea, Trento 2011.
[64] A. Melloni, *Per una storia della tribunalizzazione della storia*, in *La storia che giudica, la storia che assolve*, a cura di O. Marquard e A. Melloni, Bari 2008, 5-68.
[65] Cfr. G. Resta - V. Zeno-Zencovich, La storia "giuridificata", in *Riparare, risarcire, ricordare*, a cura di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Napoli 2012, 11-42.
[66] Cfr. N. Koposov, *Memory laws, memory wars. The Politics of the Past in Europe and Russia*, Cambridge 2018; *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, a cura di U. Belavusau e A. Gliszczynska-Grabias, Cambridge 2017; E. Fronza, *Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Den Haag 2018.
[67] Cfr. R.L. Brooks, *The Age of Apology*, in *When Sorry Isn't Enough. The Controversy over Apologies and Reparations for Human Right Injustice*, a cura di Id., New York 1999, 3-11; J.K. Olick, *The Politics of Regrets: On*

passato, dalla repressione delle minoranze[68] al colonialismo e al *settler colonialism*.[69] È dunque lecito chiedersi: quanto indietro possiamo andare nell'emendare il passato? È così sbagliato affermare che, per quanto terribili i crimini, in sede giudiziaria «le battaglie in nome del passato non dovrebbero essere continuate all'infinito»[70]?

Tornando tuttavia al tema oggetto dell'analisi, la lunga e poco gloriosa vicenda dei risarcimenti per le vittime degli eccidi ci mette di fronte alla debolezza (e forse all'ipocrisia) della politica, sia in Italia che in Germania. Quando nel 1994 venne scoperto l'*Armadio della Vergogna*, erano ancora davvero molti i criminali nazisti ancora in vita; tuttavia, nonostante la Commissione d'inchiesta della magistratura militare e quella parlamentare, «In sostanza, ci si limitò ad una semplice presa d'atto, preceduta da un'analisi che potesse spiegare le origini e le cause del fenomeno, senza però voler intervenire con atti e provvedimenti di carattere organizzativo idonei a creare i presupposti per risolvere la grave situazione di emergenza giudiziaria che si era venuta a creare con la emersione di centinaia di procedimenti per strage che le Procure militari della Repubblica avrebbero dovuto istruire».[71] Nello stesso senso, né in Italia né in Germania ci si pose il problema delle conseguenze di processi a un numero potenzialmente alto di cittadini anziani che vivevano pacificamente in un altro paese dell'Unione Europea, con un passato criminale spesso sconosciuto alle loro stesse famiglie. Non ci si pose il problema o forse, si potrebbe maliziosamente obiettare, si scelse di non porselo, in una sorta di *blame defection*[72] che lasciò alla sola magistratura la responsabilità di gestire la questione, forse segretamente confidando nel fatto che i tempi e le difficoltà processuali, nonché l'avanzata età degli imputati avrebbero offerto una soluzione naturale al problema.

Non poteva invece questa essere l'occasione per costruire un meccanismo transizionale diverso fra Italia e Germania, una forma di confronto fra autori e vittime in senso restaurativo, dove si poteva anche accettare di non punire degli anziani criminali, purché accettassero di presentarsi, ascoltare le vittime e confessare le loro azioni? Si pensi al modello della Commissione per la Verità e Riconciliazione sudafricana,[73] che prevedeva una confessione con confronto con le vittime in diretta televisiva. La giustizia di transizione ha da anni elaborato molti modelli di attribuzione della

---

Collective Memory and Historical Responsibility, Abingdon, 2013. Un database delle scuse pubbliche come strumento di giustizia transizionale, creato dall'*Institute for the Study of Human Rights* della *Columbia University*, è consultabile al seguente link: http://www.humanrightscolumbia.org/ahda/political-apologies.

[68] Si pensi ad esempio all'esperienza canadese, su cui *ex plurimis* R.L. Nagy, *The Scope and Bounds of Transitional Justice and the Canadian Truth and Reconciliation Commission*, in *IJTJ*, 7, 1, 2013, 52-73.

[69] A mero titolo esemplificativo, A.S.J. Park, *Settler Colonialism, Decolonization and Radicalizing Transitional Justice*, in *IJTJ*, 14, 2, 2020, 260-279.

[70] Così C. Tomuschat, *The Illusion of Perfect Justice*, in *Remedies against Immunity?*, cit., 55-70, 55.

[71] M. De Paolis, *La punizione dei crimini di guerra in Italia*, in *La ricostruzione giudiziale*, cit., 63 ss., 115.

[72] Sul concetto di *blame defection* in ambito politologico, C. Guarnieri e P. Pederzoli, *Il sistema giudiziario*, Bologna, 2017, 187; R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, a cura di G.A. Kaldeira, R.D. Kelemen e K.E. Whitington, Oxford 2008, 120-141. Nella penalistica italiana, tale concetto viene richiamato, con riferimento a Tangentopoli, da E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, 24; P. Caroli, *Il potere*, cit., 296. Implicitamente nello stesso senso con riferimento alla stagione del terrorismo, A. Manna, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa 2017, 34.

[73] I lavori sulla transizione sudafricana sono innumerevoli e non è possibile offrire un'elencazione esaustiva. Ci si limita qui a citare A. Lollini, *Constitutionalism*, cit.; J. Sarkin, *Carrots and sticks: the TRC and the South African Amnesty process*, Antwerpen-Oxford 2004; A. du Bois-Pedain, *Transitional Amnesty in South Africa*, New York 2007; *The provocations of amnesty*, a cura di C. Villa-Vicencio e E. Doxtader, Trenton-Asmara 2003; R. Orrù, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della Rainbow Nation*, Torino 1998; *Storie di giustizia riparativa. Il Sudafrica dall'apartheid alla riconciliazione*, a cura di G.L. Potestà, C. Mazzucato e A. Cattaneo, Bologna 2017.

responsabilità (*accountability*) che prescindono dalla successiva inflizione di una pena e che offrono alle vittime forme di partecipazione e riparazione, coinvolgono gli attori istituzionali, contribuiscono a una ricostruzione storica degli eventi. Sessant'anni dopo i fatti, forse si poteva legittimamente sostenere che lo strumento penale non fosse il meccanismo di risposta adatto. Tuttavia, una soluzione differente avrebbe richiesto una forte iniziativa politica, che viceversa è mancata sia in Italia che in Germania. Al contrario, la saga dei risarcimenti ci mostra come la politica sia intervenuta solo ove spinta dall'attivismo della giustizia, per correggerne o limitarne gli effetti, come nel caso dell'ultimo provvedimento qui in commento. Se l'ottimista potrebbe vedere in questa elargizione di denari italiani - ironicamente di provenienza europea e destinati allo sviluppo del Paese - un riconoscimento almeno simbolico e una (auto)chiusura dei conti, il pessimista ci vedrà al massimo un "rattoppo", una sorta di "bonus vittime del nazismo" o di soluzione all'italiana per chiudere la questione cercando di non scontentare nessuno. Ciò non può che confermare quanto testé affermato: la politica non ha mai assunto la responsabilità della transizione italiana e la giustizia offerta dalla giustizia penale militare, per quanto parziale e tardiva, è stata l'unica forma di giustizia ricevuta dalle vittime.

IMPUTABILITÀ E NEUROSCIENZE

di Sylva D'Amato
Docente a contratto di diritto penale, Università degli Studi di Salerno

Il presente contributo riguarda la relazione tra imputabilità e neuroscienze e il dibattito suscitato in dottrina dall'apporto che le nuove acquisizioni scientifiche possono offrire per la riduzione dei margini di incertezza in sede di accertamento della non imputabilità penale e della pericolosità sociale per infermità di mente. L'obiettivo che ci si propone è di inquadrare la problematica all'interno di un'analisi di contesto che tenga in debito conto l'obsolescenza della disciplina codicistica e le incertezze applicative che ne derivano, ovvero la questione della ormai nota 'crisi' dei tradizionali fondamenti della categoria giuridica dell'imputabilità e la necessità di ripensare l'istituto quale presupposto della responsabilità penale, in una prospettiva integrata tra dogmatica penale e scienze empirico-sociali.
This paper deals with the relationship between imputability and neuroscience and the debate aroused in the doctrine by the contribution that the new scientific acquisitions could offer, in order to reduce contrasts and difficulties in ascertaining criminal non-imputability and social dangerousness due to insanity. The aim of the paper is to frame this subject within a context analysis that should take into due account the obsolescence of the codified discipline and the applicative uncertainties that derive from it, that is, the issue of the well-known 'crisis' of the traditional foundations of the legal category of imputability and the need to rethink the institute of criminal imputability as a prerequisite of criminal responsibility, in an integrated perspective between criminal dogmatics and empirical-social sciences.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Dalle neuroscienze al 'neurodiritto'. - 3. Neuroscienze e diritto penale, tra 'attese messianiche' e pretese di rifondazione del sistema: molto rumore per nulla? - 4. Un'analisi di contesto: il contributo delle neuroscienze nell'accertamento della imputabilità, tra incertezze applicative e obsolescenza della disciplina codicistica. - 5. La necessità di un ripensamento sull'istituto dell'imputabilità penale, in una prospettiva integrata tra dogmatica penale e scienze empirico-sociali.

1. È trascorso poco più di un decennio dalle prime sentenze di merito nelle quali anche in Italia si è fatto ricorso, nel processo penale, a tecniche di indagine neuroscientifica e di genetica comportamentale e il dibattito sull'apporto di tali conoscenze in ambito penalistico si è notevolmente sviluppato e arricchito di contenuti e contributi[1]. Il pur breve lasso di tempo trascorso

[1] Ass. app. Trieste, 1.10.2009, n. 5, in *RP* 2010, 1, 70 ss. con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, 75 ss.; sulla risonanza, anche oltre confine, di tale pronuncia, v. E. FERESIN, *Lighter sentence for murderer with "bad genes"*, in *Nature* 2009, 1050, www.nature.com; G.u.p. T. Como, 20.5.2011, n. 536, in *RIML* 2012, 1, 246 ss., con nota di G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, 251 ss. e in *CM* 2012, I, 68 ss. con nota di G. MESSINA, *Il contributo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, 70 ss.; G.i.p. T. Venezia, 24.1.2013, n. 296, in *RIML* 2013, 1905 ss. con nota di L. ALGERI, *Accertamenti neuroscientifici, infermità mentale e credibilità delle dichiarazioni*, 1908 ss.; G.i.p. T. Cremona, 19.7.2011, n. 109, reperibile in *www.criminologia.it* e commentata da L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *RIML* 2012, 903 ss. In argomento, v. anche F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *DPP* 2012, 1, 110 ss.; M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org 15 febbraio 2012, 1 ss.; A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra*

consente, nondimeno, di tracciare un primo tentativo di bilancio non solo delle esperienze applicative, ma anche delle riflessioni finora maturate sull'argomento nell'ambito della dottrina penalistica[2]. Dopo una necessaria introduzione, in estrema sintesi, relativa a ciascuno dei due termini della relazione - neuroscienze ed imputabilità - ci si propone in questa sede di verificare se, e in che termini, vi sia stato quello stravolgimento dei principi fondanti del sistema penale che era stato da taluni preannunziato[3] e, per certi versi ed entro certi limiti, da altri anche temuto[4]. In secondo luogo, ci si propone di considerare la relazione tra neuroscienze e imputabilità - limitatamente all'apporto che le nuove acquisizioni scientifiche offrono in sede di accertamento della non imputabilità penale per infermità di mente - all'interno di un contesto generale e più ampio, che tenga in debito conto, cioè, la questione della ormai nota 'crisi' dell'istituto giuridico dell'imputabilità e delle numerose problematiche ad essa connesse[5].

2. Con il termine neuroscienze la dottrina penalistica intende riferirsi ad una serie non definita di discipline accomunate dal prefisso 'neuro', ad indicarne i nessi con lo studio e la ricerca sul funzionamento biologico delle strutture cerebrali e neuronali[6]. Le neuroscienze comprendono, cioè, l'insieme degli studi condotti con metodo scientifico sul sistema nervoso, che assumono rilevanza in numerosi ambiti del sapere, tra cui la biologia, la chimica, l'anatomia, la genetica, la fisica, la matematica, la statistica, la psicologia, la linguistica e, appunto, il diritto[7].
Il considerevole incremento del patrimonio di conoscenze derivato dallo sviluppo delle ricerche scientifiche nei diversi settori in cui si articola il campo delle neuroscienze[8] - in particolare delle neuroscienze cognitive e comportamentali - si è infatti rapidamente imposto anche all'attenzione del giurista, al punto che, secondo alcuni studiosi, dall'incontro tra diritto e neuroscienze e dalla conseguente messa in crisi della 'visione postmoderna' dell'uomo deriverebbe la nascita di un nuovo indirizzo di studio, denominato *neurolaw* o 'neurodiritto'[9]. Con tale termine si indica, cioè,

---

diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte), in *www.archiviopenale.it* 2014, 3, 5 ss. Per una pronuncia in cui le indagini genetiche non sono state ritenute decisive dal Collegio giudicante per l'accertamento della capacità di intendere e di volere, v. Ass. app. Trieste, 2 luglio 2012, n. 5 (inedita), per l'analisi della quale sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, in *CrD* 2014, 3, 286 ss. Per altre recenti pronunce, cfr. M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org 20 febbraio 2018, 21 ss.

[2] La letteratura in argomento è ormai molto vasta. Oltre ai contributi sopra citati, cfr. AA.VV., *Diritto penale e neuroetica, Atti del convegno 21-22 maggio 2012*, a cura di O. DI GIOVINE, Padova 2013, 3 ss.; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, 1 ss. e le ampie bibliografie ivi riportate.

[3] Cfr. A. BIANCHI, *Introduzione. Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano 2009, XI. In senso analogo, F. CARRIERI, R. CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *RIML* 2001, XXIII, 25.

[4] M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 81; S. MOCCIA, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *DPP* 2016, 5, 682. Cfr. sul punto, F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *DPenCont* 2017, 4, 272 ss.; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., XIV ss.

[5] M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *RIDPP* 1981, 190 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, *Psichiatria e giustizia*, Milano 1993, 97 ss.

[6] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, in *ED* Ann. VII, 2014, 711; A. BIANCHI, *op.cit.*, XIII.

[7] Cfr., O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 711; A. CORDA, *op. cit.*, 5 ss.

[8] Per una distinzione tra i diversi 'livelli di analisi' delle neuroscienze, cfr. F. BASILE, G. VALLAR, *op. cit.*, 271 ss.

[9] E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., XII s. In argomento, cfr. le interessanti notazioni di S. FUSELLI, Ius sive

il vasto campo di indagine derivante dai rapporti tra neuroscienze e diritto, avente ad oggetto proprio gli interrogativi aperti e le 'sfide' poste ai giuristi dall'affermazione di nuovi modelli di esplicazione del funzionamento della mente umana. Nei termini in cui le nuove scoperte e le conoscenze scientifiche forniscono spiegazioni in chiave biologico-organicistica di fenomeni che costituiscono oggetto di riflessione di teologia, filosofia e psicologia, esse, infatti, sollevano dubbi e pongono nuovi (e vecchi) interrogativi che mettono in discussione alcune delle acquisizioni di base del sapere scientifico, con inevitabili riflessi anche nel mondo del diritto. Infatti, rinnovando i contenuti del dibattito intorno a principi e concetti che sono alla base delle relazioni umane e sociali, quali, primi tra tutti, i principi di libertà del volere e di responsabilità individuale[10], esse pongono nuovamente al centro dell'attenzione alcune tematiche fondanti, inerenti ai rapporti tra diritto ed etica[11]. L'affermazione di nuovi modelli di spiegazione del funzionamento della mente umana, inoltre, solleva questioni che non investono solo il piano teorico della filosofia del diritto e dei rapporti tra etica e diritto[12], ma anche quello pratico delle 'scienze forensi', in quanto neuroscienze e genetica propongono - e secondo taluni impongono - nuovi strumenti e tecniche che aprono molteplici spazi di collaborazione con il campo del diritto penale, soprattutto in sede processuale, ai fini dell'accertamento della capacità di intendere e di volere, della maturità psichica del minore ultraquattordicenne, della pericolosità sociale, della verifica di attendibilità e credibilità delle dichiarazioni e persino di accertamento del dolo e, più in generale, dei coefficienti psichici della condotta, in particolare con riferimento ad alcune tipologie di reati[13].

Ci si riferisce, in particolare, alle tecniche e metodologie di *neuroimaging*, di misurazione ed esplorazione funzionale e metabolica del cervello che, in modo immediato e non invasivo[14], consentono di indagare e visualizzare l'attività cerebrale 'in vivo' e di evidenziare eventuali alterazioni cerebrali, di tipo sia strutturale che funzionale[15]. A queste metodologie di indagine si aggiungono, inoltre, i risultati e le acquisizioni delle ricerche sperimentali relative alla scoperta dei cd. 'neuroni specchio'[16] considerati da taluni il 'Sacro Graal delle neuroscienze'[17], in grado di svelare i meccanismi neuronali sottesi sia ai pensieri e alle azioni razionali che alle reazioni emozionali - e, quindi, alla mancanza o carenza di queste - e che sembra consentano di chiarire e

---

Natura? Neurolaw *e naturalizzazione del diritto*, in Homo oeconomicus, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. BORSARI, L. SAMMICHELI, C. SARRA, Padova 2015, 145 ss.

[10] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 713.

[11] Sul punto, v. R. BORSARI, L. SAMMICHELI, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nel reato economico. Note introduttive per una linea di ricerca*, in Homo oeconomicus, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, a cura di R. BORSARI, L. SAMMICHELI, C. SARRA, cit., 9 ss.

[12] S. FUSELLI, *op. cit.*, 145.

[13] Cfr. sul punto, F. BASILE, G. VALLAR, *op. cit.*, 275 ss. e i contributi in R. BORSARI, L. SAMMICHELI, C. SARRA (a cura di), Homo oeconomicus, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, cit., 9 ss.

[14] P. PIETRINI, ResponsabilMente: *dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova 2007, 319 s.

[15] Ci si riferisce, in particolare, a tecniche di indagine come la risonanza magnetica funzionale (fMRI), la magnetoencefalografia (MEG), la tomografia ad emissione di positroni (PET), la stimolazione magnetica transcranica (TMS), per una descrizione delle quali v. A. CORDA, *op. cit.*, 3 ss.

[16] La bibliografia in argomento, a partire da quello che viene indicato come il primo lavoro in argomento, di G. DI PELLEGRINO, L. FADIGA, L. FOGASSI, V. GALLESE, G. RIZZOLATTI, *Understanding motor events: a neurophysiological study*, in *Experimental Brain Research*, 1992, 91, 176 ss., si è progressivamente ampliata. V., per tutti, G. RIZZOLATTI, C. SINIGAGLIA, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Milano 2006, pp. 5 ss. 113 ss.; e L. CRAIGHERO, *Neuroni specchio. Vedere è fare*, Bologna, 2010, 8 ss. cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

[17] L. CRAIGHERO, *op. cit.*, 8.

precisare meglio il ruolo dell'empatia nelle decisioni e nelle azioni umane complesse[18]. Oggetto di tali indagini sono le aree del cervello coinvolte nella memoria, nel linguaggio, nei processi decisionali, nella risposta emotiva e nel controllo degli impulsi e del comportamento[19].
A questi risultati, poi, si sommano anche quelli delle ricerche nei campi della biologia molecolare e della genetica che, evidenziando alterazioni della sequenza nucleotidica, consentirebbero di individuare correlazioni tra patrimonio genetico e comportamento e/o personalità dell'individuo[20]. Si tratta di metodi e risultati di indagine che hanno tutti in comune la promessa di offrire nuovi strumenti per l'assunzione della cd. 'prova scientifica'[21] circa l'esistenza di interrelazioni tra meccanismi cerebrali, strutture genetiche e comportamento, cioè di interrelazioni tra geni, cervello e controllo e/o discontrollo degli impulsi aggressivi e antisociali[22]. In tal senso, appare evidente che le questioni relative al rapporto tra neuroscienze ed imputabilità investono, più in generale, l'articolato e complesso tema del rapporto e della opportuna e necessaria collaborazione tra scienza e giustizia penale[23].

3. Il ricorso nel processo penale ai risultati derivanti dalle nuove tecniche di accertamento di fattori genetici, neurologici e neurochimici ed il riconoscimento ad essi di un ruolo centrale in alcune

---

[18] L. CRAIGHERO, *op. cit.*, 47 ss., 64 ss., 82 ss., 108 s.
[19] P. PIETRINI, *op. cit.*, 321.
[20] In argomento, cfr. C. PAPAGNO, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *CP* 2012, 1960 ss. Sul punto, va rilevato che nel 2009 è stata istituita anche in Italia la banca nazionale del DNA, con l. 30 giugno 2009 n. 85 «Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prum). Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria. Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale», in *Gazz.Uff.* n.160 del 13.7.2009, Suppl. Ord. N. 108. Sui risultati modesti e contraddittori, in termini di utilità per le investigazioni e la soluzione dei casi, di tale banca dati cfr. G. GENNARI, *La verità, vi prego, sulla prova scientifica*, in *www.dirittopenaleuomo.org*, 4.9.2019, 9, 7 ss.
[21] Tali sono considerate le prove basate su leggi 'scientifiche', ossia ottenute col metodo della sperimentazione ripetuta, della resistenza a tentativi di falsificazione, del riconoscimento e della sottoposizione al giudizio della comunità degli studiosi, etc. e basate sui criteri enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza a partire dalla nota sentenza Daubert della Corte Suprema USA. Il progresso scientifico e l'evoluzione delle nuove tecniche di accertamento fanno sì che la letteratura sulla prova scientifica nel processo penale sia ormai vastissima. Cfr. AA.VV., *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2010, 17 ss.; AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, 33 ss.; O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 11 ss.; ID., *In tema di nuova prova scientifica*, in *DPP* 2001, 9, 1061 ss.; P. TONINI (a cura di), *Dossier – La prova scientifica nel processo penale*, in Suppl. *DPP* 2008, 6, 7 ss.; ID., *Dalla perizia «prova neutra» al contraddittorio sulla scienza*, in *DPP* 2011, 3, 360 ss.; ID., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *DPP* 2011, 11, 1341 ss.; P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, 1 ss.; F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *CP* 2008, 3520 s. In particolare, su prova scientifica, genetica e neuroscienze, oltre ai contributi sopra citati, v. R. KOSTORIS, *Genetica, neuroscienze e processo penale: brevi considerazioni sparse*, in *RDPr* 2014, 559 ss.; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in *DPP* 2010, 5, 604 ss.; O. DI GIOVINE, *Behavioural genetics e imputabilità: i termini di un rapporto difficile*, in *DPP* 2020, 1, 31 ss.
[22] Per una approfondita indagine sulle componenti impulsive della condotta e sugli effetti dell'impulso sulle capacità di autocontrollo e, quindi, su imputabilità, colpevolezza e pena, v. D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre) colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 12 ss.
[23] Così, M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Crim* 2018, 1 ss.

sentenze della giurisprudenza di merito hanno determinato, come sovente accade per le novità, reazioni ed atteggiamenti contrapposti: di entusiastico ottimismo, in particolare in ordine al loro futuro uso *in bonam partem* e per la riduzione dei margini di incertezza nell'accertamento della non imputabilità per infermità di mente, e di cautela e prudenza, quando non di chiusura e di forte scetticismo[24]. Il rischio da più parti paventato, com'era prevedibile, è che tali nuove conoscenze e tecniche di accertamento della capacità di intendere e di volere possano costituire «la base scientifica di un nuovo scientismo criminologico totalmente deterministico»[25] idoneo a cagionare un progressivo scivolamento verso forme di "neo-positivismo" penale[26].

Nella misura in cui sembrano mettere in discussione la libertà del volere, infatti, genetica e neuroscienze, oltre a riportare in auge il dibattito sulla problematica contrapposizione tra rigido determinismo e libertà del volere, secondo taluni imporrebbero una revisione radicale del modo di intendere concetti e temi di importanza fondante per l'intero sistema penale, quali l'imputabilità, la colpevolezza, la responsabilità penale, la stessa funzione della pena[27] e del sistema sanzionatorio[28]. Per alcuni neuroscienziati, infatti, «(...) le moderne neuroscienze cognitive rappresentano l'espressione di una visione complessiva della *natura umana* che, in quanto tale, è destinata ad investire fin dalle fondamenta l'architettura concettuale del sapere giuridico, costringendolo comunque ad un profondo ripensamento»[29]. Una rivoluzione cioè che, muovendo

---

[24] Per una rapida rassegna sui diversi atteggiamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità, cfr. C. GRANDI, *Neuroscienze e capacità di intendere e di volere: un percorso giurisprudenziale*, in *DPP* 2020, 1, 27 ss.; M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., 16 ss.; F. BASILE, G. VALLAR, *op. cit.*, 275 ss. Per un «atteggiamento di prudente apertura verso le scienze cognitive e le neuroscienze» si esprime, ad esempio, G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 238. Sul principio di precauzione, quale 'antidoto' del diritto e della politica alle incertezze della scienza, v. M.B. MAGRO, Enhancement *cognitivo*, biases *ed euristiche: politiche di regolazione pubbliche e principio di precauzione*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 163 ss. Un atteggiamento di particolare prudenza è suggerito anche da M. BERTOLINO, *Prove neuropsicologiche di verità penale*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 8.1.2013, 31 ss.; O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?* in *AP* 2011, 3, 837 ss.; A. MANNA, *Tutela penale del sofferente psichico*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da) *Trattato di bio-diritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 1075 ss.

[25] In tal senso, M. RONCO, *op. cit.*, 81. In argomento, *amplius*, v. F. SCHIAFFO, Il *diritto penale tra scienza e scientismo. Derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli 2012, 13 ss.

[26] A. MANNA, *Diritto penale e neuroscienze: un'introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 10; ID., *Tutela penale del sofferente psichico*, cit., 1115. Per una posizione di non rigida chiusura sui rapporti tra neuroscienze ed antropologia criminale, cfr. O. DI GIOVINE *Neuroscienze*, cit., 725 ss.

[27] Tale posizione ha suscitato un ampio dibattito nella dottrina tedesca, su cui v. A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà del volere*, in *DPP* 2012, n. 4, 499 ss. Inoltre, v. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, München 2006, 851 ss., 868 ss.; C. GEYER (hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neusten Experimente*, Frankfurt am Main 2013, 9 ss.; T. HILLENKAMP (hrsg.), *Neue Hirnforschung - Neues Strafrecht?*, Baden-Baden 2006; K. GÜNTHER, *Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff*, in *KJ* 2006, 116 ss.; G. JAKOBS, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, in *ZStW* 2005, 247 ss. Sul punto, si veda anche l'amplia bibliografia in T. FISCHER, *Strafgesetzbuch*[61], München 2014, 71 ss.

[28] Cfr. M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., 38 s. Sull'effetto deresponsabilizzante delle neuroscienze e le relative conseguenze sulla finalità rieducativa della pena, v. E. MUSUMECI, *Imputabilità e rieducazione: l'apporto delle neuroscienze tra vecchi dubbi e nuove sfide,* in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 275 ss.

[29] Così, A. BIANCHI, *op.cit.*, XI (il corsivo è dell'Autore). Per contro, O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 712 afferma: «Le evidenze neuroscientifiche non mettono in discussione l'esistenza del diritto penale e nemmeno ne stravolgono i principi». Nello stesso senso, M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 88, afferma: «Sul piano "rifondativo", quello cioè relativo alla idoneità, prima di tutto "culturale", di un sapere scientifico a rinnovare importanti istituti giuridici, il paradigma delle neuroscienze non è (o non è ancora) quindi quello di una rivoluzione scientifica, tale da imprimere una svolta anche nel diritto penale della colpevolezza».

da un assunto riduzionista della natura dell'agire umano, determinerebbe l'edificazione di un diritto penale sostanzialmente liberato da concetti ritenuti vetusti ed 'antiscientifici' quali libertà di coscienza, libertà del volere, intenzione, responsabilità[30] e, quindi, la necessità di un vero e proprio ripensamento sul se ed il perché della sanzione penale e sui suoi stessi presupposti[31]. Dinanzi alle nuove scoperte e conoscenze scientifiche, tuttora in fase di evoluzione e di costante crescita, il dibattito dottrinale in argomento si è incentrato, almeno nelle prime fasi, proprio su questa pretesa di rifondazione su basi neuroscientifiche dell'intero sistema del diritto penale[32], per poi ridimensionare tale aspetto ed approfondire maggiormente le tematiche connesse all'apporto pratico di neuroscienze e genetica in sede processuale[33].

Con riguardo all'accertamento dell'imputabilità, in particolare, si ritiene ormai dai più che le neuroscienze siano da considerare uno strumento irrinunciabile nella prova dell'infermità di mente, in grado di innalzare il grado di ammodernamento e di 'scientificità' delle perizie, agevolare il compito del giudice nel controllo sull'affidabilità delle prove[34] e rendere la perizia psichiatrica «più approfondita e, dunque scientificamente più affidabile, rispetto a quella che sia limitata alla sola diagnosi psicopatologica»[35].

Al tempo stesso, però, la dottrina non tralascia di considerare i numerosi dubbi e le perplessità che derivano dal fare ricorso a «scienze immature»[36], a metodi di indagine che si basano su ricerche dai risultati controversi[37], non unanimemente riconosciuti[38], ancora in fase di sperimentazione e non sottoposti ai necessari controlli e verifiche[39]. La tesi secondo cui persone con anomalie cerebrali e/o varianti genetiche predisponenti all'aggressione siano incapaci di reprimere comportamenti aggressivi e/o di scegliere comportamenti socialmente accettabili, infatti, è considerata dalla comunità scientifica ancora non sufficientemente fondata[40] e l'introduzione e l'uso nel processo penale, attraverso la perizia psichiatrica, di genetica e neuroscienze, suscita

---

[30] Sul punto, R. BORSARI, L. SAMMICHELI, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nel reato economico*, cit., 10.

[31] In argomento, cfr. le interessanti notazioni di O. DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *RIDPP* 2013, 626 ss.

[32] Sul punto, cfr. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 31 ss.

[33] F. BASILE, G. VALLAR, *op. cit.*, 272 ss.

[34] M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., 6 ss., 11.

[35] G. MESSINA, *Il contributo delle neuroscienze nel giudizio sull'imputabilità*, cit., 73.

[36] M. BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Crim* 2008, 332 e 335. Tali perplessità sono peraltro recepite ed espresse in alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità. Sul punto, v. F. BASILE, G. VALLAR, *op. cit.*, 285 ss.; C. GRANDI, *Neuroscienze e capacità di intendere e di volere: un percorso giurisprudenziale*, cit., 28 s.

[37] Cfr. sul punto, M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., 14, spec. nota 14. Sulle questioni problematiche poste dal *neuroimaging*, con particolare riguardo alle possibili divergenze e non univoche interpretazioni dei dati neuroscientifici, v. L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Neuroscienze ed imputabilità*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, cit., 353.

[38] Cfr., per tutti, F. FORZANO, P. BORRY, A. CAMBON-THOMSEN, S.V. HODGSON, A. TIBBEN, P. DE VRIES, C. VAN EL, M. CORNEL, *Italian Court: a genetic predisposition to commit murder?* in *European Journal of Human Genetics* 2010, 18, 520.

[39] M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, cit., 88 ss., 93 ss.

[40] F. FORZANO, P. BORRY, A. CAMBON-THOMSEN, S.V. HODGSON, A. TIBBEN, P. DE VRIES, C. VAN EL, M. CORNEL, *op. cit.*, 520.

molteplici dubbi negli stessi addetti ai lavori[41] che la considerano una operazione 'suggestiva' ma priva di fondamento scientifico[42].
In tema di genetica comportamentale, in particolare, si è osservato che ciò che gli esperimenti di biologia e genetica finora condotti provano è solo che non è possibile arrivare alla certezza sperimentale che tutti i soggetti con alleli a rischio commettano effettivamente reati, così come non vi sono sufficienti indagini su soggetti senza alleli a rischio che abbiano commesso atti di violenza (cd. gruppi di controllo)[43].
A ciò deve aggiungersi che numerose indagini empiriche, condotte soprattutto nei Paesi anglosassoni, hanno già dato conferma del particolare effetto di suggestione, persuasione e distorsione valutativa che deriva dall'uso nel processo penale, per il tramite della perizia psichiatrica, di genetica e neuroscienze[44]: «Non pochi studiosi hanno dimostrato sperimentalmente come la prova che si ammanta della pretesa superiore scientificità dello *scanning* cerebrale sia fin troppo persuasiva, autorevole e suscettibile di deferenza. (…) Insomma quel che meno si capisce più convince; ma questa è doverosa modestia o scientismo superstizioso?»[45].
La considerazione che si tratta di acquisizioni scientifiche parziali e controverse, non ancora sottoposte alle necessarie verifiche e per giunta dotate di particolare forza persuasiva e di suggestione, sarebbe già di per sé sufficiente a giustificare il ridimensionamento dell'iniziale atteggiamento di 'euforia neuroscientifica'. Senonché a tali profili di criticità deve aggiungersi un'ulteriore riflessione: genetica e neuroscienze riscuotono un discreto successo nel processo penale anche perché soddisfano il bisogno di 'comprensione' del reato, soprattutto nelle ipotesi di crimini all'apparenza 'senza ragione'. Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui la perizia è richiesta non tanto per accertare lo stato di salute mentale dell'imputato, quanto piuttosto per soddisfare il bisogno di comprendere delitti, spesso particolarmente gravi ed efferati, difficili da accettare o mal comprensibili secondo i consueti parametri 'costi-benefici', che suscitano disagio non solo nella collettività, ma anche negli stessi addetti ai lavori[46]. Il ricorso a strumenti che avvalorano una rappresentazione dell'autore di un grave illecito penale come non 'normale'[47] o 'diverso per natura'[48], da questo punto di vista, sembra rispondere bene ad elementari esigenze di rassicurazione sociale[49] e, al contempo, agevola una qualificazione dell'autore di delitti gravi o crudeli come 'non umano' o 'mostro' o 'nemico', offrendo, in tal modo, la base di legittimazione

---

[41] Sui diversi atteggiamenti rispetto all'uso delle scansioni cerebrali nel processo penale, v. E. GREENE, B. CAHILL, *The effects of Neuroimaging Evidence on Mock Juror Decision Making* , in *Behav.Sci.Law* 2012, 30, 281 s.
[42] Sul punto, sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, cit., 290 s.
[43] C. PAPAGNO, *op. cit.*, 1972.
[44] Cfr. D.S. WEISBERG, F.C. KEIL, J. GOODSTEIN, E. RAWSON, J.R. GRAY, *The seductive allure of neurosciences explanations*, in *Journal of Cognitive Neuroscience* 2008, 470 ss.; E. GREENE, B. CAHILL, *op. cit.*, 285; J.R. GURLEY, D.K. MARCUS, *The effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses*, in *Behav. Sci. Law* 2008, 26, 85 ss., 93.
[45] I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., 31 e 32. In senso analogo, anche M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, cit., 90 s.; I. MERZAGORA, *Le probabilità nella psicopatologia forense*, in *RIML* 2015, 4, 1484 ss.; ID., *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, in *DPP* 2020, 1, 17.
[46] Cfr. sul punto, I. MERZAGORA BETSOS, *op. cit.*, 37. Esemplificativo il caso puntualmente descritto da F. INTRONA, *Ludwig: un serial killer che erano due*, in *RIML* 2003, XXV, 17 ss.
[47] Cfr. P. CALISSANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale e neuroetica*, cit., XVI.
[48] Sul punto, cfr. M. BERTOLINO, "*Normalità" del male e patologia mentale*, in *DPP* 2007, 3, 285.
[49] Cfr. A. ZAMPERINI, *Obbedienza distruttiva e crisi dell'azione*, in S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità* (1974), Torino, 2003, X.

per proposte e percorsi di riduzione degli spazi delle garanzie e dei diritti nei rapporti e nelle relazioni giuridico-sociali, quando non di una completa esclusione dagli stessi (*Entrechtlichung*)[50].
Alla luce di queste considerazioni, ben si comprende il richiamo della dottrina più attenta a non cedere alle tendenze del momento, né all'*appeal* che la 'sfida della modernità' genera negli attori e negli spettatori del processo penale: i risultati della prova scientifica nel processo penale negli ultimi anni sembrano, infatti, ben lontani dal garantire certezza ed univocità di giudizio[51] ed è ormai da più parti riconosciuto che le immagini prodotte dalle tecniche di indagine neuroscientifica, dotate di peculiare attitudine suggestiva e persuasiva[52], inducono un affidamento circa la natura obiettiva del loro contenuto che non sempre risulta fondato su dati sufficientemente sottoposti a verifica con metodo scientifico[53]. Dalla casistica giurisprudenziale inerente a 'casi difficili'[54], infatti, emerge come e quanto diventi cruciale il ruolo del perito, al quale sono rivolte richieste di introdurre nel patrimonio conoscitivo dei soggetti processuali 'certezze' rispetto al comportamento umano ed ai limiti entro i quali lo stesso, in particolari condizioni di criticità, possa essere ritenuto oggetto di controllo razionale[55]. E tuttavia, sono gli stessi portatori di questo "sapere esperto" ad evidenziare le difficoltà insite in un tale percorso di conoscenza e le incertezze che attengono, sul piano sostanziale, alle scienze del comportamento e alla stessa psicopatologia[56]. Quest'ultima, si osserva, si avvicina più alle *soft sciences* o scienze della 'comprensione' e della 'soggettività' che non alle *hard sciences* o scienze della 'spiegazione' o della 'oggettività', presentandosi come disciplina ibrida, a cavallo tra scienze naturali e scienze sociali[57].
Alla luce di queste considerazioni, è possibile intravedere come le ragioni del rapido successo riscosso da genetica e neuroscienze nel processo penale siano connesse non tanto alla affidabilità del mezzo, quanto piuttosto alle 'attese'[58] e alle aspettative che i nuovi strumenti determinano nel momento in cui, consentendo di 'traghettare' progressivamente la psicopatologia forense dalle *soft sciences* verso le *hard sciences*, sembrano voler promettere, in particolare, una riduzione dei margini di incertezza e di valutazione soggettiva in sede di accertamento della non imputabilità per infermità di mente[59].
Si comprende, altresì, il motivo per il quale dopo una iniziale fase di reazioni entusiastiche, cariche di "attese messianiche"[60], si è assistito al prevalere nel tempo di atteggiamenti più moderati, anch'essi oscillanti tra opposte posizioni di cauto entusiasmo e prudente scetticismo. Vale a dire che tra deterministi *hard*[61], da un lato, e posizioni di netta chiusura, dall'altro, sembra oggi

---

[50] G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI, R. ORLANDI, Bologna, 2007, 118 s. Sul punto, sia consentito un rinvio a S. D'AMATO, *Le indagini neuroscientifiche e genetiche nell'accertamento dell'imputabilità penale*, cit., 294 ss.
[51] Sulla non univocità ed inattendibilità delle risultanze della prova scientifica assunta con specifiche metodologie e tecniche di indagine, soprattutto nei casi da 'prima pagina' e nei *cold case*, anche in relazione alla scarsità dei risultati conseguiti in ambito internazionale dalla istituzione delle banche dati del DNA, v. G. GENNARI, *op. cit.*, 2 ss.
[52] I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 17.
[53] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 715.
[54] L. FERLA, *Casi difficili e accertamenti peritali in tema di vizio di mente*, in *Jusonline*, 2016, 2, 4.
[55] Cfr. sul punto, la rassegna di casi riportata da L. FERLA, *op. cit.*, 4 ss. e 22 ss.
[56] Sul punto, M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *RIDPP* 2006, 2, 539 ss.
[57] I. MERZAGORA, *Le probabilità nella psicopatologia forense*, cit., 1476.
[58] I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 17.
[59] I. MERZAGORA, *Le probabilità nella psicopatologia forense*, cit., 1476 ss.; O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 725.
[60] I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 17.
[61] Così, I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 15 s.

affermarsi un orientamento di prudente compromesso e collaborazione[62], teso ad ammettere una relazione tra diritto penale e neuroscienze di tipo 'compatibilista-sincretico' e a riconoscere l'utilità dei nuovi studi come conoscenze aggiuntive, sebbene mai esaustive, ai fini dell'accertamento della infermità mentale[63]. Si evidenzia, in particolare, la necessità di evitare semplificazioni, in un senso o nell'altro, e di non sottovalutare la complessità e la ricchezza del pensiero neuroscientifico, dal momento che le interrelazioni tra diritto penale e neuroscienze, da più parti ormai considerate inevitabili, possono risultare anche proficue[64] ove se ne ammetta un uso 'complementare'[65]. Al tempo stesso, si rimarca come tale uso non debba mai trascurare di considerare che la perizia non può esaurirsi nella diagnosi clinica e che l'accertamento di criminogenesi e criminodinamica deve basarsi soprattutto sulla 'narrazione' dei fatti, della storia, del vissuto delle persone[66].
Dall'insieme delle indagini e delle riflessioni finora svolte dalla dottrina circa il contributo che le nuove acquisizioni scientifiche possono offrire in sede di accertamento della non imputabilità per infermità di mente, sembra si debba concludere nel senso che non può in nessun caso prescindersi da una perizia intesa come biografia, come narrazione dei fatti e delle relazioni circostanti il fatto[67]. Vale a dire che non possono accettarsi i rischi insiti nel ritorno ad un paradigma medico-organicistico[68] o, peggio, ad ideologie scientiste[69], dal momento che in un sistema penale fondato sui princìpi della responsabilità personale e del rispetto della dignità umana il rifiuto di ogni tipo di determinismo si impone quale imprescindibile «necessità culturale»[70].
Se il graduale affievolimento dell'entusiasmo per l'uso di neuroscienze e genetica comportamentale in sede di accertamento dell'imputabilità penale rassicura e ridimensiona notevolmente lo scetticismo iniziale e i timori della dottrina più attenta, si ritiene tuttavia opportuno non archiviare troppo frettolosamente le ragioni, le esigenze e le aspettative che sono alla base dell'iniziale atteggiamento di fiducia nelle nuove scoperte scientifiche.

