

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2024

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Teresa Bene, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, Nuno Brandão, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Jacopo Della Torre, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Enrico Maria Mancuso, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Daniela Vigoni, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2024 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “*Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE E PRINCIPI FONDAMENTALI	Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale	1
<i>DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES</i>	<i>Discrecionalidad judicial y principios constitucionales en las decisiones sobre la aplicación de la sanción penal</i>	
<i>JUDICIAL DISCRETION AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES</i>	<i>Judicial Discretion and Constitutional Principles in Sentencing</i>	
	Francesco Viganò	
	Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale	20
	<i>Discrecionalidad y Reglas de Juicio en el Proceso Penal</i>	
	<i>Discretion and Judgment Rules in Criminal Trials</i>	
	Renzo Orlandi	
PROCESSO PENALE E PROPORZIONALITÀ	Prova penale e proporzionalità	38
<i>PROCESO PENAL Y PROPORCIONALIDAD</i>	<i>Prueba penal y proporcionalidad</i>	
	<i>Criminal Evidence and Proportionality</i>	
	Giulio Ubertis	
<i>CRIMINAL TRIAL AND PROPORTIONALITY</i>	La “gravità dell’ingerenza” nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di data retention	45
	<i>La “gravedad de la injerencia” en el prisma de la proporcionalidad: nuevos equilibrios en materia de retención de datos</i>	
	<i>The “Seriousness of the Interference” Through the Proportionality Prism: A New Balance in Data Retention</i>	
	Luigi Parodi	

<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</p> <p>SPECIAL PART TOPICS</p>	<hr/> <p>Note minime su Sezioni unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina 69</p> <p><i>Notas mínimas sobre las Secciones Unidas, el daño patrimonial de especial levedad y el robo</i></p> <p><i>Minimal Notes on the Supreme Court Joint Branches, Minor Gravity Economic Harm, and Robbery</i></p> <p>Alberto Macchia</p> <hr/> <p>Spigolature d'archivio: spunti su mafia e reati associativi a partire da un (dimenticato?) maxi-processo tardo-fascista 80</p> <p><i>Retazos de archivo: reflexiones sobre la mafia y los delitos de asociación a partir de un (¿olvidado?) maxi-proceso del tardo-fascismo</i></p> <p><i>Archival Scraps: Insights on Mafia and Association-based Crimes from a (Forgotten?) Late-Fascist Maxi-Trial</i></p> <p>Costantino Visconti, Andrea Merlo</p> <hr/> <p>Le molestie sessuali alla prova del diritto vivente 95</p> <p><i>Los desafíos para la jurisprudencia en materia de molestia sexual</i></p> <p><i>The Challenges of the Italian Case Law on Sexual Harassment</i></p> <p>Matilde Botto</p>
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>FOCUS ON...</p>	<hr/> <p>Il suicidio assistito di nuovo al vaglio della giurisprudenza costituzionale: tra spinte in avanti e battute d'arresto 128</p> <p><i>El suicidio asistido nuevamente bajo el escrutinio de la jurisprudencia constitucional: entre avances y retrocesos</i></p> <p><i>Assisted Suicide Once Again Under Scrutiny by Constitutional Case Law: Between Forward Drives and Setbacks</i></p> <p>Fernanda Serraino</p> <hr/> <p>Precetti, rimedi e sanzioni: la presunzione di innocenza dal d.lgs. n. 188 del 2021 alle "riforme Nordio" 150</p> <p><i>Preceptos, recursos y sanciones: la presunción de inocencia desde el decreto legislativo n° 188 de 2021 hasta las "reformas Nordio"</i></p> <p><i>Rules, Remedies, and Sanctions: The Presumption of Innocence from Legislative Decree No. 188 of 2021 to the "Nordio Reforms"</i></p> <p>Andrea Zampini</p>

	Diritto penale preventivo e sicurezza sul lavoro: effettività della tutela e percorsi premiali	192
	<i>Derecho penal preventivo y seguridad en el trabajo: eficacia de los mecanismos de protección y de justicia restaurativa</i>	
	<i>Preventive Criminal Law and Safety at Work: Effectiveness of Protection and Reward Measures</i>	
	Riccardo Orlandi	
	Paradigmi di responsabilità penale per l'esposizione a sostanze tossiche	218
	<i>Paradigmas de responsabilidad penal por la exposición a sustancias tóxicas</i>	
	<i>Paradigms of Criminal Liability for Exposure to Toxic Substances</i>	
	Francesco Contri	
LECTIO MAGISTRALIS	<i>Lectio magistralis: La fuerza imaginante del derecho penal</i>	257
	<i>Lectio magistralis: La forza immaginante del diritto penale</i>	
LECTIO MAGISTRALIS	<i>Lectio magistralis: The Imaginative Power of Criminal Law</i>	
LECTIO MAGISTRALIS	Michele Papa	
	<i>Laudatio académica del Prof. Michele Papa</i>	265
	<i>Laudatio accademica del Prof. Michele Papa</i>	
	<i>Academic Laudatio for Prof. Michele Papa</i>	
	Carlos Alberto Mahiques	

DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE E PRINCIPI FONDAMENTALI
DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES
JUDICIAL DISCRETION AND FUNDAMENTAL PRINCIPLES

- 1 **Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale**
Discrecionalidad judicial y principios constitucionales en las decisiones sobre la aplicación de la sanción penal
Judicial Discretion and Constitutional Principles in Sentencing
Francesco Viganò
- 20 **Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale**
Discrecionalidad y Reglas de Juicio en el Proceso Penal
Discretion and Judgment Rules in Criminal Trials
Renzo Orlandi

Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale*

Discrecionalidad judicial y principios constitucionales en las decisiones sobre la aplicación de la sanción penal

Judicial Discretion and Constitutional Principles in Sentencings

FRANCESCO VIGANÒ

*Vicepresidente della Corte costituzionale, Professore Ordinario di Diritto penale
presso l'Università Bicconi di Milano*

COMMISURAZIONE DELLA
PENA, PRINCIPIO DI LEGALITÀ,
PROPORZIONALITÀ, COLPEVOLEZZA,
DIRITTO DI DIFESA

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA
PENA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD,
PROPORCIONALIDAD, CULPABILIDAD,
DERECHO DE LA DEFENSA

SENTENCING, NULLUM CRIMEN
PRINCIPLE, PROPORTIONALITY,
CULPABILITY, RIGHT OF THE DEFENCE

ABSTRACTS

Che ruolo svolgono i principi costituzionali nella fase di commisurazione della pena? Questo contributo analizza i principali principi che la Costituzione italiana detta in materia di pena e la loro rilevanza come criteri orientativi della discrezionalità giudiziale nella determinazione della pena al singolo condannato.

¿Qué papel desempeñan los principios constitucionales en la fase de determinación judicial de la pena? El presente trabajo analiza los principales principios que la Constitución italiana establece en materia de pena y su relevancia como criterios orientativos de la discrecionalidad judicial en la determinación de la pena para la persona condenada.

Which is the proper role of constitutional principles in sentencing? This paper analyses the main principles enshrined in the Italian Constitution concerning criminal law and their relevance as orientation criteria for the judicial determination of the appropriate penalty in the sentencing phase.

* L'autore è Vicepresidente della Corte costituzionale. Tuttavia, le opinioni espresse in questo contributo sono di carattere personale, e non riflettono necessariamente la posizione della Corte. Anche per ragioni di spazio, si è scelto di non corredare il testo di riferimenti alla, peraltro vastissima, bibliografia in materia, e di confinare le citazioni essenzialmente alle pronunce della Corte rilevanti. E ciò con pochissime eccezioni, in particolare quando il testo riprenda una specifica tesi enunciata in uno specifico contributo dottrinale: ciò che accade più volte rispetto a un recente lavoro di PALAZZO (2022), che ha fornito una serie di spunti fondamentali per le odierne riflessioni. Si sono altresì citati precedenti lavori a firma dell'autore, soltanto al fine di evitare estese riproduzioni di argomentazioni già articolate in quelle sedi, e assieme di consentire al lettore di trovare in essi una più compiuta illustrazione di posizioni qui, necessariamente, soltanto accennate.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Legalità della sanzione penale. – 3. Proporzionalità della pena. – 4. Personalità della responsabilità penale (in particolare: colpevolezza e individualizzazione della sanzione). – 5. Rieducazione e minimo sacrificio necessario della libertà personale. – 6. Eguaglianza. – 7. Diritto di difesa e principio del contraddittorio. – 8. Obbligo di motivazione (art. 111, sesto comma, Cost.). – 9. Controllo di legittimità sulla pena. – 10. In conclusione.

1.

Introduzione.

Quale spazio hanno i principi costituzionali nella fase di applicazione della sanzione penale, dominata da quella discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, di cui parla l'art. 132 c.p.?

Una riflessione a partire da questa domanda non è forse inutile, dal momento che i principi costituzionali vengono di solito evocati e analizzati dai penalisti come strumento di *controllo della legittimità costituzionale* della legislazione penale o come criteri orientativi dell'*interpretazione* di quella legislazione da parte del giudice, ma ben più raramente come *criteri* ai quali debbono ispirarsi i *giudizi discrezionali* che la legge penale affida espressamente al giudice, come per l'appunto quelli sulla commisurazione della pena.

La mia impressione è che dalla Costituzione siano in realtà desumibili – oltre, come è ovvio, alla funzione rieducativa – numerose indicazioni preziose di cui il giudice dovrebbe servirsi quando, dopo l'accertamento del fatto di reato e l'ascrizione della relativa responsabilità all'imputato, è chiamato a decidere sulla sanzione che allo stesso dovrà essere applicata. In questo piccolo contributo vorrei, perciò, cercare di fornire una almeno approssimativa rassegna delle indicazioni che mi paiono praticamente più rilevanti per il giudice, alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale che quel testo ha interpretato nel corso dei quasi settant'anni della sua storia.

Non senza riprendere, *in limine*, un'osservazione illuminante della Presidente emerita Marta Cartabia, relativa a una significativa *assenza* nel testo costituzionale: in nessuna delle norme che quel testo dedica alla materia penale compare la parola “carcere”¹. La Costituzione parla, all'art. 27, di “pene”, al plurale, invitandoci così a ripensare al sistema sanzionatorio in chiave non carcerocentrica. Così come non più ruotante attorno al carcere – contro la *vulgata* diffusa tra i penalisti – è, del resto, la *realtà* del nostro sistema penitenziario oggi, in cui il numero complessivo delle persone affidate agli uffici dell'esecuzione penale esterna è più elevato rispetto a quello dei detenuti. La pena, ci dicono all'unisono la Costituzione e i dati statistici, non è *solo* quella detentiva: e di ciò tutti quanti – legislatore, giudici, accademici – dovremmo sempre più essere consapevoli.

Due precisazioni ancora, per meglio tracciare i confini del tema cui intendo dedicare questo contributo.

La prima. Mi occuperò qui, anzitutto, delle decisioni giudiziali sulla sanzione penale in senso lato: nozione comprensiva tanto delle pene, quanto delle misure di sicurezza nonché, più in generale, di tutte le misure limitative dei diritti fondamentali applicabili dal giudice di cognizione, compresa la confisca, comunque esse siano qualificabili dal punto di vista dogmatico. Ma il discorso abbraccerà anche quegli strumenti di diritto sostanziale o processuale, parimenti attivabili dal giudice di cognizione, che consentono di limitare o escludere tali limitazioni dei diritti fondamentali a carico dell'imputato o del condannato (come la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l'estinzione del reato per condotte riparatorie, la sospensione condizionale, la non menzione della condanna, il perdono giudiziale successivo alla condanna per i minorenni, le diminuzioni di pena derivanti dalla scelta del rito).

Oggetto dell'analisi sarà, in altre parole, quella che in via stipulativa definirei la “commisurazione giudiziale in senso lato”², comprendente la serie di decisioni con le quali il giudice della

¹ CARTABIA (2024).

² Per questa definizione, comprensiva della decisione sulla sospensione condizionale e sulla non menzione della condanna, cfr. recentemente la sentenza n. 208 del 2024 della Corte costituzionale. Il citato articolo di PALAZZO (2022), p. 1346, distingue invece, in modo più articolato, (a) una commisurazione “infraeditale”, diretta alla determinazione della pena base in applicazione dell'art. 133 c.p., (b) una commisurazione “extraeditale” (comprendente l'applicazione delle circostanze – alla quale occorrerebbe, peraltro, aggiungere forse l'applicazione della disciplina sugli aumenti di pena in caso di concorso formale o di reato continuato), (c) una commisurazione “in senso ampio”, consistente nella scelta delle alternative sanzionatorie disponibili *in sede di cognizione ovvero di esecuzione*, e (d) una commisurazione “in senso negativo”, consistente

cognizione è chiamato a stabilire: (a) se debba essere applicata una sanzione penale a chi sia stato ritenuto responsabile della commissione di un fatto di reato, (b) quale sanzione debba essere applicata (pena detentiva, pecuniaria, sostitutiva, accessoria, misura di sicurezza, confisca, etc.) e in quale misura, nonché (c) se la sanzione e i suoi effetti penali debbano effettivamente essere *eseguiti* (sospensione condizionale, non menzione della condanna)³.

La seconda precisazione concerne invece ciò di cui *non* mi occuperò. L'analisi che segue sarà focalizzata sui giudizi discrezionali di competenza del *giudice della cognizione* in punto di commisurazione della pena in senso lato: con esclusione dunque delle valutazioni del *legislatore* sulle comminatorie e in generale sulle disposizioni in materia di pena, delle decisioni del *pubblico ministero* suscettibili di avere influenza sul trattamento sanzionatorio dell'autore del reato, nonché – a valle della condanna – delle decisioni sulle concrete vicende esecutive della pena affidate dalla legge alla competenza del *giudice dell'esecuzione* o di quello di *sorveglianza*. Decisioni, queste ultime, pure di enorme importanza dal punto di vista pratico e rispetto alle quali molti dei principi costituzionali che passerò in rassegna avrebbero molto da dire, ma la cui compiuta analisi finirebbe per eccedere di molto lo spazio a me riservato.

2. Legalità della sanzione penale.

Prendendo le mosse dai principi che *limitano* la discrezionalità giudiziale nelle decisioni relative alla commisurazione della pena in senso lato – e, dunque, alla *applicazione* della pena –, il primo e fondamentale principio che viene in considerazione è certamente quello di *legalità della sanzione penale*, con i suoi molteplici corollari risultanti dall'art. 25, secondo e terzo comma, Cost., ma anche dalle norme corrispondenti nelle carte internazionali o sovranazionali dei diritti umani che vincolano il nostro paese: l'art. 7, primo paragrafo, CEDU, l'art. 15, primo paragrafo PIDCP, l'art. 49, primo paragrafo, CDFUE. Tra questi corollari, il diritto internazionale dei diritti umani annovera anche il diritto all'applicazione della *lex mitior* tra tutte quelle entrate in vigore dopo la commissione del fatto: diritto che la Corte costituzionale italiana ha invece tradizionalmente fondato sul principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.⁴

Il principio di legalità della pena, solo apparentemente ovvio, è stato al centro dell'attenzione della giurisprudenza penale e costituzionale nell'ultimo decennio sotto una serie di profili di grande rilievo. Il riferimento è, anzitutto, alla valorizzazione, da parte della giurisprudenza penale, del principio costituzionale e convenzionale della legalità della pena anche nella fase della sua esecuzione, sotto il profilo – in particolare – della necessità per il giudice dell'esecuzione di assicurare che non possa essere eseguita una pena *divenuta* illegale, per effetto di una sentenza della Corte costituzionale, della Corte EDU o della Corte di giustizia⁵. Ancora, la valorizzazione del divieto di retroattività delle modifiche *in peius* della pena, così come declinato dalla giurisprudenza della Corte EDU, è stato alla base del *revirement* con cui la stessa Corte ha stabilito la non retroattività delle modifiche delle norme in tema di misure alternative alla detenzione (e delle norme processuali comunque incidenti sull'esecuzione della pena, come l'art. 656 c.p.p.), allorché il loro effetto sia quello di mutare la natura stessa della pena applicabile al condannato, come nel caso paradigmatico in cui, in forza delle modifiche normative, una pena verosimilmente destinata a essere eseguita *fuori* dal carcere debba essere invece eseguita *dentro* il carcere⁶. Infine, l'attuale situazione di diffusa e sistemica lesione del principio di legalità delle misure di sicurezza di cui all'art. 25, terzo comma, Cost. è stato sottolineato dalla Corte costituzionale in una recente decisione, in cui si è invocato – sinora,

nell'eventuale scelta della non punibilità. Ho ritenuto qui di non seguire questa classificazione, soprattutto perché desideravo concentrarmi (come chiarisco subito nel testo) sui giudizi discrezionali del *solo giudice della cognizione*: ben consapevole, naturalmente, che l'impatto concreto della pena sul condannato dipende oggi in misura non meno rilevante, sin dall'inizio dell'esecuzione, dalle decisioni del giudice dell'esecuzione e di quello di sorveglianza.

³ Da tale nozione restano necessariamente escluse le decisioni sulla sospensione del processo con messa alla prova e il perdono giudiziale per i minorenni di cui all'art. 169, primo comma, c.p., che non presuppongono un previo giudizio di responsabilità dell'imputato e non possono, pertanto, essere considerate parti della commisurazione della pena, nemmeno se intesa in senso lato. Tuttavia, molti dei principi costituzionali passati in rassegna in questo contributo potrebbero egualmente applicarsi anche alle decisioni del giudice relative a tali istituti.

⁴ Per una recente ricapitolazione dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul tema, cfr. sentenza n. 63 del 2019, punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

⁵ Per un recente quadro d'insieme di queste pronunce, cfr. sentenza n. 2 del 2022, punto 5.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁶ Sentenza n. 32 del 2020.

peraltro, invano – un sollecito intervento del legislatore a sanare una situazione di eclatante contrasto del quadro normativo vigente con i principi costituzionali, rispetto al quale la Corte si è – allo stato – astenuta dall'intervenire per non rischiare di creare, con il proprio intervento, un risultato di *vulnus* ancora maggiore all'insieme dei principi costituzionali in gioco⁷.

Tuttavia, nessuno di questi profili – pur di grande rilievo e certo non irrilevanti per i compiti del giudice della cognizione (il quale ha pur sempre il dovere di scrutinare, anche d'ufficio, la legittimità costituzionale delle norme che è chiamato ad interpretare ed applicare, *in primis* in relazione allo stesso principio di legalità e ai suoi corollari) – tocca i poteri *discrezionali* del giudice nel momento della commisurazione della pena in senso lato. Rispetto a tale momento, il principio di legalità viene semplicemente in considerazione quale *cornice esterna* entro la quale può legittimamente dispiegarsi la discrezionalità del giudice, come già chiaramente enunciato – a livello di legislazione ordinaria – dall'art. 132 c.p.

Un profilo forse non del tutto banale merita, però, una particolare sottolineatura in questo contesto. La “legge” di cui parla l'art. 132 c.p. deve oggi intendersi non solo come *legge statale*, ma anche come qualsiasi fonte in vario modo sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, e per questo in grado di vincolare il giudice italiano: la Costituzione, naturalmente; ma anche le norme internazionali in materia di diritti umani e il diritto dell'Unione europea.

Nessuna di queste norme diverse dalla legge statale (e dagli atti aventi forza di legge) è in grado allo stato di porre in essere norme incriminatrici⁸, né – per quanto qui più rileva – di stabilire essa stessa le sanzioni che il giudice è tenuto ad applicare a coloro che siano stati ritenuti responsabili della commissione di un reato. Cionondimeno, tutte queste fonti possono, in forme diverse ma comunque vincolanti per il giudice, influire sull'attività di commisurazione della sanzione da parte del giudice. I principi costituzionali di cui tratterò in questo contributo costituiscono, del resto, altrettanti esempi in proposito.

Quanto in particolare alle fonti internazionali e sovranazionali, occorre rammentare che il giudice penale in sede di commisurazione della pena – così come ogni altro giudice – è tenuto a *interpretare la legge statale in conformità a tali obblighi*, e naturalmente anche – per quanto questo profilo sia in genere poco messo in evidenza dalla dottrina – ad *orientare l'esercizio della propria discrezionalità* in modo da assicurare che la propria decisione risulti compatibile con gli obblighi stessi.

Un esempio per tutti. In materia di diffamazione da parte del giornalista, la costante giurisprudenza della Corte EDU sugli obblighi discendenti dall'art. 10 CEDU ritiene che una pena detentiva possa giustificarsi soltanto in ipotesi eccezionali, ad esempio in relazione a casi inquadrabili nelle categorie dell'*hate speech* o dell'istigazione alla violenza⁹. Nella sentenza n. 150 del 2021, la Corte costituzionale ha giudicato costituzionalmente non illegittimo l'art. 595, terzo comma, c.p. – il quale prevede, alternativamente, una pena detentiva o pecuniaria per la diffamazione aggravata dall'uso della stampa o di un altro mezzo di pubblicità – a condizione che il giudice orienti il proprio potere discrezionale ai principi desumibili dalla menzionata giurisprudenza della Corte EDU, oltre che dalla stessa sentenza n. 150 del 2021 della Corte costituzionale. Si osserva, in proposito, in quest'ultima pronuncia: «Il potere discrezionale che [l'art. 595, terzo comma, c.p.] attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione (da sei mesi a tre anni) e multa (non inferiore a 516 euro) deve certo essere esercitato tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU secondo le coordinate interpretative fornite da questa Corte e dalla Corte EDU; e ciò anche al fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione [...]. Ne consegue che il giudice penale dovrà optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata, secondo i principi poc'anzi declinati; mentre dovrà limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi»¹⁰.

Una questione di particolare delicatezza è poi se l'influenza delle norme internazionali e

⁷ Sentenza n. 22 del 2022, in particolare punti 5.3.2. e 6 del *Considerato in diritto*.

⁸ Salvo forse che nel caso, del tutto peculiare, dell'art. 90, primo comma, Cost., in relazione ai reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione compiuti dal Presidente della Repubblica.

⁹ Cfr., per tutte, il *leading case* Corte EDU, Grande Camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, paragrafo 115.

¹⁰ Punto 6.3. del *Considerato in diritto*.

sovrarazionali in materia di commisurazione della pena possa operare soltanto *in bonam partem*, e dunque in senso limitativo della potestà punitiva (come nell'esempio ora riferito), ovvero possa operare anche in senso opposto – nel senso, cioè, di orientare il giudice a irrogare pene severe –, sia pure entro i limiti consentiti dalla legge penale italiana. Interrogativo, questo, di non poco momento, in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU che richiede, ad esempio, l'irrogazione concreta di pene sufficientemente dissuasive nelle ipotesi di gravi violazioni dei diritti umani compiute da agenti dello Stato, in violazione dei propri doveri funzionali¹¹.

Certamente, invece, il giudice penale potrà tenere conto – in fase di commisurazione della pena – anche degli strumenti internazionali di *soft law*, a rigore non vincolanti per lo Stato, che tuttavia codificano buone prassi su cui si è convogliato un ampio consenso a livello internazionale, e che non a caso sono spesso valorizzate dalla giurisprudenza internazionale in materia di diritti umani e dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹², quali preziosi criteri interpretativi delle garanzie – rispettivamente – convenzionali e costituzionali.

Laddove poi la legge nazionale opponga un limite, insuperabile in via ermeneutica, alla possibilità di orientare la discrezionalità del giudice in fase di commisurazione della pena in maniera conforme agli obblighi internazionali, il giudice stesso avrà un preciso dovere – *ex art. 23 della legge n. 87 del 1953* – di investire la Corte costituzionale del compito di risolvere, con efficacia *erga omnes*, la soluzione dell'antinomia: come è in effetti accaduto con la stessa sentenza n. 150 del 2021 poc'anzi rammentata, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13 della legge n. 47 del 1948 sulla stampa, che imponeva al giudice di applicare *congiuntamente* una pena detentiva, peraltro particolarmente severa (la reclusione da uno a sei anni), e una pena pecuniaria in caso di diffamazione a mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Proprio la necessaria irrogazione di una sanzione detentiva, ha osservato la Corte, era divenuta incompatibile con l'esigenza, particolarmente evidenziata dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 10 CEDU, di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»¹³.

Quanto, infine, al diritto dell'Unione, la sua peculiare rilevanza per il giudice penale – anche nella fase di commisurazione della pena – deriva dal suo essere dotato di *primazia* rispetto alla stessa legge nazionale. Fermo dunque il dovere, anche in questo caso, di interpretazione conforme della legge nazionale al diritto dell'Unione, e la connessa necessità che l'esercizio concreto del potere discrezionale in materia di pena tenga conto degli obblighi che da tale diritto derivino, il giudice ha in questo caso uno strumento in più di quanto non accada rispetto agli obblighi internazionali. Nel caso, infatti, di contrasto non superabile in via interpretativa tra legge interna e obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, il giudice potrà – qualora tali obblighi siano dotati di effetto diretto – *disapplicare* la stessa legge nazionale, e dare così direttamente effetto agli obblighi unionali nel caso di specie.

Un tale scenario si verifica, ad esempio, allorché una legge nazionale relativa alla sanzione penale per un dato reato determini, in una materia rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la violazione del principio di proporzionalità della pena sancito dall'art. 49, paragrafo 3, CFDFUE, ovvero del diritto al *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE: diritti entrambi ai quali la giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto idoneità a produrre effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri¹⁴. Il giudice avrà qui il potere, nell'ambito della commisurazione della pena, di disapplicare totalmente o parzialmente la legge nazionale (ad esempio, nella parte in cui prevede una sanzione minima per il reato), onde evitare di produrre effetti incompatibili con tali norme unionali.

Rispetto ai contrasti tra legge nazionale e diritto dell'Unione – a prescindere, questa volta, dalla sua concreta idoneità a produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri – il

¹¹ Sul punto, si consenta qui semplicemente il rinvio a un lavoro, invero non più recentissimo ma già corredato allora di ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU, in cui avevo analizzato e discusso questi obblighi: VIGANÒ (2011); nonché, più recentemente, a VIGANÒ (2021), p. 96 ss.

¹² Per alcuni recenti esempi, cfr. sentenza n. 10 del 2024, punto 4 del *Considerato in diritto*, con riferimento alle Regole penitenziarie europee di cui alla raccomandazione Rec(2006)2-rev dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, e sentenza n. 219 del 2023, punto 4.5. del *Considerato in diritto*, con puntuali riferimenti alle «United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders» adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010 (le c.d. Bangkok Rules).

¹³ Punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Sull'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, si vedano C. giust. UE, sentenza 8 marzo 2022, C-205/20, *NE* (su cui RECCHIA 2022; BRANCATI 2022; nonché, volendo, VIGANÒ 2022); sentenza 19 ottobre 2023, G. ST. T., C.655/21. Sull'art. 50 CDFUE, cfr. ad es. C. giust., sentenza 20 marzo 2018, C-537/16, paragrafo 67.

giudice nazionale ha, peraltro, sempre la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale della legge interna, investendo così la Corte costituzionale della responsabilità di risolvere l'antinomia una volta per tutte, e con effetti *erga omnes*. Ciò che consente di assicurare un rimedio sistemico, e – verosimilmente – maggiormente conforme allo stesso principio di legalità della pena, che esige una predeterminazione normativa della cornice entro la quale il giudice è tenuto a esercitare la propria discrezionalità nella commisurazione della sanzione; e assieme consente di garantire una maggiore uniformità di trattamento ai consociati, rispetto a quanto non sia possibile ottenere attraverso la disapplicazione puntuale dei vincoli di legge ad opera dei singoli giudici, a tutto vantaggio del principio di eguaglianza, su cui dovremo tra poco soffermarci¹⁵.

Un'ultima osservazione, a chiusura di questa analisi relativa al ruolo del principio di legalità della pena nella fase di commisurazione della stessa. Come ben sottolinea Francesco Palazzo, riprendendo osservazioni da tempo formulate dalla dottrina italiana più autorevole, i vincoli opposti dal principio di legalità alla discrezionalità del giudice nella determinazione del trattamento sanzionatorio sono, a conti fatti, assai laschi, soprattutto dopo la fondamentale riforma del sistema sanzionatorio del 1974¹⁶ – e ciò è tanto più vero oggi, a cinquant'anni di distanza, in una situazione in cui il giudice si trova a fare i conti con una legalità multilivello, che trascende di molto quell'orizzonte esclusivamente statale cui si pensava a metà degli anni Settanta. I vincoli legislativi non sono, beninteso, del tutto scomparsi, tanto che gli errori compiuti dal giudice di merito nell'applicazione delle norme sulla pena sono ancora una delle cause più frequenti delle riforme in appello e degli annullamenti in Corte di cassazione. Ma, certo, la latitudine dei poteri di cui dispone il giudice penale nella concreta determinazione della pena è, oggi, del tutto rimarchevole, al fisiologico potere di stabilire la pena base tra il minimo e il massimo edittale aggiungendosi, alla rinfusa, un pressoché illimitato potere di applicare o non applicare gli aumenti e le diminuzioni di pena (essi stessi ampiamente discrezionali nella loro concreta entità) connessi alle circostanze del reato, grazie alla discrezionalità nel giudizio di bilanciamento delle circostanze stesse; oltre che il potere di aumentare la pena “fino al triplo” della pena base (e dunque: a partire da un solo giorno di reclusione in più) nel caso di concorso formale tra più reati o reato continuato. Tanto che lo stesso Palazzo non esita, oggi, a evidenziare il rischio che la commisurazione della pena – nel senso lato assunto ad oggetto di questo contributo – si trasformi, da luogo di esercizio della discrezionalità del giudice, in una «terra dell'arbitrio»¹⁷ in cui di fatto sia possibile giungere a qualsiasi risultato sanzionatorio, o quasi, manipolando *ad libitum* i criteri legali (e cioè utilizzandoli per motivare, retrospettivamente, un esito sanzionatorio deciso *a priori* dal giudice, secondo la propria intuizione di giustizia).

Proprio per evitare questo rischio, indubbiamente concreto, appaiono particolarmente importanti i criteri “materiali” (ulteriori rispetto al criterio “formale” di legalità della pena) desumibili dalla Costituzione, ai quali il giudice della commisurazione è tenuto ad orientare i suoi – estesissimi – poteri discrezionali, spalancatigli dalla legge (nazionale, internazionale e sovranazionale) vigente. Criteri ai quali dovremo ora, finalmente, rivolgere la nostra attenzione.

3. Proporzionalità della pena.

Uno dei criteri “materiali” più rilevanti – ancorché, come meglio si vedrà, ancora di contenuto *negativo*, funzionale dunque più a porre *limiti* al potere discrezionale del giudice in materia di commisurazione che non a orientarne in positivo l'esercizio – è la proporzionalità della pena: ossia la necessità che la pena concretamente inflitta al condannato risulti proporzionata (o meglio, non sproporzionata) rispetto alla gravità del reato da lui commesso. Un principio, per la verità, non scritto nella Costituzione, ma elaborato gradualmente dalla Corte costituzionale sulla base – dapprima – del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., e poi a partire da argomentazioni variamente ispirate alla funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., al principio di offensività fondato sull'art. 25, secondo

¹⁵ Così la sentenza n. 149 del 2022, punto 2.2. del *Considerato in diritto*. In senso analogo, in materie diversa da quella penale, sentenze n. 181 del 2024, punto 6.5. del *Considerato in diritto*, e 15 del 2024, punto 8.2. del *Considerato in diritto*.

¹⁶ PALAZZO (2022), p. 1347.

¹⁷ PALAZZO (2022), p. 1349.

comma, Cost., nonché – di recente – sul principio di “personalità” della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost.¹⁸

La proporzionalità della pena ha assunto, come è noto, una importanza crescente nella recente giurisprudenza costituzionale in materia di misura delle pene¹⁹. Emblematiche a tal riguardo le affermazioni contenute nella sentenza n. 46 del 2024²⁰, che in certo senso certificano il superamento del tradizionale *self-restraint* della Corte in materia penale, considerata per lungo tempo diretta espressione di una discrezionalità politica non censurabile dalla Corte se non in casi eccezionali. «Discrezionalità» – afferma la Corte – «non equivale ad arbitrio. Qualsiasi legge dalla quale discendano compressioni dei diritti fondamentali della persona deve potersi razionalmente giustificare in relazione a una o più finalità legittime perseguite dal legislatore; e i mezzi prescelti dal legislatore non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a quelle pur legittime finalità. Il controllo sul rispetto di tali limiti spetta a questa Corte, che è tenuta a esercitarlo con tanta maggiore attenzione, quanto più la legge incida sui diritti fondamentali della persona. Il che paradigmaticamente accade rispetto alle leggi penali, che sono sempre suscettibili di incidere, oltre che su vari altri diritti fondamentali, sulla libertà personale dei loro destinatari»²¹.

Dunque: è proprio nella materia penale, data la sua “naturale” incidenza sui diritti fondamentali della persona, che si richiede uno scrutinio di proporzionalità particolarmente penetrante: da parte della Corte costituzionale, ma ancor prima del giudice comune, al quale spetta, nel nostro ordinamento, il compito di rilevare per primo eventuali sconfinamenti delle scelte legislative in materia di sanzioni dai limiti della proporzionalità, e di investire la Corte delle relative questioni (salvo che non ritenga – entro l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea – di procedere direttamente alla disapplicazione della norme di legge nazionale che determinerebbero un risultato sanzionatorio sproporzionato, e pertanto in contrasto con il poc’anzi menzionato art. 49, paragrafo 3, CDFUE: con tutta la problematicità, appena evidenziata, di una simile operazione).

Peraltro, la proporzionalità della pena non opera soltanto come criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle scelte del legislatore, ma anche come *criterio di commisurazione della pena*, e dunque come criterio che vincola la stessa discrezionalità conferita al giudice dall’art. 132 c.p. E ciò in applicazione del principio generale secondo cui «la proporzionalità è “requisito di sistema nell’ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell’autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell’individuo” [...], operando sia come requisito di legittimità costituzionale di ogni legge che preveda limitazioni dei diritti fondamentali della persona, sia come requisito di legittimità di ogni misura amministrativa o giurisdiziativa che, in attuazione della legge, restringa i diritti di una persona nel singolo caso concreto»²².

Nell’ambito della commisurazione giudiziale, alla proporzionalità della pena rispetto alla gravità (oggettiva e soggettiva) del reato si ispirano tutti i criteri indicati nel primo comma dell’art. 133, primo comma, c.p., mentre alcuni almeno dei criteri classificati dal secondo comma come attinenti alla «capacità a delinquere» del colpevole (ad esempio, i motivi a delinquere e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo) sono parimenti suscettibili di fornire indicazioni preziose per la valutazione del suo grado di colpevolezza nella commissione del reato e, dunque, della gravità del reato stesso.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, peraltro, la proporzionalità della pena viene in considerazione anzitutto come un *limite massimo* alla discrezionalità del giudice nella fase commisurativa; ciò che corrisponde, nella sostanza, a quanto ritiene la dottrina oggi dominante nel nostro paese, che pure suole utilizzare il concetto – di origine tedesca – di “pena adeguata alla colpevolezza” (*schuldangemessene Strafe*) per indicare l’idea di una pena proporzionata al fatto di reato colpevole²³. Tale limite, quindi, non si oppone in alcun modo alla possibilità per il giudice di infliggere pene di entità anche significativamente inferiore rispetto a quelle che potrebbero risultare appropriate rispetto alla gravità del reato commesso, grazie alla valorizzazione di tutti i criteri indicati dal secondo comma dell’art. 133 c.p. (come la condotta

¹⁸ Per ogni approfondimento, e per gli indispensabili riferimenti, cfr., volendo, cfr. VIGANÒ (2021), p. 52 ss.

¹⁹ In particolare, come criterio di controllo della pena minima comminata dal legislatore (da ultimo, sentenze n. 91 del 2024 e n. 46 del 2024), ovvero degli irrigidimenti ai meccanismi del bilanciamento tra le circostanze suscettibili di produrre risultati sanzionatori sproporzionati nei casi concreti (tra le ultime, sentenze n. 219, 217, 201, 197, 188, 141 e n. 94 del 2023).

²⁰ Dichiarativa dell’illegittimità costituzionale della pena minima di due anni prevista nel 2019 per l’appropriazione indebita.

²¹ Punto 3.1. del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

²² Sentenza n. 203 del 2024, punto 4.7. del *Considerato in diritto*.

²³ Sul punto, VIGANÒ (2021), p. 145, anche per i necessari riferimenti.

sussequente al reato, o la stessa condotta antecedenti al reato), in quanto espressivi di una bassa pericolosità sociale, e comunque di una sua “necessità di pena” – intesa come bisogno di un trattamento rieducativo – particolarmente ridotti.

In quest’ottica si collocano, in effetti, anche varie circostanze attenuanti espressamente previste dal legislatore, che valorizzano condotte commesse dall’autore successivamente alla commissione del reato, suscettibili di essere considerate quali indizi di un percorso già in atto di ravvedimento del medesimo autore²⁴: dalla circostanza comune di cui all’art. 62, n. 6, c.p. (oggi allargata sino a comprendere la partecipazione a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo), alle numerose circostanze che – sul modello dell’art. 56, ultimo comma, c.p. – stabiliscono riduzioni di pena, o in taluni casi addirittura la non punibilità, per chi si sia attivato per porre rimedio alle conseguenze della propria condotta criminosa, o abbia collaborato con l’autorità giudiziaria nell’accertamento del fatto di reato e l’individuazione dei correi.

Le stesse circostanze attenuanti generiche di cui all’art. 62-*bis* c.p. si prestano, anch’esse, a valorizzare indici di minore pericolosità dell’agente desunte – come sottolineato recentemente dalla sentenza n. 197 del 2023 – da «condotte successive come l’immediata e spontanea auto-denuncia, la piena collaborazione processuale, le attività di studio o lavoro intraprese nell’attesa del processo»²⁵; condotte che il giudice ha anzi il dovere di tenere conto, come sottolineato già dalla sentenza n. 183 del 2011 della stessa Corte, che dichiarò costituzionalmente illegittima una modifica dell’art. 62-*bis* c.p. operata nel 2005, con la quale si precludeva in effetti al giudice di tenere conto, ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, della «condotta sussequente al reato» da parte del condannato recidivo reiterato. Tale previsione fu in quell’occasione ritenuta in contrasto con i principi di ragionevolezza e di funzione rieducativa della pena, i quali impongono che – nella commisurazione della pena, e in particolare in sede di valutazione della sussistenza delle attenuanti generiche – debba poter «assumere rilevanza [...] una condotta, successiva al reato, indicativa di una positiva evoluzione in atto della personalità del condannato»²⁶.

Dal sistema nel suo complesso si evince, dunque, che la proporzionalità della pena è soltanto *uno* dei criteri cui il giudice deve orientare la propria discrezionalità nella fase commisurativa; fermo restando, però, il principio che ragioni di segno specialpreventivo attinenti al grado di pericolosità del condannato, così come preoccupazioni di ordine generalpreventivo relative alla percepita necessità di inviare un robusto messaggio di deterrenza rispetto a reati di particolare allarme sociale – anche ammesso che sia lecito per il giudice farsene carico, ciò che la dottrina oggi dominante nega in radice²⁷ – non potranno in alcun caso condurre all’irrogazione di pene *sproporzionate per eccesso* rispetto alla (oggettiva e soggettiva) gravità del fatto di reato commesso nel passato dal suo autore²⁸.

Il limite massimo in parola è destinato a operare non solo nell’individuazione della pena base all’interno della cornice edittale, ma nell’intera fase commisurativa “in senso lato”, comprensiva della stessa sull’applicabilità delle attenuanti generiche, che una prassi giudiziaria diffusa considera utilizzabili anche al solo fine di evitare l’irrogazione di pene sproporzionate al disvalore del fatto, altrimenti imposte dalla presenza di elevati limiti edittali minimi²⁹, e – soprattutto – del *bilanciamento tra le circostanze* e la quantificazione degli *aumenti di pena in caso di concorso formale o reato continuato*. Il giudizio di bilanciamento tra circostanze, in particolare, risulta cruciale per assicurare che la pena complessivamente irrogata non si ponga al di fuori di ogni ragionevole proporzione rispetto al *fatto* di reato, soprattutto a fronte dei consistenti aumenti di pena previsti dall’art. 99 c.p. – a volte in misura fissa – in caso di recidiva: ciò che spiega la particolare attenzione della Corte costituzionale nella valutazione della legittimità costituzionale del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti in caso di recidiva ai sensi

²⁴ Senza con ciò escludere la possibilità che talune almeno di tali condotte possano essere ritenute incidenti già sul disvalore del fatto di reato, sotto il profilo di una almeno parziale *riparazione ex post* dell’offesa arrecata (sul punto, DONINI 2020, p. 19).