4. Come si è visto, la gran parte del successo riscosso dalle nuove acquisizioni scientifiche risulta strettamente connesso all'esigenza di ridurre i margini di discrezionalità in sede di accertamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato. Pertanto la riflessione sul contributo che le nuove conoscenze nel campo della genetica molecolare e delle neuroscienze possono offrire in sede di accertamento dell'imputabilità non può essere considerata separatamente dal dibattito sorto e sviluppatosi intorno alla 'crisi' dei tradizionali fondamenti della categoria giuridica

[62] F. BASILE, G. VALLAR, *op. cit.*, 275 ss.
[63] M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., 12 ss.
[64] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 712.
[65] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 715; I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 19 afferma: «Le neuroscienze qualche volta sono necessarie, sufficienti quasi mai».
[66] Cfr. I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 19; M.T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., 14 s.; O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 715. Sull'importanza della narrazione nell'accertamento della non imputabilità per infermità di mente, cfr. P. DELL'ACQUA, *Se la diagnosi non è una profezia*, in *aut aut* 2013, n. 357, 63; M. NOVELLO, *Diagnosi psichiatrica e giustizia*, in *aut aut*, 2013, n. 360, 176.
[67] I. MERZAGORA BETSOS, *op. cit.*, 37 s.
[68] M. BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente*, cit., 332; M. RONCO, *op. cit.*, 80 s.
[69] T. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, 2006, 92; F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, cit., 15 s., 26 ss.
[70] G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 21 s.

dell'imputabilità, proprio in relazione alla difficoltà di distinguere tra soggetti imputabili e non imputabili per infermità di mente[71].
Tale crisi, a sua volta, va considerata in stretta correlazione con le difficoltà di definizione del concetto di 'infermità'[72] conseguenti, secondo un'impostazione piuttosto accreditata, all'evolversi della scienza medico-psichiatrica e all'affermazione di differenti modelli interpretativi del concetto di malattia mentale, quale causa principale del disorientamento della giurisprudenza[73]. Dall'entrata in vigore del codice Rocco ad oggi, infatti, si è passati da un paradigma di spiegazione monocausale della malattia mentale, di tipo biologico-organicistico, ad un paradigma multifattoriale ed integrato, che propone una definizione e una spiegazione del disturbo mentale sulla base di molteplici e differenti variabili: biologiche, psicologiche, sociali, relazionali[74]. Si tratta di un'evoluzione che segue di pari passo l'evolversi della scienza medica verso una visione critica e problematica della nozione di salute mentale e, quindi, del correlato concetto di malattia mentale, e che ha determinato il graduale abbandono di ogni pretesa definitoria della nozione stessa di malattia mentale, con la conseguenza che la giurisprudenza si è progressivamente ritrovata priva di ogni punto di riferimento nel rintracciare un parametro sufficientemente univoco, che assicurasse certezza ed uniformità di giudizio in sede di accertamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato.
Di tale situazione di incertezza interpretativa ed applicativa ha preso atto non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, che ha profuso notevole impegno nell'interpretazione evolutiva ed adeguatrice della normativa vigente, con particolare attenzione proprio alla nozione di infermità *ex* artt. 88 e 89 Cp. Tale sforzo interpretativo trova un qualificante punto di arrivo nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 9163/2005[75] che si è ampiamente occupata della complessa questione proprio a partire dalle oscillazioni interpretative intorno al concetto di infermità, determinate «dal difficile rapporto tra giustizia penale e scienza psichiatrica, insorto dal momento in cui quest'ultima ha sottoposto a revisione critica paradigmi in precedenza condivisi, ponendo in crisi tradizionali elaborazioni metodologiche e, nel contempo, legittimando una sempre più accentuata tendenza verso il pluralismo interpretativo (…) che ha, in sostanza, sviluppato una nozione più ampia di infermità rispetto a quella di malattia psichiatrica»[76]. Le Sezioni Unite, dunque, evidenziano come il connubio tra

---

[71] M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., 222; G. PONTI, I. MERZAGORA, *op.cit.*, 97 ss. Tale difficoltà non è prerogativa italiana e da tempo investe anche altri ordinamenti europei; cfr. sul punto M. PORTIGLIATTI-BARBOS, *Responsabilità penale e imputabilità*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. CANEPA, M.I. MARUGO, Padova, 1995, 15 ss.
[72] Cfr. per tutti, G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 100.
[73] M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., 210.
[74] V. M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., 193 ss.; ID., *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivistico del controllo sociale a quello funzional-garantista*, in *IP* 1998, 2, 374 ss., 391. Sul punto, I. MERZAGORA, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, cit., 18 rileva: «Sono ancora scarsi, anche per la loro evidente complessità, gli studi che approfondiscono in che modo i fattori di rischio biologici interagiscono con i fattori di rischio sociali e ambientali nel produrre la messa in atto del comportamento violento».
[75] Cass. S.U. 25.1.2005 n. 9163, in *RIDPP* 2005, 394 ss., con nota di M.T. COLLICA, *Anche i 'disturbi della personalità' sono infermità mentale*, 420 ss. Su tale sentenza, v. anche M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite. Il Commento*, in *DPP* 2005, 7, 853 ss.; G. FIDELBO, *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi di personalità*, in *CP* 2005, 6, 1873 ss.; U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *CP* 2006, 1, 274 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza,* in *LP* 2006, I, 220 ss.; F. PULEIO, *Brevi note a margine della sentenza S.U. n. 9163 del 25 gennaio 2005*, in *RP* 2006, 7/8, 827 ss.
[76] Cass. S.U. 25.1.2005, n. 9163, cit., 398.

diritto penale e scienza psichiatrica consacrato nel codice del 1930 sia entrato in 'crisi' a causa della messa in discussione delle premesse su cui tale relazione si fondava, determinando la difficoltà per il giudice di rinvenire in sede processuale parametri di valutazione univoci ed ancoraggi scientifici sicuri.

Tale difficoltà - le Sezioni Unite ne prendono esplicitamente atto - non può non riflettersi sul rapporto di collaborazione tra sapere scientifico e giudice, che di quel sapere dovrebbe essere il fruitore; nell'aderire all'uno o all'altro dei paradigmi esplicativi, la giurisprudenza si è così caratterizzata nel tempo per le forti oscillazioni interpretative in tema, per esempio, di rilevanza o meno delle nevrosi, delle psicopatie, delle anomalie del carattere, dei disturbi della personalità e delle 'reazioni a corto circuito'[77]. Chiamate a risolvere il conflitto tra orientamenti contrastanti per l'appunto in ordine alla rilevanza dei disturbi di personalità[78], le Sezioni Unite - attraverso un complesso percorso logico-argomentativo di particolare pregio ed interesse - pongono l'accento proprio sulla necessità di riferirsi alle nuove acquisizioni medico-scientifiche per determinare il contenuto della nozione di infermità integrante il vizio totale o parziale di mente. Il legislatore del 1930, si osserva, ha definito il concetto di imputabilità ricorrendo ad una tecnica di normazione sintetica, che impiega elementi normativi e rinvia ad una fonte esterna, vale a dire ad una valutazione alla stregua di una norma extragiuridica. Per escludere che il concetto di infermità penalmente rilevante possa oggi coincidere ancora con quello di 'lesione cerebrale a carattere organico' propria del paradigma monocausale, considerato ormai definitivamente superato, le Sezioni Unite precisano che il rinvio alla norma extragiuridica deve essere inteso «nel suo essere e nel suo divenire» e che «la individuazione di questa, nella sua realtà non solo attuale, ma anche successivamente specificabile *in itinere*, spetta pur sempre oggi all'interprete che deve individuarla alla stregua delle attuali acquisizioni medico-scientifiche, al riguardo, non potendo, quindi, ritenersi cristallizzato, come definitivamente acquisito dal nostro ordinamento, un precedente parametro extragiuridico di riferimento, ove lo stesso sia superato ed affrancato, nella sua *inattualità ed obsolescenza*, da altri (e veritieri) termini di riferimento e dovendosi, invece, perciò in proposito procedere in costante aderenza della norma alla evoluzione scientifica, cui in sostanza quella *ab imis* rimandava. Rimane, nondimeno, la problematicità del rinvio, giacché la individuazione del parametro normativo extragiuridico, già di per sé incerto, può evidenziare connotati di indeterminatezza nella misura in cui non trovi riscontri univoci nel contesto di riferimento, debordando verso approdi di indeterminatezza contrastanti con il principio di tassatività»[79].

Nel riconoscere che la scienza psichiatrica non fornisce più alcun ancoraggio sicuro nella valutazione giudiziale, le Sezioni Unite ritengono, anche in virtù di orientamenti tendenti alla rivalutazione del metodo nosografico, di potere attribuire tale funzione di «parametri di riferimento aperto, in grado di comporre le divergenti teorie interpretative della malattia mentale e fungere, quindi, da contenitori unici» ai più accreditati sistemi di classificazione dei disturbi mentali[80].

---

[77] Cass. S.U., 25.1.2005, n. 9163, cit., 405 s. Sul tema, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *RIML* 2004, 508 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 39, 71, 101; sui diversi orientamenti applicativi in materia, v. l'ampia casistica giurisprudenziale riportata in nota da M.T. COLLICA, *Anche i 'disturbi della personalità' sono infermità mentale*, cit., 422 ss.

[78] Sulle incertezze relative alla definizione e all'accertamento dei disturbi di personalità, v. le chiare notazioni di F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *RIDPP* 2005, 269 ss.

[79] Cass. S.U. 25.1.2005 n. 9163, cit., 408 s. (Il corsivo è nostro).

[80] Cass. S.U., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit., 404; in base all'autonoma categoria nosografica dei disturbi della personalità contenuta nei più accreditati manuali diagnostici, la Corte di Cassazione riconosce la rilevanza di tali

Rimandando ad altra sede le considerazioni e i dubbi che solleva il ricorso, da parte della giurisprudenza, ai più accreditati sistemi di classificazione dei disturbi psichici in funzione dirimente del contrasto interpretativo[81], va rilevato che le lucide argomentazioni delle Sezioni Unite e lo stesso richiamo ai manuali diagnostici quali parametri di riferimento non impediscono che il giudice continui ancora oggi a trovarsi innanzi a risultati peritali contrastanti, costretto a stabilire, cioè, a quale delle diverse valutazioni riconoscere maggiore credito e, nonostante l'incertezza della esatta individuazione del disturbo mentale da cui è affetto il soggetto, a motivare tale scelta[82]. Le nuove scoperte neuroscientifiche e di genetica molecolare, in tal senso, non sembrano fornire un contributo indispensabile, e forse neppure utile, alla soluzione dei molteplici problemi che, per unanime consenso di dottrina e giurisprudenza sia di merito[83] che di legittimità[84], tuttora circondano l'accertamento della non imputabilità per infermità di mente, quale conseguenza della difficoltà per il giudice di orientarsi e scegliere tra i diversi paradigmi esplicativi e i molteplici orientamenti contrapposti e nell'incertezza derivante dalla mancanza di una definizione univoca della nozione di infermità[85] divenuta ormai ampia ed 'allargata' e, come tale, considerata «non previamente delimitabile»[86].

Inoltre, neppure sembra possibile rinvenire nelle nuove acquisizioni una 'legge scientifica di copertura' dalla quale derivare che specifiche caratteristiche genetiche e biologiche determinano la incapacità di intendere e di volere e, quindi, superare le difficoltà che caratterizzano il passaggio «dalla spiegazione unica a quella più probabile»[87] che deriva dal ricorso, anche nel giudizio sull'imputabilità, a criteri probabilistici e di compatibilità logica e razionale[88]. Appare, infatti, sempre più evidente che il rapporto tra malattia mentale e comportamento delittuoso non può essere espresso in termini di pura relazione causale, stante la pluralità di teorie esplicative del disturbo mentale e la qualificazione della causalità stessa in termini di 'congiunzione probabile'[89]. Si tratta, pertanto, di riconoscere, da un lato, che «la linea di demarcazione tra salute e malattia mentale è ben lungi dal considerarsi scientifica» e che essa varia in base alla scuola di riferimento,

---

disturbi - se di consistenza e gravità tali da aver concretamente inciso sulla capacità di intendere e di volere quali possibile causa di infermità mentale, affermando la necessità dell'esistenza di un nesso causale tra infermità e reato.

[81] Sul punto, G. GULOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI, *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., 9, afferma: «D'altronde, chiedere a un neuropsicologo se una persona ha un "vizio di mente", come vuole il Codice Penale, significa porre una domanda alla quale egli non sa cosa rispondere. Non per nulla nel DSM è raccomandato che le classificazioni ivi contenute non vengano utilizzate a fini forensi (American Psychiatric Association, 1996)». Sul punto, sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 553 ss.

[82] Cfr. sul punto, Cass. 24.5.2000, n. 8056, in *CP* 2001, 1875. In argomento, G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *DPP* 2003, 9, 1193 ss.; ID., *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. CONTI, Milano 2011, 61 ss.; C. BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, in *DPP* 2004, 1414.

[83] Cfr., T. Milano, 24.10.2003, in *RIML* 2004, 2, 481 ss.; T. Como, 20.05.2011, cit., 68.

[84] Cass. S.U., 25.1.2005, n. 9163, cit., 402 ss., spec. 413, laddove si afferma: «La non definibilità clinica del disturbo può anche derivare dalla (comportare la) non accertabilità eziologica dello stesso, in un campo, poi, quello della mente umana, ancora avvolto da cospicue connotazioni di "dubbio e mistero" e da incoglibile esoterismo patogenetico».

[85] Cfr. sul punto, Cass. 24.05.2000, n. 8056, cit., 1875.

[86] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 725.

[87] Così, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità*, cit., 517.

[88] Cass. S.U. 10.07.2002, in *FI* 2002, II, c. 601 ss. con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, c. 608 ss.

[89] I. MERZAGORA, *Le probabilità nella psicopatologia forense*, cit., 1478.

all'epoca storica e «alle stesse inclinazioni del perito in relazione al caso»[90] e, dall'altro, che «il concetto di infermità alla base del vizio di mente non è univocamente determinabile né verificabile»[91] e che la psichiatria «non offre né può offrire la definizione del concetto di malattia in quanto elemento di fattispecie normative»[92]. In questo contesto, non sembra che il ricorso alle nuove acquisizioni neuroscientifiche e genetiche riesca ad offrire contributi determinanti ai fini della riduzione dei margini di incertezza nell'accertamento giudiziale dell'incapacità di intendere e di volere dell'imputato e, anzi, sembra porre al sistema penale più problemi di quanti si proponga di risolvere.
Sulla base delle considerazioni finora svolte, quindi, resta in dubbio che il concetto di infermità di mente, quale elemento empirico su cui si fonda la categoria giuridica dell'imputabilità, sia effettivamente suscettibile di accertamento in sede processuale, ovvero, che possa essere considerato tra quei fenomeni «la cui possibilità di realizzazione sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili»[93].

5. La diffusa consapevolezza circa la problematicità e l'obsolescenza della disciplina in materia di imputabilità e la necessità di una revisione della normativa vigente, ben rappresentata nelle proposte e nei progetti per una riforma del codice penale[94], non può non partire dalla presa d'atto dell'esistenza di una duplice e profonda 'frattura', da un lato, tra le norme del codice penale e la realtà empirico-sociale e, dall'altro, tra i valori sottesi alle norme del codice Rocco ed i principi posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale[95].
Secondo una parte della dottrina, nella disciplina dell'imputabilità la frattura tra dato ontologico e dato normativo risulta più evidente che altrove, soprattutto a causa della presenza delle numerose "finzioni giuridiche" attraverso le quali, si è osservato, il legislatore propone una disciplina che, oltre ad essere fortemente sbilanciata a favore di esigenze di difesa sociale e di prevenzione

---

[90] Così, L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *op. cit.*, 342.
[91] Così, M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale*, cit., 411.
[92] D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, in O. DE LEONARDIS, G. GALLIO, D. MAURI, T. PITCH (a cura di), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano 1988, 129.
[93] C. cost., 8.6.1981 n. 96, in *RIDPP* 1981, 1152 ss., con nota di M. BOSCARELLI, *A proposito del «principio di tassatività»*, 1147 ss.
[94] Per un'analisi critica delle norme in tema di imputabilità nei vari progetti e proposte di riforma del codice penale, v. F. INTRONA, *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *RIML* 1999, XXI, 688 ss.; M. BERTOLINO, *Il nuovo volto della imputabilità penale*, cit., 404 ss.; G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, in *RIDPP* 2002, 870 ss.; M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *RIDPP* 2002, 879 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., 233 ss.; S. MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 2003, 451 ss.; R. ENNA, *L'imputabilità*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, Napoli, 2009, 99 ss.
[95] Sul punto, cfr. *SENATO DELLA REPUBBLICA*, XVI Legislatura. *Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. XXII-bis n. 4, relatori Sen. Saccomanno, Bosone, approvata nella seduta del 20 luglio 2011, in *www.senato.it*, 10.

generale[96], è anche «volutamente difforme da quanto accade nella realtà»[97], sia per quanto riguarda le ipotesi tradizionalmente ricondotte allo schema dell'*actio libera in causa* che per le presunzioni assolute di cui agli artt. 90 e 97 Cp[98].
Gli innumerevoli problemi posti dalla normativa codicistica in tema di imputabilità non sembrano peraltro trovare soluzione nella pur vastissima e profonda riflessione dottrinale sulla terza categoria del reato. L'indicazione dell'imputabilità tra i presupposti del giudizio di colpevolezza, infatti, propone una scelta dommatica che, come è stato autorevolmente evidenziato, lascia aperto il problema dei criteri di imputazione soggettiva del fatto, sia in ordine all'applicazione delle misure di sicurezza ai soggetti non imputabili che in ordine alla possibile individuazione di criteri di imputazione soggettiva riferibili sia agli imputabili che ai non imputabili[99]. Di qui, l'asserita necessità di un ripensamento sui presupposti soggettivi della responsabilità penale, proprio in virtù dell'insanabile divario tra il dato naturalistico e il dato normativo che neppure una "dogmatica di tipo sostanzialistico" riesce a superare[100]. Tale frattura risulta poi ancora più grave ed evidente, se si guarda ai valori costituzionali e al percorso di riconoscimento giuridico del malato di mente avviatosi, nel nostro ordinamento, a partire dalla chiusura degli ospedali psichiatrici civili[101].
Nella disciplina codicistica dell'imputabilità, della pericolosità sociale e di tutto l'impianto sanzionatorio del cd. doppio binario[102] appare evidente la soluzione di compromesso tra le opposte concezioni del diritto penale espresse dalla Scuola classica e dalla Scuola positiva[103]. Emblematiche, in tal senso, le disposizioni di cui all'art. 85 Cp, che esclude la punibilità dell'autore non imputabile (quale espressione dell'idea classica del libero arbitrio e della concezione retributiva della pena) e all'art. 202 Cp, che prevede l'applicazione delle misure di sicurezza per le persone socialmente pericolose (chiara espressione delle posizioni riconducibili alla Scuola positiva). Orbene, questa normativa nel suo complesso si fondava sull'assioma condiviso, di stampo positivistico, secondo cui una diagnosi di malattia mentale era di per sé sufficiente a determinare una valutazione in termini di esclusione o riduzione della capacità di intendere e di volere e, al contempo, una valutazione presuntiva di pericolosità sociale. In tal senso, una linea di

---

[96] Sulla accentuazione nel codice del 1930 delle esigenze di difesa sociale e di prevenzione generale, particolarmente evidente nelle norme in materia di imputabilità, ispirate dall'esigenza di ridurre al minimo le cause di esclusione o di diminuzione dell'imputabilità *sub specie* infermità di mente, cfr. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino 1997, 15 ss.
[97] A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione,* cit., 20. Sulla proposta di eliminazione delle 'finzioni di imputabilità' nel progetto Grosso, v. G. FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel Progetto Grosso*, cit., 873 s. e M.T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel progetto Grosso*, cit., 906 ss.
[98] Cfr. per tutti F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano 1961, 6 e 195 s., 202, 251, 267 s.
[99] Così, D. PULITANÒ, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra diritto e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 1991, 88; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 88 ss.
[100] F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., 4 ss. precisa che con tale espressione intende «una dogmatica che, senza disattendere il dato normativo (ché altrimenti non sarebbe più dogmatica), si sforzi di porlo a stretto contatto con il dato naturalistico cui esso rinvia o con le nozioni d'ordine biologico o patologico che esso presuppone».
[101] Per un inquadramento costituzionale della riforma psichiatrica, D. PICCIONE, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Merano 2013, 31 ss.
[102] Sul sistema del doppio binario, v. per tutti, E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano 1978, 1 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 3 ss.
[103] Sull''eclettismo' del codice Rocco, cfr. G. VASSALLI, *Codice penale*, in *ED* VII, Milano 1960, 274. In argomento, cfr. anche A. MANNA, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *IP* 2005, 2, 461 ss.

sostanziale continuità e completamento reciproco correva tra il codice penale del 1930, il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931[104] e la l. 14 febbraio 1904 n. 36, *Disposizioni su manicomi ed alienati*[105], anch'essa di ispirazione positivistica e recante una disciplina custodiale dell'alienato di mente chiaramente ispirata ad esigenze di salvaguardia della società e dei valori dell'epoca[106].

La graduale affermazione di una nuova e diversa visione della malattia mentale, non più identificata come forma di devianza, né considerata una condizione irreversibile del soggetto, bensì uno stato transitorio curabile e in molti casi anche sanabile, ha progressivamente condotto, com'è noto, alla l. 13 maggio 1978 n. 180[107] che, successivamente recepita nella l. 23 dicembre 1978 n. 833, di istituzione del Servizio sanitario nazionale, ha definitivamente rotto il tradizionale parallelismo tra il malato di mente da custodire nel manicomio civile e quello, autore di illecito penale, da internare nel manicomio giudiziario, con ciò facendo venir meno la coerenza dell'intero sistema disegnato e completato dal legislatore fascista. La l. 180/1978, infatti, dispone come regola il "consenso" al trattamento e come eccezione il ricovero in condizione di degenza ospedaliera[108] e, quindi, ribalta la tradizionale concezione del malato di mente quale soggetto 'sempre' incapace di intendere e di volere e socialmente pericoloso[109].

Sul piano civilistico, questo profondo mutamento culturale ha condotto ad altre importanti innovazioni e al riconoscimento giuridico di sempre maggiori quote di autonomia anche nella gestione della sfera personale e patrimoniale[110]. Viceversa, l'impianto del codice penale in tema di infermità mentale è rimasto sostanzialmente immutato, salvo che per le modifiche determinate dalla stessa l. 180/1978[111], dalle importanti sentenze della Corte costituzionale in tema di pericolosità sociale[112] e dalle altrettanto significative innovazioni introdotte dalle norme che hanno gradualmente condotto al superamento della contestata misura di sicurezza dell'ospedale

---

[104] R.d. 18.6.1931 n. 773, *T.U.L.P.S.*, in *Gazz.Uff.* 26.6.1931, suppl. n. 146. Il titolo VI detta norme riferite alle *Persone pericolose per la società*; nel Capo I, intitolato *Dei malati di mente, degli intossicati e dei mendicanti* l'art. 153 co.1 disponeva: «Agli effetti della vigilanza dell'autorità di pubblica sicurezza, gli esercenti una professione sanitaria sono obbligati a denunciare all'autorità locale di pubblica sicurezza, entro due giorni, le persone da loro assistite o esaminate che siano affette da malattia di mente o da grave infermità psichica, le quali dimostrino o diano sospetto di essere pericolose a sé o agli altri». La disposizione è da ritenersi implicitamente abrogata, per effetto dell'art. 11 l. 180/1978.

[105] L. 14.2.1904 n. 36, *Disposizioni sui manicomi e sugli alienati*, in *Gazz.Uff.* 22.2.1904, n. 43.

[106] M. NOVELLO, *op. cit.*, 181 ss. evidenzia che la normativa dell'epoca rispondeva all'esigenza di preservare la nazione da 'degenerati', 'fiacchi' e 'deboli' e da tutte le condizioni capaci di favorire la riproduzione di soggetti 'predisposti' alla follia e/o considerati in grado di incrinare il 'valore' della razza, strettamente correlato a salute fisica e mentale. Sulle esigenze di tutela della razza e la "sanità della stirpe" nella disciplina in esame, cfr., A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione,* cit., 20.

[107] L. 13.05.1978 n. 180, *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, in *Gazz. Uff.*, 16.5.1978, n. 133.

[108] V. artt. 33, 34 e 35 l. 23.12.1978 n. 833, *Istituzione del servizio sanitario nazionale*, in *Gazz. Uff.*, 28.12.1978, n. 360.

[109] M. NOVELLO, *op. cit.*, 176.

[110] V. l. 9.1.2004, n. 6, in *Gazz. Uff.* n. 14 del 19.1.2004, «*Introduzione nel libro I, titolo XII, del codice civile del Capo I, relativo alla istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli artt. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione e coordinamento e finali*». Sul percorso di riconoscimento giuridico della persona con disabilità in ambito penale, v. G. DODARO, *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale 'soggetto di diritto penale'*, in *DQPub* 2020, XX, 1, 65 ss.

[111] Le contravvenzioni di cui agli artt. 714 ss. Cp, ora abrogati o parzialmente modificati, riguardavano originariamente «*la custodia di alienati di mente, di minori, di persone detenute*».

[112] Sul punto, v. M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *archivodpc.dirittopenaleuomo.org* 19.12.2012, 3 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione,* cit., 64 ss.

psichiatrico giudiziario[113]. La portata di tale ultima riforma, in particolare, è di non poco conto, quale ripresa del processo personalistico-solidaristico e di riconoscimento giuridico del malato di mente che, avviatosi con la l. 180/1978, aveva poi subito per lungo tempo una battuta d'arresto[114]. Il presupposto che anche «il folle è di norma capace di intendere e di volere»[115] ovvero che lo stato di sofferenza psichica solo di rado annulla completamente le capacità di autodeterminazione e di controllo degli impulsi violenti ed antisociali[116] è ormai consolidato ed il riconoscimento di residuali 'quote' di autodeterminazione, pur in presenza di gravi patologie psichiche, è posto alla base della rivendicazione, anche per il malato di mente, di spazi sempre più ampi di autonomia e di responsabilità[117]. Senza cioè cancellare nè l'infermità, né il fatto-reato nella storia personale del soggetto, viene messo in discussione il dogma dell'irresponsabilità della persona con disturbo mentale[118] e si giunge a rivendicare per essa il «diritto all'imputabilità come uno dei diritti fondamentali di cittadinanza»[119]. Si tratta di un percorso di riconoscimento giuridico che allo stato attuale della scienza penalistica può apparire prematuro e destare perplessità, ma che rappresenta una sfida ed un compito da affrontare, una volta acquisita la consapevolezza di trovarsi, come causticamente rilevato da autorevolissima dottrina, «in mezzo al guado, con un soggetto che si autodetermina, ma che se commette un reato diventa improvvisamente incapace, in forma anche eccessivamente presuntiva»[120]. In tal senso, il dato di esperienza secondo cui una diagnosi psicopatologica non esclude del tutto, se non in casi eccezionali, la capacità del soggetto di autodeterminazione e di comprensione del disvalore del fatto non sembra possa essere più trascurato dalla dottrina penale. Si tratta di un patrimonio di conoscenze e di esperienze che si impone ormai all'attenzione del giurista[121]; quest'ultimo, se impegnato nella costruzione di un modello integrato di scienza penalistica - che abbia cioè in debito conto le relazioni tra scienze sociali e tecnica giuridica - dovrebbe sviluppare un discorso tecnico-giuridico che tenga conto dei

---

[113] Sugli interventi legislativi per l'abolizione degli ospedali psichiatrici giudiziari e di riforma in tema di misure di sicurezza, cfr. G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *DPP* 2015, 5, 611 ss.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza,* in *DPP* 2014, 8, 918 ss.; ID., *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, in *DPP* 2012, 1017 ss.; ID., *La soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari: realtà ed apparenze*, in *LP* 2012, 366 ss.; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it, 2015, 2 ss.; F. SCHIAFFO, *La riforma continua del «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»: la tormentata vicenda legislativa dell'art.3 ter d.l. n. 211/2011,* in *CrD*, 2013, 44 ss., ID., *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 11 dicembre 2014, 1 ss.

[114] Così, SENATO DELLA REPUBBLICA, XVI Legislatura. Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, XXII-bis, n. 4, cit., 7.

[115] F. ROTELLI, *L'istituzione inventata. Almanacco Trieste 1971-2010*, Merano 2015, 209.

[116] A. MANACORDA, *Malattia mentale, imputabilità e pericolosità sociale: dalla rilettura dei contributi alla proposta di rilettura dei problemi,* in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato,* a cura di G. CANEPA, M. I. MARUGO, cit., 97 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 33.

[117] Sul punto, v. le limpide considerazioni di M. NOVELLO, *op. cit.*, 176.

[118] G. PONTI, I. MERZAGORA, *op. cit.*, 25 s., 31 ss.; P. DELL'ACQUA, *Persone, malattia mentale e guarigione,* in *Trattato di Bio-diritto,* diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, *I diritti in Medicina*, a cura di L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, Milano 2011, 788.

[119] M. NOVELLO, *op. cit.*, 177.

[120] Così, F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali* (1989), in *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, Vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Tomo II dal 1973 al 1993, Milano 1997, 1630.

[121] F. BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, cit., 1630.

bisogni individuali e sociali quale fondamento teorico delle scelte, anziché perpetuare opzioni politiche non più rispondenti al mutato contesto culturale e valoriale[122].
In tal senso, l'evoluzione e le acquisizioni delle scienze empirico-sociali, unitamente ai principi e ai valori costituzionali, dovrebbero svolgere un ruolo determinante in sede di ripensamento sulla funzione dommatica e politico-criminale del tradizionale concetto di imputabilità, se ci si propone di elaborare una risposta normativa sulla base di «modelli teorici in grado di non obliterare le ragioni del singolo individuo destinatario della reazione punitiva»[123].
La doppia natura, empirica e normativa, della nozione di imputabilità rende, infatti, necessario non tanto e non solo porre l'attenzione sui problemi relativi all'accertamento della dimensione empirica, quanto soffermarsi sulla relazione con la dimensione giuridica e, sulla scorta delle riflessioni di autorevole dottrina, guardare alla crisi dell'imputabilità anche e soprattutto come 'problema giuridico'[124]. Vale a dire che i problemi posti in sede di accertamento della non imputabilità per infermità di mente possono e debbono essere intesi in stretta correlazione non più solo con la 'crisi' derivante dalla evoluzione della scienza psichiatrica, ma anche con l'evoluzione e le mutate concezioni relative alla funzione della pena, conseguenti all'entrata in vigore della Costituzione[125].
Nel tratteggiare le linee essenziali di una sistematica del reato teleologicamente orientata, autorevole dottrina ha da tempo suggerito il definitivo superamento del concetto di colpevolezza e la fondazione del sistema penale su un concetto unitario di responsabilità penale, riferibile sia ad 'imputabili' che a 'non imputabili'[126]. In tal senso, il superamento della nozione di imputabilità - indicato in sede istituzionale come un "approdo necessario"[127] - comporterebbe l'equiparazione di soggetti imputabili e non imputabili, con finalità e senso completamente opposti a quello dei deterministi, poiché diretta non già a negare ma, al contrario, ad affermare diritti e dignità della persona mediante l'attribuzione di responsabilità, in stretta corrispondenza con l'accertamento di quote residuali di autodeterminazione del soggetto[128]. L'accertamento dell'infermità mentale nel processo penale, eventualmente anche con il contributo integrativo delle nuove conoscenze in materia di genetica comportamentale e neuroscienze, recupererebbe, in tal modo, una valenza descrittiva, quale strumento per la determinazione del 'bisogno di trattamento' e cura[129] da adeguare alle caratteristiche del caso concreto, in prospettiva di reintegrazione sociale[130].

---

[122] A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, 156 s.
[123] G. FIANDACA, *I presupposti della responsabilità penale tra dogmatica e scienze sociali*, in *Dei delitti e delle pene* 1987, 2, 264 s.
[124] D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, cit., 127 ss.
[125] O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, cit., 718 e 727.
[126] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, 88 ss., 92.
[127] *SENATO DELLA REPUBBLICA*, XVI Legislatura. Commissione Parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del servizio sanitario nazionale. *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Doc. XXII-bis n. 4, cit., 10.
[128] Sulla responsabilità quale esito di un processo interattivo e sulla negazione di doveri e 'quote' di responsabilità per ampie categorie di soggetti (donne, minori, infermi di mente) in stretta correlazione con il disconoscimento di quote più o meno ampie di diritti e libertà v. T. PITCH, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, 1989, 115, 139 ss., 224.
[129] A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 191 ss.; M. BERTOLINO, *L'applicazione e l'esecuzione della pena di fronte alla malattia mentale*, in *Jus*, 2003, 3, 441 ss. e EAD., *Dall'infermità di mente ai disturbi di personalità*, cit., 521 ss.
[130] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 109 ss., 146 s.

LA RIFORMA DELLE SANZIONI SOSTITUTIVE E LE POTENZIALITÀ ATTUABILI DEL LAVORO DI PUBBLICA UTILITÀ

di Teresa Travaglia Cicirello
Docente di Diritto Penale e Diritto Penale 2

Questo contributo contiene una riflessione sulle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e sulla collocazione che esse hanno ricevuto nella recente riforma del sistema sanzionatorio penale. In particolare, si discute sulla funzione del lavoro di pubblica utilità, sulla sua intrinseca capacità rieducativa e sulla necessità di valorizzazione. Un elemento specifico di indagine è rappresentato dal consenso del condannato, di cui si analizzano estensione e interpretazione, alla luce delle indicazioni contenute nella legge delega, della esperienza giurisprudenziale e della attuale discutibile scelta legislativa.
This paper contains a reflection on the alternative sanctions of short prison sentences and on the place they have received in the recent reform of the penal sanctioning system. In particular, it discusses the function of community service, its intrinsic re-educational capacity and the need for enhancement. A specific element of investigation is represented by the consent of the offender, whose extension and interpretation are scan, in the light of the indications contained in the delegated law, of the jurisprudential experience and of the current questionable legislative choice.

SOMMARIO: 1. Proposte di riforma e volontà legislativa: una sintesi complessa. – 2. La valorizzazione delle sanzioni sostitutive. – 3. Sanzioni sostitutive e finalità rieducativa della pena. - 4. Le capacità rieducative delle singole sanzioni sostitutive. - 5. Il lavoro di pubblica utilità: strumento "bidirezionale" di rieducazione. – 5.1. L'utilità del lavoro alla luce delle altre funzioni della pena. – 6. Il limite all'applicazione del lavoro di pubblica utilità. – 7. Il ruolo amplificato del consenso nello schema di riforma. – 7.1. La diversa prospettiva valorizzabile. - 8. La portata del consenso e della "non opposizione" nelle più recenti applicazioni giurisprudenziali. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Nessuna riforma della giustizia penale può ambire a traguardi di solidità ed efficacia se non incide significativamente sull'apparato sanzionatorio, momento terminale ma al tempo stesso "interruttore" di validità dell'intero *iter* punitivo.
L'intervento sulle sanzioni deve, però, avere la forza del coraggio perché – individuate ormai pacificamente le incrinature dell'impianto attuale dovute alla sua stabile gravitazione intorno alla reclusione carceraria – bisognerebbe affrancare *ex ante* il giudice dalla sottomissione alla punizione regina in nome di una utile e concreta incarnazione dei principi di effettività della pena e della sua doverosa funzione rieducativa.
Il coraggio, tuttavia, non ha sinora mai valicato la soglia dei lavori di molte Commissioni di riforma del codice penale che, nella piena consapevolezza della necessità di superare la perdurante ineffettività della pena a fronte di un rigore solo astratto e di recuperare il rispetto della funzione rieducativa, hanno ritenuto di dover ampliare il catalogo delle sanzioni penali, conferendo dignità di pena principale a strumenti ordinariamente collocati in pieghe secondarie dell'apparato punitivo[1].

[1] Tra le proposte più significative si ricordi quella presentata dalla Commissione Grosso (d.m. 1 ottobre 1998) che annoverava tra le pene principali per i delitti sia la detenzione domiciliare, sia numerose sanzioni a contenuto

Il legislatore, però, pur non potendo ignorare i difetti del sistema, non si è mai assunto il rischio politico di riscrivere limpidamente l'elenco delle pene principali, lasciando tali le buone proposte degli studiosi e preferendo mantenere intatto un sistema carcerocentrico, difettoso nella sostanza ma indubbiamente rassicurante nella forma.
I riferimenti normativi più recenti, contenuti nella Legge delega n. 134 del 2021[2], nel relativo Decreto Legislativo delegato[3] e parzialmente mutuati dalla proposta di riforma formulata dalla Commissione Lattanzi[4], non si muovono sulla prima linea della modifica al catalogo delle pene

---

interdittivo e prescrittivo (si veda il testo dell'Articolato finale presentato dalla Commissione in *www.giustizia.it*); quella della Commissione Nordio (d.m. del 23 novembre 2001) che introduceva quattro categorie di pene principali: detentive, interdittive, prescrittive e ablative e, anche qui, tra le pene detentive entrava la detenzione domiciliare insieme alla variante *leggera* della permanenza domiciliare (v. *Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *CP*, 2005, I, 244 ss.); il progetto della Commissione Pisapia (d.m. 27 luglio 2006) che mutuava i risultati delle commissioni precedenti, superava la bipartizione tra pene principali e pene accessorie e forniva al giudice della cognizione un largo novero di strumenti punitivi (testo in *www.giustizia.it*); il lavoro della Commissione Palazzo (d.m. 10 giugno 2013) che proponeva un significativo arricchimento del catalogo delle pene principali, introducendovi sia la detenzione domiciliare sia la pena prescrittiva (i testi dell'articolato e della Relazione sono consultabili in www.penalecontemporaneo.it).

[2] Legge 27 settembre 2021, n. 134, "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari". Si vedano G. Amarelli, *L'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre,* in *PPG* 2022, fasc. 1, 234 ss.; R. Bartoli, *Verso la riforma Cartabia: senza rivoluzioni, con qualche compromesso, ma con visione e respiro*, in *DPP* 2021, 1167 ss.; R. Bartoli, R. Guerrini (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'incontro di studio (Siena, 10 dicembre 2021)*, Napoli 2022; D. Bianchi, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it*, 21 febbraio 2022; E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 02 settembre 2021; M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *PD* 2021, 591 ss.; L. Eusebi, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in *RIDPP* 2021, 823 ss.; G. L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *www.sistemapenale.it*, 15 ottobre 2021. Ancora, O. Calavita, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 febbraio 2022; R. De Vito, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *QuestG*, n. 4/2021, 28 ss.

[3] Lo *Schema recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* è stato approvato, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 4 agosto 2022. Il decreto dovrà essere esaminato dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato per poi essere approvato in via definitiva entro il 19 ottobre 2022. Il testo è consultabile sul Quotidiano del Ministero della Giustizia, https://www.gnewsonline.it/riforma-penale-ecco-i-testi-bollinati/. In argomento, E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in www.sistemapenale.it, 30 agosto 2022.

[4] Si tratta della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, istituita con d.m. 16 marzo 2021. I testi della Relazione e dell'Articolato da essa presentati sono consultabili in *www.giustizia.it*. Sui lavori della Commissione, tra le altre, si vedano le opinioni di G. De Francesco, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia,* in www.lalegislazionepenale.eu, 23 agosto 2021; di A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 gennaio 2022; dello stesso G. Lattanzi, *A margine della "Riforma Cartabia"*, in *RIDPP*, Speciale "*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*", n. 1, 2022, 435 ss.; di F. Palazzo, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 luglio 2021; F. Palazzo, *I profili sostanziali della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8 settembre 2021; di D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15 giugno 2021; e di B. Romano, *La riforma del sistema penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 giugno 2021.

edittali ma, pur rappresentando un notevole progresso nella lotta alla congestione carceraria e nella restituzione di validità alla pena, operano nelle retrovie delle sanzioni sostitutive delle quali mirano ad allargare l'area applicativa potenziandone l'efficacia.
Sembra prevalere una logica di certezza della punizione del reato e non di inutile rigidità della pena (destinata peraltro a infrangersi contro gli intrecci di meccanismi sospensivi ed esecutivi) e sembra potersi intraprendere un processo "pedagogico" nei confronti della collettività, affrancando l'idea di sicurezza dalla necessità di carcere[5] che sinora ha fatto da base ad un sistema astrattamente punitivo ma nei fatti debole e scarsamente temibile.
Vero è che ognuna di queste "speranze" potrebbe verosimilmente essere spenta dalla crisi di Governo aperta a pochi mesi dalla scadenza del termine per la approvazione definitiva dei decreti legislativi delegati. Tuttavia, al di là del dato politico, la strada intrapresa sembra comunque un avvicinamento accettabile verso la soluzione decisiva, fermo restando che l'*optimum* rimane sempre la riformulazione dell'art. 17 del Codice penale, con la consegna al giudice, in prima battuta, di una gamma variegata di strumenti che gli consentano di "comporre" rapidamente ed efficacemente la pena, adattandola al reato e al condannato, e di avviare, senza tempi morti né inevitabili vanificazioni, l'opera di rieducazione che – inflessibile - veglia dalle righe dell'art. 27 della Costituzione[6].

2. Nella legge delega emergono, tra le altre, due direzioni significative[7]: oltre all'irrobustimento delle sanzioni sostitutive, figura la messa a regime degli strumenti di giustizia riparativa[8], presenti già nell'ordinamento sebbene in forma ancora sperimentale e disorganica[9].

Rispetto ai risultati della Commissione emergono, però, alcune significative differenze: si pensi alla estromissione dalle sanzioni sostitutive dell'affidamento in prova al servizio sociale ed alla disciplina complessiva della pena pecuniaria.

[5] Emerge stabilmente dalle dichiarazioni del Ministro della Giustizia, Cartabia, la profonda consapevolezza che si debba superare l'equazione pena-carcere. Come si legge, ad esempio, nella memoria consegnata dal Ministro alla Commissione Giustizia in occasione della sua audizione del 15 febbraio 2022, «la riforma […] prosegue lungo una linea già presente nel nostro ordinamento volta a radicare l'idea, costituzionalmente orientata, che la "certezza della pena" non è la "certezza del carcere": l'art. 27 della Costituzione, infatti, parla di "pena" non di "carcere"», in *www.archiviopenale.it.* Altrettanto nette sono state le posizioni espresse riguardo alla necessità di promuovere forme alternative di risposta al reato, come la sospensione del processo con messa alla prova e i meccanismi di giustizia riparativa (si veda quanto dichiarato durante l'audizione alla Commissione Giustizia del 15 marzo 2021, *https://webtv.camera.it/evento/17725*).

[6] Come osserva F. Palazzo, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 468, il ritorno alle pene sostitutive «dimostra che non siamo ancora maturi per compiere l'ultima tappa del processo di erosione della pena carceraria […] L'opzione legislativa a favore delle pene alternative *edittali* comporterebbe delle difficoltà di natura tecnica e sistematica di non poco momento poiché si tratterebbe […] di disciplinare l'"innesto" – per così dire - delle nuove pene sull'intera trama del sistema complessivo cui esse sono totalmente sconosciute». In argomento, anche C. Perini, *Le pene alternative edittali: il progetto e la politica criminale*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 279 ss.

[7] Art. 1, commi 17 e 18, della legge n. 134 del 2021.

[8] In argomento, tra gli altri, V. Bonini, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *PPG*, fasc. 1, 2022, 111 ss.; F. Helferich, *Le condotte riparatorie tra immancabile afflittività e potenzialità preventive. Un'indagine comparata*, in *RIDPP*, Speciale "*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*", n. 1, 2022, 321 ss.; A. Presutti, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 20 luglio 2022.

[9] Strumenti riparativi sono presenti, con fortune alterne, nel processo penale minorile (sul punto, si vedano anche le *Linee di indirizzo del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità in materia di Giustizia riparativa e tutela*

Si tratta di due posizioni nette a favore del superamento non solo della risposta carceraria al reato ma, ancora prima, della stessa risposta penale[10]. Dal canto loro, infatti, gli istituti di riparazione sono in grado di farsi interamente carico delle conseguenze derivanti dal reato e muovono da un presupposto diverso rispetto alla istanza afflittiva connaturata alla pena, ossia dalla possibilità dinamica di recupero e rigenerazione del tessuto relazionale lacerato dal fatto criminoso, evitando l'irrigidimento e l'amplificazione del solo momento della frattura prodotta dall'illecito, carichi di una staticità che mal si adatta alla naturale evoluzione dei rapporti umani.
Sul versante delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, la legge delega parte dai risultati della Commissione Lattanzi[11] che propone una revisione organica della loro disciplina alla luce di un bilancio decisamente fallimentare dei quarant'anni trascorsi dalla entrata in vigore della legge n. 689 del 1981 nei quali le pene sostitutive non hanno saputo concretamente incarnare la dichiarata finalità di contrasto all'effetto desocializzante delle pene detentive di breve durata[12]. Il dato impietoso sul quale decretare l'insuccesso è quello statistico che restituisce numeri decisamente imbarazzanti: nel 2021, due sole persone ammesse alla semidetenzione e solo 104 in esecuzione della libertà controllata su un totale di oltre 64.000 soggetti complessivamente ammessi a forme di esecuzione penale esterna[13].
Un destino altrettanto infelice è quello toccato alla pena pecuniaria sostitutiva, accessibile a pochi dopo la modifica del criterio di ragguaglio che, nel 2009, ha aumentato di oltre sei volte la quota giornaliera[14], e colpita dal recentissimo giudizio di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di eguaglianza e di finalismo rieducativo della pena[15].
L'obiettivo che la legge si prefigge è, dunque, una rivalutazione degli strumenti sostitutivi, attraverso modifiche sia strutturali che applicative al fine di assegnare loro un'area autonoma di operatività (non sovrapposta a quella già occupata da altri istituti sospensivi o alternativi più vantaggiosi per il condannato) e di dotarle di una sostanza "positiva" ed effettiva, così da

---

delle vittime di reato - maggio 2019, in *www.giustizia.it*.; nel procedimento penale davanti al giudice di pace; nella sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 *bis* Cp); nella estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-*ter* Cp).

[10] La legge delega non solo intende garantire la possibilità di accesso ai programmi di giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena ma richiede che questa possibilità operi senza preclusioni relative alla fattispecie di reato o alla sua gravità, dovendo invece essere legata solo al consenso libero e informato della vittima del reato e dell'autore del reato e alla positiva valutazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'utilità del programma (art. 1 co. 18 lett. *c* Legge n. 134 del 2021).

[11] Si veda il testo della *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435*, 63 ss., in www.giustizia.it.

[12] T. Padovani, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. *In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Milano 2002, 73 ss.

[13] A distanza di un anno, la situazione è rimasta inalterata: 5 soggetti in semidetenzione, 98 in libertà controllata: statistiche relative agli adulti in area penale esterna al 15 maggio 2022, in *www.giustizia.it*. In argomento, si veda A. Gargani, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 3 s.

[14] Si tratta della legge n. 94 del 15 luglio 2009 che ha modificato la disposizione dell'art. 135 Cp portando la quota giornaliera da € 38 a € 250. Le conseguenze critiche di questa riforma sono state sottolineate anche da C. cost., 11.2.2020 n. 15, in *www.giurcost.it*, che ha affermato come l'aumento della quota rende «eccessivamente onerosa per molti condannati la sostituzione della pena […] con il conseguente rischio di trasformare la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti».

[15] C. cost., 12.1.2022 n. 28, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 53, comma 2, l. 689/1981, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost, nella parte in cui prevede che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», anziché «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale».

rappresentare una alternativa reale ed utile al carcere evitando il rischio sempre più concreto di totale vanificazione della condanna.
Difatti, la "Riforma Cartabia" stravolge l'assetto delle sanzioni sostitutive lasciando in piedi il contenitore ed intervenendo profondamente sul contenuto. Degli istituti previsti dalla legge n. 689 del 1981 rimane solo la pena pecuniaria mentre scompaiono le evidentemente inservibili semidetenzione e libertà controllata. Nel catalogo entrano, invece, strumenti già noti ma inquadrati in altre aree dell'apparato sanzionatorio dove hanno dato prova di migliore riuscita: la detenzione domiciliare, la semilibertà e il lavoro di pubblica utilità[16].
Al contempo, si alza sino a quattro anni il limite di pena entro il quale si potrà operare la sostituzione, si elimina ogni preclusione connessa alla tipologia di reato; si esclude l'applicazione della sospensione condizionale alle sanzioni sostitutive, così da garantire loro effettività e certezza[17]; si incentiva il loro utilizzo per i casi di definizione del processo con il rito del patteggiamento, con evidente scopo di deflazione del carico giudiziario.
Infine, ma non per ultimo poiché il ruolo delle parole è tutt'altro che marginale in un'opera come quella della revisione del sistema sanzionatorio penale[18] in cui deve principalmente essere veicolato un messaggio culturale di superamento della centralità del carcere, nello schema di decreto figura un importante dato lessicale che spinge verso l'allargamento effettivo del catalogo delle pene: sebbene intervengano in funzione sostitutiva, i nuovi strumenti previsti sono denominati "pene"[19] ed il loro elenco viene inserito immediatamente nella parte generale del codice penale, a chiusura del Capo dedicato alle "specie di pene" (art. 20 *bis* Cp). Un segnale netto che senz'altro manifesta la volontà (seppur non supportata da sufficiente coraggio) di avvicinarsi verso il riconoscimento e l'accettazione sociale di pene diverse della reclusione carceraria, presupposti di una rieducazione autentica e della effettività della risposta al reato.

3. Il ricorso alle sanzioni sostitutive è legato a doppio filo alla necessità di perseguimento della finalità rieducativa della pena, sia in una prospettiva astratta che in una dimensione di fatto.
Gli istituti sostitutivi, già nella loro impronta genetica, sono contraddistinti dalla istanza di evitare l'effetto deleterio prodotto dalle pene detentive di breve durata: la loro introduzione nell'ordinamento italiano si colloca, infatti, in quello stesso solco già segnato dalla legge sull'Ordinamento Penitenziario del 1975 e si nutre delle medesime istanze che stimolarono, a partire dagli anni Settanta, i processi di riforma di molti sistemi sanzionatori europei, tra le quali

[16] Critico rispetto al risicato spazio destinato alle sanzioni sostitutive, G. Amarelli, *L'ampliamento delle sanzioni sostitutive*, cit., secondo cui si tratta di «uno spazio ricavato pur sempre sul fronte secondario della 'degradazione giudiziaria' o 'secondaria' della risposta punitiva edittale, piuttosto che su quello principale della degradazione legislativa o 'primaria' tramite scelte generali ed astratte connesse al disvalore ridotto di taluni reati».
[17] La inapplicabilità della sospensione condizionale alle sanzioni sostitutive è salutata con favore in dottrina, dal momento che proprio al meccanismo sospensivo si attribuiva la principale ragione di vanificazione dei meccanismi sostitutivi. In argomento, si veda E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 5: «La riforma Cartabia libera dunque le pene sostitutive dal mortale abbraccio della sospensione condizionale della pena: la sovrapposizione delle aree applicative della sospensione condizionale e della sostituzione della pena detentiva aveva infatti portato al fallimento applicativo delle sanzioni sostitutive quali previste dalla legge n. 689/1981».
[18] Sulla portata e sul significato della locuzione "sistema sanzionatorio penale", v. E. Dolcini, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 441. Lo ritiene un "sistema disintegrato", G. Lattanzi, *A margine della "Riforma Cartabia,* cit., 435.
[19] Di "pene sostitutive" parla anche la C. cost., 12.1.2022 n. 28, cit.

la consapevolezza dei rischi di una pena che per breve tempo impone il contatto tra il condannato e la realtà carceraria[20].
Il generale orientamento di sfiducia verso la pena detentiva breve era corroborato dalla tendenza, emersa nitidamente nelle moderne società liberali, ad attribuire natura di *extrema ratio* alla pena carceraria e a ricercare strumenti punitivi in grado di evitare l'alterazione del rapporto tra il soggetto e la comunità e capaci di recuperare il legame quando la rottura si era già verificata.
Si può affermare che la disciplina delle sanzioni sostitutive contenuta nella legge n. 689 costituì il primo vero tentativo di arricchire e rinvigorire il sistema sanzionatorio, attraverso la previsione di misure *effettivamente* diverse dalla carcerazione breve, di strumenti, cioè, forniti al giudice di cognizione proprio nella fase della scelta applicativa della pena e tali da estendere il catalogo a sua disposizione nella individuazione della sanzione più adeguata da applicare al reo[21]. La previsione delle pene sostitutive non già nella fase edittale ma in quella della applicazione giudiziale comportò la necessaria attribuzione di un notevole potere al giudice la cui centralità è riconosciuta anche dalla Riforma Cartabia che, a maggior ragione alla luce del nuovo assetto, espressamente richiede di "disciplinare conseguentemente il potere discrezionale del giudice nella scelta tra le pene sostitutive" (art. 1 co. 17 lett. *c*).
Proprio all'organo giudicante è infatti attribuita, secondo il testo del decreto, la responsabilità principale nell'attuazione del nuovo sistema, ovvero la valutazione della efficacia specialpreventiva della sanzione sostitutiva rispetto al singolo condannato, da compiersi sotto la duplice prospettiva della prevenzione della recidiva e della capacità di rieducazione.
Come è evidente, in questa previsione è contenuta, altresì, l'esplicita attribuzione di una funzione rieducativa alle sanzioni sostitutive, addirittura quale condizione di legittimazione per la loro applicazione. Il progetto di riforma appare quindi piuttosto ambizioso se, a maggior ragione, si tiene conto delle critiche mosse al vecchio impianto delle sanzioni sostitutive ritenute, a causa del loro contenuto piuttosto rigido, non pienamente funzionali ad ambire alla rieducazione del reo. La prevenzione speciale perseguita dalle sanzioni sostitutive, infatti, finiva per esplicarsi più in termini 'negativi' di intimidazione-ammonimento e 'neutri' di semplice *non desocializzazione*, piuttosto che 'positivi' di autentica *rieducazione*.
Pertanto, sterile sarebbe una riforma che subordina la sostituzione della pena al vaglio della potenzialità rieducativa se non prevedesse un arricchimento dei contenuti qualificanti delle singole sanzioni così da consentire al giudice di calibrare la pena alla complessiva situazione personale del colpevole. La rieducazione, nella sua più autentica e profonda dimensione che responsabilizza l'ordinamento insieme al reo, non è né può essere soltanto un dovere morale dello Stato che,

[20] In materia di sanzioni sostitutive, v., tra gli altri, E. Dolcini, C.E. Paliero, *Sanzioni sostitutive*, in *ED*, XLI, Milano 1989, 523 ss.; E. Dolcini, C.E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano 1989; F. Giunta, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi*, in *RIDPP* 1985, 481 ss.; G. Grasso, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *RIDPP* 1981, 1416 ss; F.C. Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *RIDPP* 1983, 826 ss.; T. Padovani, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena*, in *RIDPP* 1982, 445 ss.

[21] Qualche dubbio venne avanzato sulla natura giuridica delle sanzioni sostitutive. L'orientamento prevalente propendeva per l'attribuzione a tali strumenti di una natura strettamente penale, posto il loro autentico contenuto sanzionatorio e la loro autonomia logica e normativa rispetto alla classica pena detentiva (per tutti, F. Mantovani, *Diritto penale, Appendice di aggiornamento*, Padova 1983, 25; P. Nuvolone, *Pena (dir. pen.)*, in *ED*, XXXII, 1982, 797 ss.). Non mancarono opinioni che ritennero le pene sostitutive riconducibili al più ampio contesto degli istituti sospensivi, poiché l'applicazione della sanzione sostitutiva determinerebbe una sospensione della pena detentiva breve, caratterizzata dalla possibile reviviscenza della sanzione originariamente irrogata (ad esempio, T. PADOVANI, *Sanzioni sostitutive*, cit., 445).

immobile, attende il condannato alla fine di un percorso che gli si lascia compiere in solitudine. Essa, piuttosto, deve essere una destinazione che gli viene incontro, frutto di una offerta capace di attivare la "rieducabilità" del soggetto.

4. Se le sanzioni sostitutive possono essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato (art. 1 co. 17 lett. c l. 134/2021), esse stesse per prime devono possedere una ontologica potenzialità rieducativa, per struttura e funzionamento, e tanto più saranno utilizzabili quanto più la loro natura contenga i presupposti per poter condurre al positivo recupero sociale del reo, non potendosi pretendere che l'effetto rieducativo derivi *sic et simpliciter* dal mancato ingresso del soggetto nell'istituto penitenziario.
Non può negarsi però che, nel novero delle sanzioni sostitutive previste dalla riforma, non tutte possiedono la stessa attitudine alla rieducazione[22]: si pensi alla pena pecuniaria, della quale è stata a più riprese messa in dubbio la stessa compatibilità con il concetto di "pena" costituzionale, data la sua pretesa incapacità ontologica di assolvere alla funzione rieducativa[23], oltre alla coerenza rispetto al principio di eguaglianza[24] dal momento che gli aumenti delle quote giornaliere la rendono un "privilegio" per pochi[25].
La prospettiva certamente muta in relazione ad uno dei nuovi strumenti sostitutivi, la detenzione domiciliare, mutuata dall'area delle misure alternative alla detenzione. Tuttavia, anche in questo caso prevale una dimensione statica della sanzione, il cui contenuto "positivo" coincide con il mantenimento delle dinamiche relazionali e delle principali componenti di affettività. Nella disciplina dell'istituto contenuta nella legge sull'Ordinamento Penitenziario, non compaiono infatti elementi di effettiva rieducazione del condannato e, sebbene siano contemplati interventi del servizio sociale (art. 47-ter co. 4 Op), non si rintraccia alcun trattamento rieducativo[26].
Diverso è il discorso relativo alla semilibertà. Qui la connotazione rieducativa è marcata poiché, secondo la norma che la regola (art. 48 Op), elemento imprescindibile per l'ammissione del

[22] In argomento, C. F. Grosso, *Funzione rieducativa della pena e pene pecuniarie*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova 1972, vol. II, 779 ss. Più ampiamente, si veda L. Goisis, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano 2008; più recentemente, in prospettiva di riforma, L. Goisis, *La pena pecuniaria nella recente riforma della giustizia penale: una valorizzazione da perfezionare*, in *RIDPP*, Speciale "*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*", n. 1, 2022, 297 ss.
[23] La questione venne presentata già negli anni Sessanta davanti alla Consulta e allora risolta da una pronuncia che salvò la compatibilità della pena pecuniaria con l'art. 27 Cost. pur lasciando trasparire una obiettiva difficoltà a riconoscerle una finalità rieducativa ma argomentando a favore di una concezione polifunzionale della pena che non rendeva incompatibili con il dettato costituzionale quelle sanzioni che non possedevano una connotazione marcatamente rieducativa (C. cost., 12.2.1966 n. 12, in *GiurCos* 1966, 151).
[24] Recentemente, la Corte costituzionale è tornata sulla compatibilità della pena pecuniaria sostitutiva con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. a causa dell'innalzamento della soglia minima della quota di conversione che, nei fatti ha trasformato «la sostituzione della pena pecuniaria in un privilegio per i soli condannati abbienti» (così, C. cost., 16.1.2020 n. 15, in *www.giurcost.it*) ed ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 53, comma 2, della legge n. 689 del 1981 (C. cost., 1.2.2022 n. 28, in *www.giurcost.it*).
[25] Le proposte della Commissione Lattanzi, recepite dalla Legge n. 134 del 2021, sono, infatti, tese a superare questa diseguaglianza attraverso una rideterminazione del valore giornaliero minimo «in modo tale da evitare che la sostituzione della pena risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, consentendo al giudice di adeguare la sanzione sostitutiva alle condizioni economiche e di vita del condannato».
[26] Recentemente, sul tema, v. A. Costantini, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale superamento del paradigma carcerocentrico?*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 309 ss.

condannato al regime è lo svolgimento di attività comunque utili al reinserimento sociale. La disposizione si riferisce in primo luogo alle attività "lavorative ed istruttive" (ritenendo, dunque, queste intrinsecamente idonee a consentire al soggetto il ristabilimento di una ordinaria ed accettabile convivenza sociale), tuttavia non ha preteso di compiere una elencazione tassativa ed ha altresì introdotto un richiamo generico a tutte quelle altre attività che possano, in qualsiasi modo, condurre il soggetto sottoposto alla misura ad un recupero della sua dimensione sociale.
Deve trattarsi di "attività con finalità altruistiche o, comunque, idonee a dimostrare il superamento delle pulsioni personali, di solito egoistiche, che hanno determinato il soggetto a delinquere"[27] e capaci di assorbire, per il tempo di dimissione dall'istituto, "la sfera comportamentale del condannato in senso utile e conferente al riadattamento alla normale e corretta vita di relazione"[28].
La valutazione in termini di potenzialità rieducative raggiunge il suo apice rispetto all'ultima delle 'nuove' sanzioni sostitutive previste dalla Riforma Cartabia: il lavoro di pubblica utilità. Si tratta di uno strumento estremamente poliedrico e versatile che, nel tempo, si è prestato ad una utilizzazione trasversale, assumendo tra l'altro nature giuridiche molto diverse a seconda del suo ambito applicativo[29].
L'attitudine fortemente rieducativa del lavoro di pubblica utilità è *in re ipsa* oltre ad essere esplicitamente testimoniata, se mai ve ne fosse stato bisogno, dalla più recente scelta legislativa che lo ha riguardato, ovvero il suo espresso inserimento, ad opera della legge n. 124 del 2018 tra gli elementi principali del trattamento rieducativo del detenuto.

5. L'impiego del lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva "ad ampio spettro" risale già ai lavori della Commissione Pagliaro che, nei primissimi anni Novanta, aveva proposto che il giudice potesse sostituire la condanna a una pena detentiva breve anche con il lavoro di utilità sociale[30]. L'istituto fece stabilmente parte anche dei successivi progetti di riforma, ora in veste di sanzione sostitutiva, ora in quella di pena principale "prescrittiva"[31].

---

[27] In questo senso, Cass. 3.10.1997, in *CP* 1997, 256.
[28] Così M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2010, 320.
[29] Per un riepilogo dell'evoluzione del lavoro di pubblica utilità, sia consentito il rinvio a T. Travaglia Cicirello, *La 'nuova' frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria",* in *RIDPP*, 2006, fasc. 4, 1335 ss. L'istituto è attualmente: *sanzione di conversione* di una pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato (l. 689 del 1981); *sanzione accessoria* per alcune fattispecie incriminatrici tema di discriminazioni razziali etniche o religiose (l. 205 del 1993); *pena principale* per i reati attribuiti alla competenza del giudice di pace (d. lgs n. 274 del 2000); *obbligo* che accompagna la sospensione condizionale della pena (art. 165 Cp); *sanzione sostitutiva* della pena detentiva prevista per alcuni reati in materia di stupefacenti (l. 49 del 2006); *sanzione amministrativa accessoria* per alcune fattispecie in materia di circolazione stradale (l. 102 del 2006); di nuovo, *sanzione sostitutiva* della pena detentiva o pecuniaria per i reati stradali previsti dagli artt. 186, comma 9 *bis*, e 187, comma 8 *bis*, del Codice della Strada (l. 120 del 2010); *obbligo* al quale subordinare la concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (art. 168 *bis* Cp, inserito dalla l. 67 del 2014) e, infine, *elemento del trattamento rieducativo* del detenuto (art. 20 *ter* Op., introdotto dal d. lgs. 124 del 2018).
[30] Art. 43 della proposta di articolato presentata dalla Commissione per la riforma del Codice penale presieduta da Antonio Pagliaro (d.m. 8 febbraio 1988). Il testo della relazione e della proposta di articolato può essere consultato in *www.giustizia.it*.
[31] Sulla stessa scia della sanzione sostitutiva proseguì, dieci anni dopo, la Commissione Grosso (art. 61 dell'Articolato). Natura di pena principale prescrittiva venne invece attribuita dalle Commissioni Nordio, Pisapia e Palazzo (v., *supra*, nota 1).

Proprio la prova della sua efficacia e certezza, soprattutto con riferimento alle violazioni del codice della strada e alla sospensione del procedimento con messa alla prova[32], ha condotto il legislatore della riforma a volerlo prevedere come sanzione sostitutiva *tout court*.
I pregi del lavoro come sanzione penale sono senz'altro evidenti e vanno ricondotti alla sua genetica predisposizione a incarnare, meglio di ogni altro strumento punitivo, le più autentiche istanze di rieducazione, intesa come sintesi tra il percorso di recupero compiuto dal condannato e la sua ri-accettazione "a pieno titolo" nel tessuto sociale, come nuovo incontro tra la collettività e l'autore del reato, entrambi modificati dall'esperienza del fatto illecito ma capaci di trovare un nuovo equilibrio su istanze comuni.
Del resto, il valore intrinseco che il lavoro, come entità, possiede nel nostro ordinamento è di palmare evidenza, dal momento che esso è collocato addirittura a fondamento della Repubblica, trovando posto nel primo comma del primo articolo della Costituzione. È, dunque, sul lavoro che si regge l'intero sistema costituzionale ed è il lavoro che qualifica i tratti fisionomici della Repubblica democratica italiana.
Basterebbe questa semplice constatazione per dimostrare la centralità positiva che l'impiego di energie umane destinato alla produzione di risultati utili possiede per la comunità, corroborata dall'impegno imperativo che lo Stato espressamente si impone di tutelare il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35 Cost.).
Emerge evidentemente una qualificazione positiva e nobilitata del lavoro che, a partire dal 1948, ha intriso tutta la cultura giuridica e sociale e ha conferito allo svolgimento di un'attività lavorativa pregio, rispettabilità, valenza simbolica e dignità pubblica.
È sotto questa luce che va inquadrata la pena-lavoro per poterne cogliere le enormi potenzialità rieducative "a doppio senso": sia come strumento che consente al condannato di rendersi utile a quella società i cui equilibri ha violato con la commissione del reato, mettendosi al servizio di tutti; sia come chiave capace di attivare la predisposizione positiva della comunità ad accogliere nuovamente l'autore del fatto criminoso che - con i fatti - le ha dimostrato la sua volontà di recuperare il rispetto dei valori fondamentali e dei doveri di solidarietà sociale[33] nonché di ricomporre il conflitto[34].
Può ben dirsi che si è del tutto e definitivamente ribaltato lo spirito del regolamento penitenziario di Rocco[35], in cui il lavoro era considerato una modalità per aggiungere afflizione alla espiazione carceraria. Lo svolgimento di una attività di pubblica utilità, in aggiunta o sostituzione alla pena detentiva, è ormai una delle colonne della rieducazione[36], una modalità 'gradita' anche alla popolazione detenuta la cui domanda, però, non riesce ad essere coperta dalla offerta[37].

---

[32] I dati sono quelli forniti dal Ministero della Giustizia, nelle statistiche relative agli adulti in area penale esterna al 15 aprile 2021, *in www.giustizia.it*.
[33] La solidarietà sociale che trova direttamente posto in Costituzione si compendia nel principale dei doveri del cittadino, ovvero quello di non commettere reati. Si veda, in argomento, quanto osservato da G. De Vero, *Corso di diritto penale*, Torino 2020, 182: «L'autentica e primaria relazione ravvisabile da un punto di vista costituzionale tra il reato ed il suo (potenziale) autore è che il primo costituisca oggetto di un *dovere inderogabile di astensione* da parte del secondo. Tale dovere è a sua volta agevolmente riconducibile all'ambito dell'art. 2 Cost., risultando sovraordinato ai (o riassuntivo dei) particolari doveri di solidarietà qui richiamati».
[34] Su questa fruttuosa biunivoca corrispondenza, v. anche A. Di Martino, *D. lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace. Commento agli artt. 52-59*, in *LP* 2001, parte II, 262;
[35] R. D. n. 787 del 1931, "Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena".
[36] Il d. lgs. n. 124 del 2 ottobre 2018 ha introdotto l'art. 20 *ter* nella legge n. 354 del 26 luglio 1975, disciplinando il lavoro di pubblica utilità per i detenuti e gli internati
[37] È quanto emerge dal XVIII rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione: *Il carcere visto da dentro*, in *www.antigone.it*.