²⁵ Punto 5.3.2. del *Considerato in diritto*.

²⁶ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁷ Seguendo DOLCINI (1979), p. 246 ss.

²⁸ Su questa posizione cfr., anche per ogni ult. rif., VIGANÒ (2021), p. 216 ss.

²⁹ Echi di tale orientamento, diffuso nella giurisprudenza di merito, si trovano nell’*obiter dictum* di Cass., sez. un. pen., sentenza 15 ottobre 2019, n. 20808, ove la Corte nota che «si registra il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che diversamente risulterebbero sproporzionati, sia pure valorizzando profili avvertiti (non sempre a ragione) come estranei al catalogo dell’art. 133 c.p.; ma anche la cura nel filtrare eventuali spinte irrazionalistiche attraverso l’ancoraggio ai parametri legali della dosimetria sanzionatoria».

della legge n. 251 del 2005 (la cosiddetta legge “ex Cirielli”)³⁰, divieto che rischia di legare il mani al giudice nell’individuazione di una pena, per l’appunto, non sproporzionata al disvalore oggettivo e oggettivo del singolo fatto di reato commesso dal reo, quale che sia il grado di pericolosità sociale di questi, attestato dalle sue plurime condanne precedenti.

Punto di riferimento della valutazione di proporzionalità della pena, inoltre, non può che essere la *pena complessiva* da infliggere al condannato, comprensiva non solo delle pene principale, ma anche di quelle accessorie e della confisca. A proposito di quest’ultima, merita soltanto segnalare che – se un problema di proporzionalità verosimilmente non sussiste per ciò che concerne la confisca dei profitti del reato, laddove almeno questi ultimi vengano intesi come profitti netti, trattandosi di acquisizioni patrimoniali ottenute con modalità radicalmente illecite e, quindi, in radice non meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento – misure ablatorie dei beni strumentali alla commissione del reato, o del prodotto di esso, appaiono invece suscettibili di cagionare, nel caso concreto, sacrifici eccessivi (e, dunque, sproporzionati) del patrimonio del condannato³¹. Ciò che pone il tema dei possibili rimedi adottabili in una simile eventualità, già affrontato da altri ordinamenti ma rispetto al quale ancora mancano soluzioni di carattere generale nel sistema penale italiano.

Infine, qualche riflessione a parte deve essere svolta per ciò che concerne le *misure di sicurezza personali* applicabili dal giudice dopo l’accertamento di un fatto di reato, commesso da soggetto socialmente pericoloso (imputabile o no). Non avendo la misura di sicurezza personale alcuna connotazione punitiva, essa non mira a fornire una risposta al reato commesso, ma – strutturalmente³² – a neutralizzare, o comunque a controllare, la pericolosità sociale dell’interessato, rispetto alla quale la previa commissione di un fatto di reato assume il valore di *indizio*, o per così dire di *occasione* per l’applicazione del trattamento nel quale consiste la misura. Coerentemente con la natura della misura, il giudizio di proporzionalità non potrà assumere come uno dei termini della relazione la gravità del reato commesso, quanto piuttosto i reati che l’interessato *potrebbe commettere* in assenza della misura. La proporzionalità – come accade rispetto a ogni misura avente una funzione preventiva anziché reattiva – guarda qui al futuro, prospetticamente, piuttosto che – retrospettivamente – al passato³³. Conseguentemente, il giudice sarà chiamato a valutare – naturalmente, anche tenendo conto della tipologia e delle caratteristiche del reato già commesso – il rischio di commissione di nuovi reati da parte dell’interessato, “pesando” il grado di probabilità della loro commissione e la loro presumibile tipologia e gravità; per poi valutare se la misura di sicurezza concretamente applicabile sia *idonea* a schermare questo rischio, se essa sia sostituibile con altra meno afflittiva (ciò in cui si sostanzia la verifica di *necessità* della misura), e se – in un’ottica di bilanciamento tra tutti beni giuridici in gioco, individuali e collettivi – il sacrificio *certo e attuale* dei diritti fondamentali dell’interessato determinato dall’applicazione della misura si mantenga in un tollerabile rapporto di *proporzionalità in senso stretto* rispetto alla necessità di tutela dei beni potenzialmente pregiudicati dalle (verosimili) future attività criminali dell’interessato, in assenza della misura³⁴.

4. Personalità della responsabilità penale (in particolare: colpevolezza e individualizzazione della sanzione).

Un secondo principio costituzionale “materiale” di grande rilievo nella commisurazione della pena, in vario modo intrecciato al principio di proporzionalità della pena, è il carattere “personale” della responsabilità penale, sancito dall’art. 27, primo comma, Cost.

³⁰ Per una recente rassegna delle numerose pronunce che hanno colpito il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti stabilito dall’art. 69, quarto comma, c.p., e delle loro diverse linee argomentative, cfr. sentenza n. 94 del 2023, punto 10 del *Considerato in diritto*. Successivamente a tale pronuncia, ulteriori dichiarazioni di illegittimità costituzionale della disposizione, *in parte qua*, si trovano nelle sentenze n. 141, 188 e 201 del 2023.

³¹ In questo senso, sia pure con riferimento a una confisca prevista per un illecito amministrativo avente carattere punitivo, sentenza n. 112 del 2019, punto 8.3.4. e seguenti.

³² Sulla necessità peraltro, derivante dalla Costituzione, di ascrivere alla misura di sicurezza anche una finalità risocializzatrice, cfr. *infra*, 5.

³³ Più ampiamente, sul punto, RECCHIA (2020), p. 233 s., VIGANÒ (2021), p. 110 s. e 239 ss., e VIGANÒ (2024), p. 1124 ss.

³⁴ Queste cadenze argomentative, caratteristiche della proporzionalità “prospettica” alla luce della quale può vagliarsi la legittimità costituzionale delle misure restrittive dei diritti fondamentali che, anche nell’ambito del diritto e della procedura penale, abbiano finalità preventive, sono ad esempio utilizzate dalla Corte nella sentenza n. 5 del 2023, relativa alla confisca dell’arma rispetto ai reati di possesso illegittimo della stessa, considerata quale misura di sicurezza (punto 6.2.3. del *Considerato in diritto*).

a) Come è a tutti noto, da tale norma costituzionale la dottrina prima, e poi la giurisprudenza costituzionale – a partire dalla sentenza n. 364 del 1988 – hanno tratto, anzitutto, il principio di *colpevolezza*, inteso come esigenza che la pena si fondi su un giudizio di *rimprovero* nei confronti dell'autore per avere commesso una violazione che egli avrebbe potuto (e dovuto) evitare.

Così inteso, il principio opera quale condizione dell'*an* della stessa responsabilità penale, e dunque “a monte” della fase di commisurazione della sanzione, vietando al giudice di ascrivere all'imputato la responsabilità per il fatto di reato contestatogli ove non sia possibile muovergli un rimprovero nel senso appena precisato – un divieto, peraltro, forse ancora non sufficientemente interiorizzato dalla giurisprudenza in tutte le sue implicazioni (ad esempio, in materia di delitti preterintenzionali o aggravati dall'evento, rispetto ai quali esso imporrebbe di escludere l'imputazione più grave ove non possa essere mosso un rimprovero di colpa all'agente per la causazione di un risultato lesivo più grave di quello voluto, in relazione alla prevedibilità di quell'evento nelle *concrete* circostanze in cui ha agito).

Ma il principio di *colpevolezza* enucleato dalla giurisprudenza costituzionale esige, altresì, che la pena concretamente irrogata ad un imputato rifletta il *grado del rimprovero* che può essergli mosso per avere commesso il fatto, acquistando così rilievo anche sul piano del *quantum* della sanzione a lui applicabile.

Ciò comporta la necessità – da tempo messa in luce dalla dottrina – che il giudice, nell'apprezzare le concrete conseguenze lesive di un fatto di reato (ai fini dell'art. 133 c.p., ovvero a qualunque altro fine riconducibile alla commisurazione in senso lato della pena), tenga conto a danno del condannato delle sole conseguenze da lui volute e previste, o almeno che avrebbe potuto prevedere; escludendo, invece, quelle pure in concreto verificatesi ma dovute a svolgimenti causali del tutto imprevedibili³⁵.

Inoltre, il grado di *colpevolezza* dell'autore nella commissione di un fatto di reato dipende in misura determinante non solo dall'intensità del dolo e dal grado della colpa (criteri entrambi espressamente menzionati dall'art. 133, primo comma, n. 3, c.p.), ma anche dall'insieme dei fattori che rendono *più o meno rimproverabile* la decisione di violare la legge penale: e dunque, dal grado di maturità ed equilibrio psichici, oltre che di capacità di autocontrollo, dell'autore, nonché dall'eventuale presenza di fattori esterni in grado di turbare il suo processo motivazionale nella situazione concreta (come una situazione di acuto disagio sociale, di carenza di occasioni di socializzazione e integrazione, ovvero specifiche circostanze concomitanti che, pur non escludendo del tutto il rimprovero, abbiano significativamente ristretto le sue alternative di condotta nel caso concreto).

Naturale, allora, la conseguenza: il principio di *colpevolezza* – come affermato dalla recente sentenza n. 73 del 2020 della Corte costituzionale, in particolare in un caso in cui veniva in considerazione il divieto di prevalenza della circostanza della parziale incapacità di intendere e di volere di cui all'art. 89 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p. – «esige [...], in via generale, che al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto»³⁶.

b) Nella giurisprudenza costituzionale più recente – e nella stessa sentenza n. 73 del 2020 – il principio di personalità della responsabilità tende peraltro, sempre più spesso, a essere declinato (oltre che con riferimento al principio di *colpevolezza*) come necessità che la pena costituisca una risposta individualizzata, ossia calibrata su tutte le specifiche caratteristiche del fatto di reato e alla “necessità di pena” manifestata dal suo autore. Il punto è ben messo in rilievo da Francesco Palazzo, il quale parla ormai di un principio costituzionale di «*necessaria individualizzazione della pena*», inteso per l'appunto come «esigenza fondamentale e generale che la pena, ogni pena, possa dispiegare al meglio la sua funzionalità proprio in quanto parametrata alle caratteristiche della vicenda storica»³⁷.

Così inteso, il principio di individualizzazione della pena tendenzialmente si oppone – sul piano del giudizio di legittimità costituzionale delle norme – ad *automatismi* nella determinazione della pena e alla previsione di pene (o sanzioni punitive) *fisse*, che appaiono in via generale indiziate di illegittimità costituzionale³⁸.

³⁵ DOLCINI (1979), p. 348 ss.

³⁶ Punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

³⁷ PALAZZO (2022), p. 1346.

³⁸ Così, in particolare, la sentenza n. 222 del 2018, punto 7.1. del *Considerato in diritto*, che interpreta in questo modo i principi già enunciati

Ma tale principio ha un suo preciso significato, a me pare, anche quale criterio-guida della discrezionalità del giudice nella commisurazione in senso lato della pena. La necessaria individualizzazione della pena, quale principio direttamente fondato sull'art. 27, primo comma, Cost., è stato recentemente invocato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza 197 del 2023, in cui è stato dichiarato illegittimo il divieto, introdotto nel 2019 dalla legge detta del “codice rosso”, di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche e della provocazione rispetto alle figure aggravate di omicidio volontario commesso nell'ambito della famiglia. Una tale disciplina comportava in pratica – ha osservato la Corte – una indebita equiparazione alla misura minima di ventun anni di reclusione «per tutti i fatti di omicidio commessi all'interno di contesti familiari e affettivi, indipendentemente dal grado di colpevolezza dei loro autori, oltre che dal grado di pericolosità degli autori medesimi; con ciò impedendo che le differenze di disvalore soggettivo tra più fatti di omicidio, e tra i diversi livelli di pericolosità di più autori, possano concretamente riflettersi nella misura della pena a ciascuno applicabile»³⁹. Differenze, queste, che le due circostanze in esame consentono invece di valorizzare adeguatamente: e ciò anche con riferimento alle attenuanti generiche, talvolta ingiustamente considerate quali strumento genericamente indulgenziale, e in realtà costituenti «il luogo privilegiato in cui possono trovare spazio, nella fase di determinazione giudiziale della pena, considerazioni di equità e di umana “compassione” nei confronti dell'autore del reato, in ragione delle circostanze individuali nelle quali si è trovato ad agire all'epoca del fatto, o versa al momento della condanna: dall'imaturità connessa alla giovane età dell'autore o alla sua età particolarmente avanzata, alla presenza di disturbi della personalità che non attingano la soglia del vizio parziale di mente, a traumi subiti nella propria storia personale, a condizioni economiche o sociali particolarmente disagiate, ovvero a condotte successive come l'immediata e spontanea autodenuncia, la piena collaborazione processuale, le attività di studio o lavoro intraprese nell'attesa del processo»⁴⁰.

Tutte queste valutazioni sono, non a caso, affidate nei delitti di omicidio alla sensibilità di un giudice a composizione mista come la corte d'assise, chiamata – con le parole, ancora, della sentenza n. 197 del 2023 – «ad apprezzare e “pesare”, ai fini della determinazione della risposta sanzionatoria, le ragioni che hanno indotto l'imputato ad agire, le circostanze nelle quali ha agito, e i singoli elementi che compongono la sua personalità. Una valutazione, questa, che ha sede naturale proprio nell'art. 62-bis cod. pen., e nella quale l'esperienza di vita del giudicante conta più delle indicazioni del legislatore. Il quale si confessa, anzi, incapace di tipizzare tutte le possibili sfaccettature della realtà, affidando direttamente al giudice il compito di cogliere i segni di una comune umanità anche in chi abbia compiuto un delitto così grave come l'omicidio»⁴¹.

Come si è acutamente osservato in dottrina, individualizzare la pena significa incrociare lo sguardo del reo, e vedere il suo volto⁴²: comprendere, cioè, la concreta vicenda umana nella quale è maturata ed è stata attuata la condotta delittuosa, e conformare la risposta sanzionatoria alle caratteristiche individuali di quella persona – alle sue *chances* concrete di risocializzazione, al percorso già compiuto nel frattempo, agli ostacoli (di ogni natura) che si frappongono concretamente a questo percorso.

La necessaria individualizzazione della pena, così concepita, solo apparentemente costituisce un mero corollario dei principi, di cui si è appena detto, di proporzionalità della pena e di colpevolezza (intesa, quest'ultima, anche come esigenza che il *quantum* della pena rifletta il grado di rimprovero che può muoversi all'agente per la commissione del fatto). In effetti, il suo contenuto *eccede* questi principi, nella misura in cui l'esigenza di calibrare la pena a tutte le circostanze del caso concreto non è riferibile unicamente ai connotati del *fatto* di reato per il quale l'autore viene condannato, ma anche a tutte le altre circostanze riferibili al suo *autore*, e al suo grado di pericolosità e “bisogno” individuale di pena, in relazione a tutte le finalità legittime della stessa. Comprese, dunque, le *condotte* del reo *posteriori* al fatto, le quali ben possono essere valorizzate in sede di commisurazione come indicative di un già avviato percorso

dalla Corte nella risalente sentenza n. 50 del 1980. In seguito, la Corte ha più volte applicato la propria giurisprudenza sulle pene fisse: cfr. ad es. sentenze n. 88 del 2019, punto 19 del *Considerato in diritto* (in riferimento a una sanzione accessoria); sentenza n. 185 del 2021, punto 6 del *Considerato in diritto* (in riferimento a una sanzione amministrativa di carattere punitivo).

³⁹ Punto 5.5.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Punto 5.3.2. del *Considerato in diritto*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² BARTOLI (2021), p. 246.

di rieducazione, sì da giustificare l'infissione di una pena inferiore a quella che sarebbe stata proporzionata alla gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto di reato isolatamente considerato.

5. Rieducazione e minimo sacrificio necessario della libertà personale.

Un terzo principio “materiale” di grande momento nella fase di commisurazione in senso lato della pena è quello della rieducazione del condannato, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Tale finalità, secondo quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, è «ineliminabile»⁴³, dovendo essere garantita anche nei confronti di chi sia stato condannato all'ergastolo per delitti gravissimi⁴⁴, e non è sacrificabile «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»⁴⁵.

Come rammentato dalla celebre sentenza n. 313 del 1990, la finalità rieducativa deve accompagnare la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁴⁶: compresa, dunque, la fase in cui il giudice della cognizione è chiamato a determinare la pena che dovrà in concreto essere eseguita, in modo da preconstituire le condizioni nelle quali potrà in concreto esplicarsi, sotto il controllo della magistratura di sorveglianza, un trattamento del condannato finalizzato all'obiettivo della sua rieducazione.

“Rieducazione” è termine dal sapore invero un po' antiquato, che rischia di evocare sfumature moraleggianti difficilmente compatibili con il quadro costituzionale di uno Stato laico, se non addirittura la prospettiva di forzati trattamenti di riconversione delle attitudini interiori del condannato, sul modello dei “campi di rieducazione” tipici di taluni regimi dittatoriali. Ma non è certo in questo senso che il termine è inteso dalla giurisprudenza della Corte. Essa ha recentemente affermato che la rieducazione allude a quattro obiettivi chiave, indicati come «recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale»⁴⁷. Tali obiettivi alludono – laicamente – a un complessivo progetto mirante a stimolare nel condannato (e non mai a coartare!) una revisione critica del proprio passato, una sua concreta attivazione per riparare il danno provocato alle vittime e alla collettività, al fine di sanare le ferite nel tessuto sociale provocate dal reato e reinserirsi, infine, nella trama delle relazioni sociali (affettive, familiari, sociali, educative, lavorative, ricreative), nel rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile e senza ricadere nuovamente nella commissione di reati.

Il perseguimento di simili fondamentali obiettivi dovrebbe, allora, ispirare le scelte del giudice della cognizione relative non solo al *quantum* della sanzione complessiva da applicare, attraverso la valorizzazione – anche sulla base del nuovo testo dell'art. 62, n. 6, c.p. – di eventuali percorsi di recupero o di riparazione già avviati *medio tempore* dal reo; ma anche quelle relative all'*an* della pena o della sua concreta eseguibilità. Penso naturalmente alla sospensione condizionale della pena, nonché – prima ancora – alla eventuale *non punibilità* dell'autore per *particolare tenuità del fatto di reato* o per avvenuta *riparazione del reato*; o ancora – per ciò che concerne i condannati minorenni – all'applicazione del *perdono giudiziale*, ricorrendone i presupposti di legge. Parimenti – in una fase antecedente a quella di commisurazione, e della stessa decisione sull'*an* della responsabilità penale – ad analoghe considerazioni dovrebbe ispirarsi il giudice nella valutazione sulla richiesta di *sospensione del processo con messa alla prova*, che parimenti presuppone una “scommessa” dell'ordinamento sulla praticabilità di un percorso in grado di raggiungere gli obiettivi appena menzionati senza passare necessariamente per il processo penale, con i suoi gravosi costi personali e patrimoniali a carico del reo e i suoi (pure elevati, ancorché sistematicamente sottostimati) costi finanziari a carico dell'intera collettività.

Nell'effettuare simili valutazioni, il giudice di cognizione dovrà tenere presente anche un altro principio costituzionale, strettamente connesso ma analiticamente distinguibile dalla rieducazione: il principio del *minimo sacrificio necessario della libertà personale*, pure menzionato

⁴³ Sentenza n. 189 del 2010, punto 2.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Sentenza n. 274 del 1983.

⁴⁵ Sentenza n. 149 del 2018, punto 7 del *Considerato in diritto*, e ivi riferimenti in senso sostanzialmente conforme alle sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990.

⁴⁶ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ Sentenza n. 179 del 2017, punto 4.4. del *Considerato in diritto*.

dalla sentenza n. 179 del 2017⁴⁸ e più volte ripreso dalla giurisprudenza costituzionale successiva⁴⁹, che ne ravvisa il fondamento nella solenne proclamazione del carattere «inviolabile» della libertà personale da parte dell'art. 13 Cost.

Tale principio – valevole per tutte le misure che comunque implicano una restrizione della libertà personale – è affermato a chiare lettere dal codice di procedura penale, allorché dispone, all'art. 275, comma 3, che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate». Esso deve, tuttavia, ritenersi senz'altro riferibile anche alle decisioni relative all'applicazione delle pene⁵⁰, vincolando così il giudice a una valutazione caso per caso se eventuali alternative al carcere, consentite dalla legislazione vigente, appaiano sufficienti ad assicurare un percorso rieducativo per il reo, offrendo al tempo stesso adeguate garanzie alla collettività contro il rischio di una sua recidiva.

Il recente d.lgs. n. 150 del 2022 (la cosiddetta “riforma Cartabia”) ha ridisegnato la disciplina delle *pene sostitutive* alle pene detentive brevi dichiaratamente ispirandosi tanto al principio rieducativo, quanto a quello del minimo sacrificio necessario della libertà personale. Il novellato art. 58 della legge n. 689 del 1981 dispone, in effetti, che «[i]l giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano *più idonee alla rieducazione del condannato* e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati» (primo comma), precisando altresì che «[t]ra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato *con il minor sacrificio della libertà personale*, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo» (secondo comma).

L'idea di fondo che emerge dalla riforma – esplicitata nella relazione della Commissione di studio che ha elaborato il relativo progetto⁵¹ – è, dunque, quella secondo cui «il carcere non deve rappresentare l'unica risposta al reato e [...], anzi, per gli effetti desocializzanti che comporta, deve essere evitato quando possibile in favore di pene da eseguirsi nella comunità». In positivo, d'altra parte, le pene sostitutive oggi previste appaiono nel loro complesso funzionali – come sottolineato recentemente dalla Corte costituzionale – «ad assicurare il mantenimento, e in ipotesi il potenziamento, dei legami del condannato con il proprio contesto lavorativo, educativo, affettivo e in generale sociale. E ciò sulla base di uno specifico “programma di trattamento elaborato dall'ufficio di esecuzione penale esterna, che prende in carico il condannato e che riferisce periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale” (art. 56, secondo comma): in un'ottica complessiva [efficacemente definita dall'Unione camere penali, intervenute in qualità di *amicus curiae*] in termini di “pena-programma”, caratterizzata da “elasticità nei contenuti, predeterminati dalla legge, perché funzionale alla individualizzazione del trattamento sanzionatorio”, in funzione della garanzia di rieducazione e risocializzazione del condannato e, al contempo, di prevenzione speciale»⁵².

Entrambi i principi di rieducazione e minimo sacrificio necessario della libertà personale dovranno, infine, orientare la discrezionalità del giudice anche nelle decisioni relative all'applicazione di *misure di sicurezza*.

Per quanto l'art. 27 Cost. connetta espressamente la finalità rieducativa alle sole “pene”, la giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito la sua riferibilità, con gli opportuni adattamenti, anche alle misure di sicurezza⁵³, anch'esse finalizzate non solo a controllare la pericolosità sociale degli interessati, ma anche a favorirne il recupero sociale attraverso opportuni trattamenti, di ordine sanitario o comunque psicologico-sociale. Il che era già stato nella sostanza affermato dalla Corte più di vent'anni fa – sia pure con riferimento al suo diritto alla salute, anziché alla libertà personale e al principio rieducativo – nella sentenza con la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'obbligo di disporre il ricovero in manicomio giudiziario della persona prosciolta perché inferma di mente ma socialmente pericolosa. Tale

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Sentenze n. 22 del 2022, punto 5.2. del *Considerato in diritto*; n. 191 del 2020, punto 2.6. del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Sul punto, sentenza n. 84 del 2024, punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Citazioni puntuali nell'appena menzionata sentenza n. 84 del 2024, punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

⁵² Ancora, sentenza n. 84, punto 3.3.1. del *Considerato in diritto*.

⁵³ Sentenza n. 22 del 2022, punto 5.2. del *Considerato in diritto* (e ivi riferimenti alla giurisprudenza precedente: in particolare, sentenze n. 197 del 2021, punto 4 del *Considerato in diritto*, e n. 73 del 2020, punto 4.4. del *Considerato in diritto*).

pronuncia aveva infatti affermato a chiare lettere che le misure di sicurezza disposte nei confronti di persone incapaci debbano rispondere contemporaneamente alle finalità, «collegate e non scindibili [...], di *cura e tutela dell'infermo* e di contenimento della sua pericolosità sociale», tanto che «[u]n sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile»⁵⁴; e aveva conseguentemente ritenuto l'illegittimità costituzionale dell'obbligo per il giudice di ricorrere a una misura custodiale in luogo di una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, che risultasse in concreto idonea sia ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente, sia a far fronte alla sua pericolosità sociale.

6. Eguaglianza.

Meno evidente, ma a mio avviso egualmente pregnante, è il ruolo che dovrebbe avere il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nella sua accezione nucleare che allude alla parità di trattamento tra i consociati nel loro rapporto con la legge (e, per estensione, con le pubbliche autorità), nell'esercizio della discrezionalità giudiziale nella fase di commisurazione della pena.

Nella mia esperienza – di docente di diritto penale prima, e poi di giudice costituzionale – mi è capitato di frequente di visitare carceri, e di conversare a ruota libera con i detenuti. Ebbene, ciò di cui essi più frequentemente si lamentano non è l'essere stati condannati a una pena anche severa in conseguenza del proprio reato, ma la diseguaglianza di trattamento rispetto ad altri condannati che per reati analoghi hanno ricevuto pene assai meno severe, ovvero che hanno avuto la sorte – magari solo per la diversa lettera iniziale del rispettivo cognome – di essere giudicati da magistrati di sorveglianza ritenuti più generosi nella concessione di misure e benefici penitenziari. Fatta la dovuta tara a queste doglianze, nella consapevolezza che la tentazione di ritenersi vittime di trattamenti discriminatori fa parte della natura umana, credo però che alcuni profili problematici emergenti da questi racconti siano innegabili: le prassi commisurative sono spesso notevolmente divergenti non solo tra le diverse sedi giudiziarie, come qualsiasi giudice di appello può testimoniare, ma anche tra giudice e giudice dello stesso ufficio giudiziario, come molti avvocati da sempre lamentano (in particolare in relazione alle diversità di criteri commisurativi tra i giudici per le udienze preliminari).

Ora, la sensazione di ingiustizia che proviene dal sentirsi vittima di trattamenti ingiustamente deteriori rispetto a quelli ricevuti dai propri compagni costituisce indubbiamente un serio ostacolo a qualsiasi processo rieducativo, nel senso pregnante di cui si è detto.

Non è facile, invero, immaginare rimedi, posto che la riduzione degli spazi discrezionali del giudice nella determinazione del trattamento sanzionatorio si porrebbe a sua volta in frizione con il principio dell'individualizzazione della pena, di cui pure si è detto poc'anzi. Una via possibile – ma ancora tutta da studiare con riferimento specifico alle peculiarità dell'ordinamento italiano, nonché al rischio, empiricamente dimostrato nell'ordinamento americano, che essa possa provocare un innalzamento complessivo delle risposte sanzionatorie, e dunque maggiori tassi di incarcerazione⁵⁵ – potrebbe essere quella dell'introduzione di *linee guida* sulla commisurazione, costruite attorno a criteri che consentano graduare la gravità del reato e il "bisogno di pena" del singolo condannato secondo criteri uniformi (ad esempio, con riferimento ai delitti in materia di droga, dove le cornici edittali sono particolarmente divaricate, in relazione alla tipologia e alla quantità della sostanza, al numero degli episodi in cui il condannato è stato coinvolto, al numero di precedenti condanne, e così via); prevedendo poi la possibilità per il giudice di discostarsi nel caso concreto dalla linea guida, previa opportuna motivazione.

Indicazioni più precise provengono invece dalla stessa giurisprudenza costituzionale con riferimento alla rilevanza del principio di eguaglianza, nella sua dimensione sostanziale, rispetto alle pene pecuniarie.

Come rilevato già nella sentenza n. 131 del 1979 e ribadito nella recente sentenza n. 28 del 2022, la pena detentiva comprime la libertà personale, che è «bene primario posseduto da ogni essere vivente», mentre la pena pecuniaria incide sul patrimonio, bene che «non inerisce naturalmente alla persona umana»; di talché la pena pecuniaria naturalmente «comporta l'in-

⁵⁴ Sentenza n. 253 del 2003, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ LACEY-PICKARD (2015), p. 225 ss.

conveniente di una disuguale afflittività e al limite, dell'impossibilità di applicarla, in funzione delle diverse condizioni economiche dei soggetti condannati»⁵⁶. Una stessa multa di cinque, o dieci mila euro, può rappresentare un gravosissimo sacrificio per un lavoratore che ne guadagna meno di mille al mese, e risultare irrisoria – e per questo priva di qualsiasi efficacia deterrente – per un milionario.

Ciò rende costituzionalmente necessari, alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost. – che impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – l'individuazione di correttivi all'impatto strutturalmente diseguale della pena pecuniaria, in modo che il giudice sia posto in condizione di tenere conto – oltre che della gravità del reato – delle condizioni economiche del reo, e della sua effettiva capacità di pagare la pena pecuniaria. In particolare, la sentenza n. 28 del 2022 indica espressamente, tra tali possibili correttivi, il meccanismo dei tassi giornalieri, adottato in via generale in molti ordinamenti a noi vicini ma recepito soltanto in relazione a taluni limitati fini in Italia. Con l'indispensabile precisazione, peraltro, che il valore di ciascun tasso deve essere adeguato alle concrete condizioni economiche del reo: ciò che non accadeva sulla base della disposizione esaminata nella sentenza in parola, che stabiliva il valore minimo di ciascun tasso giornaliero, ai fini della determinazione della pena pecuniaria sostitutiva, nell'importo di 250 euro: un importo, ha osservato la sentenza, «ben superiore a quella che la gran parte delle persone che vivono oggi nel nostro Paese sono ragionevolmente in grado di pagare, in relazione alle proprie disponibilità reddituali e patrimoniali»⁵⁷, che – moltiplicato per il numero di giorni di pena detentiva da sostituire – è suscettibile di condurre a risultati estremamente onerosi per molti condannati, a volte ben superiori al loro reddito annuo.

Sistemi di calcolo così rigidi, ha osservato ancora la Corte, finiscono per trasformare la pena pecuniaria sostitutiva in un privilegio per i soli condannati abbienti, in frontale contrasto con la logica dell'art. 3, secondo comma, Cost. Di qui la dichiarazione di illegittimità della disposizione, oggi sostituita dalla «riforma Cartabia» con l'art. 56-*quater* della legge n. 689 del 1981, che assai più opportunamente fissa un limite minimo di ciascun tasso giornaliero a cinque euro, lasciando libero il giudice di individuare un maggiore importo sino al limite massimo di 2.500 euro, in modo che ciascun tasso «corrispond[a] alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare».

Se poi possa parlarsi di un *diseguale impatto* anche di pene diverse da quella pecuniarie – ad esempio della pena detentiva in relazione all'età particolarmente avanzata del detenuto⁵⁸, o ai pregiudizi che il reo abbia già subito subito in conseguenza del reato (in termini di *poena naturalis*⁵⁹) – è questione di grande interesse, teorico e pratico, che appare tuttavia ancora specialmente bisognosa di analisi teoriche, e che in questa sede non può essere ulteriormente approfondita.

7.

Diritto di difesa e principio del contraddittorio.

Mi avvio alla conclusione, ponendo l'accento su tre principi costituzionali di natura processuale, il cui ruolo dovrebbe essere – a mio giudizio – assai più valorizzato di quanto oggi non accade rispetto al momento della commisurazione della pena.

Anzitutto, viene in considerazione il diritto di difesa dell'imputato, quale riconosciuto in via generale dall'art. 24, e come più specificamente declinato dall'art. 111 Cost., in particolare con riferimento al principio del contraddittorio di cui al secondo comma di quest'ultima di-

⁵⁶ Sentenza n. 131 del 1979, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Sul punto, in materia di misure alternative all'esecuzione, si veda la sentenza n. 56 del 2021, punto 2.1. del *Considerato in diritto*, in cui si afferma espressamente che «il carico di sofferenza associato alla permanenza in carcere cresc[e] con l'avanzare dell'età, e con il conseguente sempre maggiore bisogno, da parte del condannato, di cura e assistenza personalizzate, che difficilmente gli possono essere assicurate in un contesto intramurario, caratterizzato dalla forzata convivenza con un gran numero di altri detenuti di ogni età». Per una tematizzazione del diverso impatto di pene detentive della medesima durata a seconda delle condizioni di vita del singolo condannato (come una condizione di disabilità, o l'appartenenza a gruppi sociali o etnici particolarmente svantaggiati), e della conseguente necessità per il giudice di tenere conto di tali condizioni, si veda di recente, nel diritto costituzionale comparato, Corte Suprema del Canada, sentenza 27 gennaio 2023, *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, paragrafi 133 e seguenti (nonché la parallela sentenza 27 gennaio 2023, *R. v. Hillbach*, 2023 SCC 3, paragrafi 37 e – con riferimento specifico ai condannati appartenenti ai popoli nativi – 39 ss.).

⁵⁹ Sul punto, cfr. la recente sentenza n. 48 del 2024, che dichiara non fondata la questione così come allora posta dal Tribunale di Firenze.

sposizione.

A fronte di valutazioni giudiziali che coinvolgono un numero così elevato di principi costituzionali “sostanziali” come quelli sin qui passati in rassegna, il nostro sistema processuale è singolarmente carente. In effetti non è, a tutt’oggi, previsto un *luogo processuale* in cui le parti possano discutere *funditus* della pena che deve essere inflitta a un imputato giudicato colpevole dei reati ascrittigli, sottoponendo al giudice le evidenze necessarie per giungere a una determinazione relativa alla pena conforme ai criteri di legge e ai principi costituzionali sin qui evocati.

Il processo penale, così come oggi strutturato, è un luogo in cui si discute, essenzialmente, dell’*an* della responsabilità dell’imputato per il reato contestatogli, e in cui l’istruttoria dibattimentale si concentra essenzialmente – forse con la sola eccezione dei processi per omicidio in corte d’assise – sulle prove relative alla commissione del fatto e alla sussistenza dell’elemento soggettivo. Un contraddittorio tra le parti sui fattori rilevanti per la commisurazione della pena non ha, normalmente, luogo nel processo: anche perché, del tutto comprensibilmente, la difesa non ha per lo più alcun interesse a ipotizzare espressamente di fronte al giudice la responsabilità dell’imputato.

Il risultato è che le delicatissime operazioni di commisurazione della pena vengono compiute dal giudice nella solitudine della camera di consiglio, senza un reale contributo delle parti; e ciò anche allorché siano necessarie valutazioni tecnicamente complesse come quelle relative alla confisca dei beni del condannato, connessi o meno che siano alla commissione del reato (si pensi ai casi di confisca *ex art. 240-bis c.p.*!); a meno che il giudice non preferisca delegare implicitamente per quest’ultimo adempimento il giudice dell’esecuzione.

Ciò evidenzia, a mio giudizio, l’opportunità di una riforma legislativa in grado di creare un *luogo* idoneo per queste valutazioni, successivamente alla decisione sull’*an* della responsabilità dell’imputato: un luogo in cui i diritti della difesa e il corollario del contraddittorio, anche sulla prova, possano pienamente esplicarsi, in modo da fornire al giudice, in modo trasparente, tutti gli elementi necessari per la valutazione sulle conseguenze sanzionatorie del reato, enormemente incidenti sull’esistenza futura del condannato.

Come è noto, la “riforma Cartabia” ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento, con il nuovo art. 545-*bis* c.p.p., una specifica udienza nelle specifiche ipotesi di in cui l’imputato, una volta condannato, chieda l’applicazione di una pena sostitutiva diversa dalla pena pecuniaria, al fine di consentire al giudice di acquisire dall’ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria «tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali economiche e patrimoniali dell’imputato», oltre che una serie di dati rilevanti circa il programma di trattamento cui il condannato dovrebbe essere sottoposto. All’udienza è prevista poi la partecipazione di tutte le parti, alle quali è data dunque la possibilità di interloquire su tutte le informazioni raccolte, e di contribuire così – nel rispetto del principio del contraddittorio – alla formazione della decisione del giudice sulla pena.

Vale la pena a questo punto di chiedersi, io credo, se da questo ancora embrionale esperimento possa germogliare, anche per il nostro paese, l’idea di una udienza di “*sentencing*” applicabile in via generale a valle della dichiarazione di colpevolezza dell’imputato per il reato ascrittogli: in modo da dare finalmente autonoma dignità alla fase, cruciale, di commisurazione della pena rispetto a quella precedente di valutazione dell’*an* della sua responsabilità, come da sempre accade in altri ordinamenti.

8.

Obbligo di motivazione (art. 111, sesto comma, Cost.).

Da sempre la dottrina italiana lamenta, poi, la sistematica elusione dell’obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, sesto comma, Cost.) in materia di commisurazione della pena. In pratica, il giudice è oggi tenuto – secondo la giurisprudenza della Cassazione – a fornire una specifica motivazione in punto di pena soltanto quando ritenga di infliggere una pena significativamente superiore ai minimi edittali, ovvero in relazione alla decisione di non applicare le circostanze attenuanti generiche.

Un’ampia riflessione della prassi e dell’accademia su questo profilo apparirebbe, mi pare, assai opportuna. A ragione, invero, Francesco Palazzo ha recentemente sottolineato che, per essere preso sul serio, l’obbligo di motivazione esige che siano chiari i criteri legali per la com-

misurazione⁶⁰: ciò che notoriamente non accade sulla base del mero dato testuale dell'art. 133 c.p., che – come è noto – enuncia una vasta gamma di criteri, senza indicare alcuna relazione gerarchica tra essi, e soprattutto senza illuminare in alcun modo il giudice sulle finalità della pena che è chiamato a determinare.

Tuttavia, i principi costituzionali sin qui rammentati offrono una serie di indicazioni significative, anche in termini di rapporti reciproci tra i possibili criteri di commisurazione, sì da fornire al giudice una serie di parametri non solo per la sua *decisione* sulla pena, ma anche per la sua adeguata *motivazione*.

In quest'ultima operazione, non potrà non tenersi nel debito conto il noto canone kantiano che condiziona la “giustizia” (*Richtigkeit*) di ogni decisione morale: l'esigenza, cioè, che la decisione sia assunta sulla base di criteri di giudizio *generalizzabili* a tutte le situazioni simili, e idonei come tali a essere assunti come basi di giudizio anche per le decisioni future. Criteri, dunque, da esplicitare chiaramente nelle motivazioni, in modo tra l'altro da consentire alle giurisdizioni di appello e di legittimità di vagliarli nella loro effettiva correttezza e utilizzabilità quali metro di giudizio.

Un simile canone costituisce, mi pare, un punto di equilibrio virtuoso tra due principi costituzionali che rischierebbero, altrimenti, di entrare in conflitto reciproco proprio con riferimento alla commisurazione della pena: il principio di *individualizzazione* della sanzione, che esige dal giudice di valorizzare ai fini della commisurazione tutte le peculiarità individuali della situazione concreta per “ritagliare” la pena alla specifica situazione del reo; e il principio di *eguaglianza* di trattamento, sulla cui importanza di siamo poco fa soffermati. Le individuali circostanze in cui ha avuto luogo la commissione del reato, e le caratteristiche “soggettive” del suo autore, dovranno essere vagliate al metro di *criteri di giudizio generalizzabili e tendenzialmente uniformi* – come tali in grado di essere applicati anche in una serie indefinita di casi futuri –, a loro volta desunti dai principi costituzionali “materiali” cui la commisurazione deve ispirarsi: in particolare, colpevolezza (che è, conviene rammentarlo ancora una volta, concetto intrinsecamente “graduabile” in relazione alla maggiore o minore forza condizionante dei fattori, interno ed esterni, che hanno spinto l'autore a commettere il fatto), proporzionalità della pena, minimo sacrificio della libertà personale, rieducazione (nel senso pregnante indicato dalla recente giurisprudenza costituzionale), eguale impatto della pena su individui che si trovano in situazioni differenti.