5.1. Se si è finora posto l'accento sulla idoneità del lavoro a rispondere alla finalità costituzionale espressa della pena, quella rieducativa, ciò non implica però la sua neutralità rispetto alle altre componenti della complessiva funzione della sanzione penale. Anzi, nella struttura della pena-lavoro possono agevolmente rintracciarsi elementi funzionali sia alle restanti istanze della prevenzione speciale, sia agli obiettivi della prevenzione generale e della retribuzione.
La imposizione di una prestazione lavorativa contiene, senz'altro, una dimensione afflittiva derivante dalla limitazione della libertà personale del condannato, tenuto a subire un condizionamento nelle sue libere scelte di impiego del tempo.
Sebbene si tratti di una sofferenza meno marcata rispetto alla privazione di libertà da scontare in un istituto penitenziario, l'obbligo di lavoro è tuttavia una costrizione che può sufficientemente sostanziare quella dimensione retributiva (purtroppo) necessaria alla collettività per sentire appagata quella esigenza di punizione di ancestrale ma inestirpabile radice.
La capacità del lavoro di pubblica utilità di declinarsi fruttuosamente sotto le desinenze delle altre funzioni della pena deriva dalla tangibilità della sua applicazione che gli permette di sortire l'effetto di intimidazione sia speciale che generale. Il condannato fa esperienza di una afflizione, sia pur di contenuto positivo, e la collettività percepisce la effettività della sanzione, quella certezza della risposta punitiva che, sola, può tranquillizzare i bisogni collettivi di sicurezza e di presenza dello Stato e al contempo distogliere dalla commissione del reato.
Il lavoro diventa dunque un mezzo affidabile e valido di controllo sociale, capace di rispondere ai bisogni punitivi e, al contempo, di condurre verso un punto di sintesi le esigenze di certezza della pena e le istanze rieducative; potrebbe rappresentare la sanzione ideale per larghe fasce di criminalità, soprattutto se l'attività lavorativa viene strutturata in correlazione con la tipologia di illecito commessa dal condannato.

6. Il limite all'applicazione della pena-lavoro discende da una condizione imposta dalla legge: il consenso del condannato.
Si tratta di vincolo "naturale" perché inevitabilmente nessuno può essere materialmente obbligato a compiere un'attività se non decide autonomamente di svolgerla, a meno che non si tratti di "lavori forzati"[38]. Ben si può, infatti, condannare il soggetto a una condizione passiva, come la detenzione, a prescindere dal suo consenso ma non è possibile condannarlo alla prestazione di una opera attiva. Del resto, se si forzasse l'esecuzione del lavoro, verrebbero meno tutti i benefici appena passati in rassegna dal momento che si introdurrebbe nella sanzione un elemento di inaccettabile violenza contrario sia ai principi costituzionali e a quelli di ogni Stato moderno.
Ci si trova di fronte a due esigenze contrastanti: l'opportunità di estendere l'area applicativa del lavoro di pubblica utilità e, al tempo stesso, la necessità di lasciarne inalterate le potenzialità autenticamente rieducative. Pertanto, nonostante le molte considerazioni che possono essere compiute in ordine alla previsione del consenso, rispetto alla cui obbligatorietà notevoli riserve

[38] L'art. 1.1 della Convenzione sul lavoro forzato, n. 29 del 1930, del *Bureau International du Travail* stabilisce che gli Stati membri si impegnano «ad abolire nel più breve termine possibile l'impiego del lavoro forzato o obbligatorio in tutte le sue forme», in *www.ilo.org*. All'art. 2.1 si precisa, poi, che: «il termine lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente». Dal canto suo, l'art. 4.2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 stabilisce che «Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio».

possono legittimamente avanzarsi, non si ritiene attualmente percorribile la via della eliminazione *tout court* di un riferimento ad esso nella disciplina dell'istituto[39].
Le motivazioni più plausibili a favore della necessità del consenso si sganciano, però, dagli aspetti formali - data la non disagevole superabilità logico-normativa del divieto di lavoro forzato[40] - per attenere a quelli sostanziali direttamente connessi alla funzione rieducativa della pena che non può essere imposta ma solo offerta al condannato che liberamente ne accetterà il percorso. Pertanto, ogni elemento di forzatura minerebbe il potenziale rieducativo della pena/lavoro.
Nemmeno questa considerazione risulta, in verità, insuperabile se si pone l'accento su un aspetto probabilmente più paternalistico ma certo non trascurabile del complessivo assetto operativo della sanzione penale. Se è vero che il processo rieducativo richiede la partecipazione attiva e disponibile del condannato, la mancata accettazione di una sanzione "attiva" determinerebbe un'amplificazione del rifiuto (poiché non si tratterebbe solo di un rifiuto a un *pati* – quale la "semplice" detenzione – bensì di un rifiuto a un *pati-facere* – ossia la sopportazione dello svolgimento di un'attività – quindi, in definitiva, un doppio e più resistente rifiuto), tuttavia il rapporto con una pena intrinsecamente rieducativa (quale si è dimostrato essere il lavoro di pubblica utilità), il contatto con uno strumento che contiene un potenziale alto di recupero per il condannato determina, si potrebbe dire, una relazione forzata con la rieducazione che -conducendo a farne concreta esperienza - potrebbe spingere il condannato a lasciarsi permeare dalla sua efficacia e dal suo obiettivo valore educativo, incomparabilmente superiore a quello di una sanzione carceraria intrinsecamente desocializzante (che, invece, viene ordinariamente imposta senza necessità di previo consenso).

7. Le considerazioni appena condotte relative alla "ridimensionabilità" del ruolo del consenso nella applicazione del lavoro di pubblica utilità sembrano, però, scontrarsi frontalmente con l'assetto tracciato nello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri e che – in materia di consenso - pare addirittura eccedere i limiti della delega, dirigendosi nettamente verso una soluzione ipergarantista ed in parziale controtendenza rispetto al dichiarato obiettivo di "diversificare e rendere più effettive e tempestive le pene"[41].
Invero, anziché minimizzarne l'impatto con riferimento al lavoro di pubblica utilità (la sola sanzione sostitutiva per la quale la legge delega, e prima la Commissione Lattanzi, avesse espressamente previsto l'adesione del condannato), il Governo decide invece di richiedere il consenso anche per le altre sanzioni sostitutive ad esclusione della pena pecuniaria.

---

[39] Ciò trova piena conferma nella linea seguita dal Governo per la redazione dello Schema di decreto attuativo della legge delega n. 134/2021: v. *infra*, par. 7

[40] Va notato, infatti, che nemmeno i testi convenzionali prima richiamati possono costituire un divieto "assoluto" di prestazione di lavoro senza consenso da parte del condannato, dal momento che si afferma chiaramente in entrambi che non rientra nel concetto di lavoro forzato quel lavoro o servizio richiesto a persona legittimamente condannata, per i quali dunque non è richiesto il consenso (Art. 2.2. Convezione n. 29/1930; art. 4.3. Convenzione EDU). Ancora, lo stesso art. 23 della Costituzione vieta le prestazioni non imposte dalla legge, confermando di conseguenza che la legge possa invece imporre la prestazione. Da ciò può, argomentarsi che se la prestazione di un *facere* può essere disposta dalla "semplice" legge, *a fortiori* essa possa essere disposta dalla legge penale che, per natura, è abilitata a incidere in maniera profonda sulla libertà personale del soggetto. Infine, basti guardare all'esperienza connessa alla legge n. 102 del 2006, nella quale per i delitti colposi commessi con violazione delle norme del codice della strada il giudice può disporre la sanzione del lavoro di pubblica utilità, in veste di "sanzione amministrativa accessoria, senza bisogno di consenso del condannato.

[41] Così si legge nella *Relazione Illustrativa* allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, 8, in *www.gnewsonline.it*.

Sebbene, infatti, nelle norme principali di modifica al Codice penale e alla legge n. 689 del 1981 (art. 20 *bis* Cp. e art. 53 l. 689/1981) sembri non essere prevista alcuna condizione per l'applicazione delle "pene sostitutive delle pene detentive brevi", la loro disciplina – contenuta nelle nuove norme del codice di rito – rivela, invece, una realtà del tutto differente, caratterizzata da formalità e vincoli stringenti al giudice nell'esercizio del suo potere sostitutivo.
Il nuovo art. 545 *bis* Cpp, nel regolare l'attività di sostituzione della pena ad opera del giudice della cognizione, ne subordina l'esercizio ad una insuperabile condizione che non investe solo il lavoro di pubblica utilità ma si estende anche alle due pene sostitutive più significative (la detenzione domiciliare e la semilibertà): ossia, che l'imputato vi acconsenta personalmente o a mezzo di procuratore speciale[42].
La previsione normativa lascia quantomeno sorpresi se si tiene conto del fatto che in nessuna parte della delega, né nei lavori della Commissione di studio, né ancora nella pregressa esperienza maturata nel campo delle sanzioni sostitutive o nelle elaborazioni dottrinali in argomento, si rinviene un riferimento all'ampliamento dell'area del consenso quale presupposto della applicazione di sanzioni diverse dal lavoro di pubblica utilità (a sua volta, fondato sulle già esposte esigenze di divieto di lavoro forzato).
Pertanto, dalla espressa indicazione contenuta nella legge delega nella quale si parlava *solo* di "non opposizione"[43] del condannato e *solo* in relazione al lavoro-pena, si passa inaspettatamente alla necessità di preventivo, formale e discrezionale consenso del condannato per ciascuna delle sanzioni sostitutive che implicano una immediata incidenza sulla libertà personale.
In più, dalla lettura della relazione di accompagnamento al decreto, emerge una concezione particolarmente rigida del consenso, che oltrepassa evidentemente l'area di significato della mera "non opposizione"[44] (potendo a questa ben riconoscersi una portata "minima", soddisfatta anche dalla inerzia del condannato) e arriva a diventare equivalente di una rigorosa autorizzazione, un "atto personalissimo dell'imputato, da manifestare in modo esplicito"[45].
Addirittura, con riferimento all'assenso al lavoro di pubblica utilità, il legislatore delegato si spinge ancora oltre, ritenendo "necessario" che esso assuma delle forme *vincolate*, "coerenti" a quelle previste per la rinuncia all'impugnazione, facendo leva sul fatto che la condanna al lavoro sostitutivo implica la inappellabilità della sentenza di primo grado. Pertanto, oltre a non bastare la mera inattività dell'imputato, dovrebbero essere necessari la forma scritta, l'indicazione di elementi univoci, particolari modalità di presentazione e trasmissione[46].

---

[42] Art. 545 *bis* Cpp nel testo provvisoriamente approvato: "Quando è stata applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni e non è stata ordinata la sospensione condizionale, subito dopo la lettura del dispositivo ai sensi dell'articolo 545, il giudice, se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con una o più delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689, ne dà avviso alle parti. Se l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, acconsente alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria, ovvero se può aver luogo la sostituzione con detta pena, il giudice, sentito il pubblico ministero, se non è possibile decidere immediatamente, sospende il processo e i termini fissati per il deposito della motivazione e fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente".
[43] Art. 1 co. 17, lett. *e* della l. 27 settembre 2021, n. 134.
[44] Si veda, *infra*, par. 8.
[45] *Relazione Illustrativa*, cit., 255. Espressamente, infatti, qui si afferma che «non è sufficiente un consenso o una "non opposizione" desunta dalla mera inerzia dell'imputato o del suo difensore, in ragione della rilevanza delle conseguenze che gravano sul condannato».
[46] Si veda l'art. 589 Cpp che, a sua volta, rinvia agli artt. 581, 582 e 583 Cpp per forme e modalità della presentazione della impugnazione.

Ancora, la inedita previsione del consenso esplicito anche per l'applicazione delle altre pene sostitutive viene giustificata alla luce di una presunta coerenza sistematica e del rischio di possibili eventuali disparità di trattamento tra chi, condannato a pena non sostituita, potrà presentare istanza di affidamento in prova al servizio sociale e chi, condannato a pena sostituita - data la nuova immediata esecutività della sentenza dovuta alle ricordate ragioni di celerità ed effettività della pena - si vedrebbe privato della stessa possibilità di accesso immediato alla sanzione alternativa.
E non è finita. Secondo la visione del legislatore delegato, all'imputato sarebbe riconosciuta una piena e discrezionale libertà di selezione tra le pene sostitutive alle quali acconsentire, potendo scegliere dal *menu* quelle che preferisce e rifiutare quelle meno apprezzate, così da presentare al giudice una lista di gradimento dalla quale quest'ultimo potrà attingere, se le istanze di rieducazione lo consentono, la pena definitiva da applicare.
Ne viene fuori un sistema sanzionatorio sostitutivo anomalo o quantomeno singolare, che perde i caratteri tradizionali sia delle pene edittali che delle sanzioni sostitutive per acquisire quelli delle misure alternative con le quali è chiaramente ibridato e delle quali costituisce una anticipazione alla fase della cognizione[47], condizionando in primo luogo l'applicazione della sanzione diversa da quella carceraria alla richiesta (perché in definitiva di richiesta si tratta) del condannato (così come accade per le alternative alla detenzione che partono dalla istanza dell'interessato, poi sottoposta alla valutazione del giudice).
In buona sostanza, emerge un sistema che, più che essere fruttuosamente incentrato sul condannato, appare quasi a lui *assoggettato*, modellato da un legislatore troppo preoccupato di compiacerne ogni sfumatura di volontà, tanto da concepire l'imposizione di vincoli non richiesti al potere sostitutivo del giudice e la sua subalternità rispetto alla volontà dell'imputato. Una sorta di sistematico "patteggiamento" delle sanzioni sostitutive…
Un tale assetto, tuttavia, depotenzia gli obiettivi dichiarati e ribaditi di diversificazione delle pene[48] restituendo l'immagine di un riformatore timido che, pur trovandosi tra le mani un'occasione formidabile di cambiamento, non trova la forza di osare e imporsi (anzi, addirittura, arretra ulteriormente rispetto alle prescrizioni della delega) e perde la *chance* di arricchire autenticamente il catalogo delle pene a disposizione del giudice della cognizione, declinando ancora una volta il sistema delle sanzioni in chiave carcerocentrica.
Difatti, la sanzione carceraria resta l'unica tra quelle direttamente limitative della libertà personale a poter essere disposta al di fuori di schemi consensuali, reiterando così nuovamente le logiche di primazia della prigione nella percezione culturale della risposta al reato.
Le sanzioni sostitutive, quindi, da un punto di vista sistematico non sembrano ricoprire un ruolo migliore e maggiore di quello svolto sinora e la loro più frequente applicazione potrà discendere solo da una positiva volontà di collaborazione dell'imputato, disposto a rispondere favorevolmente all'avviso che il giudice darà alle parti, a seguito della lettura del dispositivo, circa la presenza delle condizioni per sostituire la pena (nuovo art. 545 *bis* Cpp).

---

[47] Nella *Relazione Illustrativa*, cit., è pacifica la considerazione per cui la riforma realizza una anticipazione dell'alternativa al carcere all'esito del giudizio di cognizione.
[48] Lo stesso Ministro della Giustizia, aprendo i lavori del IX Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Roma, 19/20 novembre 2021), aveva chiaramente affermato che «l'intervento riformatore delegato al Governo, che ritengo di importanza fondamentale per il sistema sanzionatorio, è quello in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi. […] È un'importante svolta: pene diverse dal carcere fanno ingresso nel *set* degli strumenti sanzionatori del giudice di cognizione sotto forma di pene sostitutive»: M. Cartabia, *Apertura dei lavori*, in *RIDPP*, Speciale "*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*", n. 1, 2022, 202 s.

7.1. Pur apprezzando tutte le esigenze di garanzia elencate dal legislatore delegato, si fatica a comprendere l'eccesso di cautela, quasi timoroso, nei confronti del condannato, alla cui volontà il giudice deve sottostare prima di poter decidere circa la sostituzione della pena. Al contrario, si sarebbe potuta condurre una migliore e più convinta "campagna" promozionale dei nuovi strumenti punitivi strettamente agganciata al comando dell'art. 27 co. 3 Cost.
Vero è che l'obiettivo primario dell'attribuzione del potere sostitutivo è il conseguimento della rieducazione, che va rapportato sia all'*an* sia al *quomodo* della sostituzione[49], e vero è che la finalità rieducativa richiede una partecipazione volontaria e consapevole del condannato, nondimeno sembra che imbrigliare tanto l'esercizio del sostitutivo, "chiedendone il permesso" al condannato, non sia neppure funzionale al raggiungimento dell'obiettivo.
Pertanto, una soluzione differente poteva essere proposta dal legislatore operando su due fronti: uno quantitativo e uno qualitativo. In primo luogo, si sarebbe potuto sfruttare il dato formale della legge delega, non estendendo il consenso alle sanzioni sostitutive diverse dal lavoro di pubblica utilità; in seconda battuta, anche sul fronte della pena-lavoro, se ne sarebbe potuta rivedere l'impostazione, restringendo il più possibile la sua incidenza.
Partendo dalle considerazioni svolte in ordine all'intrinseco valore rieducativo del lavoro di pubblica utilità[50] e, pur ammettendo che materialmente non possa prescindersi dall'adesione del condannato quantomeno nella fase "operativa", una soluzione praticabile per depotenziare la centralità del consenso poteva essere trovata mutandone la collocazione e il ruolo, nella valorizzazione del testo normativo che richiedeva semplicemente la "non opposizione" del condannato.
Di conseguenza, sarebbe potuta mutare la prospettiva per tutte le sanzioni sostitutive e per il lavoro in particolare: prevederle come paradigma generale e di immediata risposta al reato, qualora dall'analisi della situazione concreta il giudice avesse ritenuto utile la loro applicazione in funzione rieducativa, senza previa acquisizione di assenso (o, peggio, di permesso) da parte del condannato.
L'intervento del condannato, senza pregiudizio alcuno per le sue garanzie, si sarebbe potuto collocare in una fase successiva e declinare in una modalità differente, ovvero come non opposizione o, specularmente, dissenso espresso ad una sanzione (soprattutto se si tratta di lavoro) che lo Stato, sulla base di elementi obiettivi e convergenti, ritiene come particolarmente idonea alla rieducazione, contribuendo così a realizzare quel condizionamento *culturale* indispensabile per orientare l'opinione sociale in materia di sanzioni e superare autenticamente la centralità carceraria.
In altri termini, anziché attribuire rilievo dirimente al consenso preventivo del condannato, eccessivamente tutelato nella forma e nel contenuto, si sarebbe potuto senza danno ribaltare la prospettiva: spostare l'attenzione sullo speculare profilo del dissenso e della opposizione e assegnare valore e significato a queste manifestazioni di volontà del reo nella complessiva valutazione della sua rieducabilità.
Impostando lo schema sul rapporto regola (sanzione sostitutiva e, in prima battuta, lavoro di pubblica utilità) – eccezione (dissenso del condannato), si sarebbe fatta comunque salva la volontà

[49] La finalità rieducativa quale filo conduttore della sostituzione della pena è chiaramente espressa nel nuovo art. 58 della legge n. 689 del 1981, "Potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive" che, appunto, chiede al giudice di decidere su un duplice fronte: se, in base alla concreta situazione del reo, la pena sostitutiva risulta più idonea alla rieducazione del condannato e alla prevenzione della recidiva rispetto alla pena carceraria classica e quale pena sostitutiva, tra quelle possibili, appare più adatta alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato. In argomento, v. E. Dolcini, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 15.
[50] V. *supra*, parr. 5 e 5.1.

del condannato di non subire l'imposizione coatta di una prestazione di *facere* e, al contempo, sarebbe stata evidente la posizione dell'ordinamento, finalmente promotrice di un modello di sanzione davvero alternativa al carcere che - ancorandosi direttamente al dettato dell'art. 27 co. 3 Cost. – mostrasse fondata diffidenza rispetto a chi non volesse accettare l'imposizione di una sanzione intrinsecamente connotata da alto potenziale rieducativo.
Pur nel rispetto delle garanzie, anziché spianare la strada al condannato perché si opponga alla sanzione sostitutiva (e al lavoro in primo luogo), si sarebbe così resa *legittimamente* meno agevole una scelta contraria alla sostituzione, facendo gravare sul reo la responsabilità - quantomeno morale – di un rifiuto esplicito e immotivato (perché non sorretto da valide motivazioni giustificanti) all'applicazione di una sanzione diversa da quella carceraria (e del lavoro in primo luogo).
Una volontà legislativa coraggiosa si sarebbe potuta spingere fino alla inclusione del rifiuto tra gli indici valutabili ai fini della prognosi rieducativa del condannato. Quantomeno avrebbe dovuto avere una conseguenza in termini di positiva valutazione della rieducazione. In altre parole, anziché caricare di formalità il consenso, si sarebbe dovuto caricare di formalità il dissenso, così da sostenere anche simbolicamente, senza nulla stigmatizzare, che va espressa una volontà contraria forte per opporsi (soprattutto) al lavoro ed (anche) alle altre pene sostitutive.
Con la scelta del legislatore delegato, invece, l'ordinamento rischia di veicolare un messaggio fuorviante, avallando – a dispetto delle intenzioni apparentemente ribadite – la convinzione che la sanzione sostitutiva non sia la via maestra bensì l'*extrema ratio*, da attivare qualora si acquisisca la concessione da parte del condannato, dettagliatamente ed esplicitamente formalizzata.

8. Qualche elemento di riflessione sulla portata e sulla prospettiva del consenso nella prestazione del lavoro di pubblica utilità può essere fornito dalla giurisprudenza formatasi sulla questione relativa alla possibilità per il giudice, nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, di subordinare d'ufficio, in mancanza di esplicito assenso dell'imputato, la sospensione condizionale della pena ad uno degli obblighi previsti dall'art. 165 co. 1 Cp. [51] e, in particolare, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività[52].
Le pronunce non riguardano direttamente l'imposizione del lavoro di pubblica utilità, bensì la necessità del consenso come presupposto generale del patteggiamento che non può prescindere dall'accordo delle parti, nondimeno le posizioni che emergono nella giurisprudenza di legittimità consentono di trovare spunti utili alla dimostrazione della non imprescindibilità del consenso esplicito e formale per l'applicazione del lavoro-pena e alla valorizzazione di un mutamento di prospettiva rispetto al ruolo dell'adesione del condannato ancorato al concetto di "non opposizione" (il medesimo vincolo che figura nella legge delega).
Si tratta di una questione che, recentemente, ha comportato l'intervento delle Sezioni Unite[53], tuttavia, a prescindere dalla soluzione offerta dai giudici che hanno avallato una posizione più

[51] Sul contenuto della sospensione, A. Della Bella, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione del sistema delle misure sospensivo-probatorie*, in *RIDPP*, Speciale "Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma", n. 1, 2022, 205 ss.
[52] Sul lavoro nell'ambito dell'art. 165 Cp, v. G.L. Gatta, *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale della pena*, in *CMer* 2006, 329 ss
[53] Cass. S.U. 15.6.2022, n. 23400, in *www.iusexplorer.it* e Cass. 7.10.2021, n. 37698, in *www.iusexplorer.it*. La questione riguarda la possibilità di ritenere implicito il consenso al lavoro di pubblica utilità nella richiesta di sospensione condizionale della pena avanzata dall'imputato che ne abbia già usufruito, dal momento che, secondo quanto stabilisce il secondo comma dell'art. 165 c.p., il giudice *deve* obbligatoriamente subordinare la concessione

restrittiva, quanto è emerso nella elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo decennio dimostra che il confinamento del consenso nei suoi limiti minimi della non opposizione presunta è tutt'altro che peregrino.
Sono, infatti, numerose le sentenze nelle quali alla necessità di manifestazione personale ed espressa del consenso da parte del condannato si è preferita una versione "minore" ma non meno garantista, soddisfatta dalla semplice non opposizione desunta implicitamente da fatti concludenti del soggetto[54].
Così, ad esempio, valorizzando il dato letterale dell'art. 165 Cp - che, identicamente all'art. 1 co. 17 lett. *e*, della legge delega, parla di "non opposizione" del condannato -, la Sesta sezione della Corte di cassazione attribuisce significato univoco a tale locuzione, escludendo che essa implichi un consenso espresso del condannato e ritenendo soddisfatta la prescrizione normativa dalla semplice mancata manifestazione di un'opposizione, desumibile anche da un comportamento e non necessariamente da un atto personalissimo, formale, esplicito e dettagliato[55].
Addirittura, la necessaria esplicitazione del consenso in una manifestazione positiva di volontà viene ritenuta - non solo ulteriore ma – perfino in contrasto con il concetto di "non opposizione" [56], "forzata" rispetto alla lettera della legge[57].
Quanto appena rilevato risulta particolarmente significativo nella prospettiva che si è provato ad avvalorare nel corso delle riflessioni sinora condotte con l'obiettivo di dimostrare la legittima praticabilità un percorso alternativo a quello intrapreso dal legislatore della riforma, rispettoso del dato normativo e più funzionale a quelle ripetute esigenze di diversificazione del catalogo sanzionatorio e di perseguimento della funzione rieducativa.

9. Le intenzioni della riforma, seppur muovendosi in una dimensione diversa da quella edittale, si presentavano comunque potenzialmente idonee a operare uno svecchiamento del sistema sanzionatorio e un deciso mutamento di passo nella accettazione di strumenti di risposta al reato diversi – nelle intenzioni e nella concretezza – dalla semplice reclusione carceraria.
Il legislatore delegato, però, pur avendo costruito un impianto serio e meritevole di approvazione nella complessiva revisione del processo, delle sanzioni e della giustizia riparativa, è apparso inspiegabilmente restio a sfruttare pienamente l'irripetibile occasione che stava maneggiando, trincerandosi dietro lacci e vincoli non necessari ma soprattutto eccessivi rispetto alla delega che, fornendo un dato lessicale univoco (la "non opposizione" del condannato) e circoscritto (obbligatorio solo per il lavoro di pubblica utilità e non anche per gli altri strumenti sostitutivi), lasciava un margine di manovra ampio nel quale si sarebbe potuta innestare una maggiore audacia riformatrice.
La speranza che si possa davvero uscire da un sistema punitivo angusto e inefficace rimane intatta: ad essa si unisce l'auspicio che ciò possa essere possibile grazie a uno scatto di maturità e responsabilità dei condannati che si lascino persuadere dalla "convenienza" di sanzioni diverse da

---

della sospensione condizionale a persona che ne abbia già usufruito all'adempimento di uno degli obblighi previsti dal primo comma, tra i quali figura il lavoro di pubblica utilità, se il condannato non si oppone.
[54] Sui problemi derivanti dalla mancata armonizzazione delle modalità di prestazione del consenso, v. recentemente R. Palavera, *Brevi scorci di orizzonte disseminazione dei contenuti di* facere *e occasioni di una loro sistematizzazione da parte del legislatore delegato, in attesa di pene prescrittive principali*, in in *RIDPP*, Speciale "*Il sistema sanzionatorio tra realtà e prospettive di riforma*", n. 1, 2022, 340.
[55] Cass. 3.3.2021 n. 8535, in *www.iusexplorer.it.*
[56] Cass. 20.10.2020 n. 29001, Bongi, in *www.iusexplorer.it.*
[57] Cass. 16.1. 2020 n.1665, in *www.iusexplorer.it.* In questo stesso senso, tra le altre, Cass. 14.4.2020 n. 12079; Cass. 14.4.2017, n. 18712, Marangi; Cass. 14.3.2018 n. 11383, Steiner, tutte in *www.iusexplorer.it.*

quella carceraria e soprattutto che vogliano avviare un fruttuoso rapporto di riscatto e accettazione sociale, scegliendo quella che più di ogni altra incarna il prototipo della sanzione “utile” (a se stessi e alla società dalla quale devono essere ri-accettati) per denominazione e per contenuto: il lavoro di pubblica utilità, vero mezzo di promozione individuale e collettiva e fondamento della Repubblica.

UN'INTRODUZIONE AL PROBLEMA DELL'"IGNORANZA DELIBERATA" NELLA TEORIA DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO

di Francesco Rossi
Contratado posdoctoral, Universidad Carlos III de Madrid

Chi commette un reato, senza voler sapere ciò che può e deve sapere (*willful blindness*, *ignorancia deliberada*, ignoranza deliberata), è responsabile per dolo o per colpa? Nei sistemi di *common law*, la dottrina giurisprudenziale della *willful blindness* consente vuoi di equiparare la colpevolezza di una *decisione di non conoscere* a quella sottesa alla *conoscenza effettiva* degli elementi obiettivi del reato, vuoi di inferire la seconda dalla prima. Nei sistemi di *civil law*, che condividono la bipartizione dell'elemento soggettivo del reato in termini di dolo o colpa, la legittimità e l'opportunità di un simile meccanismo di imputazione soggettiva appaiono controverse. Come dimostra l'esperienza spagnola, nella quale la giurisprudenza ha forgiato la dottrina dell'*ignorancia deliberada* ispirandosi ai rudimenti del *common law* sul tema della *willful blindness*, la sua importazione potrebbe produrre dirompenti effetti sistematici. Il presente lavoro ricostruisce le principali criticità dell'ignoranza deliberata, soffermandosi sui chiaroscuri che caratterizzano la sua ipotetica imputazione a titolo di dolo eventuale, sullo spazio ritagliabile all'addebito della colpa e sulle peculiarità che fanno dell'ignoranza deliberata stessa una categoria estranea alla tradizione penale italiana. Due sono gli obiettivi perseguiti: offrire alcuni lineamenti introduttivi di taglio comparatistico al tema in questione e calare le risultanze dell'indagine nel sistema penale italiano, per proporre una valutazione sommaria delle luci e delle ombre di un ipotetico trapianto dell'ignoranza deliberata nel nostro ordinamento.
Is the perpetrator of a crime who does not want to know what he can and should know (willful blindness, *ignorancia deliberada*, contrived ignorance), liable for intent or fault? In *common law* legal systems, the jurisprudential doctrine of willful blindness allows either to equate the culpability of a *decision not to know* with that of *actual knowledge of* the objective elements of the crime or to infer the latter from the former. In *civil law* legal systems, which share the two-pronged division of the subjective element of the crime into *dolus* or fault, the legitimacy and desirability of such a subjective imputation mechanism is questionable. As demonstrated by the Spanish experience, where the case law has introduced the doctrine of *ignorancia deliberada* by drawing inspiration from the common law basics about willful blindness, its transplantation could produce disruptive effects on the criminal justice system. The article provides a picture of the main critical aspects of willful blindness, dwelling on the nuances of its hypothetical imputation as *dolus eventualis*, on the scope of fault, and on the characteristics that make contrived ignorance a doctrine which is unfamiliar to the Italian criminal law theory. Two goals are pursued: to offer comparative outlines on the subject and to transpose the results of the investigation in the Italian criminal justice system, in order to propose a summary evaluation of the hypothetical transplantation of willful blindness thereinto.

SOMMARIO: Sezione I: *Contesto*. – 1. Introduzione. – 2. Questioni preliminari. – 3. Ignoranza deliberata *in senso stretto*, *comune* e *in senso lato*. – 3.1. Cenni critici alla soluzione di alcuni casi modello nella giurisprudenza e nella dottrina spagnola. – 4. *Literature review*. – 4.1. L'ignoranza deliberata (e il dolo) come *indifferenza*? – 4.2. Convergenze e divergenze. – 5. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine. –Sezione II: *Discussione*. – 6. L'ignoranza deliberata come mistero del dolo eventuale: problemi e spiragli aperti. – 6.1. Primi rilievi intermedi. – 7. La relazione

problematica tra ignoranza deliberata ed errore sul fatto tipico. – 8. Il piano processuale (cenni). – 9. Che spazio resta alla colpa? – 9.1. Secondi rilievi intermedi. – 10. Note conclusive.

Sezione I: *Contesto*

1. Tizio accetta di trasportare, per conto di Caio, un contenitore sigillato in cambio di un'ingente somma di denaro. Tuttavia, i contorni della vicenda inducono Tizio a dubitare ragionevolmente della bontà dell'operazione. Caio, al quale conviene avvalersi di un individuo insospettabile, non intende fornire alcun dettaglio ulteriore sull'affare, in ragione della sua illiceità. Tizio, a disagio per aver avvertito il rischio di partecipare a qualcosa di illegale ma tentato dalla promessa di un consistente beneficio economico, decide di chiudere un occhio e di trasportare comunque il contenitore. Quest'ultimo contiene sostanze stupefacenti. In casi come quello appena proposto a mo' di esempio, è responsabile per dolo o per colpa il soggetto che realizza una condotta in circostanze *sospettose*, dubitando della possibile realizzazione di un illecito ed evitando *intenzionalmente* di acquisire informazioni capaci di risolvere il dubbio sull'effettiva concorrenza di una situazione penalmente tipica (*non voler sapere di più*)?
Si pensi ora ad un altro esempio, di segno parzialmente differente. In un ente viene istituito un canale di denuncia degli illeciti commessi al suo interno. L'intervento è però parte di un'articolata strategia gestionale, volta a deresponsabilizzare i vertici per la realizzazione di reati nell'esercizio dell'attività di impresa. I vertici stessi sanno infatti fin dall'inizio che, per evitare ogni complicazione, in realtà non verrà mai fatto uso di tale canale. Così, ogni informazione potenzialmente compromettente viene filtrata affinché possa essere percepita soltanto ai "piani bassi". Facendo in modo di non notare alcun segnale d'allarme, i vertici tentano in questo modo di schermare ogni possibile addebito nei loro confronti. *Quid iuris*, per quanto riguarda il soggetto che si pone *intenzionalmente* in una condizione di ignoranza, prefigurandosi la commissione di illeciti ancora imprecisati in seno all'impresa, ma evitando di conoscere *qualunque segnale* idoneo a ingenerare almeno una rappresentazione nucleare di alcuni elementi obiettivi del fatto tipico (*non voler sapere affatto*)?
Una risposta a tali quesiti di apertura è stata individuata dalla dottrina giurisprudenziale della *willful blindness*[1]. La dottrina in questione fu elaborata nel Regno Unito per ragioni essenzialmente *probatorie*, per colmare il *gap* tra *dubbio intenzionalmente mantenuto* e *conoscenza effettiva* (*knowldege*) attraverso *inferenze normali o razionali* (basate essenzialmente su massime di esperienza)[2]. La *willful blindness* all'inglese consentirebbe di «superare processualmente gli stati di dubbio e di ignoranza» e di escludere l'addebito della *negligence*[3]. Negli Stati Uniti, invece, la dottrina della *willful blindness* equipara già sul piano *sostanziale* l'ignoranza deliberata alla conoscenza[4]. La *willful blindness* di marca statunitense sancisce una vera e propria *finzione*

[1] Alla quale si fa altresì riferimento con altre espressioni quali *willful ignorance*, *contrived ignorange* o *deliberated ignorance*.
[2] «La constatazione che un imputato abbia ignorato intenzionalmente […] è *prova* della conoscenza effettiva»: A.K. Webster, *How to theorise about the criminal law: thoughts on methodology prompted by Alex Sarch's* Criminally Ignorant, in *Jurisprudence* 2021, 12, Iss. 2, 249.
[3] F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia* 2010, 499.
[4] D. Luban, *Contrived Ignorance*, in *The Georgetown Law Journal* 1999, 87, 959 (corsivo aggiunto).

giuridica, che consente di trattare chi sceglie intenzionalmente di non conoscere alla stregua di chi conosce realmente ciò che fa[5].
Si attribuisce l'origine della *willful blindness* alla sentenza *Regina v. Sleep* del 1861, nella quale l'imputato fu assolto in assenza della prova della conoscenza degli elementi costitutivi del reato *o di una loro ignoranza intenzionale*[6]. In seguito, la *willful blindness* è approdata nel sistema penale statunitense: nella sentenza *Spurr v. United States* del 1899[7], la Corte Suprema statuì che il trattamento dell'ignoranza deliberata di informazioni che l'imputato avrebbe dovuto e potuto acquisire – nel caso di specie, nell'esercizio della professione bancaria – è equiparabile a quello dei casi in cui il soggetto conosce effettivamente la concorrenza degli elementi costitutivi del reato[8]. Trascorso più di un secolo dalla sua apparizione nel *common law*, la dottrina della *willful blindness* ha fatto ingresso in Europa nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo* spagnolo (*ignorancia deliberada*). In un caso di ricettazione[9], la *STS* 1637/1999 concluse che l'imputato *conosceva* («*tuvo conocimiento*») la provenienza delittuosa dell'oggetto materiale del reato, basandosi sul valore elevato della somma di denaro trasportata e sulla clandestinità dell'operazione. Secondo la Suprema Corte spagnola, «chi si pone in una situazione di ignoranza deliberata, cioè *non vuole sapere ciò che si può e si deve conoscere*, e ciononostante *trae beneficio* da tale situazione […], *sta assumendo e accettando tutte le possibilità* dell'origine del negozio al quale partecipa»[10]. La dottrina in questione assume rilevanza in procedimenti penali[11] instaurati per accertare la commissione di illeciti assai variegati: mi riferisco soprattutto ai reati contro il patrimonio[12], al diritto penale fallimentare, economico e tributario[13], ai delitti contro la pubblica amministrazione o contro altri beni o interessi giuridici (anche) extra-individuali, quali la salute[14], l'ambiente[15] e financo l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva[16].