Tanto delle circostanze individuali del reato o del suo autore potenzialmente rilevanti per la commisurazione, quanto dei criteri utilizzati dal giudice per la loro valutazione, dovrebbe allora darsi conto puntualmente nella motivazione, idealmente all'esito di una discussione in contraddittorio tra le parti, laddove – almeno – si intenda davvero fare sul serio con l'obbligo costituzionale di motivazione della decisione sulla pena.

9. Controllo di legittimità sulla pena.

Infine, un cenno conclusivo alla garanzia, posta dall'art. 111, settimo comma, Cost., del controllo in Cassazione delle determinazioni del giudice sulla pena.

A motivazioni più pregnanti sulla commisurazione della pena dovrebbe corrispondere naturalmente un controllo, da parte della Corte di cassazione, più pregnante di quanto oggi abitualmente non accada sia sulla correttezza dei criteri adottati dai giudici in materia⁶¹; sia su eventuali omesse assunzioni di prove su circostanze decisive ai fini della commisurazione della pena, allorché la parte ne abbia fatto debita richiesta ai sensi dell'art. 606, comma 1, lettera *d*) c.p.p.; sia sulla mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione non solo ai criteri indicati nell'art. 133 c.p., ma anche – e direi, soprattutto – rispetto al complesso dei principi costituzionali “materiali” poc'anzi passati in rassegna, che dovrebbero orientare l'uso del potere discrezionale del giudice.

E forse sarebbero possibili e auspicabili – ma il tema, cui ho già dedicato altrove qualche cenno⁶², meriterebbe ben altro approfondimento – maggiori margini di controllo, da parte del

⁶⁰ PALAZZO (2022), p. 1349.

⁶¹ Come osserva giustamente LUPO (2024), p. 5, l'utilizzazione da parte del giudice di merito di un criterio di valutazione ritenuto scorretto dalla Cassazione integra un vizio censurabile ai sensi all'art. 606, comma 1, lettera *b*), c.p.p.

⁶² In VIGANÒ (2021), p. 259 s.

giudice di legittimità, sul carattere (quanto meno) non manifestamente sproporzionato della pena irrogata in concreto rispetto alla gravità del reato potrebbero essere immaginati. Dopo tutto, la necessità che la pena non sia sproporzionata corrisponde a un principio costituzionale, ed è oggi espressamente imposta – nel vasto ambito di applicazione del diritto dell’Unione – da una norma della Carta dotata di effetto diretto negli Stati membri: sicché una pena sproporzionata è, oggi, al tempo stesso una *pena illegittima*, tanto quanto lo è una pena diversa o più elevata rispetto a quanto consentito dalle norme del codice penale. Ferma restando il giusto riconoscimento di un conveniente margine discrezionale al giudice di merito per la correlativa valutazione, sarebbe davvero stravagante ipotizzare che la Corte possa sindacare, a fronte di una specifica doglianza del condannato, *sub specie* di «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche» (tra cui non possono non annoverarsi le norme costituzionali e lo stesso art. 49 della Carta!) il carattere *palesamente sproporzionato* di essa rispetto ai fatti, così come insindacabilmente ricostruiti dal giudice di merito?⁶³

10. In conclusione.

Altri principi costituzionali in grado di orientare la discrezionalità del giudice nella fase di commisurazione della pena potrebbero, probabilmente, essere ancora esaminati: e penso, in particolare, ai diritti (di rango costituzionale) dei *terzi* su cui la pena inflitta all’autore del reato incide, profilo cui è stata dedicata recentemente una perspicua monografia che indica preziose strade di riflessione future, anche sulla base di taluni recenti pronunce della Corte costituzionale⁶⁴. E parimenti, a valle della commisurazione della pena, un nuovo capitolo potrebbe aprirsi sui principi costituzionali che presiedono a tutte le decisioni relative all’*esecuzione* della pena, in cui verrebbero in primo piano – oltre, naturalmente, alla finalità rieducativa – il principio di umanità della pena, sancito dallo stesso art. 27, terzo comma, Cost., e poi il diritto alla salute, all’educazione, alla vita privata e familiare, alla stessa dignità della persona e alle sue relazioni interpersonali⁶⁵.

Ma dobbiamo ora fermarci qui, sottolineando soltanto, in chiusura, un paio di profili di carattere generale, che a ben guardare corrono trasversali in tutte le osservazioni che precedono.

Anzitutto, i principi costituzionali passati in rassegna sono stati gradatamente conformati dalla giurisprudenza della Corte quali criteri di controllo della discrezionalità del legislatore. Tuttavia, l’interpretazione delle garanzie costituzionali operata dalla Corte ha una naturale vocazione espansiva: riverberandosi, grazie all’effetto *erga omnes* delle sue pronunce, sull’intero ordinamento, la sua giurisprudenza mira a orientare l’operato di tutte le pubbliche autorità – legislative, esecutive e giurisdizionali. È in particolare ai *giudici comuni* – unitamente all’amministrazione penitenziaria – che spetta, anzi, il compito cruciale di far vivere i principi che la Costituzione detta in materia di pena, assicurandone l’applicazione alle persone su cui la potestà punitiva dello Stato – il più incisivo dei poteri limitativi dei diritti fondamentali di cui lo Stato disponga – andrà ad incidere.

In secondo luogo, i principi costituzionali spesso non operano soltanto quali *limiti* ai poteri statali, ma – in molti casi, come accade per la finalità rieducativa della pena – anche come *criteri finalistici* che ne orientano l’azione: criteri, dunque, ai quali il potere legislativo, esecutivo e giudiziario sono chiamati a ispirare l’esercizio delle sfere di discrezionalità che a ciascuno di essi compete, sulla base della legge e della stessa Costituzione. E che debbono pertanto guidare le decisioni tanto del giudice della cognizione sulla determinazione della pena, quanto poi quelle dei giudici preposti alla sua esecuzione.

La Costituzione, si è detto, è un grande progetto incompiuto. A tutti noi, nell’ambito ciascuno delle proprie responsabilità, spetta il compito – difficile ed entusiasmante – di fare quanto possibile per realizzare questo programma. Gradualmente: ma con passo sicuro, e sguardo fisso alla meta.

⁶³ Per un’analisi distesa del tema, sia pure con conclusioni aperte, cfr. ancora il saggio di LUPO (2024), 10 ss.

⁶⁴ GALLI (2024).

⁶⁵ Si veda in particolare, per accenti particolarmente significativi proprio in materia di dignità delle persone e diritto alle relazioni interpersonali, la recentissima sentenza n. 10 del 2024, in materia di affettività del detenuto.

Bibliografia

BARTOLI, Roberto (2021): *Castigo: vendetta o giustizia*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, 3/2021

BRANCATI, Maria Giovanna (2022): *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20*, in *Arch. pen.*, 1 ss.

CARTABIA, Marta (2024): *Prefazione a C. Danusso, E. Dolcini, D. Galliani, F. Palazzo, A. Pugiotto, M. Ruotolo, Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del “fine pena mai”*, Giappichelli, Torino, reperibile anche in *Sistema penale*, 28 giugno 2024

DOLCINI, Emilio (1979): *La commisurazione della pena*, CEDAM, Padova

DONINI, Massimo (2020): *Genesi ed eterogenesi “moderna” della misura delle pene*, in *disCrimen*, 4 giugno 2020

GALLI, Martina (2024): *Gli effetti collaterali della pena*, Giappichelli, Torino

LACEY, Nicola - PICKARD, Hanna (2015): *The Chimera of Proportionality: Institutionalizing Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems*, 78 *Mod. L. Rev.* 216

LUPO, Ernesto (2024): *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *Sistema penale*, 23 settembre 2024

PALAZZO, Francesco (2022): *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni ed incertezze*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1345 ss.

RECCHIA, Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino

RECCHIA, Nicola (2022): *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 887 ss.

VIGANÒ, Francesco (2011): *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, p. 2674 ss.

VIGANÒ, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena*, Giappichelli, Torino

VIGANÒ, Francesco (2022): *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 *Sist. pen.*, 26 aprile 2022

VIGANÒ, Francesco (2024): *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. Casseti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli (e ora in *Sistema penale*, 8 gennaio 2025)

Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale*

Discrecionalidad y Reglas de Juicio en el Proceso Penal

Discretion and Judgment Rules in Criminal Trials

RENZO ORLANDI

Ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università di Bologna
renzo.orlandi@unibo.it

REGOLE PROBATORIE, PROCEDIMENTI
SPECIALI, MISURE CAUTELARI,
PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

REGLAS PROBATORIAS, PROCEDIMIENTOS
ESPECIALES, MEDIDAS CAUTELARES,
PROCEDIMIENTO DE PREVENCIÓN

RULES OF EVIDENCE, SPECIAL
PROCEEDINGS, PRECAUTIONARY
MEASURES, PREVENTION PROCEDURE

ABSTRACTS

L'autore affronta un tema classico del diritto processuale: quello delle regole di giudizio, intese come criteri offerti dalla legge al giudice incerto sulla soluzione da dare all'accertamento di fatto. Premesso un chiarimento sul concetto generale di discrezionalità giudiziale, lo scritto affronta la varietà di situazioni processuali nelle quali il giudice si trova a dover prendere una decisione superando una paralizzante incertezza. Al riguardo non rileva solo la decisione che decide il merito alla fine del dibattimento, ma altresì quelle che chiudono i riti alternativi al dibattimento (giudizio abbreviato e patteggiamento); le decisioni interne alla dinamica processuale quali archiviazione e rinvio a giudizio; le decisioni cautelari e, per concludere, le decisioni che concludono il procedimento di prevenzione *ante-delictum* regolato dal c.d. codice antimafia.

El autor aborda un tema clásico del derecho procesal: las reglas de juicio, entendidas como los criterios ofrecidos por la ley al juez que se encuentra en incertidumbre sobre la solución que debe dar a la determinación de los hechos. Tras una aclaración sobre el concepto general de discrecionalidad judicial, el trabajo analiza la variedad de situaciones procesales en las que el juez debe tomar una decisión para superar una incertidumbre paralizante. A este respecto, no solo es relevante la decisión que resuelve el fondo del asunto al final del juicio, sino que también aquellas que concluyen los procedimientos alternativos al juicio oral (como el juicio abreviado y la negociación de pena); las decisiones dentro de la dinámica procesal, como el archivo de la causa y la remisión a juicio; las medidas cautelares y, por último, las decisiones que ponen fin al procedimiento de prevención *ante-delictum* regulado por el denominado Código Antimafia.

* Testo della relazione svolta a Firenze-Villa Ruspoli, il 10 maggio 2024, nell'ambito del convegno dal titolo *Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali*. Gli articoli citati senza ulteriori indicazioni vanno riferiti al codice di procedura penale vigente. I riferimenti giurisprudenziali riportano la data di deposito delle decisioni citate.

The author addresses a classic topic of criminal procedure: the judgment rules, intended as the legal criteria guiding a judge who is uncertain about how to assess the facts. After clarifying the general concept of judicial discretion, the paper examines the variety of procedural situations where the judge must make a decision to overcome paralyzing uncertainty. In this regard, not only does the final decision on the merits at the end of the trial matter, but also those that conclude alternative procedures to the trial (such as abbreviated judgment and plea bargaining); decisions within the procedural dynamics, such as case dismissal and committal for trial; precautionary measures; and, finally, decisions concluding the *ante-delictum* prevention procedure regulated by the so-called Anti-Mafia Code.

SOMMARIO

1. Chiarimento preliminare sul concetto di discrezionalità nel contesto del tema affrontato. – 2. Regole di giudizio: loro finalità e diversificazione. – 3. Regola di giudizio e sentenza dibattimentale di merito. – 4. Giudizio abbreviato. – 5. Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento che non esigono accertamento positivo della responsabilità penale). – 6. Archiviazione, non luogo a procedere e rinvio a giudizio. – 7. Provvedimenti che applicano misure cautelari personali: gravi indizi di colpevolezza. – 8. Segue: prognosi di pericolosità (*pericula libertatis*). – 9. Provvedimenti che applicano misure di prevenzione *ante-delictum*.

1.

Chiarimento preliminare sul concetto di discrezionalità nel contesto del tema affrontato.

Si tratta qui di ragionare intorno al margine di libertà del quale il giudice penale dispone quando adotta una decisione che implica accertamenti di fatto. “Discrezionalità” è termine che evoca, in effetti, un apprezzamento soggettivo dell’autorità pubblica, ma sarebbe errato vedere in quell’apprrezzamento l’immancabile esercizio di un arbitrio. La dottrina processualistica, suffragata anche da conformi elaborazioni maturate da tempo nella dottrina amministrativistica¹, ha chiarito che il termine “discrezionalità” designa una situazione soggettiva rientrante nell’ambito del comportamento doveroso di pubbliche autorità. In ambito processuale, in particolare, il giudice opera sempre sulla base di premesse poste dalla legge: ciò che non esclude, in concreto, la scelta (talvolta ispirata necessariamente a criteri soggettivi) del modo o del mezzo più adatto a perseguire il fine legale².

Bisogna infatti ammettere che – nell’attuale contesto politico-costituzionale – il giudice agisce (o è supposto agire) sempre nell’interesse pubblico, sicché ogni suo provvedimento dev’essere vincolato a una premessa legale, quanto meno nel fine. Può darsi che le modalità procedurali per attuare il fine (la decisione) siano dalla legge descritte con l’indeterminatezza imposta dalla impossibilità di prevedere nel dettaglio le mutevoli situazioni della vita, oltre quelle specifiche e caratteristiche della dinamica processuale.

Il diritto probatorio offre un chiaro esempio in tal senso. Finché vigevano le regole di prova legale, anche le modalità procedurali da seguire per giungere al fine (decisione) limitavano sin quasi ad annullare la discrezionalità cognitiva del giudice. L’afferinarsi del libero convincimento ha comportato un’apertura alla discrezionalità valutativa, non però al punto da consegnarla a un incontrollato soggettivismo.

Lelemento della doverosità affiora in un duplice tratto che – in ordinamenti processuali come il nostro – ispira la condotta del giudice in procinto di decidere: da un lato la sindacabilità del provvedimento adottato sulla scorta di un apprezzamento discrezionale del compendio probatorio; dall’altro, la impugnabilità del provvedimento stesso davanti a un giudice superiore.

L’impugnabilità implica sempre la sindacabilità della regola di giudizio. Non vale invece il contrario, giacché in qualche caso la decisione è sindacabile, ma non impugnabile³: ciò – come si vedrà – pone un problema delicato con riguardo a regole di giudizio destinate a operare nella fase preliminare del procedimento penale⁴.

Sindacabilità e impugnabilità sono, dunque, sintomi inequivoci del dovere di decidere motivando in base a parametri normativi precostituiti (regole di giudizio, nel nostro caso): e questo benché non sempre una motivazione *in facto* venga richiesta; anzi, in qualche caso particolare del quale si dirà, essa viene addirittura esclusa.

¹ Si vedano, in particolare, GIANNINI (1939), Milano, 1939 e PIRAS (1964) p. 65 ss. Per una recente e attuale messa a punto del concetto si veda la monografia di BENVENUTI (2023).

² “La figura del comportamento discrezionale *va circoscritta agli atti normativi degli organi statuali, vale a dire dei soli enti idonei a costituire il termine di imputazione di una situazione soggettiva di dovere*”: così CORDERO (1956), p. 163, nella scia di GOLDSCHMIDT (1925), p. 236, il quale già trent’anni prima aveva affermato perentoriamente l’appartenenza della discrezionalità giudiziale (*richterliches Ermessen*) alla situazione di dovere: “*Im Prozesse ... das freie richterliche Ermessen ist immer ein pflichtgemässes Ermessen (= discrezionalità vincolata) und niemals Willkür (= mai arbitrio)*”.

³ Si vedano le situazioni illustrate *infra*, par. 6.

⁴ Lelemento della impugnabilità è importante anche perché consente il formarsi di una giurisprudenza di legittimità, posto che le regole di giudizio sono controllabili dalla Corte di cassazione. Si pone così un limite – pur per via giurisprudenziale – all’arbitrio dei giudici di merito che la semplice sindacabilità (vale a dire, il controllo su tali regole ad opera di un giudice di pari grado di quello che ha emesso il provvedimento) non sarebbe in grado di arginare.

Interessa, in particolare, che siano sindacabili e impugnabili le decisioni sfavorevoli all'imputato, essendo le regole di giudizio concepite principalmente a sua garanzia. Vengono quindi in considerazione decisioni quali le *sentenze di condanna* (sia quelle dibattimentali, sia quelle adottate all'esito di riti alternativi al dibattimento); le *richieste* e i *decreti di rinvio a giudizio*, ma anche le *decisioni* che dispongono *misure cautelari* personali e le *decisioni applicative di misure preventive ante delictum*.

Un'ultima precisazione, forse superflua, ma utile a scanso di equivoci: il rapporto fra discrezionalità e regole di giudizio riguarda – lo si è già accennato – la sola *quaestio facti*, non la *quaestio iuris*, l'incertezza della quale si risolve sul piano dell'interpretazione normativa⁵. Riguarda, in particolare, il momento in cui – valutate le singole prove – il giudice deve maturare il proprio convincimento circa la sussistenza o meno di fatti giuridicamente rilevanti.

2.

Regole di giudizio: loro finalità e diversificazione.

Le regole di giudizio servono a contenere e orientare la discrezionalità del giudice non nell'atto di valutare le singole prove (attività già guidata dalle regole espresse nell'art. 192), bensì nel momento successivo alla acquisizione delle prove stesse, quando si tratta di attribuire al compendio probatorio già formato un significato funzionale al provvedimento da adottare. La loro utilità si manifesta principalmente nelle situazioni in cui il giudice fluttua nell'incertezza, non essendo in grado di formarsi un convincimento né positivo né negativo sui fatti da porre a base di un atto decisorio al quale non può sottrarsi.

Le regole di giudizio servono a superare *impasse* decisorie. Si è pertanto indotti a ricercarle fra le norme del codice di rito penale che fanno riferimento (più o meno esplicito) alle molteplici situazioni di dubbio nelle quali versa il giudice del fatto.

A uno sguardo anche solo superficiale l'attenzione è colpita da tre figure: la regola *in dubio pro reo*, che dà rilievo normativo a situazioni di incertezza e insufficienza probatorie (art. 530 comma 2, art. 529 comma 2 e art. 529 comma 2); la regola “al di là di ogni ragionevole dubbio” (art. 533 comma 1) e la regola – di più recente conio – della “ragionevole previsione di condanna”, che somministra al giudice un criterio per superare l'eventuale incertezza riguardante provvedimenti da adottare nella fase preliminare del procedimento (art. 408 comma 1, art. 425 comma 3 e art. 554-ter comma 1).

Un opportuno sforzo di semplificazione consiglia di ridurre l'accennata triade a una diade. A ben vedere, l'*in dubio pro reo* non tanto esprime una regola di giudizio (nel senso stretto che qui si vuol dare al sintagma), quanto piuttosto esplicita la condizione, che la legge processuale pone all'accusa, di provare la colpevolezza per esigere la condanna. Oggi siamo abituati a vedere in codesto principio un corollario della presunzione di innocenza, ma, a ben vedere, l'*in dubio pro reo* era in voga anche in ordinamenti processuali del recente passato che apertamente disconoscevano il valore oggi consacrato nell'art. 27 comma 2 cost.⁶. Concettualmente l'*in dubio pro reo* rivela un parallelismo o, se si preferisce, una specularità, con il criterio dell'onere probatorio cui si ispira il processo civile. La differenza sta in questo: che nel processo civile la prova dev'essere fornita dall'attore (salvi i casi di inversione dell'*onus probandi*). Nel processo penale, invece, quell'onere spetta sistematicamente all'accusa in considerazione della naturale relazione asimmetrica fra pubblico ministero e imputato.

Le regole di giudizio nell'ambito dell'attuale diritto processuale penale italiano si riducono quindi a due: “al di là di ogni ragionevole dubbio” (operante all'interno dello spazio assegnato all'*in dubio pro reo*) e “ragionevole previsione di condanna” (operante nel contesto di taluni provvedimenti caratteristici della fase preliminare del procedimento). Volendo proseguire il raffronto con il processo civile, possiamo dire che lì la regola di giudizio è “il più probabile che

⁵ *Iuea novit curia*. Anche l'esegesi normativa pone, comprensibilmente, problemi di incertezza, di apprezzamento soggettivo e, in definitiva, di discrezionalità (interpretativa): ma l'espressione “regole di giudizio” è comunemente riferita alle situazioni di incertezza che affiorano nell'accertamento di fatti in vista di decisioni giudiziarie e a questo significato ci si atterrà nel seguente scritto.

⁶ L'art. 479 comma 3 c.p.p. 1930 (anche nella sua versione originaria) imponeva l'assoluzione per insufficienza di prove quando risultavano “insufficienti le prove per condannare”. La norma non discendeva dalla presunzione d'innocenza (apertamente avversata dalla cultura giuridica fascista): era, più modestamente, il frutto di una scelta di opportunità politica (storicamente risalente) che – persino in quel clima politico-costituzionale – preferiva l'assoluzione del colpevole alla condanna di un possibile innocente. MANZINI (1931), p. 184 accettava a malincuore (“l'ambiguo brocardico”) in *dubio pro reo* in quanto «politicamente e moralmente conveniente».

non” o la “evidenza del probabile”⁷, che – come si dirà – rivela una qualche affinità in ambito processuale penale con la regola di giudizio che la corrente giurisprudenza evoca per risolvere le situazioni di incertezza del giudice in materia di provvedimenti applicativi di misure cautelari personali⁸.

Non manca chi coltiva un’idea unitaria di regola di giudizio in ambito penale, sostenendo che lo *standard* “al di là di ogni ragionevole dubbio” (o regola BARD) è applicabile in ogni contesto probatorio, non solo quando il giudice dibattimentale si accinge a pronunciare una sentenza di condanna (art. 533 comma 1)⁹. Secondo questa impostazione, «va confutata e smascherata nelle sue occulte finalità extra-teoriche la diffusa opinione secondo cui la regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio riguarderebbe solo l’alternativa condanna/proscioglimento e non i provvedimenti cautelari o il rinvio a giudizio, ai quali si applicherebbe la regola del “più probabile che non”»¹⁰. Questo sulla base di un argomento logico: la formula BARD segnerebbe al contempo il livello massimo e minimo affinché nel processo un qualsiasi enunciato fattuale possa considerarsi provato; massimo, perché la certezza assoluta è irraggiungibile; minimo, perché scendendo al di sotto di quel livello, salta il concetto stesso di “provare” e si entra nel regno delle illazioni, della discrezionalità incontrollata¹¹.

In quanto volta a limitare l’arbitrio decisionale del giudice penale, la tesi merita certo attenzione e può essere condivisa, se con essa si vuol sostenere che ogni provvedimento basato su accertamenti di fatto, costringe il giudice dubbioso a optare per la soluzione favorevole all’imputato; e a scegliere l’alternativa sfavorevole solo quando ne fosse realmente convinto. Ma – a seconda del tipo di provvedimento da adottare e della fase processuale nella quale ci si trova – cambia il materiale conoscitivo a disposizione del magistrato per formarsi quel convincimento. E, come si dirà, cambiano – per le distinte tipologie di provvedimenti – anche le occasioni per controllare la discrezionalità giudiziale nell’uso della regola di giudizio.

Bisogna infatti ammettere che possono essere molto diverse fra loro le situazioni processuali nelle quali il giudice, pur in stato di imbarazzante dubbio si vede costretto ad adottare un provvedimento favorevole o sfavorevole alle ragioni della difesa. Vale la pena mettere alla prova l’accennata teoria unitaria, esaminando partitamente l’applicazione delle regole di giudizio con riguardo a distinti provvedimenti (anche diversi dalla sentenza di merito). Nei paragrafi successivi ci si limiterà a considerarne alcuni suscettibili di essere adottati nel procedimento di primo grado o in appello, prendendo le mosse dalla sentenza dibattimentale (anche di seconda istanza), proseguendo con la sentenza di giudizio abbreviato (anche di seconda istanza), con la sentenza di patteggiamento, con i provvedimenti di archiviazione, non luogo a procedere e rinvio a giudizio, per chiudere con i provvedimenti applicativi di misure cautelari personali. Come si vedrà, ciascuno di questi provvedimenti suppone situazioni processuali la cui diversità è apprezzabile ai fini del tema che qui interessa (discrezionalità nell’uso di regole di giudizio).

Una breve riflessione sarà dedicata infine ai provvedimenti applicativi di misure di prevenzione *ante-delictum*, le quali, pur estranee all’ambito penalistico strettamente inteso, rivelano (quanto meno nella realtà italiana) punti di innegabile contiguità con la “materia penale”.

Attenzione andrà poi prestata anche alla circostanza che i provvedimenti in questione siano o meno impugnabili, giacché, nella decisione che sfugge al controllo di logicità (davanti a un giudice superiore), l’uso della regola di giudizio è lasciata alla discrezionalità (pressoché incontrollata) dell’organo decidente.

⁷ Il parallelismo fra la regola penalistica “al di là di ogni ragionevole dubbio” e quella civilistica del “più probabile che non” o della “evidenza del probabile” è sottolineato in numerose sentenze di legittimità. Cfr., ad es., sez. un. civ. 11 gennaio 2008, CED Rv. 600899 e, da ultimo, ord. sez. 3 civ. 05 marzo 2024, CED Rv. 670339.

La ragione del diverso modo di distribuire l’onere della prova in civile e penale è ben chiarita da TARUFFO (2007), p. 1036: “Nel processo civile non c’è ragione di adottare lo stesso standard di prova che si ritiene debba valere nel penale. Non vi sono, infatti, presunzioni, come quella di non colpevolezza, che operano sistematicamente a favore di una parte e neppure vi sono ragioni per massimizzare la probabilità che una parte venga dichiarata vittoriosa invece che soccombente ... Il giudice civile deve dare prevalenza, adottandolo come fondamento della decisione, all’enunciato fattuale che ha ricevuto dall’esito delle prove il grado di conferma relativamente più elevato”.

⁸ Cfr. *infra*, par. 7.

⁹ È la posizione di FERRUA (2017), p. 725 ss.

¹⁰ FERRUA (2017), p. 731.

¹¹ FERRUA (2017), p. 731.

3. Regola di giudizio e sentenza dibattimentale di merito.

Operano qui simultaneamente il canone dell'*in dubio pro reo* (art. 530 comma 2) e la regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 533 comma 1).

Pur codificata in tempi recenti nella nostra legge processuale¹², la regola BARD era in realtà desumibile dal sistema (come corollario della presunzione d'innocenza) anche prima della formale codificazione¹³.

La sua applicazione nel dibattimento suppone innanzitutto, in via preliminare, che il giudice faccia ogni sforzo per superare eventuali sentimenti di incertezza: dall'invito alle parti di "indicare temi di prova nuovi o più ampi utili alla completezza dell'esame" (art. 506 comma 1), all'iniziativa di completare con proprie domande l'esame di testimoni, periti, consulenti tecnici, coimputati (art. 506 comma 2), all'iniziativa diretta nell'assunzione di nuove prove, quando queste appaiano "assolutamente necessarie", vale a dire, utili per risolvere il dubbio sulla *quaestio facti* (art. 507). Se, nonostante questi sforzi, l'incertezza perdura, il giudicante dovrà affidarsi alla regola di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

La sentenza dibattimentale è impugnabile e, pertanto, soggetta al possibile sindacato di un giudice superiore. Quand'anche non fosse appellabile, sarebbe sempre suscettibile di controllo in sede di legittimità anche sul punto concernente l'uso che il giudice di merito ha fatto della regola di giudizio. Registriamo infatti una cospicua quantità di massime che si sforzano di chiarire ai giudici di merito come applicare tale regola. Meritano di essere qui ricordate, in particolare, le decisioni che annullano sentenze di merito per aver accolto con troppa disinvoltura le prospettazioni dell'accusa o della difesa, escludendo "ricostruzioni alternative" che rientrano "nell'ordine naturale delle cose e della razionalità umana"¹⁴. Oltre a violare il canone BARD, l'eventuale trascuratezza di credibili ricostruzioni alternative, comporterebbe l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per vizio di motivazione.

Segue la stessa linea l'orientamento giurisprudenziale che ricava dalla regola BARD il dovere del giudice di merito di acquisire (se del caso, d'ufficio) un mezzo di prova necessario a superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*. A ben vedere, un simile orientamento – se lo si valorizza dal punto di vista della difesa – amplia il diritto alla prova dell'imputato, includendo fra i motivi di annullamento della sentenza di merito anche la mancata assunzione di una semplice prova decisiva (non necessariamente di una prova contraria nel senso dell'art. 606 comma 1 lett. d). A questa conclusione è pervenuta una recente sentenza della Suprema corte¹⁵, della quale vale la pena riportare per intero il principio di diritto espresso: «La sentenza di condanna che si fonda su un risultato probatorio incerto (come nel caso di specie, in cui gli esiti delle analisi svolte su campioni del medesimo prodotto, hanno dato esiti diversi presso laboratori ufficiali) deve dare adeguata spiegazione delle ragioni per le quali, a fronte della richiesta dell'imputato di perizia, gli esiti delle analisi al reo sfavorevoli vengano ritenuti esaustivi e incontrovertibili giacché la regola di giudizio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" impone al giudice l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria». Si consideri che, nei motivi di ricorso, la difesa aveva lamentato la mancata assunzione della prova da parte del giudice di appello a norma dell'art. 603 comma 3 (da intendere come una sorta di prolungamento in secondo grado dell'art. 507, che attribuisce al giudice dibattimentale poteri di iniziativa probatoria proprio per superare situazioni di incertezza sulla *quaestio facti*). Di qui la conclusione che – facendo leva sulla regola BARD – si può pretendere l'annullamento (con rinvio) di una sentenza, anche oltre il più limitato motivo indicato nel citato art. 606 comma 1 lett. d. In breve, questo ampliamento del motivo di ricorso per cassazione a semplici violazioni del diritto alla prova – per come argomentato in giurisprudenza – è un effetto riflesso della regola di giudizio BARD che guida l'attività decisoria del giudice dibattimentale.

¹² Art. 5 l. n. 46 del 2006.

¹³ Così, fra altre, Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, Dasgupta, CED Rv 267492, dove si ricorda che già la nota sentenza sez. un. 10 luglio 2002, Franzese, CED Rv 222139 menzionava esplicitamente quella regola supponendola già presente nel sistema penale, ancorché non espressamente prevista.

Anche in dottrina si ritiene che la citata riforma del 2006 si sia limitata a esplicitare una regola già presente nel sistema: in tal senso, FERRUA (2017), p. 731.

¹⁴ Si vedano Cass. sez. 5, 11 gennaio 2019, CED Rv. 275299; Cass. sez. 4, 24 ottobre 2018, CED Rv. 274358; Cass. sez. 2, 13 giugno 2017, CED Rv. 270519; Cass. sez. 5, 06 marzo 2013, CED Rv. 254579; Cass. sez. 1, 09 giugno 2009, Rv. 24380.

¹⁵ Cass. sez. 3, 13 aprile 2023, CED Rv 284364.

4. Giudizio abbreviato.

Quel che si è appena detto con riguardo alla sentenza dibattimentale vale, in linea generale, anche per la sentenza conclusiva del giudizio abbreviato. Del resto, il codice di rito è esplicito nell'estendere a codesto rito semplificato la regola prevista per la decisione che chiude il giudizio ordinario (art. 442 comma 1). La sola differenza riguarda la diversa "qualità" del materiale conoscitivo sul quale si forma il convincimento del giudice: non prove filtrate dal contraddittorio dibattimentale, bensì atti raccolti unilateralmente da polizia e pubblico ministero, dal difensore nel corso delle indagini o acquisiti nella fase preliminare per iniziativa istruttoria del giudice procedente (es. art. 422).

La legge processuale consente che anche su questo grezzo materiale conoscitivo si formi un convincimento giudiziale "al di là di ogni ragionevole dubbio". C'è da chiedersi come possa concretizzarsi un convincimento capace di sfidare "ogni dubbio ragionevole", quando il materiale conoscitivo a disposizione è scadente e inaffidabile, secondo i criteri della migliore epistemologia giudiziaria.

Di questa esigenza ha cercato di farsi interprete la giurisprudenza di legittimità, quando ha affrontato il problema del giudizio di appello contro sentenze assolutorie emesse a seguito di giudizio abbreviato. Si arrivò a sostenere che il canone BARD imponeva un recupero del contraddittorio nella formazione della prova in fase di appello, quale condizione per ribaltare l'assoluzione in condanna. E questo a prescindere dal rilievo che – con la richiesta di giudizio abbreviato – l'imputato aveva accettato di esser giudicato allo stato degli atti, rinunciando così all'oralità/immediatezza e al contraddittorio nella formazione della prova (assicuratogli dall'art. 111 comma 4 cost.)¹⁶.

Tale orientamento¹⁷ intendeva affermare – nell'ordinamento processuale italiano – l'abbandante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di limiti al potere del giudice di appello di condannare l'imputato assolto in primo grado¹⁸. Ne seguì – nel 2017 – la riforma legislativa che impose la rinnovazione del dibattimento in appello, quando il pubblico ministero avesse impugnato sentenze assolutorie per motivi attinenti alla valutazione di prove dichiarative¹⁹: regola da applicare anche nei giudizi di appello contro le sentenze di giudizio abbreviato.

La tormentata vicenda normativa ha poi avuto un epilogo sorprendente, propiziato ancora dalla giurisprudenza di Strasburgo. Una sentenza riguardante proprio l'Italia ha affermato che l'art. 6 CEDU non esige un recupero dei principi di immediatezza e oralità in appello, visto che col chiedere il giudizio abbreviato l'imputato ha consapevolmente e liberamente rinunciato al contraddittorio²⁰. Di qui l'ulteriore ripensamento legislativo che limita la possibilità di rinnovare l'istruttoria in appello, quando il pubblico ministero abbia impugnato la sentenza assolutoria, contestando una prova dichiarativa che sia stata assunta all'esito di integrazione probatoria intercorsa nel giudizio abbreviato²¹. La nuova prova dichiarativa andrebbe comunque assunta con le modalità previste per il giudizio dibattimentale, vale a dire nel contraddittorio fra le parti. Solo se in prima istanza non ci fosse stata integrazione probatoria, il giudice di appello potrebbe condannare sulla base delle prove disponibili nel fascicolo processuale, senza bisogno di rinnovare il dibattimento²².

Nel giudizio abbreviato vige dunque la regola BARD, ma – val la pena ribadirlo – la si applica, in linea generale, a un materiale conoscitivo considerato di minor qualità e, si direbbe, di minor affidabilità rispetto a quello formato in un dibattimento ordinario. Il rispetto dell'oralità

¹⁶ Si veda Cass. sez. unite, 14 aprile 2017, CED Rv. 269785 dove si legge: «L'assoluzione pronunciata dal giudice di primo grado travalica ogni pretesa di simmetria. Essa, implicando l'esistenza di una base probatoria che induce quantomeno il dubbio sulla effettiva valenza delle prove dichiarative, pretende che si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile; sicché la eventuale rinuncia dell'imputato al contraddittorio nel giudizio di primo grado non fa premio sulla esigenza di rispettare il valore obiettivo di tale metodo ai fini del ribaltamento della decisione assolutoria». Decisione avallata da Corte cost. nr. 124 del 2019.

¹⁷ Autorevolmente fatto proprio da Cass. Sez. un. 6 luglio 2016, CED Rv. 267486.

¹⁸ Si vedano, in particolare, Dan c. Moldavia del 5 luglio 2011, nr.28-35, Găitânu c. Romania, del 26 giugno 2012, nr. 31-42; Lazu c. Repubblica di Moldavia, del 5 luglio 2016, nr. 31-44.

¹⁹ Art. 603 comma 3-bis, novellato da art. 1 comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103.

²⁰ Corte EDU 1° sez. Di Martino e Molinari c. Italia, del 25 marzo 2021 ai punti 33-39.

²¹ Questa la (francamente un po' cervellotica) soluzione imposta oggi dall'art. 603 comma 3-bis, novellato dall'art. art. 34, comma 1, lett. i), n. 2), d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

²² Traendo spunto dalla sentenza Corte EDU Di Martino e Molinari c. Italia (citata *supra* nota 21), perviene a questa conclusione la più recente giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. sez. 2, 12 marzo 2024. CED Rv 286100.

e del contraddittorio è assicurato solo in via eccezionale, nei ricordati casi di “integrazione probatoria” secondo la previsione dell’art. 603 comma 3-bis. Negli altri casi, l’assoluzione in primo grado può convertirsi in condanna da parte del giudice d’appello sulla base o di una semplice lettura di atti presenti nel fascicolo, o di una rinnovazione dibattimentale disposta d’ufficio (*ex art. 603 comma 3*), destinata a svolgersi secondo le regole dettate per il giudizio abbreviato (oralità senza immediatezza né contraddittorio)²³.

La domanda è, pertanto: quale tipo di certezza sia in grado di produrre un materiale conoscitivo “grezzo”, non raffinato dal contraddittorio e, per ciò stesso, da considerare con estrema prudenza, se non con sospetto?

Da ingredienti di dubbia qualità difficilmente escono buoni prodotti. Se davvero ci si distanzia dall’ideale epistemologico (normativamente fissato nell’art. 526), il giudice tenuto a risolvere l’alternativa assoluzione/condanna sulla scorta di “mezze-prove” dovrebbe – a rigor di logica – essere incline più al dubbio che alla certezza, persino quando gli elementi a carico fossero all’apparenza prevalenti su quelli a favore dell’imputato. L’uso corretto della discrezionalità decisoria dovrebbe indurre il giudice del giudizio abbreviato ad assolvere (per insuperabile incertezza sul fatto) in misura maggior di quanto accada nel giudizio ordinario. Questo suggerirebbe la logica. Da un punto di vista concettuale, parrebbe insomma verificarsi un corto circuito fra “qualità della prova” e regola BARD, quando è la stessa modalità di assunzione della prova a instillare il dubbio sulla sua idoneità a supportare un giudizio di responsabilità penale.

Si sa, invece, che la richiesta dell’imputato di accedere al rito speciale ha l’effetto “magico” di trasformare le “mezze prove” in “prove piene”, sicché la finzione giuridica fa sparire la differenza sostanziale fra i compendi probatori (qualitativamente assai diversi) che risultano dai due contesti procedurali evocati (dibattimento e giudizio abbreviato).

Resta la stranezza di un duplice percorso per superare il ragionevole dubbio nel giudizio abbreviato. Da un lato, ribadiamolo, il citato art. 442 autorizza il giudice ad accertare il fatto avvalendosi di “mezze prove” o, se si preferisce, di prove formate unilateralmente nella fase preliminare. Dall’altro, nei particolari casi di giudizio abbreviato condizionato, sfociato in un proscioglimento, la regola BARD riprende vigore, esigendo che il giudice d’appello raccolga la prova orale nel rispetto del contraddittorio per arrivare a una possibile condanna. Si dirà che, in una simile situazione, l’eccezionale passaggio dal regime probatorio previsto per il giudizio abbreviato a quello imposto per il dibattimento si giustifica per la necessità di consentire al giudice di redigere una “motivazione rafforzata”, idonea a superare l’affermazione di innocenza contenuta nella sentenza appellata. Ma se si prende per buona questa spiegazione bisogna ammettere che c’è una relazione fra “qualità della prova” e regola di giudizio espressa nell’art. 533 comma 1. E allora bisogna ammettere che ciascun regime probatorio esige – per le situazioni di incertezza decisoria – regole di giudizio adeguate alla “*qualitas*” degli elementi conoscitivi dei quali il giudice di merito si alimenta. Come già accennato, l’*in dubio pro reo* e, più precisamente, la regola BARD, vale (dovrebbe valere) a maggior ragione, quando il materiale probatorio offre scarsa affidabilità per il modo in cui è venuto ad esistenza.

5. Patteggiamento (e altri riti alternativi al dibattimento che non esigono accertamento positivo della responsabilità penale).

Considerazioni a parte vanno fatte per la sentenza di patteggiamento e per le decisioni adottate in altri riti alternativi (principalmente l’ordinanza che accoglie la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova²⁴ e il decreto penale di condanna²⁵).