2. In Italia, la dottrina della *willful blindness* ha lasciato finora poche tracce[17]. La stessa dottrina tocca però un nervo scoperto nell'ambito dell'imputazione soggettiva del reato: il fatto che

---

[5] J.J. Child, *Knowledge by any other name: Alexander Sarch on wilful ignorance*, in *Jurisprudence* 2021, 12, Iss. 2, 238.
[6] 169 Eng. Rep. 1296 (Cr. Cas. Res. 1861).
[7] 174 U.S. 728 (1899).
[8] Per approfondimenti sulle origini giurisprudenziali della *willful blindness*, si veda I.P. Robbins, *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, in *Journal of Criminal Law and Criminology* 1990, 81, Iss. 2, 196 ss.
[9] Per avere trasportato, a titolo oneroso, un'ingente quantità di denaro ad Andorra.
[10] *STS* 1637/1999 del 10 gennaio (corsivo aggiunto).
[11] … ma non solo: come dimostrato, ad esempio, dal caso *Global-Tech Appliances, Inc. et al. v. Seb S.A.* (563 U.S. (2011), avente ad oggetto l'accertamento di un illecito in pregiudizio dei diritti di proprietà intellettuale.
[12] Come la ricettazione, il riciclaggio e la truffa.
[13] Si pensi al caso *Messi*: cfr., *infra*, *sub* par. 3.1.
[14] Ad esempio, le fattispecie incriminatrici in materia di sostanze stupefacenti o psicotrope.
[15] Si veda ad esempio *United States v. MacDonald & Watson Waste Oil Co*., 933 F. 2d 35 [1st Cir. 1991].
[16] Risultano emblematici, in questo senso, alcuni casi in cui l'utilizzo dell'*ignorancia deliberada* ha determinato la pronuncia, in Spagna, di sentenze di condanna per condotte di detenzione di esplosivi e di supporto materiale al terrorismo.
[17] Nella dottrina italiana, senza pretesa di esaustività e con linee di pensiero cangianti, lambiscono il tema della *willful blindness* i contributi di F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica alla recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.* 2012, in particolare par. 4.4; F. Consulich, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole"': spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *RTrimDPenEc* 2012, 633 ss.; M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, in *GI* 2016, n. 10, 2252 ss. Cfr. altresì F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, *op. cit*., 499-500.

l'ignorante deliberato possa beneficiare della disciplina in materia di errore sul fatto tipico appare una soluzione irragionevole. Quest'ultima incentiverebbe infatti i consociati a ignorare dati oggettivamente rilevanti in ogni circostanza, compreso in situazioni di rischio obiettivamente rilevante[18].

Comunque sia, al di là di ogni considerazione general-preventiva, che colpevolezza si dovrebbe riconoscere nel soggetto che «ha deliberatamente deciso di non sapere e di agire non sapendo, perché temeva di sapere»[19]?

Con il passare del tempo, la dottrina della *willful blindness* e le sue repliche[20] hanno costituito oggetto di sviluppi di segno diverso nella giurisprudenza di *common law*[21]. Al di là della distinzione tra concezioni sostanziali e probatorie, alle quali si è fatto cenno nel paragrafo precedente, quantomeno sul piano delle conseguenze giuridiche la *willful blindness* è stata sviluppata come una sorta di *mens rea para-dolosa*[22], nell'ambito di un sistema quadripartito composto da *purpose* (o *intention*), *knowledge*, *recklessness* e *negligence*[23]. Nel sistema penale spagnolo, dove l'imputazione soggettiva si basa (come in quello italiano) sul binomio dolo/colpa, la giurisprudenza riconduce le ipotesi di *ignorancia deliberada* all'interno del *dolo eventuale* (seppure, come si avrà modo di precisare, ricorrendo ad argomenti disarmonici e problematici in un'ottica sistematica). Minoritarie, invero, sono le pronunce che enunciano – peraltro, in termini niente affatto risolutivi – una distinzione astratta tra ipotesi *dolose* e *colpose* di *ignorancia deliberada*; nonché quelle che criticano la dottrina dell'*ignorancia deliberada*, puntualizzando che «se si ha intenzione di ignorare è perché, in realtà, si sa ciò che si ignora»[24].

---

[18] L'argomento in questione è stato utilizzato dall'*Audiencia Provincial* di Barcellona nel celebre caso che ha visto coinvolto Lionel Messi (sent. 5 luglio 2016, Sez. VIII) per aver commesso il reato di frode fiscale, eludendo l'imposizione fiscale spagnola in relazione allo sfruttamento economico dei propri diritti di immagine. La Corte spagnola ha condannato il celeberrimo calciatore ricorrendo proprio alla dottrina dell'*ignorancia deliberada*, la quale costituisce, come si vedrà, una versione rimaneggiata della *willful blindness*.

[19] Si veda ancora F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, *op. cit*., 499.

[20] Esula dall'oggetto della presente indagine l'analisi delle altrettanto delicate questioni relative all'importazione della *willful blindness* nell'ambito, affatto peculiare, del diritto internazionale penale.

[21] Cfr., *infra*, *sub* par. 4-4-2.

[22] Si consideri però che, come precisa I.P. Robbins, *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, *op. cit*., 227 ss., il processo americano – che contempla il verdetto di una giuria, la quale riceve istruzioni sugli elementi che devono essere provati e valutati perché si possa riconoscere la responsabilità penale dell'imputato – ha di fatto favorito l'addebito della colpa in un numero relativamente significativo di pronunce.

[23] Anche soprassedendo all'analisi delle complesse dispute sull'opportuna metodologia della comparazione in campo penalistico, risulterebbe avventata la scelta di arrischiare una traduzione sintetica di ciascuno di questi quattro elementi (*purpose* o *intention*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*) nel linguaggio penalistico italiano. Non pare infatti possibile accostare tali elementi all'una o all'altra categoria soggettiva del reato di *civil law* senza scontare un certo grado di incertezza. Volendo soltanto alludere al significato basico dei termini appena impiegati, ci si potrebbe avvalere dei seguenti accostamenti (a tratti, quasi analogici): *purpose* o *intention*–dolo intenzionale; *knowledge*–conoscenza; *recklessness*–assunzione sconsiderata di un rischio serio e irragionevole (cfr., *infra*, *sub* nt. 40); *negligence*–colpa. Il suddetto grado di incertezza aumenta però a dismisura proprio laddove si voglia tentare di compendiare la *recklessness* e la *negligence* attraverso richiami a categorie soggettive di *civil law*, dimentichi della diversa evoluzione storico-dogmatica di ciascuna di esse. Basti pensare che, nel solco di una peculiare contrapposizione tra filoni oggettivisti e soggettivisti della dottrina e della giurisprudenza, nei sistemi di *common law* le diverse declinazioni date alle *recklessness* possono avvicinarla al *dolo eventuale*, alla *colpa cosciente* o persino a quella *incosciente*; e che la *negligence* possiede connotati (più marcatamente *oggettivi*) e svolge una funzione (di chiusura, volta a punire in maniera significativamente inferiore la violazione di cautele nell'ambito dei reati minori o artificiali) che non appaiono affatto sovrapponibili a quelli comunemente riconosciuti alla colpa dalla teoria continentale del reato. Per un quadro evolutivo sul tema in questione, si rinvia a G.M. Caletti, *Recklessness*, in *ED*, I Tematici, II – *Reato colposo* 2021, a cura di M. Donini, 1047 ss.

[24] «Nessuno può avere intenzione di ciò che non sa. La *contradictio in terminis* è evidente»: *STS* del 20 luglio 2006.

In particolare, *un primo filone giurisprudenziale* fa riferimento all'*ignorancia deliberada* come un indicatore dell'accettazione dell'illecito tipica del dolo eventuale. In questo primo filone, la presenza dell'ignoranza deliberata convince il giudicante della sussistenza sia dell'elemento *rappresentativo* sia di quello *volitivo*[25]. Nella *STS* del 16 ottobre 2000, ad esempio, il *Tribunal Supremo* ha desunto la concorrenza del dolo eventuale – del reato di traffico di sostanze stupefacenti – in un prestanome che aveva accettato di figurare come amministratore di una società, pur sospettando che questa avrebbe potuto essere sfruttata per commettere il reato in questione. Intercettato dalla polizia un carico che trasportava alcune centinaia di chilogrammi di cocaina, il prestanome – imputato per la fattispecie incriminatrice qualificata dalla natura della sostanza stupefacente, capace di arrecare un «grave danno alla salute»[26] – sostenne in giudizio di aver ignorato quale fosse realmente il tipo di droga trafficata. La Suprema Corte spagnola ha annullato la pronuncia di merito che aveva riconosciuto la bontà della tesi difensiva, affermando che dal fatto provato «si può desumere se non la certezza della piena conoscenza che si trattasse di cocaina […], almeno il dolo eventuale, concepito questo come accettazione della collaborazione che gli si richiede qualunque sia il tipo di droga che si tenti di importare». Questo primo filone risulta allineato alla giurisprudenza maggioritaria nel Regno Unito, la quale utilizza appunto la *willful blindness* come «prova dalla quale una giuria può inferire la conoscenza effettiva» degli elementi oggettivi del reato[27].

Un secondo filone giurisprudenziale sfrutta invece l'*ignorancia deliberada* come un *sostituto funzionale della rappresentazione* o come «un *nuovo titolo di imputazione soggettiva* che si lega alla figura del dolo eventuale *unicamente a effetti punitivi*»[28]. Questo secondo filone risulta senza dubbio il più efficace dal punto di vista dell'accusa e, di riflesso, il più problematico da quello della difesa. Se si ammettesse che *non voler sapere equivale in ogni caso a conoscere*, nei casi di ignoranza deliberata il dolo eventuale si imputerebbe a una rappresentazione e una volontà di fatto *indimostrate sul piano psichico*[29]. Per questo motivo, il filone giurisprudenziale in questione pare destinato a essere accantonato nella prassi spagnola[30], come sembra dimostrare lo sforzo del *Tribunal Supremo* di riaffermare l'intangibilità dell'elemento rappresentativo del dolo e della sua prova[31].

Infine, *un terzo filone giurisprudenziale* afferma che «i casi di ignoranza deliberata possono appartenere tanto al dolo come alla colpa»[32]. La distinzione, di cruciale importanza, non ha però costituito oggetto di approfondimenti in via pretoria e resta aperta agli sviluppi più disparati.

---

[25] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcellona 2007, 25.

[26] Art. 368 *Código penal.*

[27] M. Dsouza, Criminally Ignorant – *an invitation for broader evaluation*, in *Jurisprudence* 2021, 12, Iss. 2, 227. L'A. cita le sentenze *Westminster CC v Croyalgrange Ltd*, [1986] 1 WLR 674, 684; *The Zamora*, [1921] 1 AC 801; *R v Griffiths*, (1974) 60 Cr App R 14.

[28] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 31 (corsivo aggiunto).

[29] Deriverebbero dunque due ordini di problemi – uno sostanziale, l'altro processuale – da un'impostazione eccessivamente normativo-oggettivistica del dolo, che contrasterebbero con la concezione corrente «del diritto penale come scienza delle garanzie»: M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *DPenCont* 2014, n. 1, 73.

[30] Non certo, però, in quella statunitense, ove l'analogia *in malam partem* sottesa all'equivalenza funzionale tra conoscenza (effettiva) e ignoranza (deliberata) sembra occupare soltanto il posto di *dissenting opinions* minoritarie: come quella del giudice Kennedy nel succitato caso *Global-Tech*, riportata – adesivamente – da F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica alla recente giurisprudenza)*, cit., 344.

[31] *STS* 987/2012, 3 dicembre; *STS* 997/2013, 19 dicembre; *STS* 586/2014, 2 luglio.

[32] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 44.

Nella sentenza n. 234 del 2012, il *Tribunal Supremo* ha affinato la definizione giurisprudenziale dell'*ignorancia deliberada*, ravvisandone i requisiti nell'«*assenza di rappresentazione sufficiente di tutti gli elementi* che definiscono la fattispecie incriminatrice», nella «*decisione* del soggetto *di mantenersi nell'ignoranza*, pur trovandosi nelle condizioni di disporre, in forma diretta o indiretta, dell'informazione che si intende evitare», nonché nella «*componente motivazionale*» consistente «nel proposito di beneficiare dello stato di ignoranza […] eludendo così l'assunzione dei rischi inerenti a una eventuale […] responsabilità penale». In seguito, un *voto particular* (ad appendice della sentenza n. 997/2013 del 19 dicembre) ha fatto altresì riferimento, in accordo con la linea di pensiero di una parte della dottrina spagnola, all'intenzione dell'ignorante deliberato di «mantenersi cieco e sordo a determinate "chiamate morali"» che possono inibire l'impulso psichico ad assumersi un rischio irragionevole[33].

Le incertezze sistematiche generate dalla *willful blindness* nei sistemi di *common law* non hanno dunque ostacolato la sua diffusione[34]. Questa risulta favorita dall'esistenza di processi di ibridazione spontanea che si sviluppano su base comparatistica[35] e che coinvolgono anche le categorie generali del diritto penale[36]. Tali processi trovano un terreno particolarmente fertile, a livello regionale, nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia privo di frontiere interne istituito in seno all'Unione europea: spazio, questo, votato a una crescente *armonizzazione normativa e prasseologica*[37], nonché fondato sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie domestiche (il quale favorisce la proiezione *extraterritoriale* del diritto nazionale nella conduzione della cooperazione giudiziaria in materia penale)[38].

L'ibridazione comparatistica di istituti e teorie generali abbisogna di una previa analisi volta a vagliare, in chiave prospettica, la loro compatibilità con il sistema penale di destinazione[39]. Nel caso dell'ignoranza deliberata, sono molti i profili degni di attenzione che la rendono una delle dottrine più enigmatiche tra quelle che popolano il campo dell'imputazione soggettiva.

---

[33] B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, in *InDret – Revista para el análisis del Derecho* 2015, n. 3, disponibile online (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1153.pdf), 17. Di questo avviso già D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 968.

[34] Tra i sistemi penali di ogni parte del mondo in cui si applica la dottrina in questione si possono menzionare esemplificativamente quello argentino, quello brasiliano, quello canadese, quello israeliano e quello di Singapore. Per approfondimenti, si rinvia diffusamente a S. Toth Sydow, *A teoria da cegueira deliberada. Evolução, debates dogmáticos, propostas dificultades de aplicabilidade*[2], Belo Horizonte 2022; F.T. Rizzi, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Buenos Aires 2020; L.G. Fernández Budajir, *Aproximación al concepto de* willful blindness *y su tratamiento en* criminal law, tesi dottorale, Barcellona 2018, 138 ss. Il tema dell'*ignorancia deliberada* ha altresì suscitato interesse nella dottrina messicana: si veda A.E. Nava Garcés, *Aproximaciones al concepto de la ignorancia deliberada*, Città del Messico 2021.

[35] Si veda recentemente A. Bernardi, *Sul ruolo della comparazione nel processo di europeizzazione del diritto penale*, in *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, a cura di A. Somma e V. Zeno-Zencovich, Roma 2021, 251 ss.

[36] Senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a M. Cancio Meliá, *¿Crisis del lado subjetivo del hecho?*, in *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, a cura di J.M. Zugaldía Espinar e J. López Barja de Quiroga, I, Valencia 2004, 67 ss.

[37] Sempre senza pretesa di esaustività, nell'ambito di una bibliografia ormai sterminata, si rinvia ad A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004.

[38] Riguardo ai principi di fiducia reciproca e di mutuo riconoscimento, la bibliografia esistente è forse ancora più ricca. Per ragioni di spazio, mi limito a rinviare a V. Mitsilegas, *Justice and Trust in the European Legal Order. The Copernicus Lectures*, a cura di C. Grandi, Napoli 2016.

[39] Come "manifesto" della comparazione penalistica, si veda per tutti M. Donini, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, cit., 281 ss.; nonché G. Fornasari, *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, *ivi*, 319 ss.

In sintesi, l'ignoranza deliberata solleva due questioni preliminari: *la prima* riguarda l'opportunità di attribuire rilevanza al fatto realizzato anteriormente a quello tipico, quando il soggetto si determina a favore dell'ignoranza; *la seconda* concerne la possibilità di individuare una relazione colpevole tra questi due fatti. Per individuare una possibile soluzione a tali questioni, il *jolly* del dolo eventuale – giocato, come si è detto, dalla giurisprudenza spagnola – non sembra essere l'unica carta disponibile: anche la colpa, la sconsideratezza o temerarietà (*recklessness*)[40] e le *prior-fault imputation theories* (come l'*actio libera in causa*)[41] sembrano possedere caratteristiche che le rendono adatte a "competere" con il dolo eventuale per l'inquadramento delle ipotesi di ignoranza deliberata.

In via di estrema approssimazione, *la colpa* potrebbe entrare in gioco se si considera ad esempio che il soggetto che sceglie di ignorare ben può *non volere* in alcun modo l'evento tipico (e che già il rischio su cui si innesta la condotta potrebbe non risultare così irragionevole da indiziare la presenza della volontà dolosa). Inoltre, la *sconsideratezza o temerarietà* potrebbe essere presa in considerazione poiché, in alcuni casi di ignoranza deliberata, l'autore decide di correre un rischio insostenibile, avendo a disposizione per propria scelta un patrimonio ridotto di conoscenze, ma pur sempre realizzando un fatto di reato senza volerlo fino in fondo. Infine, l'*actio libera in causa* potrebbe giustificare l'imputazione dell'ignoranza deliberata poiché il soggetto separa intenzionalmente il fatto globale in due momenti: un prima (l'*actio praecedens*, costituita dal mantenimento intenzionale dello stato di ignoranza) e un dopo (rappresentato dalla realizzazione del reato), ciascuno dei quali risulta caratterizzato da una relazione psichica differente tra il fatto stesso e il suo autore: un certo tipo di dolo (quasi di pericolo) può essere ravvisato unicamente nel primo dei due momenti, ma mai nel secondo. Per questo motivo, per la punibilità dell'*actio libera in causa* è necessario individuare un collegamento tra l'*actio praecedens*, il fatto tipico e l'autore del fatto su cui basare il giudizio di colpevolezza: collegamento, questo, la cui presenza può essere vagliata, come si vedrà, soffermandosi sull'intenzionalità della deliberazione a favore dell'ignoranza.

Risulta impossibile cercare, negli spazi di questo lavoro, la via d'uscita ad un simile labirinto dogmatico: nessuna delle destinazioni sistematiche astrattamente individuabili per l'ignoranza deliberata sembra infatti essere esente da critiche[42].

In via di estrema approssimazione, alcune soluzioni sembrano *implicare troppo*. Come si vedrà, l'impiego del dolo eventuale rischierebbe di prescindere artificiosamente dall'esistenza di un effettivo nesso psichico di natura dolosa tra fatto e autore. Se così fosse, il dolo eventuale finirebbe per rappresentare un *commodus discessus* per la parte più rigorista della giurisprudenza, svincolato dal sostrato naturalistico dell'accertamento dell'elemento soggettivo e incentrato pressoché esclusivamente su un giudizio obiettivo, normativo o valorativo di imputazione. Inoltre, anche volendo ricorrere a meccanismi straordinari o atipici come l'*actio libera in causa*, si deve comunque fare i conti con il difetto rappresentativo nella psiche dell'autore. Se è vero che l'*actio*

---

[40] Nella letteratura italiana sul tema della *recklessness*, si rinvia per ogni approfondimento ad A. di Martino, *Recklessness*, in *The Oxford Companion in International Criminal Justice*, a cura di A. Cassese, Oxford 2009, 479 ss.; A. Cadoppi, Mens rea, in *DigDPen*, VII, Torino 1992, 618 ss.; diffusamente, F. Curi, Tertium datur. *Dal* common law *al* civil law *per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano 2003.

[41] Sul tema in questione, si rinvia diffusamente a U. Joshi Jubert, *La doctrina de la "Actio libera in causa" en Derecho penal. (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcellona 1992; nonché, più recentemente e nella dottrina italiana, A. Menghini, *Actio libera in causa*, Milano 2015.

[42] Rileva che il tema oggetto della presente indagine è stato finora «poco esplorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana» F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica alla recente giurisprudenza)*, cit., 343.

libera in causa risulterebbe applicabile ai casi di ignoranza deliberata soltanto in presenza di un *doppio dolo*, riferito alla decisione di mantenersi in uno stato di ignoranza e alla successiva realizzazione del reato, *chi ignora* – seppure intenzionalmente – *può rappresentarsi e voler realizzare il fatto tipico*[43]*?* Inoltre, la possibilità di ricorrere allo schema dell'*actio libera in causa* al di fuori delle ipotesi – comunemente disciplinate dai codici penali con disposizioni *ad hoc*[44] – di inimputabilità o di incapacità di azione preordinate a realizzare un reato o a procurarsi una scusa non è affatto condivisa unanimemente in dottrina[45].

Sempre in via di estrema approssimazione, altre soluzioni sembrano al contrario *implicare troppo poco*. In alcune ipotesi di ignoranza deliberata, l'imputazione della colpa potrebbe rappresentare un indebito privilegio. *Chi decide intenzionalmente di ignorare e di realizzare comunque una condotta di cui sospetta la rilevanza penale, di fronte a un rischio razionalmente insostenibile, versa in uno stato di errore (sul rischio, sul fatto, sul decorso causale) tipico della responsabilità colposa?* Inoltre, il ricorso a una terza classe dell'elemento soggettivo – intermedia al dolo eventuale e alla colpa cosciente – per raggruppare i casi in cui il soggetto si assume temerariamente un rischio "folle" rispecchierebbe adeguatamente il disvalore del fatto di chi *sfrutta l'ignoranza come parte strategica di un disegno criminale astutamente architettato, diretto fin dall'inizio a realizzare o quantomeno favorire la commissione di reati, evitando di conoscerne i tratti essenziali con lo scopo di aggirare ogni responsabilità?*

Come si avrà modo di approfondire, dette criticità riguardano: (*i*) la compatibilità dell'ignoranza deliberata con il principio di *legalità*, in relazione al coordinamento tra la definizione del *dolo*[46] e

---

[43] L'ignoranza non sarebbe altro che «una mente vuota»: D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 959.

[44] Nel diritto penale italiano, v. art. 87 Cp.

[45] U. Joshi Jubert, *La doctrina de la "Actio libera in causa" en Derecho penal. (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, *op. cit*., 91: «nella dottrina si sono manifestate principalmente tre opinioni. *Una*, che ritiene che oggetto idoneo dell'*alic* sia qualunque elemento del reato; *un'altra*, che considera che oggetto dell'*alic* sia soltanto la provocazione dell'inimputabilità y, a tutto concedere, la provocazione di uno stato di necessità scusante; nonché, *infine*, *un'altra ancora*, che riferisce l'*alic* alla provocazione dell'assenza di azione, dell'inimputabilità e, talora, di altri elementi della colpevolezza».

[46] Una non trascurabile considerazione preliminare concerne una prima differenza di ordine generale ravvisabile tra il diritto penale italiano e quello spagnolo: mentre, nel primo, l'art. 43 del codice penale stabilisce che il delitto è «doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente *preveduto e voluto* come conseguenza della propria azione od omissione» (corsivo aggiunto), né l'art. 5 («*No hay pena sin dolo o imprudencia*») né l'art. 10 del *Código penal* («*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*») forniscono alcuna definizione del dolo stesso. I possibili dubbi sulla compatibilità tra l'ignoranza deliberata e il principio di legalità devono essere sciolti a partire dalla considerazione del valore, del significato ed eventualmente dei limiti della presenza o meno di una definizione positiva del dolo. Per ogni approfondimento al riguardo, non si può che rinviare per tutti a M. Gallo, *Dolo – IV. – Diritto penale*, in *ED* 1964, XIII, 750 ss. Sempre nella dottrina italiana, risulta particolarmente paradigmatica la prospettiva strettamente *legalitaria* nell'ambito della teoria del dolo di A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *IP* 2010, n. 1, 9 ss., il quale ritiene configurabile il dolo eventuale solo a patto di legittimare un'artificiosa (incostituzionale) analogia. Recentemente, nella dottrina argentina, sostiene l'incostituzionalità del dolo eventuale anche G.L. Vitale, *Dolo como actuar deliberado. Su distinción con la culpa*, Buenos Aires 2020, 67 ss. Le posizioni abolizioniste sul tema del dolo eventuale sono state ricostruite, diffusamente, da G. Salcuni, *Il "silenzio" del rischio, la "loquacità" del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa 2018, 15 ss. In via di estrema approssimazione, alla prospettiva più rigidamente lagalitaria si contrappone quella più o meno marcatamente *dogmatico-scientifica*, maggiormente aperta all'integrazione o financo alla sostanziale modifica degli elementi strutturali del dolo stabiliti dal codice o comunque riconosciuti dalla tradizione penale domestica. Con specifico riferimento al tema dell'*ignorancia deliberada*, il principale sostenitore di questa seconda prospettiva è R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 193 ss., il quale afferma che «il significato di concetti tecnici come quello di dolo, che appena si utilizzano nel

la disciplina dell'*errore sul fatto tipico*; (*ii*) l'inclinazione *versarista* dell'ignoranza deliberata stessa: se si trascura l'aspetto psicologico della vicenda soggettiva, l'ignorante deliberato potrebbe essere ritenuto responsabile di *qualunque reato* di cui siano integrati *ex post* gli elementi oggettivi (e il dolo finirebbe per desumersi non già dalla rappresentazione del fatto tipico, bensì dalla sola, più generica *volontarietà dell'azione*)[47]; (*iii*) l'*inversione dell'onere probatorio*, in contrasto con la *presunzione di innocenza*: nelle ipotesi di ignoranza deliberata *si finirebbe per presumere la concorrenza del dolo eventuale, dovendo essere l'imputato a convincere il giudice della sua insussistenza*.

3. A supporto della presente ricostruzione introduttiva dei lineamenti essenziali dell'ignoranza deliberata, pare opportuno distinguere tre gruppi di casi, i quali ad avviso di chi scrive appaiono meritevoli di un'imputazione soggettiva differenziata in ragione delle peculiarità rinvenibili in ciascuno di essi[48].
Nel primo gruppo di casi, cui si farà riferimento nel prosieguo utilizzando l'espressione "ignoranza deliberata *in senso stretto*"[49], un soggetto evita intenzionalmente di procurarsi *qualunque informazione* necessaria a integrare la rappresentazione minima richiesta dal dolo eventuale (*non voler saper affatto*)[50]. Nelle ipotesi di ignoranza deliberata in senso stretto l'autore del fatto, motivato dall'obiettivo di trarre vantaggi dalla commissione dell'illecito[51], tenterà di allegare la mancata conoscenza degli elementi oggettivi della fattispecie come strategia volta a evitare di essere sottoposto a indagini preliminari o a ottenere, a seconda dei casi, una pronuncia di condanna

---

linguaggio quotidiano o in contesti extragiuridici, *resta interamente a disposizione della disciplina scientifica competente perché sia questa a profilare i loro contorni*» (194).

[47] In argomento, da un'angolatura generale, D. Pulitanò, *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie fra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1991, 108.

[48] Infatti, «[c]he qualcuno possa essere responsabilizzato del suo deficit cognitivo provocato non implica necessariamente che tale responsabilità debba essere a titolo di dolo»: B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 4.

[49] Si ripropone, in questo passaggio, la terminologia di R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 109 ss., il quale adduce cinque esempi di *ignorancia deliberada* in senso stretto: (*i*) l'amministratore che accetta di ricoprire l'incarico di amministratore unico di una società di cui sospetta lo sfruttamento, da parte dei soci, per commettere attività illecite e che esercita le funzioni operative connesse a tale incarico, giungendo a commettere un reato senza avere mai ricercato previamente le informazioni necessarie a garantire il corretto svolgimento del proprio compito (*ivi*, 110); (*ii*) il soggetto in posizione apicale che predispone una struttura amministrativo-dirigenziale nell'impresa che funga da filtro alla ricezione di qualsivoglia informazione pregiudizievole nei "piani alti", in modo da evitare le conseguenze di ogni possibile illecito penale commesso da soggetti in posizione subordinata (*ivi*, 111-112); (*iii*) il sindaco che, per non paralizzare una determinata attività amministrativa, approva acriticamente e in rapida successione un numero elevato di atti predisposti dai suoi collaboratori, i quali soltanto ne conoscono la rilevanza penale (*ivi*, 112); (*iv*) il proprietario di casa che vieta al lavoratore domestico di ricevere qualunque atto pubblico notificato al domicilio del primo, con l'obiettivo di eludere l'adempimento di ogni eventuale obbligo amministrativo e di allegare, a proprio favore, l'ignoranza del contenuto dell'atto (*ivi*, 112-113); (*v*) il caso di Albert Speer, ministro del Terzo *Reich*, il quale nel processo di Norimberga sostenne di aver deliberatamente omesso di conoscere la realtà del campo di concentramento di Auschwitz (*ivi*, 113-114). L'A. ha successivamente integrato questo catalogo di esempi riferendosi al caso in cui la direzione di un'impresa istituisce un canale interno di denuncia, decidendo al tempo stesso di non consultarlo in nessuna occasione. Se viene effettuata una segnalazione indiziaria della commissione di illeciti penali in seno all'impresa, è possibile ascrivere il «dolo ai dirigenti che hanno ignorato il messaggio e che, pertanto, non hanno fatto nulla per impedire condotte illecite dei loro subordinati?» (Id., Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*, in *Discusiones* 2013, n. XIII – *Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Sezione I, a cura di J. Valenzuela S., 18-19).

[50] Cfr., *infra*, *sub* Sez. II, par. 6.

[51] Si pensi, ad esempio, all'ignoranza deliberata nella realtà delle organizzazioni complesse.

per un reato colposo o financo un provvedimento di assoluzione. Si pensi all'esempio, menzionato nel paragrafo introduttivo del presente lavoro, dei vertici che conducono una politica d'impresa illecita, mantenendosi intenzionalmente in uno stato di completa ignoranza per schermarsi appunto da eventuali procedimenti penali.

Nel secondo gruppo di casi, che si indicheranno d'ora in avanti con la formula "ignoranza deliberata *comune*", un soggetto entra a contatto con *indici di sospetto* o *segnali di allarme oggettivamente rilevanti* ma decide intenzionalmente di non risolvere il dubbio, realizzando un fatto penalmente rilevante (*non voler sapere di più*). Anche in questo caso, il soggetto potrebbe far valere la propria ignoranza in merito alla concorrenza degli elementi del fatto tipico per perseguire gli stessi benefici processuali menzionati poc'anzi. Si pensi questa volta all'esempio, riportato sempre nell'introduzione della presente indagine, dell'incarico lautamente remunerato, svolto in condizioni di clandestinità, la cui realizzazione integra un illecito penale analogo a quello che si sospettava *ex ante*[52]. Si pensi altresì al caso di un amministratore delegato di un'impresa automobilistica che, pur sospettando che le autovetture commercializzate violino le normative ambientali sulle emissioni e che i relativi test preliminari siano stati falsificati, non prende in considerazione la proposta dei suoi collaboratori di avviare un'indagine interna e ordina di insabbiare la questione, destinando i fondi che sarebbero serviti a finanziare l'indagine all'ottenimento di altri benefici a favore dell'impresa[53]. Oppure ancora, si pensi al caso di una società dedita alla realizzazione di operazioni fraudolente che affida la gestione delle questioni giuridiche che la interessano a un rinomato studio legale. Il suo *leading partner* riceve da un *gatekeeper* una segnalazione circostanziata e attendibile della possibile esistenza e dell'entità degli affari sociali illeciti. Da quel momento in avanti, lo studio legale dovrebbe adottare misure volte a evitare di incorrere in responsabilità "per connessione" a tali illeciti. Gli onorari che la società versa sono però così lauti che la loro mancata percezione produrrebbe gravi effetti sui bilanci annuali dello studio. Il *leading partner*, prima di apprendere nel dettaglio tutte le informazioni disponibili sulla vicenda, decide allora di sbarazzarsi della segnalazione scritta per non compromettere sé stesso e il redditizio rapporto professionale con la società indiziata[54].

Nel terzo gruppo di casi, che si potrebbero denominare di "ignoranza deliberata *in senso lato*", un soggetto entra a contatto con una situazione sì idealmente rischiosa ma dai contorni più vaghi, qualitativamente diversa da quella che indizia il dolo già sul piano oggettivo e maggiormente influenzata, a seconda dei casi, da contesti socio-relazionali[55] o professionali[56] nei quali è fisiologico fare affidamento nella liceità della condotta altrui. In questi casi, l'affidamento opera come un filtro sul piano della tipicità colposa[57]. Nei casi di ignoranza deliberata in senso lato, il

---

[52] Cfr., *infra*, *sub* Sez. II, par. 7 e 9.1.

[53] Il caso è tratto da A. Sarch, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Oxford 2019, 232.

[54] Il caso qui riportato apre il celebre lavoro di D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 957.

[55] Si pensi al caso, formulato da M.L. Manrique, *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*, in *Discusiones*, *op. cit*., 82-83, di una madre che nasconde suo figlio neonato in una borsa che consegna a un'amica, rispondendo alle sue richieste di chiarimento che è meglio che non ne sappia nulla. L'amica custodisce la borsa senza mai aprirla; il bambino, nel frattempo, muore soffocato.

[56] Si pensi ora, invece, alla distribuzione del lavoro e alle deleghe di funzioni, che anche R. Ragués i Vallès, *¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi*, in *En Letra: Derecho Penal* 2020, n. 11, 85-86, ricollega all'*ignorancia deliberada*, valorandole apparentemente nell'ambito della responsabilità colposa.

[57] Per ogni approfondimento, si veda L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 489 ss. Imprescindibile, inoltre, il rinvio a D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 321 ss.

soggetto che decide di non conoscere pensa tutt'al più che esista una eventualità remota di commettere un illecito: talmente remota che l'autore può persino convincersi a scartarla, senza che una siffatta rimozione sul piano psichico possa essere equiparata a una decisione a favore dell'illecito o comunque radicalmente irrazionale[58]. In altri casi, tale eventualità non viene nemmeno presa in considerazione dal soggetto per pigrizia, distrazione, sconsideratezza o qualunque altro atteggiamento psichico caratteristico della colpa.
Nei casi di ignoranza deliberata *in senso lato*, il soggetto versa dunque in uno stato di *errore tipico della colpa*, caratterizzato dalla «mera indifferenza o indolenza di fronte alla realtà criminosa» o dalla «mera pigrizia mentale»[59]. Anche in questo terzo gruppo di casi si rivela di cruciale importanza delimitare l'area dell'addebito colposo, distinguendo i fatti tipici e colpevoli, quelli tipici ma non colpevoli e quelli che potrebbero risultare tipici soltanto allargando all'estremo le norme cautelari (privandole del loro ruolo di filtro ed estremizzando il contenuto di cautele di fatto totalizzanti, collegate alla figura di un agente modello sempre impeccabile che, semplicemente, non esiste). Inoltre, come si è accennato, anche nei casi di ignoranza deliberata in senso lato non ci si potrà limitare ad accertare la misura oggettiva della colpa. Alla verifica della violazione di una regola cautelare dovrà sempre accompagnarsi quella dell'effettiva esigibilità della condotta alternativa lecita, di modo da preservare il fondamentale sostrato personalistico dell'addebito colposo[60].

3.1. Alla luce di quanto affermato nel paragrafo precedente, nonostante sia stato risolto dalla giurisprudenza spagnola applicando il dolo eventuale, sembra esprimere un disvalore inferiore rispetto ai casi di ignoranza deliberata in senso stretto e a quelli di ignoranza deliberata comune l'esempio della adolescente ignara dell'affiliazione del suo fidanzato al gruppo terroristico ETA, la quale accetta di accompagnarlo oltre la frontiera spagnola senza conoscere che la ragione del favore richiesto è quella di fuggire e far calmare le acque in seguito alla commissione di reati severamente puniti dalla legislazione nazionale. La giovane si mantenne in uno stato di ignoranza, dopo aver ascoltato che era bene che non conoscesse i motivi del viaggio. La *STS* 5 novembre 2003 ha condannato l'imputata affermando che «è un dato dell'esperienza che la richiesta di chi era stato il suo fidanzato, di accompagnarlo in Francia perché c'erano problemi, nel contesto della realtà sociale dei Paesi Baschi nell'anno 2000, si poteva interpretare soltanto come una richiesta d'aiuto da parte di chi appartiene all'organizzazione terroristica ETA»[61].
Lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, rispetto al caso del sindaco benintenzionato ma oberato di lavoro, che desidera fare il possibile perché le attività amministrative di cui è responsabile non finiscano per essere paralizzate da eccessive trafile burocratiche e che si presta a firmare una serie

---

[58] Cfr. B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 5. Cfr. altresì J.P. Cortés Labadia, *La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico*, in *La Ley Penal* 2016, n. 122, 3: «non è possibile escludere che certe forme di ignoranza possano, in certe circostanze, risultare verosimili, e che rendano credibile l'affermazione di non aver conosciuto i dettagli di determinate operazioni nelle quali appare il nome della persona a cui si imputa […] la sua realizzazione e, di conseguenza, la conoscenza di ciò che stava facendo».
[59] Á. Redondo Hermida, *La doctrina de la «ignorancia deliberada» en la jurisprudencia penal española*, in *La Ley Penal* 2009, n. 63, 6. L'A. cita la *STS* del 9 luglio 2008.
[60] Con specifico riferimento all'*ignorancia deliberada*, J.P. Montiel, *El caso Messi y las consecuencias de "ignorar" la dogmática de los delitos imprudentes*, in *En Letra: Derecho Penal*, 30 novembre 2016, 4.
[61] «[I]l consenso ad effettuare il trasporto senza voler conoscere la realtà dalla quale fuggiva, non è altro che la manifestazione del principio dell''ignoranza deliberata' […]. Secondo questo principio, chi non vuole conoscere ciò che può e deve conoscere, e tuttavia tenta di trarre beneficio da detta situazione, se viene scoperto, non può allegare alcuna ignoranza, e, al contrario, deve rispondere delle conseguenze del proprio agire illecito».

di atti preparati dai suoi collaboratori, senza conoscerne minimamente il contenuto. Così facendo, veniva approvato un provvedimento sanzionatorio predisposto illecitamente da un altro funzionario con l'intento di pregiudicare il destinatario. Sebbene una parte della dottrina spagnola qualifichi il caso in questione come un'ipotesi di ignoranza deliberata in senso stretto[62], alla luce di quanto si è affermato nel paragrafo precedente sembra possibile degradare il fatto da doloso a colposo valorizzando l'affidamento nella liceità dell'operato altrui nell'ambito di un'attività sì rischiosa, ma a base indubbiamente lecita (nonché socialmente utile).
Ma la più interessante tra le vicende etichettabili, ad avviso di chi scrive, come ignoranza deliberata *in senso lato* (*colposa*) è quella relativa allo sfruttamento dei diritti di immagine del pluripremiato calciatore Lionel Messi. Fin dalla minore età, quando era già integrato attivamente nella prima squadra del *club* F.C. Barcellona, Messi aveva delegato la gestione degli interessi economici al padre e a rinomati professionisti nel settore della fiscalità internazionale. A Messi fu contestata l'elusione fraudolenta di svariati milioni di euro con riferimento agli esercizi fiscali tra il 2007 e il 2009; il calciatore, in risposta, si difese sostenendo di non aver conosciuto alcun dettaglio delle operazioni addebitategli, che aveva delegato per la loro complessità e a cui partecipava soltanto concedendo il benestare finale, apponendo quando necessario la firma sui contratti che venivano predisposti dal suo *entourage*. In prima battuta, l'*Audiencia Provincial* di Barcellona ha condannato Messi per aver ignorato deliberatamente ciò che avrebbe dovuto e potuto sapere[63]; in seconda battuta, il *Tribunal Supremo* non ha fatto più ricorso alla dottrina dell'*ignorancia deliberada* ma ha confermato comunque la condanna dell'imputato, a titolo di dolo eventuale[64].
Al riguardo, una parte dei commentatori ha rilevato (ad avviso di scrive, correttamente) che la pronuncia di primo grado ha fatto strame del principio di affidamento[65]: «quando qualcuno delega la gestione di rischi […] a terzi, idonei a detta gestione per le loro capacità tecniche e operative, possiamo confidare nel fatto che opereranno in conformità alla legge. […] Annullare questa possibilità di affidamento ci obbligherebbe a conoscere nel dettaglio la legislazione tributaria, il mondo della contabilità» e quant'altro richieda la complessità della società del rischio contemporanea[66]. Lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, rispetto alla sentenza del *Tribunal Supremo*; seppure precisando che, in termini generali, l'operatività del principio di affidamento deve essere fatta dipendere in ogni caso dall'assenza di «situazioni concrete in cui, in via di eccezione, in ragione dello status ricoperto dall'agente si debba ritenere sussistente a suo carico l'obbligo di riconoscere l'altrui comportamento inaffidabile»[67].

4. Nella dottrina straniera, il dibattito sul tema dell'ignoranza deliberata ha visto accumularsi una gamma di teorie estremamente cangianti. Nella letteratura angloamericana, in via di estrema sintesi, per alcuni commentatori la *willful blindness* possiederebbe gli elementi strutturali della *recklessness*, intesa come l'assunzione sconsiderata di un rischio grave e ingiustificabile[68]. Secondo altri commentatori, sempre in via di estrema sintesi, l'imputazione della *willful blindness* si incentrerebbe sull'obbligo di conoscere la concorrenza degli elementi costitutivi di un reato nel

---

[62] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 112.
[63] Cit., *supra*, *sub* par. 1, nt. 18.
[64] *STS* 1885/2017, 24 maggio.
[65] Principio, questo, che contribuisce appunto a «fissare l'ambito dei doveri cautelari o di conoscenza»: J.P. Montiel, *El caso Messi y las consecuencias de "ignorar" la dogmática de los delitos imprudentes*, *op. cit.*, 5.
[66] *Ibidem*.
[67] L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *op. cit.*, 489.
[68] *Ex multis*, cfr. I.P. Robbins, *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, *op. cit.*, 220 ss.

caso concreto; pertanto, la violazione di tale obbligo darebbe luogo all'addebito della responsabilità per *negligence*[69]. Per altri commentatori ancora, la dottrina della *willful blindness* dovrebbe essere superata, poiché le previsioni di riferimento del *Model Penal Code* in tema di conoscenza degli elementi materiali del reato[70] consentirebbero già di per sé di punire anche le ipotesi di ignoranza deliberata a titolo di *knowledge*[71]. Una parte della dottrina sostiene invece che la *willful blindness* si collocherebbe a mezza via tra *knowledge* e *recklessness*[72] e ne individua i requisiti nella conoscenza «di informazioni molto buone che indicano che il fatto esiste», nella convinzione quasi completa di tale esistenza, nel fatto di aver evitato deliberatamente di confermarla e nello «scopo cosciente di evitare la responsabilità penale»[73]. Secondo un'altra parte ancora della dottrina, invece, alcune ipotesi di *willful blindness* supererebbero addirittura la soglia della *knowledge*: sarebbe questo il caso, secondo Luban, di quei «grandi macchinatori» che fanno dell'illecito l'obiettivo della loro linea di azione e che architettano l'ignoranza «come una precauzione per schermarsi dalla responsabilità»[74]. Tale linea di azione, che secondo accreditate analisi criminologiche affiorerebbe specialmente nel mondo degli affari, «aggiunge[rebbe] alla conoscenza un elemento di calcolo» che eleverebbe la posizione dei grandi macchinatori persino al di sopra di chi agisce sapendo ciò che fa[75].

Cambiando panorama, Raguès I Vallès ha analizzato criticamente la giurisprudenza spagnola che all'alba del terzo millennio ha importato la dottrina della *wilful blindness* per risolvere principalmente casi di traffico di sostanze stupefacenti, riciclaggio, supporto materiale indiretto del terrorismo, detenzione di sostanze esplosive, truffa, falsità documentali e bancarotta[76]. Raguès I Vallès ravvisa nell'*ignorancia deliberada* i seguenti requisiti: (*i*) il *sospetto dell'illiceità*; (*ii*) la *possibilità di realizzare un comportamento alternativo* (lecito) o di *desistere* dal realizzare la condotta; (*iii*) il mantenimento *intenzionale* di uno stato di *ignoranza*; (*iv*) la realizzazione di un *fatto che* ex post *si rivela tipico*; (*v*) la volontà di sfruttare l'ignoranza per ottenere un *beneficio* e per *aggirare la responsabilità penale*. L'Autore promuove una concezione generale del dolo come indifferenza grave nei confronti dell'ordinamento[77]: indifferenza, questa, che sarebbe ravvisabile nell'*ignorancia deliberada*, alla quale risulterebbe dunque applicabile il dolo eventuale[78]. Ciò,

---

[69] Anche per ulteriori riferimenti, cfr. la ricostruzione critica di D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 960.

[70] Il quale fa riferimento all'*alta probabilità* della loro sussistenza: *Model Penal Code*, § 2.02 (7).

[71] J.L. Marcus, *Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*, in *The Yale Law Journal* 1993, 102, Iss. 8, 2256-2257.

[72] In questo senso, oltre all'A. citata nella nt. successiva, D.N. Husak, C.A. Callender, *Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, in D.N. Husak, *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*, Oxford 2010, 200 ss.

[73] R. Charlow, *Wilful Ignorance and Criminal Culpability*, in *Texas Law Review* 1992, 70, 1429.

[74] D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 968.

[75] *Ibidem*.

[76] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 21 ss.

[77] *Ivi*, 173. Secondo l'A., in particolare, l'indifferenza verso l'ordinamento giuridico e i valori che esso tutela attraverso la norma penale costituirebbe l'elemento strutturale fondamentale del dolo, misurabile (o quantificabile) per delimitare il dolo eventuale dalla colpa cosciente.

[78] In breve, versa in *ignorancia deliberada* chi, «*potendo e dovendo conoscere determinate circostanze penalmente rilevanti della propria condotta, prende deliberatamente o coscientemente la decisione di mantenersi nell'ignoranza*»: *ivi*, 158. Si veda altresì *ivi*, 192-193: «*il soggetto che realizza una condotta oggettivamente tipica senza rappresentarsi che concorrono in essa gli elementi concreti di una fattispecie legale, sospettando però che sta agendo in maniera potenzialmente lesiva per alcun interesse altrui e che, potendo desistere da tale condotta, preferisce realizzarla mantenendosi deliberatamente o coscientemente in una ignoranza prolungata nel tempo come strumento per ottenere alcun beneficio, senza assumersi rischi propri né responsabilità, mostra un grado di indifferenza per l'interesse offeso non inferiore a quello del delinquente doloso-eventuale e, in termini preventivi, merita la stessa pena di questo*».

perlomeno, nella maggior parte dei casi, laddove il soggetto nutre appunto un sospetto sull'illiceità della vicenda[79]; al contrario, il dolo eventuale non potrebbe essere applicato anche nei casi di ignoranza deliberata *in senso stretto*, nei quali il soggetto non acquisisce intenzionalmente nemmeno il nucleo minimo di informazioni valide a formare la soglia di rappresentazione richiesta per il dolo[80]. Secondo Raguès I Vallès, in questi ultimi casi – che meriterebbero un trattamento analogo a quello riservato alle fattispecie dolose – il ricorso alla dottrina dell'*ignorancia deliberada* sarebbe non solo *necessario*, ma altresì *legittimo*: non violerebbe cioè il principio di legalità, con riferimento alle disposizioni codicistiche in tema di dolo e di errore sul fatto tipico. La delimitazione del significato e dei confini del dolo, infatti, sarebbe affare della sola scienza penale; inoltre, interpretando il dettato codicistico alla luce della *ratio* dell'errore sul fatto tipico e del senso comune attribuito alla parola "errore", la relativa disciplina non si potrebbe applicare a chi crea e mantiene intenzionalmente lo stato di errore, con il proposito di beneficiarne[81].

L'apporto di Raguès I Vallès ha stimolato un nutrito dibattito. Tra tutti, in particolare, quattro Autori (*infra*, *i-iv*) hanno commentato la tesi di Raguès da angolature dogmatiche estremamente cangianti, le quali danno una prima conferma dell'ambiguità del meccanismo di imputazione soggettiva in questione.

(i) Chi sostiene una linea di pensiero maggiormente critica nei confronti dell'*ignorancia deliberada* è Feijòo Sànchez, il quale la definisce una *pericolosa dottrina giurisprudenziale* che «talora viene utilizzata arbitrariamente per aggirare i requisiti legali e probatori del dolo»[82]. Per vero, questo primo Autore ammette che risulterebbe possibile ricomprendere nell'ambito del dolo eventuale le ipotesi di ignoranza deliberata *comune* – nelle quali il soggetto agisce, di fatto, con *dolo alternativo* – senza che si renda necessario applicare la dottrina dell'*ignorancia deliberada*[83]. Tuttavia, l'*ignorancia deliberada* postulerebbe l'inflizione di una pena prevista per un reato doloso in contrasto con la disciplina codicistica sull'*error de tipo*, ai sensi della quale *qualunque stato di ignoranza escluderebbe il dolo*. Inoltre, l'applicazione dell'*ignorancia deliberada* configurerebbe un'ipotesi di *responsabilità oggettiva*, incline a trattare «allo stesso modo le conseguenze previste e quelle difficilmente prevedibili»[84]. Infine, l'*ignorancia deliberada* permetterebbe di invertire l'onere della prova della sussistenza del dolo eventuale: «chi è responsabile della propria ignoranza risponde dolosamente a meno che provi che essa non si determinò per disinteresse»[85].

---

[79] L'Autore si riferisce al gruppo di casi cui si è fatto riferimento, nel paragrafo precedente del presente lavoro, con l'espressione "ignoranza deliberata *comune*".

[80] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 130. Cfr. altresì Id., Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 19: «l'assenza di conoscenza […] della concorrenza in un determinato comportamento degli elementi di una fattispecie incriminatrice impedisce di considerare il fatto come doloso, il che porta all'impunità o, quando la legge lo permetta, a punire la condotta come colposa. Tuttavia, in casi come quelli esposti, nei quali il soggetto ha deciso di mantenersi nell'ignoranza, tale conclusione appare insoddisfacente e non cessa di risultare improprio affermare che chi ha evitato di conoscere versa in una situazione di errore o ha agito in maniera negligente».

[81] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 193 ss.

[82] B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 4. Cfr. altresì J.C. Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social*, Valencia 2018, 263-264 e 267.

[83] B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, in *Discusiones*, *op. cit*., 103-104.

[84] *Ivi*, 110-111.

[85] *Ivi*, 112.

(*ii*) L'analisi di Puppo si focalizza sulle note *morali* che caratterizzerebbero l'imputazione dell'ignoranza deliberata. Questo secondo Autore sottolinea che, «[g]eneralizzando […], è plausibile affermare che esistono valori nei confronti dei quali l'indifferenza manifesta lascia presumere, nel soggetto indifferente, tratti morali oggettivamente (o […] soggettivamente e maggioritariamente) condannabili»[86]. Ciò varrebbe specialmente per i reati che costituiscono *mala in se*; negli altri casi (*mala prohibita*), l'ascrizione dell'ignoranza deliberata finirebbe invece per essere «giustificata esclusivamente dalla soggettività morale del giudice»[87]. Da questa angolatura, emergerebbero inoltre problemi laddove il soggetto agisca per ragioni moralmente apprezzabili: Puppo sostiene che l'essenza dell'ignoranza deliberata debba essere ravvisata nella possibilità di *imputare* il dolo – che, di fatto, risulterebbe assente – «in virtù di un giudizio morale sull'accusato», il quale «si sforza per ignorare tutto ciò che deve essere ignorato per evitare l'applicabilità della norma penale»[88].

(*iii*) Anche il terzo Autore, Greco, ritiene *superflua* la dottrina dell'*ignorancia deliberada*, in ragione dell'applicabilità del dolo eventuale in molti dei casi in cui il soggetto sceglie intenzionalmente di ignorare[89]. Laddove il comportamento anteriore alla commissione del reato sia stato realizzato possedendo una conoscenza nucleare della situazione di rischio per un bene giuridico penalmente tutelato, sussisterebbe il dolo eventuale anche in presenza di uno stato di ignoranza intenzionalmente mantenuto[90]. Greco ravvisa nell'ignorante deliberato i tratti dell'*autore mediato* che «fa uso del suo io futuro come strumento che agisce in errore»[91]. In alternativa, sarebbe possibile individuare la concorrenza di un'ipotesi eccentrica di *actio libera in causa*, nella quale «il comportamento previo non esclude, come nei casi prototipici di *actio libera in causa*, la colpevolezza dell'agire posteriore», bensì «il suo carattere doloso»[92]. Anche secondo Greco, tuttavia, il dolo eventuale non sarebbe applicabile nei casi di ignoranza deliberata *in senso stretto*: chi ignora l'esistenza di tutti gli elementi oggettivi del fatto tipico non potrebbe dominare né la sua realizzazione, né il suo impedimento[93]. In questi ultimi casi ci si troverebbe piuttosto in presenza di un elemento soggettivo *colposo*[94]: *de lege lata*, anche questo terzo Autore ribadisce

---

[86] A. Puppo, *Comentario a* Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, in *Discusiones, op. cit*., 62.

[87] *Ibidem.*

[88] *Ivi*, 66. Con accento critico nei confronti delle «forti tinte moralistiche» che contraddistinguerebbero i tentativi di implementazione della teoria della *willful blindness* a livello giurisprudenziale M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà, op. cit*., 2255.

[89] L. Greco, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, in *Discusiones, op. cit*., 67. V. altresì *ivi*, 70: «che sia per via diretta o per via indiretta, esiste qui il dolo eventuale e non l'ignoranza».

[90] «Spesso, lo stesso comportamento che causa immediatamente il risultato sarà già accompagnato dalla coscienza che qualcosa può finire male, che può esistere un rischio per un bene penalmente protetto. Quella coscienza sarà, nella maggioranza dei casi, sufficiente per giustificare un dolo eventuale. Sebbene abbia ad oggetto solamente la possibilità di un rischio, possibilità di un rischio ed esistenza di un rischio sono nozioni che, da una prospettiva ex ante, si confondono»: *ibidem*.

[91] Con una forzatura normativa, come rileva R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 200, nt. 21: «autore mediato è colui che commette un reato *per mezzo di altri*» (corsivo aggiunto).

[92] L. Greco, *Comentario al artículo de Ramón Ragués, op. cit*., 69.

[93] *Ivi*, 72.

[94] A sostegno della tesi in questione, l'A. attribuisce peso all'argomento dell'irragionevole punibilità, in caso contrario, delle ipotesi di tentativo *inidoneo*: ipotesi, queste, che sono ritenute sanzionabili sia nel sistema penale tedesco che in quello spagnolo, sulla base del fondamento più marcatamente soggettivo o misto che viene ivi attribuito al delitto tentato. Per approfondimenti, si rinvia diffusamente e per tutti a S. Seminara, *Il delitto tentato*, Milano 2012, 855 ss.

che *l'ignoranza degli elementi oggettivi del fatto tipico, anche se deliberata, non può che escludere il dolo*[95].
(*iv*) La quarta Autrice, Manrique, ritiene improprio assimilare l'ignoranza deliberata al dolo eventuale: mentre il secondo sussiste quando il soggetto «agisce senza alcun errore di comprensione», in presenza della prima «l'agente non sa se sta realizzando una determinata condotta poiché è privo di informazioni rilevanti per comprendere quello che sta facendo»[96]. Ciò sarebbe ancor più evidente nelle ipotesi di ignoranza deliberata *in senso stretto*, nelle quali il soggetto «resta indifferente dinnanzi a una varietà di possibili offese a beni giuridici»[97]. Attraverso la dottrina dell'*ignorancia delberada*, sostiene Manrique, si rischierebbe di imputare soggettivamente un reato a prescindere dalla verifica di elementi psicologici quali conoscenze, motivi e scopi dell'agire[98]. L'ignoranza deliberata risulterebbe assimilabile a una sorta di *fraude de ley* che possiede un disvalore atipico rispetto alle ipotesi colpose classiche: atipicità, questa, che renderebbe la dottrina in questione incompatibile con il principio di legalità[99].

4.1. La breve *literature review* effettuata nel paragrafo precedente ha messo in evidenza l'esistenza di divergenze significative tra le tesi elaborate in dottrina sul tema dell'*ignorancia deliberada*. Tra i vari profili che appaiono controversi, l'idea centrale di Raguès I Vallès di incentrare il dolo e l'*ignorancia deliberada* sull'indifferenza è senza dubbio una delle più dibattute[100]. *In primo luogo*, in via di estrema sintesi, il riferimento all'indifferenza come minimo comune denominatore delle varie forme di dolo poggia su un fondamento filosofico del diritto penale e della pena – di impronta essenzialmente normativista ed espressivista – che non risulta unanimemente condiviso nel panorama scientifico[101]. *In secondo luogo*, la valorizzazione dell'indifferenza non sembra capace di risolvere il dubbio amletico tra dolo eventuale e colpa cosciente[102]: infatti, «[a]nche la colpa […] è indifferenza, però rispetto alla norma cautelare»[103]. Come dimostrato dall'ondivaga giurisprudenza italiana alle prese con casi-limite di fatti realizzati in manifesta violazione di regole cautelari poste a protezione di beni giuridici primari, se l'ascrizione del reato si basasse sull'indifferenza palesata dal soggetto attivo, il sistema di imputazione soggettiva non sarebbe più in grado di filtrare in alcun modo le pressanti istanze politico-criminali di segno general-preventivo. Ciò finirebbe per esporre l'individuo al rischio di abusi del diritto e del processo penale: «la constatazione di una colpa cosciente» – con indifferenza meno grave – «rischia di

---

[95] L. Greco, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, *op. cit*., 76-77.
[96] «Seppure la sua ignoranza sia deliberata resta un caso di mancata conoscenza»: M.L. Manrique, *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*, cit., 82.
[97] *Ivi*, 86.
[98] *Ivi*, 89.
[99] M.L. Manrique, *Ignorancia deliberada y responsabilidad penal*, in *Isonomía* 2014, n. 40, 163 ss.
[100] Sviluppata nella sua completezza, una tesi siffatta consentirebbe persino di prescindere dalla rappresentazione nell'imputazione soggettiva dolosa e di semplificare la configurabilità del dolo eventuale nei casi di *ignorancia deliberada* comune.
[101] Sull'indifferenza come elemento del dolo, si rinvia a G. Jakobs, *Indiferencia como dolo indirecto*, in *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, *op. cit*., 345 ss. Sempre riguardo al criterio dell'indifferenza, R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, *op. cit*., 225 critica la sua «fallacia naturalistica»: «a un dato di fatto, e cioè alla conoscenza attuale o potenziale di un determinato oggetto, viene (opinabilmente) attribuito un valore (ostilità e indifferenza)».
[102] B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 13.
[103] B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber….más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 135.

convertirsi *ipso facto* in una prova del dolo eventuale», rinvenendo già nella consapevolezza del rischio un'ipotesi di indifferenza grave per il bene giuridico tutelato[104].

4.2. Come si è visto, la relazione problematica tra ignoranza deliberata e dolo eventuale è stata ricostruita in dottrina elaborando tesi di segno anche assai diverso. L'unico punto di incontro tra le linee di pensiero di una parte degli Autori cui si è fatto riferimento nel paragrafo dedicato alla *literature review* sembra essere costituito, pur con tutti i distinguo del caso, dall'affermazione della compatibilità almeno tendenziale tra ignoranza deliberata comune e dolo eventuale. La definizione di questa forma di dolo includerebbe già di per sé i casi di errore intenzionale (Feijòo Sànchez) o comunque potrebbe essere stiracchiata al massimo per inglobare questi ultimi, senza con ciò snaturare il concetto stesso di dolo eventuale (Greco); oppure ancora, questo potrebbe fungere da contenitore dell'ignoranza deliberata quantomeno rispetto ai *mala in se* (Puppo). Soltanto Manrique sostiene che l'ignoranza deliberata non potrebbe rientrare affatto nei margini del dolo eventuale e che essa abbisognerebbe di un riconoscimento legislativo *ad hoc* per poter coesistere legittimamente con le categorie dell'elemento soggettivo nei sistemi penali di *civil law*.
A ben vedere, anche i succitati Autori che tentano di scomodare il dolo eventuale per riservare un trattamento appropriato all'ignoranza deliberata *comune* non mancano di soffermarsi su peculiarità strutturali della medesima che non si incastrano perfettamente, come si vedrà con maggiore dettaglio nella sezione successiva dell'indagine, con i requisiti del dolo eventuale. Per questa ragione, *de lege ferenda*, Raguès I Vallès ritiene opportuno «*riflettere sulla necessità di riconfigurare il sistema di imputazione soggettiva* basato esclusivamente sulla distinzione tra dolo e colpa»[105]. Feijòo Sànchez evidenzia inoltre la difficoltà – per l'Autore, insuperabile – di far coesistere l'ignoranza deliberata, il dolo eventuale e l'errore sul fatto tipico. Greco, infine, tenta di giustificare la stessa coesistenza – ritenuta altrettanto difficile – combinando la figura del dolo eventuale con quelle dell'autore mediato e dell'*actio libera in causa*.

5. Pare possibile concludere questa prima sezione con due brevi rilievi. *Il primo*: vuoi perché inclini a inquadrare gli stati di cecità intenzionale in una sola delle categorie dell'elemento soggettivo del reato, vuoi perché restie a soffermarsi su criteri distintivi di valenza generale, le teorie unitarie della *willful blindness* e dell'*ignorancia deliberada* non sembrano essersi rivelate soddisfacenti. *Il secondo*: per accogliere la dottrina in questione nei sistemi penali di *civil law*, la strada del dolo eventuale non risulta affatto priva di ostacoli. Per questo motivo, nella sezione successiva si concentrerà l'analisi sulla relazione tra l'ignoranza deliberata, il dolo eventuale e l'errore sul fatto tipico. Volendo anticipare brevemente alcuni aspetti ai quali si dedicherà particolare attenzione, sebbene l'ipotesi di includere almeno i casi di ignoranza deliberata comune nel perimetro del dolo eventuale possa apparire suggestiva, il suo accoglimento finirebbe per sollevare svariati problemi. *Da un lato*, una concezione del dolo eventuale articolata sul duplice piano della *tipicità* e della *colpevolezza* – che combini cioè una valutazione del *rischio obiettivo* e del *nesso psichico* tra il soggetto e il fatto – può contribuire a fare maggiore chiarezza sulle condizioni in presenza delle quali l'ignoranza deliberata può essere ascritta a titolo di dolo eventuale. *Dall'altro lato*, la scelta di annoverare nell'elemento soggettivo doloso un meccanismo

[104] Critica la tendenza a presumere il dolo eventuale dai requisiti della colpa cosciente A. Vallini, *Dai "pirati della strada" al bombardamento di Dubrovnik: prassi nazionali e sovranazionali in tema di* dolus eventualis, in ius17@unibo.it 2011, Studi e materiali di diritto penale, n. 1, 249.
[105] O, «quantomeno, per rivisitare le conseguenze giuridiche che si associano a ciascuna di queste figure»: R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 208-209.

di imputazione che prescinde – a seconda dei casi, come si è visto, in tutto o in parte – dalla rappresentazione del fatto tipico potrebbe favorire l'*oggettivizzazione* della responsabilità penale e l'*automatismo* del suo accertamento processuale[106]. Al di là dei possibili pertugi individuabili per collocare i casi di ignoranza deliberata all'interno del dolo e della colpa, risulta difficile trascurare proprio quelle peculiarità che sembrano contraddistinguere l'ignoranza deliberata fino a renderla, se non proprio una figura del tutto autonoma, un corpo estraneo alle categorie dell'elemento soggettivo nei sistemi penali di *civil law*.

Sezione II - *Discussione*

6. Per porre in relazione l'ignoranza deliberata e il dolo eventuale occorre analizzare anzitutto la questione relativa al trattamento degli stati di *dubbio.* Come noto, questi non sono attratti senza eccezioni all'interno del dolo eventuale[107], bensì risultano astrattamente compatibili anche con l'imputazione colposa[108]. Pare anzi possibile affermare che dubbio, sospetto e rischio risultino di per sé più confacenti al paradigma della responsabilità penale per colpa[109]. Ciò è vero, beninteso, fintanto che non venga accreditata la presenza di una (rappresentazione e di una) *volontà* riferita al fatto tipico[110].

---

[106] «Non è raro trovare, nelle sentenze, l'affermazione che non occorre indugiare sulla dimostrazione dell'elemento soggettivo, in quanto il dolo è insito *in re ipsa*; e la dottrina non ha mancato di soffermarsi, pervenendo a conclusioni non univoche, su questa impostazione giurisprudenziale. È nato, così, da un'esigenza essenzialmente pratica, il problema del *dolus in re ipsa*. Questo problema ha una sua realtà e una sua apparenza: una sua realtà, in quanto intimamente legato al problema della prova con particolari nessi rispetto alla teoria delle presunzioni; una sua apparenza, in quanto la locuzione sembra voler definire una nuova categoria dogmatica sostanziale, quasi un nuovo tipo di dolo, da porsi accanto alle specie ormai tradizionali»: il passaggio è tratto dalla *premessa* di F. Bricola, Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano 1960, riedito in F. Bricola, *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Milano 2000, 3. In argomento, si rinvia altresì, diffusamente e per tutti, a L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, 63 ss.

[107] In disaccordo su questa diffusa premessa, per tutti, M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *RIDPP* 2015, 568 ss.

[108] Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 90. «[I]l dubbio non è ancora dolo, o perlomeno, non lo è necessariamente»: K. Summerer, *Il caso Thyssenkrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno dei lavoratori*, in L. Foffani, D. Castronuovo, *Casi di diritto penale dell'economia*, II. *Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Thyssenkrupp)*, Bologna 2015, 193.

[109] M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 41. Cfr. altresì D. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *RIDPP* 2013, 29.

[110] Così, D. Brunelli, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *RIDPP* 2020, n. 2, 1287 e 1293, dove l'A. cita il § 50 della sent. *Thyssenkrupp* (Cass. S.U. 18.9.2014 n. 38343, *Espenhahn e altri*, pubblicata in www.penalecontemporaneo.it, 19 settembre 2014). Un'osservazione panoramica della giurisprudenza italiana e di quella spagnola sembra restituire una certa convergenza riguardo all'inquadramento degli stati di dubbio. *Nella giurisprudenza italiana*, in una nota pronuncia in tema di ricettazione, la Cassazione ha statuito che il dolo eventuale è configurabile anche laddove il soggetto attivo passi all'azione nonostante la rappresentazione incerta dei presupposti della condotta tipica. Ciò, beninteso, a condizione che si provi – come richiede l'indicatore della prima formula di Frank – che l'imputato avrebbe agito comunque, laddove egli avesse conosciuto con certezza che la propria condotta avrebbe realizzato il fatto o cagionato l'evento tipico. Il riferimento è a Cass. S.U. 26.11.2009 n. 12433, *Nocera*, pubblicata in *CP*, 2010, 2548 ss., con commento di M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, 2555 ss. Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. G.P. Demuro, *Il dolo eventuale. Alla prova del delitto di ricettazione*, in *RIDPP* 2011, 308 ss. *Nella giurisprudenza spagnola*, in senso analogo, il *Tribunal Supremo* afferma che chi agisce pur rappresentandosi come possibile la realizzazione dell'offesa non potrà beneficiare delle conseguenze giuridiche stabilite dall'art. 14 del *Código penal* per le ipotesi di errore sul fatto, dovendosi anzi riconoscere la responsabilità a titolo di dolo eventuale: *STS* del 5 febbraio

Nelle ipotesi di ignoranza deliberata *comune*, la rappresentazione è circoscritta, con un certo grado di approssimazione, alla *situazione di rischio* o ai *presupposti della condotta* penalmente rilevante: l'ignorante deliberato si prefigura la possibile illiceità della condotta stessa per aver percepito indizi che lasciano presagire che «*qualcosa di brutto* avverrà»[111]. Qui emerge un primo problema: se è vero che la *rappresentazione* costituisce un requisito indefettibile del dolo (e che la stessa deve risultare ancorata ad un oggetto *sufficientemente determinato*)[112], nelle ipotesi di ignoranza deliberata non si potrebbe che negare, in linea di principio, l'esistenza di un effettivo legame psichico di natura dolosa. In tali ipotesi, come si è visto, la rappresentazione risulta infatti assente (ignoranza deliberata *in senso stretto*) o comunque parziale, evanescente e suscettibile, al limite, di essere desunta indirettamente da fatti provati (ignoranza deliberata *comune*)[113]. In altre parole, non sembra possibile ravvisare nell'ignoranza deliberata un «dolo del futuro» pienamente formato, ma tutt'al più una manifestazione peculiare di un «dolo (eventuale) del passato» e una cecità intenzionale di fronte al fatto tipico del presente[114].

Per cucire la veste del dolo sull'ignoranza deliberata, sembra dunque inevitabile ammettere la configurabilità di un *macro-dolo alternativo* «che comprenderebbe la commissione di praticamente qualunque infrazione penale possibile che si possa arrivare a commettere»[115]. Nell'ignoranza deliberata, la rappresentazione può lambire un insieme ampio di beni o interessi penalmente tutelati: su questa base, l'ignorante deliberato "gioca d'azzardo", determinandosi ad agire (o ad astenersi dal compiere la condotta doverosa) in una situazione di incertezza cognitiva intenzionalmente mantenuta.

2001. «La nostra prassi punitiva attuale si basa sull'idea che colui che contempla la possibilità di commettere un fatto antigiuridico deve eludere tale possibilità, astenendosi, agendo in un senso diverso o adottando misure addizionali per evitarlo. Se non si adegua alla situazione di incertezza commette la modalità di ingiusto più grave, quella dolosa. […] L'ingiusto è doloso sempre che l'autore si rappresenti il fatto che si realizzerà o gli elementi tipici, seppure in forma incerta (dolo eventuale), in modo tale che con una minima disposizione giuridica non si può più confidare che non si produrrà il fatto»: B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber….más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 101 e 103.

[111] F.M. Iacoviello, *Processo di parti e prova del dolo*, *op. cit.*, 499.

[112] Limitatamente alla giurisprudenza spagnola in tema di *ignorancia deliberada*, cfr. STS 57/2009, 2 febbraio.

[113] Contrariamente alla necessaria esistenza di un forte legame psichico tra soggetto e fatto concreto, sul quale poneva l'accento per tutti C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in *RIDPP* 2000, 1266-1267.

[114] D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E.M. Ambrosetti, Torino 2017, 210 ss. L'analisi dell'A. pone in rilievo la necessità di differenziare la conformazione e il trattamento del dolo eventuale a seconda della struttura della singola fattispecie incriminatrice, il cui disvalore può incentrarsi vuoi sul *passato* e sul *presente* (rispettivamente, cioè, ai presupposti della condotta e alla condotta stessa: come nel caso della ricettazione), vuoi altresì sul *futuro* (ad esempio, nel riciclaggio, rispetto al quale non sarebbe possibile configurare «un dolo eventuale costruito attorno al dato conoscitivo di un dubbio non risolto sulla provenienza delle cose»: *ivi*, 211). Per ulteriori approfondimenti di impronta generale, Id., *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino 2019, 162 ss.

[115] R. Ragués i Vallès, *A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva*, cit., 145. «Una delle conseguenze più preoccupanti della 'dottrina dell'ignoranza deliberata' è che basta constatare la conoscenza del fatto che si stia realizzando qualcosa di antigiuridico o agendo in un contesto di clandestinità per imputare tutte le conseguenze per dolo»: B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 18. Si implementerebbe dunque un dolo alternativo nella sua accezione soggettiva, secondo la quale «si manifesta […] una situazione psichica, la quale di per sé integra la coscienza e volontà dell'offesa, restando soltanto indistinta o la specie di essa, o il soggetto o l'oggetto» (A. Pecoraro Albani, *Il dolo*, Napoli 1955, 402); con l'aggiunta, però, di una dose maggiore di indeterminatezza rispetto all'elemento rappresentativo. Riprende l'analisi dei profili problematici connessi al dolo alternativo M. Venturoli, *Il dolo alternativo tra incertezze dottrinali e semplificazioni giurisprudenziali*, in *DPP* 2009, n. 5, 617 ss.

Per quanto riguarda inoltre la componente *volitiva* del dolo, secondo una parte della dottrina non esisterebbe «la possibilità di elementi voluti e non rappresentati, perché non può volersi qualcosa senza averne la rappresentazione»[116]: proprio quella rappresentazione che, come si è detto poc'anzi, manca (ignoranza deliberata *in senso stretto*) o comunque si sgancia da referenti realmente determinati (ignoranza deliberata *comune*). Nel tentativo – anteriore alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul caso *Thyssenkrupp* – di restringere il perimetro del dolo eventuale, ribadendo la necessaria correlazione tra rappresentazione e volontà, in una pronuncia del 2012[117] la Suprema Corte precisò che per la sussistenza della forma di dolo in questione si richiede l'accettazione di uno *specifico* evento, non bastando a tal fine quella di una generica situazione rischiosa[118]. È noto che, proprio nel caso *Thyssenkrupp*, la Cassazione ha poi consacrato il criterio dell'accettazione esigendo che questa sia il frutto di una *ponderazione di interessi*[119], all'esito della quale il soggetto *decide comunque di agire*.

Ben si intuisce dunque la problematicità della relazione tra ignoranza deliberata e dolo eventuale: relazione, questa, che rischierebbe di svuotare il secondo della sua componente volitiva, come conseguenza dell'annichilimento o comunque della significativa mitigazione di quella rappresentativa. Nell'ignoranza deliberata, si ripete, si può dire che il soggetto attivo abbia «deciso (diretto la propria volontà verso) la realizzazione di un fatto che (eventualmente) potrebbe essere parte di una condotta dannosa»; tale eventualità, tuttavia, non è sostenuta da una rappresentazione chiara del fatto tipico[120]. Sembrerebbe configurarsi allora una forma di «dolo per assunzione»[121] in forte tensione con i principi di legalità e di colpevolezza, secondo i quali la rappresentazione e la volontà deve avere «davvero abbracciato, e non solo lambito, il fatto tipico»[122].