Tutti questi provvedimenti hanno in comune la natura di decisioni condannatorie, emesse senza un vero accertamento di responsabilità penale. Per ciascuno di essi la legge processuale

²³ Può considerarsi ancora attuale – al riguardo – l’orientamento della Corte di cassazione (SU 29 gennaio 1996, CED Rv 203427) che, in caso di appello sulla sentenza di giudizio abbreviato, riconosce al giudice il potere di disporre d’ufficio l’acquisizione di prove (art. 603 comma 3) secondo le modalità previste per il rito speciale: «*Nel processo celebrato con la forma del rito abbreviato al giudice di appello è consentito ... disporre d’ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l’accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell’art. 603, comma 3 c.p.p.; in tale fase, peraltro, non può configurarsi alcun potere di iniziativa delle parti in ordine all’assunzione delle prove in quanto, prestando il consenso all’adozione del rito abbreviato, esse hanno definitivamente rinunciato al diritto alla prova*».

²⁴ Art. 464-quater comma 1.

²⁵ Art. 459 comma 3.

si accontenta che il giudice verifichi sommariamente l'assenza di "cause di non punibilità", vale a dire di evidenti ragioni che imporrebbero l'assoluzione dell'imputato a norma dell'art. 129 comma 1.

Per semplificare l'esposizione del nostro tema conviene riferirsi alla sola sentenza di patteggiamento, consapevoli che, salvo lievi differenze, quanto si dirà con riguardo a codesta decisione vale anche per gli altri due provvedimenti.

Con la richiesta di patteggiamento, l'imputato esonera il pubblico ministero dal dover provare l'accusa e il giudice dal dover motivare *in facto* la condanna. La sentenza è inappellabile e pure il ricorso per cassazione è limitato ai motivi tassativamente indicati nell'art. 448 comma 2-bis: da segnalare – per quanto direttamente ci riguarda – l'impossibilità di impugnare la sentenza per vizio di motivazione²⁶, conseguente a eventuali errori nell'uso di regole di giudizio da parte del giudice di merito. Ciò rende difficoltoso ricostruire il quadro giurisprudenziale su un tema che – in linea generale – è sottratto all'elaborazione del giudice di legittimità.

Un aiuto può venire dalle decisioni che si sono occupate dei limiti entro i quali è ammessa la revisione delle sentenze di patteggiamento per il sopraggiungere di nuove prove (art. 630 lett. c).

In linea generale, la revisione delle sentenze di condanna è ammessa a condizione che gli elementi forniti dall'impugnante siano «tali da dimostrare, se accertati, che il condannato dev'essere prosciolto a norma degli artt. 529, 530 o 531» (art. 631). Parrebbe, quindi, che pure per le sentenze in questione, il sopraggiungere di una nuova prova apra la prospettiva dell'*in dubio pro reo* e della regola BARD, benché l'imputato, patteggiando, abbia sostanzialmente accettato la ricostruzione fattuale prospettata nell'atto di accusa. In realtà, non è questa la soluzione che la giurisprudenza ha escogitato. Un orientamento ormai consolidato nega che la revisione della sentenza di patteggiamento vada accolta quando si prospetti la possibilità di una assoluzione anche per essere insufficienti o contraddittorie le prove disponibili²⁷. Norma di riferimento – ai fini di un buon esito dell'impugnazione straordinaria – resta l'art. 129. In altre parole, il processo è destinato a riaprirsi nella stessa situazione in cui si trovava l'imputato al momento di chiedere la pena concordata. In caso di dubbio, la revisione non sarebbe ammessa, perché non troverebbe applicazione l'art. 530 comma 2.

Questa conclusione è avversata da una parte della dottrina, incline a ravvisare nella sentenza di patteggiamento un vero accertamento di responsabilità penale, con conseguente applicazione del canone BARD. Si sottolinea, in particolare, che nella procedura patteggiata «la "sommarietà" della verifica di colpevolezza può essere tollerata solo in quanto si accompagni a un esito provvisorio dell'attività cognitiva che già soddisfi, in sé e per sé considerato, il parametro valutativo fissato dall'art. 533»²⁸.

Tale opinione si sforza di riportare ad unità i criteri di accertamento del fatto nel procedimento penale, per giustificare la decisione di condanna, anche a fronte dei principi costituzionali posti a tutela dell'imputato (principalmente, la presunzione di innocenza). Essa si scontra tuttavia con la disciplina processuale dei riti alternativi al dibattimento (in particolare quelli considerati in questo paragrafo) che autorizzano il giudice a emettere una decisione condannatoria sulla base di un semplice e sommario accertamento negativo della insussistenza di cause di non punibilità. Le già segnalate circostanze che caratterizzano le procedure "negoziate" qui considerate (assenza di una motivazione *in facto*, inoppugnabilità dei vizi di motivazione) rendono il giudice di merito libero di determinarsi come meglio crede e, certamente, non gli impongono di applicare la regola BARD.

Il punto è affrontato in una interessante e rara decisione della Corte di cassazione. L'imputato ricorrente aveva lamentato la mancata applicazione degli artt. 530 e 533 a una sentenza che aveva applicato lo sconto di pena previsto per il patteggiamento. Ciò era però avvenuto all'esito di una richiesta non condivisa dal pubblico ministero, che il giudice dibattimentale aveva invece ritenuto di dover accogliere. La Corte sostenne che, eccezionalmente, in un caso come questo, doveva trovare applicazione la ordinaria regola di giudizio (art. 530 e art.

²⁶ Il discorso non vale per l'ordinanza che decide sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, soggetta a ricorso per cassazione da entrambe le parti (art. 464-quater comma 7). Che ciò possa avvenire per tutti i motivi indicati nell'art. 606, incluso quindi il vizio di motivazione, è stato chiarito dalla Corte di cassazione a sezioni unite con la sentenza del 6 aprile 2023, CED Rv 284273.

²⁷ Valga per tutte Cass. sez. 5, 30 marzo 2021, CED Rv. 280759, alla cui motivazione si rinvia per i numerosi precedenti tutti conformi.

²⁸ Così CAPRIOLI (2009), pp. 78 ss.

Opinione non condivisa da FERRUA (2017), pp. 739 e 740.

533), perché l'accertamento giudiziale aveva assicurato la *plena cognitio*²⁹. Ma è stata proprio la singolarità di codesta vicenda processuale a giustificare la ragionevole presa di posizione della Cassazione: quando il patteggiamento è applicato all'esito di un dibattimento che non si è riusciti ad evitare, vale a dire nella situazione prevista dall'art. 448 comma 1, ultima frase).

In definitiva, salvo il caso appena esemplificato, né la sentenza di patteggiamento, né gli altri provvedimenti di tipo condannatorio che subordinano l'accertamento del fatto al presupposto di una mera delibazione circa la insussistenza di cause di non punibilità³⁰, implicano l'applicazione della regola di giudizio al di là di ogni dubbio ragionevole dubbio, né comportano la soggezione all'*in dubio pro reo*³¹.

Se si volesse fare dei riti negoziali altrettanti spazi processuali da assoggettare a una sola regola di giudizio, sarebbe necessario modificarne la struttura, evitando di surrogare con un atto di volontà (dell'imputato, condiviso dal pubblico ministero) l'incompleto accertamento del fatto³².

6. Archiviazione, non luogo a procedere, rinvio a giudizio.

Archiviazione e non luogo a procedere sono adottate con provvedimenti allo stato degli atti, sulla base di elementi conoscitivi raccolti unilateralmente da polizia, pubblico ministero o difensore.

Vale qui l'innovativa regola di giudizio della *ragionevole previsione di condanna*, che la recente riforma processuale (d. lgs. 150/2022) ha sostituito al più vago criterio della *idoneità degli atti d'indagine a sostenere l'accusa in giudizio* (espressa nell'abrogato art. 125 disp. att.).

È corretto ricondurre la nuova regola di giudizio al canone BARD? Nessun problema vi sarebbe a dare risposta affermativa, se il riferimento all'oltre ogni ragionevole dubbio fosse inteso in senso meramente descrittivo, a significare che il giudice può prendere una decisione sfavorevole all'imputato solo a condizione di esserne intimamente convinto. Ma questo non è sufficiente ad affermare che la regola di giudizio oggi codificata nell'art. 533 comma 1 sia applicabile alla stessa maniera nel dibattimento e nella fase preliminare.

Diversamente dal giudice dibattimentale, che, nell'accingersi a emettere la sentenza di me-

²⁹ Si veda Cass. sez. 3, 20 febbraio 2017, CED Rv 269319, della quale conviene qui citare il seguente passo: « *La motivazione della sentenza di patteggiamento, quando resa all'esito del dibattimento, non può non risentire della conoscenza degli elementi di prova assunti nel corso del processo perché, al di là delle conseguenze processuali, essa presuppone un accertamento della responsabilità indubbiamente più approfondito di quello richiesto ai fini della delibazione del negozio processuale che si fonda sul consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta* ».

³⁰ Il riferimento all'art. 129 che ritroviamo nella disciplina del patteggiamento (art. 444 comma 2), del decreto penale di condanna (art. 459 comma 3) e della sospensione del processo con messa alla prova (art. 464-ter.1 comma 4) va inteso nel senso che la causa di non punibilità deve risultare evidente dagli atti contenuti nel fascicolo a disposizione del giudice; all'evidente innocenza va equiparata la totale assenza di prove a carico, secondo la risalente (e tutt'ora valida) presa di posizione della nostra Corte costituzionale (sent. nr. 5 del 1975, relativa all'art. 152 del codice previgente); ma quest'ultimo è caso pressoché di scuola, perché il pubblico ministero non dovrebbe prestare il proprio consenso al patteggiamento, sapendo che la sua indagine non ha prodotto alcun valido elemento a carico dell'imputato.

³¹ Nella richiesta di patteggiamento così come nella mancata opposizione al decreto penale di condanna è insita una parziale rinuncia alla presunzione di innocenza (e alla regola di giudizio che ne costituisce il corollario). Nella richiesta di sospensione del processo con messa alla prova la rinuncia alla presunzione di innocenza è totale: viene messo fra parentesi il suo valore sia come regola di giudizio sia come regola di trattamento.

In questo senso (con riguardo alla procedura di patteggiamento) anche P. FERRUA, *Regole di giudizio*, cit., 739, il quale giustamente insiste sulla natura anti-cognitiva del rito speciale in questione.

³² Per chiarire il punto affrontato nel testo risulta istruttiva la lettura della sentenza con la quale la Corte costituzionale tedesca ha affermato che la speciale procedura negoziale delle *Absprachen* deve assicurare l'accertamento della verità secondo le stesse regole imposte per l'ordinaria sentenza dibattimentale di merito. Si tratta della decisione emessa dalla 2° sezione del *Bundesverfassungsgericht*, il 19 marzo 2013, consultabile (anche in lingua inglese sul sito web www.bundesverfassungsgericht.de).

Va detto che la speciale procedura detta delle *Absprachen* (o *Verständigungen*) regolata nel § 257c della *Strafprozessordnung*, ricorda solo alla lontana il nostro patteggiamento; ne differisce per le seguenti caratteristiche: implica sempre una confessione del richiedente; la trattativa deve coinvolgere anche il giudice e va esposta in un pubblico dibattimento; la richiesta dell'imputato non comporta diminuenti processuali, ma solo una comunicazione, da parte del giudice, del massimo di pena irrogabile (in maniera da ridurre la fornice editale astrattamente prevista dalla legge penale, mettendo così l'imputato in condizione di "fare i suoi calcoli"); il giudice è tenuto ad acquisire d'ufficio le prove necessarie a superare eventuali incertezze; acquisizione delle prove, loro valutazione e regole di giudizio sono le stesse previste per il giudizio ordinario. Si capisce, quindi, che l'ordinamento processuale penale tedesco, diversamente da quello italiano, non deroga al modello cognitivo con l'istituto delle *Absprachen*, che pur trova giustificazione in ragioni di efficienza processuale. La citata sentenza del *Bundesverfassungsgericht* ha inteso affermare l'ancoramento al concetto di verità materiale anche delle "trattative sulla pena", con conseguente uniformità delle regole di giudizio a disposizione del giudice. Cfr. RÖNNAU Th., (2018), pp. 167 ss.

Del resto, la normativa francese, ne disciplinare la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, prevede esplicitamente che l'imputato riconosca la responsabilità dei fatti attribuitigli (art. 495-7 comma 1 e art. 495-11 comma 1) e impone al giudice una previa verifica sulla *réalité des faits* (art. 495-9 comma 2). Sul punto, in dottrina, DESPREZ (2006), p. 109 ss.

rito, opera sulla base di un compendio probatorio ormai definito e non più mutabile, i giudici dell'indagine e dell'udienza preliminare lavorano con materiale conoscitivo ancora plasmabile, suscettibile di evoluzioni e modifiche successive.

Questi giudici, come si sa, sono chiamati a una valutazione prognostica, della quale c'è una evidentissima traccia verbale nel canone della "ragionevole *previsione* di condanna". La dimensione dinamica (evocata dal termine "previsione") accresce in misura sensibile la discrezionalità della decisione: che si tratti di richiesta di archiviazione, di provvedimento che decide su tale richiesta, di richiesta di rinvio a giudizio, di sentenza di non luogo a procedere o di decreto di rinvio a giudizio, il giudice non si limita a valutare il materiale conoscitivo presente nel fascicolo, ma aggiunge una sua personale congettura sulle futuribili sorti del dibattimento. Qui sta la notevole differenza di situazione processuale che, a mio avviso, impedisce di estendere l'art. 533 comma 1 alla fase preliminare.

C'è dell'altro. L'applicazione della nuova regola di giudizio (ragionevole *previsione* di condanna) è, di fatto, difficilmente controllabile, se non addirittura incontrollabile. Alcuni dei provvedimenti ai quali ci si riferisce (richiesta di archiviazione, provvedimento di archiviazione, richiesta di rinvio a giudizio, decreto che dispone il giudizio, prosecuzione del giudizio disposta all'esito dell'udienza di comparizione predibattimentale) sono al più sindacabili, ma non possono essere impugnati per motivi attinenti all'applicazione di codesta regola.

Limitiamoci a considerare qui la richiesta di rinvio a giudizio, che il pubblico ministero può presentare sul presupposto della già ricordata "ragionevole *previsione* di condanna". Essa è sì soggetta a un sindacato giurisdizionale, giacché in questo si risolve l'udienza preliminare (ovvero l'udienza di comparizione predibattimentale, ora prevista dal novellato art. 554-bis). Tuttavia, l'eventuale cattivo uso della regola non potrebbe essere oggetto di impugnazione davanti a un giudice superiore e, quel che più conta, non potrebbe essere portato all'attenzione del giudice di legittimità. Nemmeno il successivo, eventuale decreto di rinvio a giudizio sarebbe impugnabile: se ne impedisce persino la motivazione (come si arguisce facilmente leggendo l'art. 429), per evitare che il giudice del dibattimento sia, per così dire, "contaminato" da argomentazioni costruite sugli esiti della fase preliminare.

È invece motivata e impugnabile la sentenza di non luogo a procedere, il solo, fra i provvedimenti qui considerati, soggetto a un controllo da parte di giudici superiori e il solo a poter pertanto contare su una elaborazione giurisprudenziale che chiarisca i contorni della regola di giudizio.

Non si registrano ancora prese di posizione sulla regola della "ragionevole *previsione* di condanna" in questo tipo di sentenze. Ci si deve accontentare della vecchia giurisprudenza maturata quando vigeva il diverso criterio della "sostenibilità dell'accusa in giudizio", a proposito del quale si ribadiva il carattere "prognostico" della regola decisoria, con un'affermazione che mantiene ancora oggi la sua fondatezza³³.

Il passaggio dalla "sostenibilità dell'accusa in giudizio" alla "ragionevole *previsione* di condanna" doveva frenare eccessi di discrezionalità dei giudici dell'indagine e dell'udienza preliminare, rendendo meno arbitrario il filtro giudiziale sulla fondatezza delle accuse.

È ingenua la pretesa di affrontare un simile problema affidandosi a semplici espressioni verbali ("ragionevole *previsione* di condanna" anziché "sostenibilità dell'accusa in giudizio"). Ed è del tutto insufficiente la possibilità di controllare l'uso della nuova regola di giudizio attraverso l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, giacché gli eventuali abusi della regola stessa, attuati con il provvedimento di rinvio a giudizio, sarebbero comunque destinati a produrre il proprio effetto propulsivo (passaggio alla fase dibattimentale), senza che nessuno lo possa impedire³⁴. In altre parole, dell'abuso ci si renderebbe conto troppo tardi: quando il giudice dibattimentale, constatata la mancanza o insufficienza di prove a carico, assolvesse nel merito l'imputato. Intanto, quel rinvio a giudizio avrebbe prodotto proprio l'effetto che la nuova regola di giudizio intendeva evitare³⁵.

³³ «Solo una prognosi di inutilità del dibattimento relativa alla evoluzione, in senso favorevole all'accusa, del materiale probatorio raccolto ... può condurre ad una sentenza di non luogo a procedere»: così Cass. sez. 5, 03 giugno 2009, CED Rv 244202.

³⁴ Una recente sentenza di legittimità ha esclusa l'impugnabilità (come atto anormale) del provvedimento di rinvio a giudizio emesso a norma dell'art. 554-ter e inopinatamente motivato, (Cass. Sez. 6, 17 giugno 2024, CED Rv 286630).

³⁵ Detto per inciso, la regola della "ragionevole *previsione* di condanna" rischia di sortire un effetto indesiderato da chi l'ha proposta. Elevando (quanto meno nominalmente) la soglia di verifica circa la fondatezza dell'accusa, al punto da avvicinarla alla fondatezza di una condanna, si introduce nel sistema un dettaglio che rischia di trasformare la fase preliminare in fase di accertamento della responsabilità penale (anziché di accertamento del presupposto per il rinvio a giudizio). Si è a lungo polemizzato – prima che entrasse in vigore la riforma processuale del 1988 – con la disposizione dell'art. 299 comma 1 del c.p.p. previgente, che imponeva al giudice istruttore di «*compiere prontamente tutti e soltanto*

7.

Provvedimenti che applicano misure cautelari personali: gravi indizi di colpevolezza.

L'attenzione si sposta ora sui provvedimenti che dispongono misure cautelari (personali) e sugli esiti delle relative impugnazioni.

Su quale sia la regola di giudizio atta ad orientare la decisione cautelare si sono espresse diverse opinioni.

In dottrina si è fatto ricorso alla nozione di *probatio minor*, intendendo in tal modo suffragare la tesi che – per stabilire se sussistano i gravi indizi di colpevolezza (art. 273) – il giudice cautelare si affida alla regola del più probabile che non³⁶.

Si è evocata anche la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, da applicare però non già in considerazione della “colpevolezza”, bensì della “probabile colpevolezza” del destinatario della misura³⁷.

La giurisprudenza, dal canto suo, sembra attestata sul criterio (da essa stessa escogitato) della “qualificata probabilità di colpevolezza”, che in sostanza riecheggia l'idea della *probatio minor*³⁸.

Tutte queste opinioni sottolineano il carattere probabilistico della decisione cautelare. Per sino chi si richiama al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, si sente poi obbligato – come detto – a riferire tale regola di giudizio non al giudizio di responsabilità, ma alla “probabile” responsabilità dell'imputato, non foss'altro per evitare che la decisione cautelare finisca col sovrapporsi, sino a confondersi, con la decisione di condanna.

Esaminare quale spazio abbia la discrezionalità del giudice nell'incidente cautelare implica un (pur breve) esame della composizione e struttura dei relativi provvedimenti.

Ai fini che più direttamente qui interessano meritano di essere succintamente ricordati i seguenti dettagli:

- La decisione cautelare è provvedimento allo stato degli atti, adottato solitamente nella fase preliminare, nell'ambito di un procedimento in continua, progressiva evoluzione sotto il profilo dell'accertamento di fatto;
- Il giudice (sia della prima istanza, sia dell'impugnazione cautelare di merito) provvede sulla base di atti presentati dal pubblico ministero, eventualmente integrati dal difensore³⁹;
- In caso di incertezza, il giudice cautelare (di prima o seconda istanza) non può assumere iniziative d'ufficio per completare un quadro probatorio a suo avviso insufficiente: deve pertanto decidere, quanto meno di regola, senza poter attingere a fonti conoscitive diverse da quelle che gli sono state presentate⁴⁰;
- la decisione cautelare ha una componente prognostica (per la parte riguardante i *pericula libertatis*) che impegna la fantasia congetturale del giudice⁴¹;
- in certi casi, la legge prevede presunzioni relative di sussistenza delle esigenze cautelari

quegli atti che ... appaiono necessari all'accertamento della verità». Oggi non c'è più il giudice istruttore, che, da organo giurisdizionale qual era, poteva garantire (quanto meno formalmente) l'imparzialità dei suoi accertamenti. Se l'attuale investigazione del pubblico ministero punta a raccogliere elementi idonei a suffragare una “ragionevole previsione di condanna”, l'indagine preliminare rischia – di fatto – di trasformarsi nella fase votata a chiudere l'accertamento di colpevolezza prima della verifica dibattimentale, similmente a quel che accadeva con la vecchia istruzione formale. Con la non trascurabile differenza che il pubblico ministero è una parte del processo e vanta una “imparzialità” ben diversa da quella che caratterizza (o dovrebbe caratterizzare) la figura del giudice. Il paradosso qui denunciato è già stato oggetto di opportuni rilievi critici in dottrina, già prima che la riforma del 2022 introducesse questa nuova regola di giudizio: si veda in particolare DANIELE (2021), p. 3069 ss.