Nella casistica, inoltre, la condotta dell'ignorante deliberato accede spesso a quelle realizzate da altri soggetti. Nelle vicende plurisoggettive, l'oggetto del dolo del concorrente nel reato deve essere *doppio*, dovendosi riferire al contributo concorsuale e al significato tipico del fatto altrui. Se ciò è vero, emerge essenzialmente un problema che riguarda la compatibilità tra il doppio dolo di concorso e l'ignoranza deliberata: questa blocca l'approfondimento cognitivo della situazione tipica e impedisce dunque la maturazione della consapevolezza in ordine alla sua esistenza nel concorrente. Addirittura, nelle ipotesi di ignoranza deliberata *in senso stretto* il soggetto *non possiede alcuna informazione concreta*; soltanto in quelle di ignoranza deliberata *comune* potrebbe

---

[116] M. Gallo, *Dolo*, *op. cit*., 751.

[117] Cass. 9.10.2012 n. 39898. La pronuncia in questione segna «*il vero superamento della tesi che ravvisa nell'evento un mero oggetto di rappresentazione, anziché di volontà*, recuperando così lo stesso dolo eventuale a un'analisi motivazionale del volere»: M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 90.

[118] V. Mongillo, *Il lato oscuro della rappresentazione: riflessioni sulla colpa con previsione alla luce della sentenza Schettino*, in *DPenCont* 2018, n. 2, 252.

[119] In dottrina, diffusamente e per tutti, cfr. già S. Prosdocimi, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993.

[120] «La soggettiva consapevolezza dell'alta probabilità che un evento illecito si verifichi non equivale affatto, insomma, alla concreta rappresentazione dello specifico evento illecito»: F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica alla recente giurisprudenza)*, cit., 344. «[I]l principio di legalità, o quello di colpevolezza, vieta di applicare la sanzione, a meno che non si provi l'esistenza del dolo –prova che presuppone la conoscenza (per lo meno eventuale) di tutti gli elementi del tipo penale– da parte dell'agente»: A. Puppo, *Comentario a* Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, *op. cit*., 65-66.

[121] B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 107; Id., *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 3.

[122] C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[3], Milano 2020, 372.

risultare possibile provare, per inferenze da fatti noti a circostanze ignote, la concorrenza del doppio dolo di concorso nel suo contenuto minimo indispensabile[123].

Il mistero della relazione tra ignoranza deliberata e dolo eventuale si infittisce ulteriormente se si considera che parrebbe possibile rintracciare sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza italiana definizioni e indicatori spendibili per ricondurre l'ignoranza deliberata stessa nell'alveo della responsabilità dolosa[124]. *In dottrina*, tra le innumerevoli formule cui si potrebbe attingere (correndo, per vero, il rischio di decontestualizzarle dalla trattazione originaria e di snaturare le tesi ivi sostenute, con una conseguente eterogenesi dei fini sul piano dogmatico), le analisi di Salvatore Prosdocimi e di David Brunelli forniscono le indicazioni più confacenti a indirizzare l'indagine sul tema dell'ignoranza deliberata. Esaminando la questione relativa al trattamento dei casi di «dubbio sulla presenza in concreto dei presupposti della condotta», Prosdocimi enfatizza la necessità di espletare un *supplemento di indagine*: la sua assenza non potrà giustificare un rimprovero colposo, laddove sia l'esito di «una precisa opzione, a seguito di un bilanciamento di interessi»[125]. Avvicinandosi forse ancora di più alle ipotesi di ignoranza deliberata, Brunelli afferma che «la possibilità di scorgere le sembianze di un autentico dolo del fatto sono maggiori laddove l'agente agisca con la piena cognizione delle circostanze e dei dati della realtà che ambientano la sua condotta e ne costituiscono il presupposto, e l'evento o il risultato si verifichi attualizzando un rischio consapevolmente corso; mentre se tale piena cognizione faccia difetto ciò può impedire *alla radice* di concludere per la sussistenza del dolo, *a meno che non si sia di fronte ad un soggetto talmente risoluto dall'aver psicologicamente rimosso il dubbio e agito come se non vi fosse*»[126].

Sembra dunque confermarsi la possibilità di *differenziare* il trattamento dell'ignoranza deliberata in senso stretto da quello dell'ignoranza deliberata comune. Solo nella seconda potrà scorgersi una *rimozione intenzionale di un dubbio* capace di soddisfare i requisiti del dolo eventuale. Questo, al contrario, non può coprire altresì la prima forma di ignoranza deliberata, nella quale non sembra concorrere nemmeno la soglia minima di rappresentazione necessaria a fondare l'addebito della classe meno intensa di dolo[127].

Nella giurisprudenza, inoltre, una pronuncia anteriore a quella delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul caso *Thyssenkrupp* – criticata, la prima, per la tendenziale compressione dell'elemento volitivo del dolo eventuale – aveva statuito che «lo stato di dubbio sulla possibilità che la condotta posta in essere esiti in un fatto di reato non esclude il dolo, poiché comunque suppone la rappresentazione dell'evento e l'accettazione del relativo rischio»[128]. Laddove si prendesse abbrivio da un simile orientamento, come noto maggioritario prima della sentenza *Thyssenkrupp* e tuttora resiliente in una parte della giurisprudenza italiana, non desterebbe forse troppo stupore la scelta di ricondurre i casi di ignoranza deliberata *comune* nell'alveo del dolo eventuale. Infatti, se in questo orientamento giurisprudenziale *il dubbio irrisolto indizia il dolo*,

---

[123] Cfr. B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 19.

[124] D'altronde, più in generale «si disputa […] su quale debba essere la "soglia" di consapevolezza sufficiente per imputare il fatto a titolo di dolo»: G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*[8], Bologna 2019, 374.

[125] S. Prosdocimi, Dolus eventualis. *Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, *op. cit*., 54 ss.

[126] D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, cit., 216.

[127] Fatte salve le precisazioni che si diranno, *infra*, *sub* par. 6.1.

[128] S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Bologna 2017, 443, nt. 60 (Cass. 14.2.2012 n. 31449).

tantopiù lo farà quello mantenuto intenzionalmente per assopire freni inibitori e assecondare motivi che possono rivelare la presenza di una *scelta a favore dell'illecito di natura dolosa*[129].

6.1. Ad avviso di chi scrive, non pare dunque possibile escludere radicalmente la riconducibilità dell'ignoranza deliberata *comune* in seno al dolo eventuale, laddove il soggetto attivo: (*i*) nutra un sospetto fondato riguardo alla concorrenza di una situazione tipica; (*ii*) si mantenga deliberatamente in uno stato di ignoranza, manifestando una disposizione qualitativamente diversa dalla (e *più grave* della) semplice indifferenza, indolenza, insensibilità e così via; (*iii*) agisca costi quel che costi, in assenza di «comprovate irrazionalità motivazionali»[130], pur *sapendo e avendo scelto* «di avere a disposizione un ridotto e lacunoso patrimonio conoscitivo»[131], (*iv*) nonostante la presenza di un *rischio obiettivamente irragionevole*. Rischio, questo, non «*soltanto* […] *non consentito*», ma che non avrebbe nemmeno potuto essere preso in considerazione, nel caso concreto, «secondo il criterio dell'osservatore esterno nelle vesti […] dell'agente»[132].
Permangono invece prive di un ancoraggio dogmatico le ipotesi, meno frequenti nella casistica e più controverse in dottrina, di ignoranza deliberata *in senso stretto*. Nonostante i molti riscontri del gradimento che la categoria del dolo eventuale suscita nella pratica del diritto penale, tale categoria non sembra così capiente da poter accogliere anche i casi nei quali l'elemento rappresentativo risulta di fatto annullato: «l'assenza totale di conoscenza, persino del sospetto dell'antigiuridicità, impedisce di sanzionare la condotta, perché in tal caso la sanzione implicherebbe l'accettazione di una responsabilità penale oggettiva»[133]. In questi ultimi casi, lo scarto anche temporale tra il fatto pre-tipico, la deliberazione dell'ignoranza e la realizzazione del fatto tipico può essere talmente rilevante da potersi ravvisare unicamente la presenza di un irrilevante *dolo successivo*[134].
Si è visto, comunque, che il gruppo dei casi che compongono l'ignoranza deliberata *in senso stretto* può essere ridimensionato. Alcuni casi che Raguès I Vallès considera meritevoli di un rimprovero analogo a quello doloso sembrano possedere i tratti distintivi della *colpa*: mi riferisco, in particolare, al succitato caso del sindaco sprovvedutamente o temerariamente interventista, che non sembra agire spinto da motivi tali da far ritenere che nemmeno la certezza della realizzazione del reato lo avrebbe indotto a desistere. Pare altresì problematica la tesi che ravvisa sempre e comunque nell'«amministratore [prestanome] ignorante» gli estremi di un autore doloso[135]: come si vedrà analizzando brevemente l'applicazione della teoria dei segnali d'allarme nella giurisprudenza italiana[136], non si può desumere la presenza della volontà dal solo disinteresse

---

[129] Come afferma, con specifico riferimento alla *willful blindness*, D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 969, «la motivazione fa la differenza». Il rimprovero non si arresterebbe dunque alla mera assunzione oggettiva delle «conseguenze di un'impasse cognitiva che era in suo potere superare», come sostiene invece, rispetto alla *willful blindness*, M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, *op. cit*., 2255.
[130] Le quali escludono il dolo, come affresca M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., in particolare 91.
[131] D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, cit., 220.
[132] S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano 1999, 199.
[133] Á. Redondo Hermida, *La doctrina de la «ignorancia deliberada» en la jurisprudencia penal española*, *op. cit*., 7.
[134] R. Ragués i Vallès, *A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva*, cit., 147.
[135] R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 110.
[136] Cfr., *infra*, *sub* par. 9. Per vero, anche una parte minoritaria della giurisprudenza spagnola perviene a soluzioni analoghe: ad esempio, proprio in un caso in cui si discuteva la possibile responsabilità penale di un amministratore

dell'amministratore nei confronti degli obblighi legati alla sua posizione di garante[137]. L'esempio cardine del gruppo di casi in questione resta dunque, per il suo disvalore e per la rilevanza che può assumere nella realtà delle organizzazioni complesse, quello del vertice d'impresa che realizza una condotta atipica anteriore alla realizzazione del reato, prefigurandosi una conveniente deviazione dalla legalità in seno all'impresa stessa. Il vertice intenzionalmente ignorante sfrutta strategicamente l'ignoranza anche a proprio vantaggio; inoltre, il suo contegno nell'arco della direzione dell'impresa può risultare diretto e idoneo a favorire la commissione di reati.
Per proporre una possibile soluzione di questi casi affatto peculiari di ignoranza deliberata *in senso stretto*, chi scrive ritiene opportuno mutuare come modello di responsabilità quello che una parte della dottrina italiana ha elaborato per risolvere l'insieme di situazioni nelle quali il vertice d'impresa *tollera – con comportamenti reiterati (o continuativi), non meramente passivi (alternati a comportamenti attivi) ed espressivi di una politica aziendale deviante* – la commissione di reati da parte di altri soggetti. In queste situazioni, il vertice può celare dietro comportamenti prevalentemente inerziali l'approvazione tacita della realizzazione di reati *per fatti concludenti*, da interpretarsi alla luce dello specifico contesto globale dell'impresa (anche *anteriore* e *posteriore* al perfezionarsi del reato)[138]. Nel fascio delle vicende penalmente rilevanti di tolleranza eloquente da parte del vertice[139], l'ignoranza deliberata in senso stretto costituisce una sorta di sottoinsieme, composto da quelle situazioni «in cui l'agente *si pone in condizione di non poter adempiere ad un obbligo a contenuto positivo*» nell'esercizio di funzioni apicali in un'impresa[140]. Il modello di responsabilità qui richiamato offre una traiettoria diversa da quella (per vero, maggioritaria) del

---

meramente formale per il reato di truffa, commesso materialmente dagli amministratori di fatto, la *STS* del 30 ottobre 2009 ha annullato la sentenza di condanna della *Audiencia Provincial* di Murcia del 6 novembre 2008 (*sec. 3ª*), la quale aveva fatto leva sulla dottrina dell'*ignorancia deliberada* per ascrivere la responsabilità dell'imputato a titolo di dolo eventuale. Secondo la pronuncia del *Tribunal Supremo* citata in questa nota, «non basterebbe per accreditare il dolo […] il fatto che la situazione di inadempimento definitivo voluta dall'amministratore di fatto «non poteva essere ignorata» dal prestanome per il suo livello culturale medio, così come per la sua relazione professionale e di fiducia» con l'autore del reato, «se non esistono prove dirette dell'agire doloso»: M.S. Gil Nobajas, *Delimitación conceptual y atribución de responsabilidad penal al administrador de derecho: una revisión de la doctrina desde la jurisprudencia*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2013, 137. Confermano, al contrario, l'applicabilità della dottrina dell'*ignorancia deliberada* e del dolo eventuale in un caso analogo le sentenze dell'*Audiencia Provincial* Vizcaya, del 21 aprile 2010 (*sec. 1ª*); Sevilla, del 22 giugno 2009 (*sec. 1ª*); nonché la *STS* del 10 novembre 2006.

[137] In altri casi, inoltre, sembra a maggior ragione possibile dubitare della effettiva concorrenza della tipicità *tout court*. Si pensi all'esempio del «vietato aprire la porta», addotto da R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 112-113: «[u]n individuo dà istruzioni molto stringenti ai propri lavoratori di non accettare mai alcun tipo di notifica ufficiale, un ordine che viene rispettato sempre scrupolosamente. Anni dopo aver ricevuto queste istruzioni, una mattina si presenta […] un funzionario postale con un invio ufficiale e un lavoratore si rifiuta di aprirgli la porta. Si tratta di una notifica nella quale si informa che l'individuo in questione è stato designato presidente di un seggio elettorale. Arrivato il giorno delle elezioni, il cittadino non si presenta a svolgere l'incarico». In questo caso, innanzitutto, l'ordine impartito riflette a tutto concedere una mera intenzione illecita: non sembrano sussistere i requisiti di un dolo che sarebbe riferito, tra l'altro, a una mera *congettura svincolata da ogni sospetto obiettivamente fondato* (rappresentata, nell'esempio, dalla ricezione puramente ipotetica di un atto amministrativo del tutto indeterminato). Inoltre, sebbene la vicenda accada dietro un ordine (di dubbia rilevanza) trasmesso nell'ambito di una relazione professionale di tipo gerarchico, il suo svolgimento è comunque scandito da un intervento di terzi che induce a dubitare della possibilità di imputare *oggettivamente* il fatto tipico al datore che si comporta in modo sconsiderato.

[138] N. Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato". La responsabilità penale ai confini tra commissione e omissione*, Napoli 2012, in particolare 89 ss. L'analisi dell'A. si sofferma sul piano della tipicità oggettiva, proponendo di abbandonare il paradigma omissivo laddove la tolleranza del vertice assuma il significato di una *induzione* a commettere il reato.

[139] Si escludono, in particolare, quelle rivelatrici di una mera approvazione passiva del reato nel foro interno di chi si dimostra connivente, senza però fornire alcun contributo rilevante sul piano materiale né su quello psichico: *ivi*, 81 ss.

[140] *Ivi*, 75-76 (corsivo aggiunto).

concorso omissivo improprio, nel cui ambito si punisce l'inottemperanza a doveri di attivazione o di impedimento. In particolare, tale modello consentirebbe di concentrare il rimprovero penale sull'*agire atipico precedente* alla commissione del reato che abbia creato o aumentato un rischio per il bene giuridico[141], nonché sulla «direzione univocamente incoraggiante al reato» della condotta *complessiva* (precedente, concomitante e successiva al fatto tipico) dell'ignorante deliberato[142].

Soprattutto «nella misura in cui rimandi ad una politica complessiva», l'ignoranza deliberata «rappresenta una modalità attraverso la quale il vertice […] 'tiene le mani' sulla struttura», contribuendo moralmente o materialmente alla realizzazione del reato[143]. Anche in questa ipotesi, tuttavia, le peculiarità dell'ignoranza deliberata richiederebbero di rimaneggiare la responsabilità concorsuale: quest'ultima dovrebbe rinunciare all'ancoraggio a «un contenuto determinato e […] ad una concreta attività illecita» e sostituirli con una gamma *alternativa* di reati, sui quali l'ignorante deliberato in senso stretto scommette intenzionalmente attraverso la propria condotta anteriore[144].

Quanto appena osservato vale altresì, *mutatis mutandis*, per l'ignoranza deliberata *comune*, il cui ipotetico inquadramento nell'ambito del dolo eventuale sembra destinato a destare forti preoccupazioni in dottrina. Si potrebbe infatti paventare l'indebita rivitalizzazione di una classe di dolo riferita *alternativamente* a più possibili risultati, tra i quali si potrebbe finire per imputare *in ogni caso* le conseguenze dirette della condotta oppure quelle solo astrattamente (cioè, obiettivamente) prevedibili[145]. Occorre inoltre distinguere i casi di ignoranza deliberata *comune* da quelli di ignoranza *temeraria*: i secondi rientrano nelle succitate ipotesi di ignoranza deliberata *in senso lato* e devono essere mantenute al di fuori del perimetro della responsabilità dolosa[146].

Come criterio distintivo (e probatorio) di chiusura tra l'ignoranza deliberata dolosa e quella colposa, sembra opportuno affermare la rilevanza della componente *motivazionale*[147]; anche se, nella prassi, potrebbe risultare complesso distinguere chiaramente deliberazioni negazioniste o inibitorie indizianti il dolo eventuale – poiché accompagnate da circostanze materiali e/o motivazionali di natura opportunistica[148] che rivelano l'elaborazione cellulare e l'accettazione di un piano illecito – e decisioni sconsiderate o "folli" di non sciogliere le riserve che non sono sorrette da segnali che tradiscano un elemento soggettivo di natura dolosa.

---

[141] Mantenendosi nello stato di ignoranza e omettendo, in un secondo momento, di realizzare la condotta impeditiva doverosa: *ivi*, 133.

[142] *Ivi*, 140 ss.

[143] *Ivi*, 183.

[144] Proprio con riferimento al «dirigente di alto rango che deliberatamente, abilmente, e consapevolmente elabora un'intera struttura di occultamento, un sistema di segnalazione in cui per anni e anni la conoscenza colpevole non arriva mai ai piani alti», D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 962: «il dirigente non ha coscienza della probabilità delle questioni irregolari, forse nemmeno della loro possibilità, poiché *quando ha escogitato il sistema di segnalazione, non aveva alcun reato specifico in mente*».

[145] Cfr., *infra*, *sub* par. 9.1.

[146] Cfr., *supra*, *sub* Sez. I, par. 3.

[147] Suggestivamente, G. De Francesco, *Una categoria di frontiera: il dolo eventuale tra scienza, prassi giudiziaria e politica delle riforme*, cit., 1320, propone di raccogliere nel processo «maggiori elementi conoscitivi in ordine alla persona del responsabile, al fine di valutarne il modo di porsi rispetto agli esiti della propria condotta, e di evitare così che tali elementi possano essere trascurati o sottodimensionati a confronto delle componenti materiali-obiettive dell'accadimento da imputare».

[148] «Non esistono "casi tipici di dolo eventuale" senza l'analisi motivazionale del soggetto»: M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 92.

Occorre inoltre approfondire la questione relativa ai difetti di rappresentazione caratteristici dell'ignoranza deliberata, compensati in via soltanto eventuale – e comunque in misura mutevole da un caso all'altro – da un s*urplus* di volontà[149]. Affinché si possa ravvisare il dolo eventuale nei casi di ignoranza deliberata *comune*, deve sussistere ed essere provata oltre ogni ragionevole dubbio l'intenzionalità della decisione a favore dell'ignoranza, che congiunga la rappresentazione imperfetta della situazione tipica e la volontà del fatto. In altre parole, tale decisione deve unire idealmente tutte le frazioni del fatto globale, riferendo razionalmente l'ignoranza all'accettazione di un illecito[150].

Sezionandolo, tuttavia, il collegamento psichico tra ciascun segmento del fatto e il suo autore non risulta affatto omogeneo. Il «vuoto rappresentativo»[151], imputabile a una scelta ponderata del soggetto attivo, non viene colmato da alcuna integrazione informativa. Il disvalore si distribuisce dunque tra il polo del sospetto, quello della decisione pre-tipica a favore dell'ignoranza e quello del passaggio all'azione senza aver risolto il dubbio. La condotta "cieca" non viene rimproverata in una maniera sequenziale, lineare, che dal sospetto progredisce verso la risoluzione del dubbio (rappresentazione completa) e da questa verso l'offesa collaterale, attraverso una condotta pienamente sorretta da entrambi gli elementi costitutivi del dolo. Sembra doversi ricorrere piuttosto a una sorta di salto dal vuoto rappresentativo all'offesa collaterale, consentito dalla deliberazione "finalistica" dell'ignoranza e dalla condotta realizzata in presenza di un rischio insostenibile. Dall'accertamento della rappresentazione incompleta si può passare, attraverso quello della ponderazione dell'ignoranza, a quello ulteriore dell'accettazione propria del dolo eventuale, per poi procedere a ritroso all'ascrizione della condotta intenzionalmente "cieca"[152], senza rinunciare in questo modo a un certo equilibrio tra stati mentali effettivi (sospetto, dubbio, intenzionalità, motivazioni) e imputazione (del fatto tipico).

Altrimenti, con sfumature diverse, si potrebbe sostenere che l'ignoranza deliberata configuri una fattispecie generale ad *imputazione colpevole differenziata o mista*, che combina il *dolo* (in relazione ai presupposti della condotta e alla situazione tipica) alla *colpa* (rispetto alla condotta penalmente rilevante e, laddove presente, all'evento prevedibile)[153]; oppure ancora, un *dolo di pericolo*: mantenendosi intenzionalmente in uno stato di ignoranza, «il soggetto agente *sa che potrebbe delinquere*. A questo *dolo* si accompagna un *fine*, quello di *compiere un reato* o *procurarsi una scusa*»[154]. Comunque sia, pare opportuno sottolineare che l'ignoranza deliberata (comune) dolosa non si integrerebbe con il mero inadempimento di doveri di conoscenza, bensì con la verifica di frammenti di rappresentazione e volontà.

Si potrebbe insomma giungere a una simile conclusione, volta a sostenere la compatibilità dell'ignoranza deliberata *comune* con il dolo eventuale o comunque con un'imputazione dolosa

---

[149] Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, cit., 223: «una forte componente rappresentativa richiede una più ridotta […] componente volitiva, mentre *una forte componente volitiva si accontenta anche di un deficitario patrimonio rappresentativo*» (corsivo aggiunto).

[150] Parla di «aggregazione della colpevolezza» tra due fasi del fatto globale, quella pre-tipica e quella tipica, A. SARCH, *Reply to commentators*, in *Jurisprudence* 2021, 12, Iss. 2, 294.

[151] L'espressione è di D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, cit., 228.

[152] In senso contrario, non avallerebbe una simile rilettura chi sostiene che la volontà del fatto «non sarà mai in grado di supplire alle carenze del profilo intellettivo»: G. De Francesco, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. Pen* 2012., n. 5, 1975.

[153] Sul tema, si rinvia diffusamente a M.L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020, 7 ss.

[154] A. Menghini, *Actio libera in causa*, *op. cit.*, 65.

nei termini accennati poc'anzi, se si riconosce che il fatto «deve essere inteso come *sintesi di contesto, azioni pre-tipiche ed azione conforme al tipo*»[155]. Resta tuttavia da affrontare un nodo ulteriore nell'ipotetica struttura dolosa dell'ignoranza deliberata comune. La tendenziale astrazione dell'oggetto del dolo eventuale, che nell'ignoranza deliberata vede sfumare il suo essenziale riferimento a una offesa collaterale ben determinata, può finire per creare uno scollamento con la disciplina dell'errore sul fatto tipico. Facendo riferimento all'elaborazione psichica del sospetto, della decisione a favore dell'ignoranza e della condotta, per fondare la colpevolezza si dovrebbe verificare «*una corrispondenza guidata da "intenzionalità" fra preordinazione e fatto concretamente realizzato, onde evitare l'imputazione di un fatto illecito casualmente coincidente con il piano dell'agente*»[156].
Al riguardo, si potrebbe formulare un ulteriore quesito: *la decisione a favore dell'ignoranza deve ritenersi idonea a neutralizzare l'operatività dell'errore sul fatto tipico*? Si potrebbe sostenere che una tale decisione precluda la possibilità di eccepire l'assenza del dolo, derogando alla regola secondo la quale l'errore sul fatto tipico produce effetti a prescindere dalla causa che lo determina? Un'ipotetica deroga all'applicabilità di questa classe di errore incrementerebbe esponenzialmente i rischi di *dolus ex re* nella prassi, oppure riuscirebbe a contemperare le esigenze personalistiche e quelle normative nel giudizio sulla responsabilità penale?

7. Si è visto, nel paragrafo precedente, che l'ipotetico accostamento dell'ignoranza deliberata comune al dolo eventuale non sembra potersi realizzare se non a costo di una significativa *flessibilizzazione* dell'oggetto del secondo[157]. Riaffiora altresì il sospetto che agganciare l'ignoranza deliberata comune al dolo eventuale finirebbe per rafforzare non soltanto la convinzione dottrinale, ma altresì la consapevolezza giurisprudenziale riguardo alla manipolabilità delle formule definitorie del dolo eventuale stesso per scopi politico-criminali[158]. La coesistenza tra ignoranza deliberata comune e dolo eventuale si è dunque rivelata, fino a questo punto dell'indagine, un'ipotesi eccessivamente insidiosa.
Il quadro sembra complicarsi ulteriormente nel momento in cui ci si trovi ad affrontare il rischio di uno *scollamento tra il dolo e il suo «rovescio»: l'errore sul fatto tipico*[159]. Nei casi di ignoranza deliberata *comune*, il soggetto immagina che, una volta realizzata la condotta, potrà aver commesso un reato. Tuttavia, non avendo voluto ottenere maggiori informazioni, *ex ante* egli non potrà sempre sapere né prevedere infallibilmente *se* finirà per realizzare un reato; nonché, in caso di risposta positiva, *quale*[160].
Per questo motivo, come si è accennato, la chiave di lettura volta a riconoscere all'ignoranza deliberata il rango del dolo eventuale rischia di tramutare la prima in una forma onnivora di *dolo alternativo*. A meno che non si possa dimostrare che il soggetto attivo in realtà conosceva con sufficiente chiarezza la situazione tipica e i probabili esiti collaterali della condotta, dal novero dei

---

[155] F. Consulich, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole"': spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, cit., 641.
[156] D. Pulitanò, *Diritto penale*[8], Torino 2019, 331.
[157] Con specifico riferimento al tema dell'*ignorancia deliberada*, R. Ragués i Vallès, *A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva*, cit., 146. In termini generali, G.P. Demuro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *DPenCont* 2012, n. 1, 142 ss.
[158] *Ex multis*, S. Canestrari, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 febbraio 2013, 4 ss.
[159] M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 494.
[160] «Da una prospettiva *ex ante*, in molti casi difficilmente si potrà identificare di che delitto si tratta»: L. Greco, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, *op. cit.*, 76.

fatti di reato obiettivamente realizzati e verificati *ex post* si dovrebbero scartare soltanto quelli *ex ante imprevedibili nel caso concreto*[161]. Si potrebbero ascrivere all'autore, al contrario, quelli compatibili con «il potenziale lesivo del suo contributo in una forma cosciente»: così, ad esempio, «se qualcuno non sa esattamente cosa trasporta, nonostante sospetti di star realizzando qualcosa di illegale, agisce con dolo eventuale rispetto alle possibilità ragionevoli»[162].

Una precisazione pare a questo punto opportuna. Risulta quasi superfluo ricordare che, «per quanto riguarda l'errore sul fatto, il nostro ordinamento non compie alcuna distinzione tra errore condizionato (che non scusa) ed errore non condizionato (che scusa), risultando quindi del tutto irrilevante *la causa dell'errore*»[163]. Oltre alla legislazione penale spagnola, dunque, anche quella italiana non potrebbe apparire più distante dalla traiettoria che l'ingresso dell'ignoranza deliberata nell'orbita dell'imputazione soggettiva indurrebbe a percorrere: quella volta a rendere comunicabili all'errore sul fatto tipico i fattori che rendono scusabile o meno l'errore *sul precetto*, giungendo così a una loro *sostanziale unificazione sul piano normativo*. In altre parole, riconoscere la punibilità delle ipotesi di ignoranza deliberata comune a titolo di dolo eventuale implicherebbe che l'errore sul fatto tipico non potrebbe più applicarsi allo stesso modo tanto ai casi di errore spontaneo, "genuino", come a quelli in cui il vizio di rappresentazione costituisce un *deficit cognitivo derivante da un altro deficit*, questa volta *volitivo*[164]. Secondo una larga parte della dottrina, una prospettiva siffatta violerebbe il divieto di analogia *in malam partem*, non potendosi desumere l'esistenza di una sorta di principio generale che sancisca l'inapplicabilità di un istituto penale di favore laddove sia il suo stesso destinatario ad aver creato le condizioni per beneficiarne[165].

Da una prospettiva diametralmente opposta, la *comunicabilità* delle due classi di errore (sul fatto e sul precetto) potrebbe essere basata sull'esistenza di un'aspettativa generale al rispetto dello *ius criminale* da parte dei consociati e sulla funzione di motivazione svolta dalla norma penale. Si potrebbe affermare che, una volta invischiato in una situazione ambigua, il soggetto non deve cedere al canto della sirena dell'ignoranza deliberata per soffocare la propria morale e tentare in seguito di addurre, a proprio discarico, la rimozione psichica colposa degli elementi caratteristici del reato. In simili situazioni, l'individuo dovrebbe piuttosto adempiere un dovere paragonabile a quello strumentale di conoscenza tipico della *culpa iuris*. Come afferma una parte della dottrina, «il dovere primario di osservanza della legge trae con sé l'esigenza di comportamenti strumentali

---

[161] Con specifico riferimento alla dottrina della *willful blindness*, cfr. F. Consulich, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, cit., 639.

[162] B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 106 (corsivo aggiunto).

[163] R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, *op. cit*., 207.

[164] Con riferimento al "campo largo" del diritto penale dell'economia, questa conclusione sembra desumibile da un passaggio dell'analisi di C. Iavarone, *La crisi del dolo nel diritto penale dell'economia (dimenticata,* in itinere, *la formula di Frank?)*, in *RTrimDPenEc* 2021, n. 3-4, 490. In relazione a un'accusa per i reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e di riciclaggio, l'A. critica a più riprese la persistenza della giurisprudenza nel camuffare il criterio dell'accettazione del rischio tra le righe in cui si suole richiamare – quasi *pro forma* – la massima di segno volontaristico pronunciata con la sentenza *Thyssenkrupp*; ma riconosce altresì che «il caso in esame avrebbe richiesto semmai d'individuare, dapprima, la presenza di elementi da cui desumere la *capziosità dello stato di dubbio*» (corsivo aggiunto).

[165] Nonostante esenzioni di questo calibro siano previste, come si sa, nel campo dell'inimputabilità procurata e in quello della provocazione nella legittima difesa o nello stato di necessità: cfr. L. Greco, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, *op. cit*., 76; B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 14.

all'osservanza: chi agisce nella società, entrando in relazione con altri, è tenuto a conformarsi alle condizioni legali di liceità del proprio agire, e perciò a informarsi su tali condizioni, *così come è tenuto a rendersi conto della situazione di fatto*»[166].

Non sembra semplice negare che esistano valide ragioni per stimolare una razionalizzazione teorica e applicativa dell'errore sul fatto tipico[167]. La scelta di applicare questa classe di errore indipendentemente da quale sia l'origine del difetto cognitivo non risulta del tutto adeguata: «una volta impostato il problema in termini di diligente adempimento di doveri "strumentali" all'osservanza della legge, non vi è nessuna ragione di differenziare il piano del fatto da quello del diritto, entrambi ugualmente essenziali per il rispetto degli interessi tutelati»[168]. Se si ammette che, comunemente[169], «ciò che offende altrui interessi è anche, di regola, sanzionato in qualche modo dal diritto»[170], nei casi in cui «il passaggio dal sapere al non sapere […] *dipende soltanto dall'attitudine dell'autore davanti al bene giuridico*»[171] pare possibile affermare che «un osservatore medio non direbbe mai che chi ha voluto mantenersi nell'ignoranza si trova in una situazione di errore, soprattutto se si basava sul sospetto iniziale che il suo comportamento potesse offendere alcun interesse […] collettivo o di un altro soggetto»[172].

Non dovrebbe allora ritenersi scusabile l'errore sul fatto laddove il dubbio irrisolto, correlato a una cecità intenzionale nei confronti della situazione tipica, sia legato al raggiungimento di un obiettivo

---

[166] D. Pulitanò, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *ED* 1997, agg. I, 618 (corsivo aggiunto). Una premessa analoga – a partire dalla quale l'A. giunge però a conclusioni sistematiche meno persuasive, nei termini di un'equiparazione tra *dubbio irrisolto* e *certezza* – si trova già nell'opera di A. De Marsico, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo*, Napoli 1930, 156, nt. 1. Da un lato, pare evidente che rendere comunicabili lo statuto della *culpa iuris* e quello dell'errore sul fatto tipico – attraverso il riconoscimento di un siffatto dovere di conoscenza – potrebbe determinare un effetto estensivo della punibilità a titolo di dolo eventuale. Dall'altro lato, non si deve pensare che tale effetto possa coinvolgere inevitabilmente l'area delle attività svolte in contesto di base lecito: attività, queste, che sono probabilmente quelle maggiormente condizionate dalle oscillazioni giurisprudenziali sul tema del dolo eventuale e della colpa cosciente; come dimostra, per quanto interessa in questa sede, la teoria dei segnali d'allarme (cfr., *infra*, *sub* par. 9). Non si deve mai valutare la presenza di tali segnali come ingredienti di un dolo eventuale *in re ipsa*. In nome dell'irrinunciabile dimensione personalistica dei rimproveri di colpevolezza, si deve conciliare la verifica dell'adempimento di doveri di conoscenza con quella delle specificità di ciascun settore di attività: si pensi, emblematicamente, a quello economico, nel quale non può che risultare ineliminabile la ricerca del buon affare (anche, volente o nolente, a discapito di interessi altrui). Così, non è ad esempio possibile «assegnare al malcapitato acquirente un ruolo di 'garante' dell'integrità del patrimonio della controparte, che non solo rappresenta il contrario della 'moralità' del dolo, ma si pone anche agli antipodi di ciò che capita normalmente nel mondo degli affari»: D. Brunelli, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, cit., 208, con accento critico rispetto a quella parte della giurisprudenza incline a riconoscere, con eccessiva disinvoltura, la punibilità dell'*extraneus* per concorso nella bancarotta fraudolenta per distrazione a titolo di dolo eventuale. Inoltre, cfr. già S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, *op. cit*., 274: «i rischi inerenti ad una politica d'impresa rivolta al profitto, sebbene generino inevitabilmente pericoli per la garanzia dei creditori, non possono costituire di per sé oggetto di rimprovero penale».

[167] Cfr. M.L. Manrique, *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*, cit., 97.

[168] D. Pulitanò, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, cit., 621. Nello stesso senso, cfr. A. Puppo, *Comentario a* Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, *op. cit*., 60.

[169] Quanto affermato non vale per i reati cd. artificiali.

[170] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*[9], Milano 2015, 298.

[171] Tra i contributi più recenti, J. Milton Peralta, *El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva*, in *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70° aniversario*, diretto da J. De Vicente Remesal, M. Díaz García Conlledo, J.M. Paredes Castañon, I. Olaizola Nogales, M.A. Trapero Barreales, R. Roso Cañadillas, J.A. Lombana Villalba, I, Madrid 2020, 905 ss., in particolare 910 (corsivo aggiunto).

[172] Così, R. Ragués i Vallès, Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 32-33.

fatto proprio dal soggetto[173]. Nella giurisprudenza spagnola, il *Tribunal Supremo* ha statuito che «in quelle ipotesi nelle quali si sia provato che l'autore decide di realizzare l'azione, nonostante abbia avuto sospetti chiari e consistenti […] non è possibile allegare un errore o un'ignoranza rilevanti per escludere il dolo»[174]. In ogni caso, le pronunce cui si fa riferimento riguardano casi di ignoranza deliberata *comune*, nei quali è pur sempre possibile rintracciare sul piano psichico «una miscela di conoscenza ed errore»[175]: più precisamente, di una conoscenza *parziale* della situazione tipica o dei presupposti della condotta e di un errore *auto-indotto* sul fatto tipico. Laddove però l'errore determini una *eterogeneità significativa* tra ciò che l'ignorante deliberato si è rappresentato e ciò che ha effettivamente realizzato nel caso concreto, si deve ritenere applicabile la disciplina dell'errore[176]. Nella *STS* 496/2006, il *Tribunal Supremo* ha annullato una pronuncia di condanna per il reato di detenzione abusiva e contrabbando di precursori esplosivi[177], ritenendo infondata la tesi accusatoria volta a inferire la conoscenza sufficiente della loro presenza dal solo fatto che l'imputato si era mantenuto intenzionalmente in uno stato di ignoranza rispetto alla merce trasportata[178].

Il quadro si complica ulteriormente nei casi di ignoranza deliberata *in senso stretto*, a causa sempre della totale assenza dell'elemento rappresentativo nelle fattezze comunemente richieste perché si dia dolo eventuale: in questi casi, come si è detto, il rischio di dare cittadinanza a una nuova forma di responsabilità oggettiva aumenta a dismisura. L'offesa tipica verrebbe infatti degradata a una mera condizione obiettiva di punibilità e non sarebbe possibile ravvisare, *in nessun caso*, un errore sul fatto tipico[179].

Una simile rilettura della classe di errore in questione si ripercuoterebbe anche sull'imputazione delle circostanze aggravanti. Nell'ambito del traffico di sostanze stupefacenti, la giurisprudenza spagnola afferma che l'ignoranza deliberata della *quantità* di sostanza stupefacente trasportata non esclude il dolo della fattispecie incriminatrice *aggravata*: «in questi casi l'autore nutre soltanto un dubbio, però non agisce per errore o ignoranza, dato che sa che i fatti possono essere criminosi e, ciononostante, accetta di realizzare l'azione»[180]. Non si richiederebbe, dunque, la consapevolezza circostanziata dell'ignorante deliberato «di tutte le caratteristiche concrete (natura, peso, purezza) dell'oggetto del reato»[181].

---

[173] In questo senso, *STS* del 4 marzo 2002.

[174] *STS* 56/2014. Cfr. altresì STS 115/2015, 5 marzo.

[175] B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 1.

[176] In questo senso, prendendo spunto dal doppio oggetto del dolo nel concorso di persone nel reato, *ivi*, 7-8.

[177] Non anche, invece, quella per il reato di ricettazione, di cui si è confermata la sussistenza del dolo eventuale.

[178] «Nel caso di specie il giudice di primo grado afferma di nutrire seri dubbi sulla conoscenza del trasporto degli esplosivi, effettivamente trasportati e […] li sostiene sulla base di tre elementi principali: in primo luogo, l'occultamento in un pacchetto della sostanza esplosiva; le dichiarazioni dell'imputato che afferma che se lo avesse saputo non li avrebbe trasportati nella cabina del camion, ma nel vano cassa per non correre rischi; e, soprattutto, del risultato di una intercettazione telefonica, nella quale, un imputato […] parla con una terza persona ed essi convengono che la mercanzia dovesse essere ben avvolta cosicché il vettore ignorasse il suo contenuto»: *STS* 496/2006, 3 maggio.

[179] B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 12.

[180] Á. Redondo Hermida, *La doctrina de la «ignorancia deliberada» en la jurisprudencia penal española*, *op. cit.*, 6. Cfr. *STS* 16 ottobre 2000; STS 22 maggio 2002; STS 5 giugno 2008.

[181] R. Ragués i Vallès, *¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi*, cit., 82.

8. Riprendendo ora brevemente l'analisi della questione relativa al rapporto tra ignoranza deliberata e dolo eventuale, pare opportuno effettuare brevi cenni sulla questione relativa al suo *accertamento*. Al riguardo, è un fatto risaputo che il giudice ricorre al corredo probatorio disponibile e a massime di esperienza per effettuare *inferenze normali o razionali*[182]. Sul piano applicativo, nelle situazioni di ignoranza deliberata il giudice è portato a ritenere che a partire da «certi fatti ovvi, vale a dire, data la natura della situazione, l'imputato *non poteva non sospettare*»[183]: cioè che, «al cospetto di una situazione sospetta e venata da una incertezza cognitiva risolvibile, qualunque persona ragionevole avrebbe percepito la situazione di rischio e si sarebbe risolta ad affrontarla attivamente, onde sciogliere lo stato di dubbio»[184].
È bene ricordare che la formula del *non poteva non sapere* non può ritenersi sufficiente a sostenere il rimprovero doloso. Il sospetto, la deliberazione intenzionale dell'ignoranza e l'accettazione dell'illecito devono costituire oggetto della prova[185]. Il loro accertamento non può pertanto essere trascurato né automatizzato: «è […] necessario che l'accusa accrediti in ciascun caso che l'imputato abbia avuto a propria disposizione i mezzi necessari per sapere quali erano le circostanze e le conseguenze della propria condotta, così come che intenzionalmente abbia deciso di non conoscerle al fine di evitare potenziali responsabilità penali»[186]. Per evitare regressioni indesiderate (anche) sul piano processuale, nella motivazione della sentenza in casi di ignoranza deliberata comune si devono valorizzare gli indicatori della presenza del dolo eventuale[187]: tra questi, oltre alle formule di Frank, può rivestire particolare importanza l'«assenza di qualsiasi elemento, nel caso concreto, che potesse rendere verosimile la speranza che l'evento stesso non si sarebbe verificato»[188].

9. I dubbi che circondano l'ignoranza deliberata non paiono esaurirsi nelle criticità del suo rapporto con il dolo eventuale, il suo accertamento e l'errore con il fatto tipico. Si è detto che la giurisprudenza spagnola ha affermato che l'*ignorancia deliberada* può integrarsi anche in modalità *colposa*, senza però precisare in presenza di quali requisiti. Si è altresì ricordato che, di per sé considerati, gli stati di dubbio o di ignoranza possono costituire il presupposto tanto della responsabilità dolosa quanto di quella colposa; tant'è vero che, secondo una parte della dottrina, tutte le ipotesi di ignoranza deliberata «coincidono strutturalmente con i casi di colpa»[189]. Nella classificazione dei diversi gruppi di casi di ignoranza deliberata proposta nella presente indagine, si è ritenuto opportuno assegnare alla colpa quelli di ignoranza deliberata *in senso lato*, nei quali pare possibile ravvisare essenzialmente: (*i*) la presenza di un rischio comparativamente meno

---

[182] Con riferimento al reato di ricettazione, anche la giurisprudenza spagnola ribadisce l'importanza pratica delle «inferenze razionali di un elemento soggettivo» a partire «da indizi accreditati»: *STS* 496/2006, 3 maggio, cit.
[183] A. Puppo, *Comentario a* Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, *op. cit*., 53. Cfr., *infra*, *sub* par. 9.
[184] Con accento critico, si veda M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, *op. cit*., 2255.
[185] Qui si potrebbero però aprire altri scenari problematici. Secondo una parte della dottrina, il requisito dell'intenzionalità dell'ignoranza – sul quale si concentrerebbe il disvalore del fatto anteriore a quello tipico – «creerebbe un ostacolo significativo per i pubblici ministeri»: J.J. Child, *Knowledge by any other name: Alexander Sarch on wilful ignorance*, *op. cit*., 240.
[186] J.P. Cortés Labadia, *La teoría de la ignorancia deliberada y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico*, *op. cit*., 4.
[187] Sul tema degli indicatori, si rinvia per tutti a W. Hassemer, *Caratteristiche del dolo*, in *IP* 1991, 496 ss.
[188] C.F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit*., 373, ove gli AA. citano Cass. 1.2.2011 n. 10411; 7.4.2010 n. 16193; 18.2.2010 n. 11222.
[189] J.P. Montiel, *El caso Messi y las consecuencias de "ignorar" la dogmática de los delitos imprudentes*, *op. cit*., 3.

grave rispetto a quello che indizia la concorrenza del dolo eventuale, che a seconda dei casi può essere percepito soltanto parzialmente o non essere percepito affatto dal soggetto; (*ii*) l'influenza di situazioni di affidamento; (*iii*) l'assenza di volontà, cioè la mancata accettazione dell'offesa tipica[190].

Tra i problemi associati alla dottrina dell'ignoranza deliberata spicca quello relativo alla «perdita di criteri chiari di differenziazione» tra dolo e colpa[191]. Come si è visto, tale dottrina indebolirebbe il ruolo strutturale dell'elemento rappresentativo nel dolo eventuale. Orbene, «rinunciare all'elemento cognitivo supporrebbe un'espansione del dolo in pregiudizio della colpa»[192]. Secondo una parte della dottrina, il problema in questione potrebbe rivelarsi di minore entità nei Paesi (come l'Italia) nei quali la legge penale definisce il dolo come *rappresentazione e volontà*: in presenza di una tale definizione, non dovrebbe restare «molto spazio per l'elaborazione dell'ignoranza deliberata come fonte di imputazione equiparata al dolo»[193], dovendosi piuttosto ritagliare uno spazio di operatività più consistente per la colpa[194].

Su questo sfondo, una parte della dottrina sostiene che i casi di ignoranza deliberata *in senso stretto* siano riconducibili proprio alla responsabilità colposa, giungendo a questa conclusione attraverso un argomento di tipo sistematico (non importabile, come si vedrà, nell'ordinamento italiano). Se i casi in questione fossero trattati come dolosi, nonostante la mancata rappresentazione di qualunque elemento obiettivo di un fatto tipico determinato, non si configurerebbe altro che un simulacro di dolo eventuale legato a una gamma di oggetti alternativi, delineati del tutto astrattamente nella psiche del soggetto. Non si potrebbe allora escludere la punibilità del *tentativo* rispetto all'insieme dei delitti che *ex post* non sono giunti a perfezionarsi: se, per esempio, «l'autore ignorava deliberatamente ciò che trasportava, se armi, organi, pornografia infantile», «a rigore potrà essere punito per tentativo di detenzione o trasporto di armi, organi, pornografia infantile», laddove l'oggetto presente si riveli essere, sempre a titolo esemplificativo, droga[195].

---

[190] Ad avviso di chi scrive, non può ritenersi esaustivo lo spunto conclusivo di A. Puppo, *Comentario a* Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, *op. cit*., 66: l'A. sostiene che il «giudizio di rimprovero *morale* è l'*unico* elemento che distingue i casi in cui sanzionare l'ignorante deliberato suscita adesione dai casi in cui suscita protesta» (corsivo aggiunto).

[191] R. Ragués i Vallès, *A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva*, cit., 144.

[192] R. Ragués i Vallès, *¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi*, cit., 73.

[193] A. Puppo, *Comentario a* Mejor no saber. *Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, cit., 40.

[194] Nel reato colposo, come noto, l'autore versa in uno stato di errore vincibile sul fatto tipico, sulla situazione di rischio o sul nesso causale: per ogni precisazione, si rinvia per tutti e tra i contributi più recenti a D. Castronuovo, *Colpa penale*, in *ED*, I Tematici, II-2021 – *Reato colposo*, *op. cit*., 200 ss. L'autore colposo sottovaluta segnali di avviso o di allarme oppure non presta loro la dovuta attenzione; li rimuove nel corso del processo motivazionale e durante la realizzazione della condotta; confida ragionevolmente nel buon esito della vicenda; si convince dell'operato di fattori impeditivi dell'evento.

[195] «E quando non succede nulla, tentativo di che cosa? Di omicidio, di lesioni, di danneggiamento, di truffa, di evasione fiscale, di contaminazione di acque? Se di alcuno di questi [reati], di quali? L'unica risposta possibile, ancora una volta, è: di tutti. […] Se accettassimo l'ignoranza deliberata, dovremmo imputare il tentativo di tutti i delitti che si sarebbero potuti realizzare, persino quelli non menzionati dall'accusa e condannare per tutti quelli» (L. Greco, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, *op. cit*., 75). Dal punto di vista sostanziale, la reale portata della presente obiezione sembra dipendere dalla concezione soggettiva, oggettiva o mista del delitto tentato trasfusa in ciascun diritto nazionale, nonché dalle mutevoli prese di posizione in merito al rapporto tra tentativo e dolo eventuale: per approfondimenti, si rinvia per tutti a G. De Francesco, *Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico*, in *CP* 2013, 1731 ss. Con specifico riferimento alle varie tesi dottrinali sul rapporto tra dolo alternativo e delitto tentato «in relazione all'evento o agli eventi che, presi in considerazione in rapporto di alternatività dal

È evidente che tale risulta radicalmente incompatibile con la disciplina del tentativo e del *reato impossibile* prevista nel codice penale italiano (art. 56 e 49, co. 2). Al di là di questo tentativo dottrinale di individuare uno spiraglio per la colpa, un settore paradigmatico nel quale ignoranza deliberata, dolo e colpa possono entrare in collisione è quello dei risvolti penalistici della crisi d'impresa[196]. Come noto, quando la crisi è preceduta dall'emersione di *segnali d'allarme* consistenti e univoci, i soggetti titolari di posizioni di garanzia sono tenuti a percepirli, ad attivarsi per contrastare la commissione di reati nell'ambito dell'attività societaria e, laddove dispongano di poteri effettivi e adeguati, a impedirne la realizzazione. Perché si possa riconoscere la responsabilità dolosa, il garante deve essere «*concretamente venuto a conoscenza*» di tali segnali e aver «*volontariamente omesso di attivarsi* per scongiurarli»[197]. Laddove invece si sia ignorata la loro esistenza, oppure il loro significato indiziante non fosse così significativo da una prospettiva *ex ante*, l'omissione del garante determina soltanto una responsabilità di natura colposa[198].
Come si diceva poc'anzi, è soprattutto attraverso la teoria dei segnali d'allarme che la dottrina dell'ignoranza deliberata potrebbe insinuarsi nella giurisprudenza penale italiana[199]. Al riguardo, sembrano tuttavia esistere importanti resistenze (anche) sul piano pretorio[200]. Risulta emblematica, in questo senso, una pronuncia con la quale la Cassazione ha rigettato la formula oggettivistica del *non poteva non sapere* e la correlata figura del *dolo da posizione*. Un amministratore non esecutivo di una società fallita era imputato, come concorrente omissivo nel reato di bancarotta fraudolenta aggravata, in ragione del suo assenteismo dalle sedute consiliari. Annullando la sentenza impugnata, la quale aveva riconosciuto la responsabilità dolosa dell'imputato, la Suprema Corte ha rimarcato la necessità di distinguere, sul duplice piano concettuale e probatorio, la *rappresentabilità* dei segnali d'allarme, che forma la base della colpa, dalla loro *effettiva rappresentazione*, che indizia invece il dolo eventuale. Questo si può riconoscere, secondo i giudici di legittimità, soltanto laddove si dimostri altresì la presenza di un coefficiente *volontaristico*[201]. Anche in un'altra, rilevante pronuncia, la Cassazione ha ribadito che «l'ignoranza di quanto si sarebbe potuto conoscere fonda solo un addebito colposo, inidoneo ad edificare la responsabilità per reati dolosi, perché non esprime il grado più riprovevole di disprezzo verso il bene offeso dall'evento»[202].

---

soggetto agente, non si sono verificati», M. Venturoli, *Il dolo alternativo tra incertezze dottrinali e semplificazioni giurisprudenziali*, *op. cit*., 620-621.

[196] Sul tema, fra i contributi classici nella dottrina penalistica italiana, si rinvia per tutti a S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, *op. cit*., 258 ss.

[197] M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, *op. cit*., 2253 (corsivo aggiunto).

[198] Per approfondimenti, si rinvia diffusamente e per tutti a F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano 2009, 215 ss.

[199] E. Pietrocarlo, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, commento a Cass. 3.4.2018 n. 14783, in *RTrimDPenEc* 2019, n. 1-2, 379.

[200] Cfr. per tutti F. Consulich, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano 2010, 120 ss.

[201] Cass. 7.4.2016 n. 14045, pubblicata in *Giur. pen.* 2016, con nota di M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, *op. cit*.

[202] Cass. 26.5.2017 n. 42046, in *Quot. giur*. 2017, citata da E. Pietrocarlo, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, *op. cit*., 379, nt. 58. Più recentemente, cfr. altresì Cass. 19.10.2020 n. 28848/2020 e 17.3.2021 n. 20867/2021, citate da C. Iavarone, *La crisi del dolo nel diritto penale dell'economia (dimenticata,* in itinere, *la formula di Frank?)*, *op. cit*., 475, nt. 51.

Epperò, uno sguardo panoramico alla giurisprudenza tradisce la tendenza a un sovradimensionamento del dolo eventuale, motivato da ragioni essenzialmente general-preventive e simbolico-comunicativo[203]. Con specifico riferimento all'ignoranza deliberata, tale sovradimensionamento finirebbe per lasciare alla colpa «soltanto le ipotesi di inabilità, imperizia o […] "debolezza morale"» dell'autore[204]. Al di fuori di tali ipotesi, non si potrebbe confidare ragionevolmente nella mancata produzione dell'offesa, né si potrebbe addurre l'esistenza di un errore tipicamente colposo[205]. Inoltre, tornando a fare riferimento alla teoria dei segnali d'allarme, l'esistenza di un indizio obiettivamente rilevante può fungere da *indicatore del dolo*[206], il quale però finisce non di rado per assumere nella prassi le sembianze della *responsabilità per posizione*[207]. Quando ciò accade, «[l]a colpa viene promossa a dolo, e il dolo eventuale viene degradato a eventualità di dolo, con un'evidente semplificazione probatoria» che stride con il diritto di difesa e con la presunzione di innocenza[208]. Come una parte della dottrina sottolinea, nelle ipotesi di ignoranza deliberata «[è] come se il soggetto nutrisse un preciso interesse a ... essere in colpa, assumendo un atteggiamento volontariamente imprudente e imperito. L'ipotesi è controversa perché la latitanza indica la violazione di una cautela che fa pregustare l'amaro calice dell'accettazione del rischio: la decisa rinuncia alla possibilità di conoscere le modalità di funzionamento di un'organizzazione complessa non concreta soltanto un inadempimento del dovere di agire informati; marca un'indifferenza corposa nei confronti dell'eventualità di un reato, *una 'cosciente incoscienza' che si avvicina pericolosamente alla conoscenza dolosa*»[209].

9.1. Un altro ostacolo sembra potersi frapporre a un'espansione del raggio d'azione della colpa nelle ipotesi di ignoranza deliberata. Laddove si sostenga che la decisione di mantenersi in uno stato di ignoranza possa restringere l'operatività dell'errore sul fatto tipico[210], non si potrà allora che rivisitare la formula secondo la quale la colpa «è *sempre* un errore in relazione agli elementi

---

[203] In relazione all'*ignorancia deliberada*, B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 125; più in generale, nella dottrina italiana, cfr. per tutti G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante probatorio e messaggio general-preventivo*, in *DPenCont* 2012, n. 1, 152 ss.; A. Vallini, *Dai "pirati della strada" al bombardamento di Dubrovnik: prassi nazionali e sovranazionali in tema di* dolus eventualis, *op. cit*., 248.

[204] Si veda ancora B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 125.

[205] B.J. Feijóo Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 19.

[206] Con accento critico, G. Flora, F. Giunta, *Appunti a quattro mani sulla "vecchia" bancarotta e il "nuovo" codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RTrimDPenEc* 2020, n. 1-2, 39 e 43-44.

[207] Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *GI* 2010, 978 ss.; E. Pietrocarlo, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, *op. cit*., 378. «Non di rado, l'accettazione, da parte dell'amministratore, del rischio di commissione di reati nel contesto societario viene inferita dalla sussistenza del segnale di allarme e dall'atteggiamento di inerzia»: *ivi*, 379. Più recentemente, rileva, «ancor oggi, […] un'elusione della verifica circa il momento volontaristico dell'illecito» C. Iavarone, *La crisi del dolo nel diritto penale dell'economia (dimenticata,* in itinere, *la formula di Frank?)*, *op. cit*., 465.

[208] F. Giunta, *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *RTrimDPenEc* 2017, n. 3-4, 552. Cfr. altresì Id., *La responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento della bancarotta*, in *Dir. prat. soc.* 2010, n. 2, 45-46.

[209] M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, *op. cit*., 2254.

[210] Cfr., *supra*, *sub* par. 7.

della fattispecie»[211]. Laddove faccia parte di una *decisione a favore di illeciti in rapporto di alternatività*, in linea di principio l'*intenzionalità dell'ignoranza* dovrebbe ragionevolmente rendere l'errore *addebitabile all'imputato*, con conseguente rinuncia all'ascrizione della colpa[212]: «non è necessario dimostrare che, in circostanze normali, date le condizioni personali del reo, l'errore "non avrebbe dovuto prodursi", bensì che, "sebbene si sia prodotto", il medesimo risulta imputabile all'autore, e risulta perciò inapplicabile come causa di esonero o di diminuzione della rimproverabilità»[213].

Ma allora, data la ricorrente *alternatività* dell'oggetto delle (limitate) rappresentazioni di cui dispone l'ignorante deliberato, l'*errore sul fatto tipico* si trasformerebbe sostanzialmente in un *errore sul tipo di reato*. Come già accennato, all'imputato resterebbe soltanto la possibilità di addurre a proprio favore l'esistenza di un significativo *eccesso qualitativo* tra il tipo di reato che supponeva di realizzare e quello concretamente commesso[214]. La concorrenza di un eccesso siffatto, che riguarderà fattispecie che alla luce delle circostanze del caso concreto non possono essere poste ragionevolmente in rapporto di alternatività dalla prospettiva dell'autore, dovrà essere verificata comparando il disvalore, la natura delle condotte e degli eventi tipici, i relativi oggetti materiali e i beni giuridici protetti[215]. Rispetto all'eccesso significativo, sarà possibile concludere in senso negativo il giudizio controfattuale della prima formula di Frank: se l'ignorante deliberato si fosse rappresentato con certezza, tra la gamma di alternative che aveva preso in sommaria considerazione, il tipo di reato obiettivamente commesso, egli non avrebbe realizzato la condotta[216]. Invece, se lo scarto tra il rappresentato e il realizzato non determina alcuna eterogeneità tipologica, risulterebbe assai più difficile verificare confutare la presenza di un dolo eventuale alternativo o comunque di una «corrispondenza guidata da intenzionalità»[217], oppure ancora di una «*continuità psicologica* tra la deliberazione e la causazione»[218]. A quel punto, resterebbe soltanto la possibilità di commisurare attentamente la pena alle peculiarità del caso concreto e alle caratteristiche dell'autore che versa in ignoranza deliberata.

---

[211] B.J. Feijóo Sánchez, *Mejor no saber…más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 101 (corsivo aggiunto). «Si tratta di un errore sul fatto tipico […] punibile nella misura in cui si intende che sarebbe evitabile con una maggiore attenzione o si trova vincolato a una gestione poco attenta di rischi. Anche la denominata 'colpa cosciente o con rappresentazione' è un'ipotesi di errore: l'autore sottovaluta il rischio perché, per esempio, sopravvaluta le proprie capacità […] o attribuisce loro un peso maggiore agli indizi contrari che agli indizi»: *ivi*, 101-102. In termini generali, G. Jakobs, *Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los efectos cognitivos*, in Id., *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997 (trad. di E. Peñaranda Ramos, C.J. Suárez González e M. Cancio Meliá), p. 140, precisa che «[l]a colpa *non diretta* [*a un fine*] costituisce un caso di errore» (corsivo aggiunto).

[212] Di questo avviso, criticando sia la tesi volta a riconoscere la mera *negligence*, sia quella volta ad accostare la *willful blindness* alla coscienza dell'alta probabilità della realizzazione del reato costitutiva della *knowledge* ai sensi del *Model Penal Code*, D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 962: «[i]n un caso di ignoranza intenzionale, l'attenzione si concentra sul fatto che l'autore abbia deliberatamente evitato la conoscenza colpevole. L'indagine ha ad oggetto qualunque misura l'autore abbia preso per evitare la conoscenza prima del fatto illecito». Diffusamente e in termini generali, cfr. altresì G. Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires 2021, 805 ss.

[213] Á. Redondo Hermida, *La doctrina de la «ignorancia deliberada» en la jurisprudencia penal española*, *op. cit*., 7.

[214] Si veda F. Consulich, Nolo cognoscere. *Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole"': spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, cit., 639.

[215] Tra i contributi dedicati al tema della *willful blindness*, una simile proposta ricostruttiva è stata avanzata da A. Sarch, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, cit., 160, il quale fa riferimento allo «*stesso insieme di interessi, diritti e valori protetti*».

[216] Critico sulla natura controfattuale delle *willful ignorance excuses*, in quanto asseritamente «*unanswerable*», D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 968.

[217] M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico al Codice penale*, II, Milano 2012, 29.

[218] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit*., 650.

Si dovrebbe dunque superare l'orientamento con cui il *Tribunal Supremo* massimizza le conseguenze dell'imputazione dell'*ignorancia deliberada* equiparandola a una «*partecipazione indifferente*, consistente nel fatto che, qualunque cosa sia ciò a cui si partecipa in concreto, si decide di prenderne parte, indipendentemente da ciò di cui si tratta realmente»[219]. Una lettura siffatta dell'ignoranza deliberata potrebbe *privare di qualunque rilevanza l'errore*: uno scenario, questo, integralmente oggettivizzante e per questo motivo manifestamente illegittimo.

10. Nel presente lavoro si è tentato di offrire un'introduzione di segno critico al controverso tema dell'ignoranza deliberata. La panoramica della giurisprudenza e della dottrina nella prima sezione ha mostrato lo scompiglio che il ricorso alla dottrina giurisprudenziale della *willful blindness* e a quella dell'*ignorancia deliberada* genera all'interno, rispettivamente, dei sistemi penali di *common law* e in quello spagnolo. Con riferimento ai primi, nel dibattito accademico vengono tuttora proposti inquadramenti dogmatici anche radicalmente opposti degli stati di *contrived ignorance*. Lo stesso può dirsi, tenendo conto pur sempre delle significative differenze tra la tradizione penale di *common law* e quella di *civil law*, rispetto all'esperienza spagnola, nella quale la giurisprudenza che ha importato spontaneamente i rudimenti della *willful blindness* è oggetto di critiche sul triplice piano del suo fondamento, del suo contenuto e dei suoi effetti punitivi. Nella seconda sezione si è ristretto il campo dell'indagine, nel tentativo di proporre un'introduzione comparatistica alla problematica dell'ignoranza deliberata. Gli obiettivi dell'analisi erano quello di valutare la possibilità e l'opportunità di seguire le orme della giurisprudenza spagnola; nonché, in caso di risposta positiva a entrambe le questioni, quello di individuare i requisiti e i limiti che un'eventuale dottrina italiana dell'ignoranza deliberata dovrebbe prevedere per poter funzionare adeguatamente, senza che si finisca per introdurre un elemento estraneo capace di alterare gli equilibri del nostro sistema penale e di stravolgere le garanzie individuali.
Le conclusioni raggiunte non paiono rassicuranti. Numerosi e significativi sono i problemi sollevati da un'ipotetica importazione della dottrina in questione nel sistema italiano: se integrata senza correttivi, l'ignoranza deliberata finirebbe per configurare, a seconda dell'angolatura dogmatica da cui la si osservi, vuoi un *dolo senza rappresentazione* (e, pertanto, un'ipotesi di *responsabilità oggettiva*), vuoi una *categoria eccezionale, equiparata al dolo per fini esclusivamente punitivi*. Entrambe le prospettive non sembrano conciliabili con lo statuto personalistico della responsabilità penale: il principio di *legalità* esige, come noto, che il dolo sia *rappresentazione e volontà* del fatto tipico; il principio di *colpevolezza* proibisce la responsabilità oggettiva e richiede che l'elemento soggettivo, il suo accertamento e l'imputazione del reato non vengano dissociati artificiosamente. Soprattutto dalla prospettiva dei sistemi penali di *civil law*, l'ignoranza deliberata tende a rovesciare entrambi i postulati: perciò, quantomeno in mancanza di ritocchi alla sua versione originaria, il suo trapianto nel sistema penale italiano non pare una soluzione percorribile.
Tali conclusioni paiono supportate dalle risultanze dell'analisi svolta nella seconda sezione della presente indagine, nella quale si è tentato di sviluppare una possibile chiave di lettura *parzialmente conciliante* dell'ignoranza deliberata, volta a evidenziare i problemi e le prospettive di un suo ipotetico collocamento scalare tra il dolo e la colpa. La ricostruzione *differenziata* dell'ignoranza deliberata che si è proposta in questa sede poggia su una *tripartizione di casi*: (*i*) quelli di ignoranza deliberata *comune*, che potrebbero essere ricondotti al dolo eventuale – o comunque ad altre forme di imputazione soggettiva, come quella differenziata o mista (dolo e colpa) o il dolo di pericolo –

[219] *Auto* 1766-02, 22 luglio 2002. In senso analogo, cfr. *STS* 27 dicembre 2004.

in presenza di un dubbio irrisolto per la decisione intenzionale di non voler conoscere di più[220]; (*ii*) quelli di ignoranza deliberata *in senso lato* (risolvibili, a seconda dei casi, addebitando la colpa o confermando l'innocenza del soggetto), nei quali già sul piano della tipicità il rischio si rivela qualitativamente minore – in ragione di contesti sociali, relazionali o professionali di legittimo affidamento – e l'ignoranza non si collega all'accettazione di un illecito, bensì a un contegno psichico caratteristico degli stati colposi (pigrizia, indolenza, indifferenza, sconsideratezza e così via); (*iii*) quelli, affatto peculiari e controversi, di ignoranza deliberata *in senso stretto*, nei quali la scissione netta tra condotta atipica precedente e decisione a favore dell'ignoranza da un lato e realizzazione del reato dall'altro lato sembra ostacolare significativamente il ricorso, in chiave ulteriormente estensiva, al dolo eventuale. La composizione di questo terzo gruppo di casi è stata rivisitata rispetto a quella proposta, nella dottrina spagnola, da Raguès I Vallès. Il richiamo alle *caratteristiche del rischio* e al *principio di affidamento* ha consentito di "depurare" l'ignoranza deliberata in senso stretto da alcuni casi (l'adolescente ingenua; il sindaco sprovveduto; lo sportivo professionista delegante) correttamente risolvibili, ad avviso di chi scrive, secondo i criteri della responsabilità colposa. Una volta ridimensionato il catalogo dei casi modello[221], l'ignoranza deliberata in senso stretto riguarda «quasi unicamente […] i reati commessi da organizzazioni d'impresa»[222]. Tra le varie soluzioni astrattamente configurabili, tralasciando in questo lavoro i profili relativi alla responsabilità dell'ente per violazione di obblighi di vigilanza, tali reati potrebbero essere imputati ai vertici a titolo di *concorso doloso* (a seconda dei casi, commissivo od omissivo, morale o materiale) laddove l'ignoranza sia parte di una più ampia politica di tolleranza della commissione di illeciti nella conduzione degli affari sociali: a condizione, beninteso, che si possa dimostrare come tale politica abbia inciso *oggettivamente* sulla realizzazione del reato.

Tuttavia, anche la rilettura dell'ignoranza deliberata proposta in questa sede genererebbe scosse traumatiche sul piano sistematico. Sia il dolo eventuale, sia l'errore sul fatto tipico subirebbero infatti una profonda rivisitazione: *il primo*, per quanto riguarda il suo *oggetto*; *il secondo*, per quanto attiene l'ipotetica transizione verso la logica della *scusabilità* a seconda della presenza o meno di una causa – quale, appunto, la deliberazione intenzionale dell'ignoranza – che renda l'errore stesso *imputabile* al soggetto attivo. Si renderebbe a quel punto necessario evitare la *totale*

---

[220] Questa lettura dell'ignoranza deliberata *comune*, che ha rappresentato il perno della ricostruzione differenziata proposta nella presente indagine, corrisponde alla definizione nucleare di *willful blindness* fornita dall'opera manualistica di G. Williams, *Criminal Law: The General Part*[2], Rochford 1961, 157 e incentrata sul sospetto, al quale intenzionalmente non seguono «ulteriori verifiche»; nonché a quella riformulata, diffusamente e tra i contributi più recenti, da A. Sarch, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, cit., 18.

[221] Invece, in questo lavoro, non si è detto finora nulla riguardo a un altro caso addotto da R. Ragués i Vallès, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 113-114 tra quelli di ignoranza deliberata in senso stretto: quello di Albert Speer, persona vicina ad Adolf Hitler già all'alba del Terzo Reich e ministro del regime nazista durante la Seconda guerra mondiale che fu condannato a vent'anni di reclusione nel processo di Norimberga. Speer dichiarò di aver scelto deliberatamente di non venire a conoscenza dei fatti di Auschwitz: nonostante la carica politica di spicco che allora ricopriva, egli decise di non recarsi al campo di concentramento per nessuna ragione. Ad avviso di chi scrive, la vicenda di Albert Speer non può essere utilmente assunta come caso modello per due ragioni. Innanzitutto, pur esulando dagli obiettivi della presente indagine quello di azzardare puntualizzazioni storiche sull'accaduto, non pare peregrino affermare (come sottolinea, nella dottrina penalistica, D. Luban, *Contrived Ignorance*, *op. cit*., 966, con ulteriori riferimenti bibliografici e una condivisibile precisazione sulla limitatezza delle prove disponibili, *sub* nt. 26) che Speer stesse mentendo sulla propria ignoranza. Inoltre, sempre per ragioni storiche e processualistiche, ma altresì per le non trascurabili peculiarità del processo di Norimberga (e della giustizia internazionale più in generale), pere metodologicamente rischiosa la scelta di decontestualizzare il caso in questione per avvalersene al fianco di vicende affatto diverse.

[222] *Ivi*, 964.

oggettivizzazione del dolo eventuale, sostenendo che nelle ipotesi di ignoranza deliberata l'errore possa continuare a operare nella forma (assai diversa) di un *errore sul tipo di reato*, in presenza di eccessi qualitativi ritenuti *imprevedibili nel caso concreto*. Sempre per non consacrare forme di responsabilità oggettiva, il criterio dell'imprevedibilità in concreto potrebbe applicarsi, *mutatis mutandis*, per limitare l'applicazione incondizionata delle circostanze aggravanti.
A dover mutare radicalmente, dunque, sarebbe persino il significato normativo ricavabile dal testo della disciplina codicistica dell'errore sul fatto: mutamento, questo, della cui legittimità ben si potrebbe dubitare, laddove costituisca il frutto dell'importazione pretoria di una dottrina giurisprudenziale dotata di un enorme potenziale creativo. Epperò, nonostante la sua marcata enigmaticità e problematicità, tale dottrina tocca alcuni nervi scoperti. Da un lato, si potrebbe affermare che, «sebbene possa risultare corretto criminalizzare gli autori intenzionalmente ignoranti da una prospettiva politico-criminale, nonché etichettarli e punirli più severamente degli autori semplicemente sconsiderati, trattare l'ignoranza deliberata come una dimostrazione di un agire illecito basato sulla conoscenza è descrivere ed etichettare inaccuratamente»[223]. Dall'altro lato, non sembra peregrino sostenere che se lo stato di ignoranza deliberata precludesse sempre e comunque la condanna a titolo di dolo eventuale, gli incentivi a commettere reati in tale stato aumenterebbero a dismisura. Al riguardo, credo che la dottrina dell'ignoranza deliberata abbia qualche ragione da vendere: sebbene non vi sia alcun dubbio sul fatto che le «pressanti esigenze di politica criminale e difesa sociale» debbano essere sempre prese in considerazione con estrema cautela[224], il cuore del problema sembra risiedere nelle resistenze improntate, a seconda delle prospettive, a una difendibile ispirazione legalitaria o a un pavido dogmatismo, a una revisione della disciplina dell'errore sul fatto tipico volta a estromettere l'ignoranza deliberata intenzionale dal «privilegio della colpa»[225]. Nella consapevolezza dell'estrema delicatezza della questione, mi limito a concludere citando una stimolante riflessione di Fletcher: «è molto ingenuo attendersi che il legislatore risolva, con le sue parole, problemi che sono di natura teorica e filosofica. Stabilire la differenza tra errori rilevanti ed irrilevanti è, in ultima analisi, un problema filosofico – non un problema che il legislatore possa risolvere semplicemente con un atto di volontà»[226].
Si tratta insomma di questioni particolarmente controverse e capaci di destare reazioni estremamente variegate, che meritano di essere discusse più da vicino con l'obiettivo di contemperare adeguatamente le esigenze che entrano in gioco nei diversi casi di ignoranza deliberata. Anche gli arresti di una giurisprudenza sempre meno autarchica nei suoi formanti – e talora, come si sa, assai imprevedibile nei suoi arresti – diranno se l'ignoranza deliberata rappresenta per il sistema penale italiano soltanto un fuoco di paglia, un altro misterioso capitolo nella saga dogmatica del dolo eventuale, oppure qualcosa di ancora diverso. L'impressione è che la spiccata problematicità di un ipotetico trapianto dell'ignoranza deliberata nel sistema penale italiano ne evidenzi i tratti di un *false friend* nel linguaggio convenzionale di *civil law* sull'elemento soggettivo e sull'imputazione del reato; oppure, se si vuole, di una categoria ancora in cerca di autori.

---

[223] J.J. Child, *Knowledge by any other name: Alexander Sarch on wilful ignorance*, *op. cit*., 241-242.
[224] Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, K. Summerer, *Il caso Thyssenkrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno dei lavoratori*, *op. cit*., 181.
[225] L'espressione si può trovare in M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 80.
[226] G.P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale*, Bologna 2004, 246.