³⁶ CAPRIOLI (2008), p. 111.

³⁷ È la tesi di FERRUA (2017), p. 742.

³⁸ In tal senso, da ultimo, Cass. sez. 3, 02 agosto 2021, Rv. 282232. La figura (pre-illuministica) della *probatio minor* viene utilizzata anche da precedente giurisprudenza: ad es. Cass. sez. 5, 2 marzo 2007, Rv. 236258.

³⁹ Dall'art. 273 comma 1 *bis* si capisce che – sul piano della valutazione delle fonti conoscitive – il regime probatorio dell'incidente cautelare è affine a quello del giudizio abbreviato: prova ne sia che la distinzione fra inutilizzabilità fisiologica e patologica (che proprio nella norma appena citata ha il suo referente normativo) è usata indistintamente per codesti due riti.

⁴⁰ Soto questo specifico profilo affiora una significativa differenza con la situazione che si presenta nel giudizio abbreviato e che ammette integrazioni probatorie d'ufficio in casi di incertezza sul fatto (art. 441 comma 5)

Il timore di ricadere nella ripudiata figura del giudice istruttore ha indotto il legislatore del 1988 a privare pressoché del tutto il giudice della fase preliminare di poteri istruttori: rare le eccezioni; in ambito cautelare, le si trova nella procedura di sostituzione o revoca della misura, durante la quale il giudice delle indagini può assumere d'ufficio l'interrogatorio dell'indagato (art. 299 comma 3-*ter*), nonché disporre accertamenti sullo stato di salute o su altre condizioni personali dello stesso (art. 299 comma 4-*ter*).

⁴¹ Si vedano i rilievi svolti al riguardo nel paragrafo successivo.

(art. 275 comma 3, seconda e terza parte);

- la decisione cautelare dev'essere sempre dettagliatamente motivata (art. 292) ed è impugnabile sia nel merito (artt. 309 e 310), sia davanti al giudice di legittimità (art.311) anche per vizi attinenti al cattivo uso della regola di giudizio (vizio di motivazione).

Prendiamo per buona la tesi, da tempo condivisa in giurisprudenza, stando alla quale la regola di giudizio in ambito cautelare è sintetizzata nell'espressione "qualificata probabilità di condanna"⁴².

La formula dice poco finché non la si svolge in una definizione più articolata. A questo ha provveduto la giurisprudenza con un passaggio dedicato ai "gravi indizi di colpevolezza" che merita di essere riportato alla lettera: tali indizi sarebbero costituiti da «*elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che – contenendo "in nuce" tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova – non valgono, di per sé, a provare oltre ogni dubbio la responsabilità dell'indagato e tuttavia, consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo, come già rilevato, una qualificata probabilità di colpevolezza*»⁴³.

Il tratto interessante di questa massima⁴⁴ sta nell'aver posto l'accento sugli elementi da valutare, anziché sull'atto (soggettivo) del compendiarli nel convincimento giudiziale. Ciò che impedisce l'adozione della formula BARD nell'incidente cautelare è la inadeguatezza del materiale conoscitivo a disposizione del giudice: prove solo "in nuce", non prove filtrate nel contraddittorio dibattimentale. Solo su queste ultime può esercitarsi la regola di giudizio oggi imposta esplicitamente dall'art. 533 comma 1. Gli elementi raccolti unilateralmente nella fase preliminare ammettono una conoscenza per definizione parziale e incompleta dei fatti⁴⁵.

Possiamo anche ammettere che il giudice – nel considerare il compendio investigativo allegato dal pubblico ministero alla richiesta cautelare – sciolga eventuali incertezze "al di là di ogni ragionevole dubbio", ma l'espressione sarebbe puramente descrittiva di un suo stato psicologico, vale a dire di persona che risolve l'incertezza in favore dell'imputato, pur consapevole del carattere provvisorio e incompleto degli elementi a sua disposizione. Non avrebbe alcuna pretesa di porsi come criterio oggettivo, tendente ad arginare la discrezionalità giudiziale. In altre parole, l'accento cade qui non su un supposto minor grado del convincimento giudiziale (rispetto a quello richiesto per la decisione dibattimentale di merito), ma su una minor solidità processuale del materiale conoscitivo a disposizione del giudice cautelare. Del resto, quest'ultimo, in caso di dubbio, non può che decidere in favore dell'imputato: ma altro è il dubbio (insuperabile e definitivo) maturato dal giudice dibattimentale in camera di consiglio (art. 533 comma 1), altro il dubbio (provvisorio e mutevole nella dinamica procedimentale) che deriva dal complesso degli elementi allegati alla richiesta cautelare. Cambia, nelle due situazioni, la maggior o minor solidità (o consistenza) del materiale conoscitivo sul quale la regola di giudizio – in caso di incertezza – va applicata. Nella tendenza giurisprudenziale a far valere qui la regola della "qualificata probabilità di colpevolezza" si riflette – credo – la difficoltà di invocare la più impegnativa formula BARD di fronte a un compendio indiziario incompleto e approssimativo.

8.

Segue: prognosi di pericolosità (*pericula libertatis*).

Quel che si è sin qui detto vale soprattutto (se non esclusivamente) per l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza. La discrezionalità giudiziale trova qui un limite nel controllo sull'ordinanza cautelare nei giudizi di impugnazione. La ricorribilità per cassazione è in grado di assicurare il formarsi di una giurisprudenza di legittimità capace di orientare le decisioni dei giudici di merito.

Fra le acquisizioni recenti di tale giurisprudenza merita, ad esempio, di essere segnalato

⁴² In tal senso già Cass. sez. un. 1° agosto 1995, CED Rv 202002.

Anche chi suggerisce di denominare diversamente la regola di giudizio da usare in ambito cautelare introducendo l'espressione "probabile colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio", ammette che le due formule finiscono con l'equivalersi nella pratica; la differenza sarebbe apprezzabile principalmente con riguardo alla verifica dei *pericula libertatis* (art. 274), che – per la loro intrinseca vaghezza – sconsigliano un accertamento fondato su "qualificate probabilità" (FERRUA (2017), pp. 742 e 743).

⁴³ Cass. sez. un. 1° agosto 1995, citata alla nota precedente.

⁴⁴ Pedissequamente ripetuta in successive decisioni della Suprema corte: cfr., da ultimo, Cass. sez. 3, 18 luglio 2023, CED Rv 284982.

⁴⁵ L'argomento è già affiorato in precedenza nel paragrafo 4, dedicato alla sentenza di giudizio abbreviato.

l'orientamento che esige una motivazione rafforzata da parte del giudice di appello cautelare che – a norma dell'art. 310 – accoglie la richiesta del pubblico ministero in precedenza rigettata dal giudice per le indagini preliminari. Benché non viga qui il principio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, si ritiene infatti che il rigetto della richiesta da parte del giudice di prima istanza cautelare metta il tribunale di appello in condizione di dover giustificare il ribaltamento della decisione: quella prima decisione negativa ha creato una situazione di dubbio che il giudice dell'impugnazione deve superare, adducendone le ragioni, pena l'annullamento del suo provvedimento per vizio di motivazione⁴⁶.

Un discorso a parte va fatto invece con riguardo al lato prognostico dell'accertamento cautelare: vale a dire, la situazione di pericolosità da verificare al fine di dimostrare sussistenti le esigenze cautelari (art. 274). Qui la discrezionalità giudiziale si esercita entro margini più ampi e difficilmente controllabili da parte del giudice di legittimità.

È stato detto che pure l'accertamento dei *pericula libertatis* sottesi alle esigenze cautelari si basa su fatti del passato: lo dimostrerebbero le situazioni di “concretezza e attualità” evocate dalle lett. *a* (inquinamento delle prove) e *b* (pericolo di fuga) dell'art. 274, nonché i “comportamenti e atti concreti” esplicitamente richiamati dalla successiva lett. *c* (pericolo per la collettività)⁴⁷.

Osservazione corretta, ma bisogna aggiungere che quegli elementi “attuali e concreti” sono la base d'appoggio di una sorta di divinazione, tutta proiettata in un futuro incerto. In altre parole, la decisione sulla pericolosità è necessariamente indiziaria, congetturale: si muove da dati noti (per l'appunto le accennate situazioni di attualità e concretezza) per inferirne l'elemento ignoto (il *periculum*), attraverso un percorso critico-argomentativo da riportare in motivazione. Fornire al riguardo criteri di orientamento è pressoché impossibile, anche perché questo tipo di accertamento (di competenza esclusiva dei giudici di merito) sfugge al controllo di legittimità della Corte di cassazione⁴⁸, davanti alla quale si possono al più far valere errori logici di evidenza e gravità tali da viziare la motivazione del provvedimento impugnato.

La legge processuale fornisce, semmai, qualche indicazione che, connessa con il rispetto del principio di proporzionalità, permette di porre un argine a eccessi di discrezionalità di per sé liberticidi.

Posto che il ventaglio delle misure applicabili è ampio, il giudice è tenuto a giustificare la ragione che lo ha indotto a sceglierne una più affittiva di altre. Questa scelta (guidata dall'art. 275) ha sempre a che fare con l'accertamento delle esigenze cautelari e, precisamente con la verifica preliminare del loro grado di intensità⁴⁹. Stranamente (e incongruamente) la legge impone di giustificare la scelta solo quando è in gioco la custodia cautelare in carcere⁵⁰. Ma, a ben vedere, se si prende sul serio il principio di proporzionalità⁵¹, la giustificazione dovrebbe riguardare la scelta di ogni misura, quando ne esistesse altra dal contenuto meno affittivo, parimenti idonea a soddisfare l'esigenza cautelare invocata. Non si capisce, ad esempio, per qual motivo il giudice non sia tenuto a giustificare la scelta degli arresti domiciliari, quando potrebbe apparir sufficiente un divieto di dimora in un determinato comune (art. 283) o un

⁴⁶ Così Cass. sez. 1, 14 dicembre 2022, Rv 283784 dove si legge: «Senza affatto volere affermare la diretta applicabilità alla fase cautelare del principio stabilito dall'art. 533, comma 1, pare evidente che la qualificata probabilità di una sentenza di condanna richieda una sconfessione attenta e puntuale da parte del tribunale dei dubbi manifestati dal giudice per le indagini preliminari, con un'argomentazione che convinca della loro infondatezza, erroneità o illogicità».

Appare evidente l'influsso – anche in ambito cautelare – della giurisprudenza cresciuta intorno all'applicazione dell'art. 603 comma 3-bis con riguardo al procedimento principale. Ovviamente, in sede cautelare non si pretende (né sarebbe pensabile, considerata la diversa struttura del rito incidentale) che il ribaltamento della decisione di prima istanza da parte del tribunale di appello avvenga sulla base di prove dichiarative *noviter productae*. Quel che si chiede, tuttavia, è che il giudice dell'impugnazione offra argomenti convincenti per superare la situazione di dubbio, di fatto generata dall'ordinanza che ha rigettato la prima richiesta del pubblico ministero.

Anche la giurisprudenza più cauta nel riconoscere questo dovere del giudice di appello cautelare afferma la necessità di una “motivazione rafforzata” per superare tale oggettiva situazione di dubbio: cfr., ad es., Cas. sez. 5, 14 ottobre 2020, Rv 279593.

⁴⁷ In questo senso, FERRUA (2017), p. 742.

⁴⁸ Si veda, ad es., Cass. sez. 2, 25 novembre 2015, CED Rv 265288.

⁴⁹ I “gravi indizi di colpevolezza” debbono sussistere oltre una certa soglia (quella, appunto, della “gravità”): che siano più o meno intensi non rileva ai fini della legittima emissione dell'ordinanza ex art. 292. Diversamente, le esigenze cautelari possono sussistere in gradi diversi e, a seconda della loro intensità, si giustificherà la scelta di una misura più o meno affittiva nei confronti dell'incolpato: sarebbe sproporzionato l'uso della custodia in carcere, se, in ragione del suo minor grado di intensità, il pericolo di fuga potesse essere neutralizzato con il meno affittivo divieto di espatrio.

⁵⁰ Art. 275 comma 3, prima parte.

⁵¹ Qui considerato nella sua componente di “necessarietà” della misura a perseguire lo scopo posto dalla legge (nel caso di specie, la neutralizzazione del *periculum libertatis*).

Per una efficace sintesi sulla struttura del principio di proporzionalità e la sua articolazione nei tre sotto-criteri della “idoneità”, “necessarietà” e “proporzione in senso stretto” è consigliabile la lettura di HEINTZEN (2015), in particolare alle pag. 21-32.

divieto di espatrio (art. 281)⁵².

Criteri cogenti sono imposti dalla legge processuale con riguardo sia all'accertamento di esigenze cautelari riguardanti reati gravi o allarmanti, sia alla scelta delle corrispondenti misure.

Per i delitti di mafia e terrorismo vige una presunzione relativa, talché le esigenze cautelari (complessivamente intese) sono ritenute sussistenti, salvo che risulti diversamente dagli atti a disposizione del giudice cautelare; vige inoltre una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) con riguardo alla scelta della misura, da individuare sempre nella custodia in carcere⁵³.

Per la lunga lista di delitti elencati nell'art. 275 comma 3 terza parte (fra i quali, manifestazioni di criminalità organizzata diverse da quelle di matrice mafiosa o terroristica, omicidio, sfruttamento sessuale di minori, violenza sessuale di gruppo⁵⁴) vige una duplice presunzione relativa con riguardo rispettivamente alla sussistenza delle esigenze cautelari e alla scelta della misura, dovendo essere comunque preferita la più afflittiva (custodia in carcere).

Nelle situazioni appena ricordate, la discrezionalità del giudice è molto limitata. Al suo posto decide il legislatore con una norma (necessariamente) generale ed astratta che appiattisce (o impone di trascurare) le eventuali differenze dei concreti casi della vita. Ne deriva un sacrificio assai pesante per la difesa, alla quale spetta praticamente l'onere di provare l'insussistenza delle esigenze cautelari⁵⁵, e, nei casi più gravi, vede addirittura preclusa la facoltà di chiedere una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere⁵⁶. Qui il principio di legalità processuale ha costi elevati sul fronte delle garanzie difensive. Codesti automatismi legislativi limitano in misura considerevole tanto la discrezionalità del giudice, quanto l'esercizio del diritto di difesa, che proprio su margini di discrezionalità controllata può trovare il proprio spazio.

9.

Provvedimenti che applicano misure di prevenzione *ante delictum*.

Pur formalmente estraneo alla “materia penale”, il sistema di prevenzione regolato dal d. lgs. n. 159 del 2011 (d'ora in poi, codice antimafia) rappresenta, in realtà, un completamento del controllo sociale sulla criminalità.

Si ripete spesso, specie in giurisprudenza, che il procedimento di prevenzione vive di vita autonoma ed è “impermeabile” al procedimento penale. A ben vedere si tratta di realtà non solo contigue, ma integrate, con commistioni e frequenti scambi di informazioni fra l'una e l'altra. Già la circostanza che l'iniziativa preventiva (nei casi più gravi e problematici di cosiddetta “pericolosità qualificata”⁵⁷) spetti principalmente al pubblico ministero fa capire quale sia (o possa essere) l'intreccio con l'attività di repressione penale. La prevenzione *ante delictum* è attività di polizia assegnata (in larga misura) all'autorità giudiziaria penale⁵⁸. Ciò ha implica-

⁵² A conferma e, si può dire, a completamento della regola espressa nel citato art. 275 comma 1, la legge impone al giudice di esporre nell'ordinanza cautelare i motivi per i quali l'esigenza cautelare non può essere soddisfatta con misura diversa dalla custodia in carcere (art. 292 comma 1, lett. c-bis), dimenticando del tutto altre scelte cautelari che potrebbero essere ingiustificate alla luce del ricordato principio di proporzionalità.

⁵³ Art. 275 comma 3, seconda parte.

⁵⁴ Alle quali ne va aggiunta una *extra codicem*, rintracciabile nell'art. 12, comma 4 bis, d. lgs. n. 286 del 1998.

⁵⁵ Non siamo precisamente in presenza di una inversione dell'onore della prova, potendo emergere le circostanze favorevoli alla difesa anche da elementi conoscitivi, comunque presenti nel fascicolo a disposizione del giudice cautelare. È peraltro difficile che quegli elementi siano forniti dal pubblico ministero, benché la legge lo costringa ad allegare alla richiesta cautelare anche «gli elementi a favore dell'imputato» (art. 291 comma 1).

⁵⁶ Su questo automatismo normativo aleggia un sospetto di illegittimità costituzionale. Secondo FERRUA (2017), p. 742, appare «evidente la tensione di una simile disciplina con il principio della presunzione di non colpevolezza». In realtà, il meccanismo presuntivo non tocca il punto concernente i gravi indizi di colpevolezza, bensì l'intensità delle esigenze cautelari, data praticamente per scontata per effetto della qualifica giuridica attribuita al reato ipotizzato. Certamente, il legislatore ha qui fatto una scelta ispirata al “tipo normativo d'autore” (es. il mafioso, il terrorista, rispecchiati nelle corrispondenti fattispecie incriminatrici): una scelta che la Corte cost. (v. sent. n. 265 del 2010) ha considerato ragionevole, in quanto fondata su “dati di esperienza generalizzati”, avvalorati dalle “connotazioni criminologiche della fattispecie”. La soluzione legislativa sembra legittima, se si ritiene che le presunzioni in parola si limitino a differenziare il trattamento tra diversi imputati in vista dell'applicazione di misure processuali. Appare invece in conflitto (o in tensione) con la presunzione di non colpevolezza, per chi ravvisa nella pratica applicazione delle misure cautelari personali una sorta di anticipazione del trattamento sanzionatorio: un dubbio, al riguardo, sorge se si pensa alla misura cautelare adottata per prevenire il rischio impropriamente definito di “reiterazione del reato” (art. 274 lett. c); qui l'esigenza cautelare è manifestamente volta ad anticipare uno dei fini assegnati alla pena (neutralizzazione della pericolosità).

⁵⁷ Art. 4 cod. antimafia.

⁵⁸ Per ulteriori rilievi critici in ordine a questa singolare scelta del legislatore italiano, si rinvia ad alcuni precedenti studi: in particolare ORLANDI (2016), p. 5 ss. nonché ID. (2019), pp. 358 ss.

zioni relevantissime ai fini del nostro tema.

Non trattandosi di accertare responsabilità penali (ma situazioni di pericolosità), resta inoperante il principio della presunzione di non colpevolezza. Lo stesso diritto di difesa viene attuato in misura ridotta, proprio perché non è in gioco (quanto meno sul piano formale) l'applicazione di una pena. Per contro, il fatto che l'accertamento di pericolosità sia, di regola, guidato dal pubblico ministero, rende le relative indagini simili a vere e proprie inchieste penali, condotte con stile genuinamente inquisitorio. Il ruolo di garanzia del giudice ne esce ridimensionato. La sua discrezionalità, nel decidere sulla proposta del pubblico ministero, difficilmente controllabile.

Basti dare un'occhiata alla disciplina delle impugnazioni. I decreti del tribunale penale che applicano misure di prevenzione sono appellabili anche nel merito, recita l'art. 10 comma 1 cod. antimafia. Sono inoltre ricorribili per cassazione, ma solo per "violazione di legge"⁵⁹.

Ciò significa che il vizio di motivazione (proprio quello che potrebbe svelare l'abuso di discrezionalità nei casi che ci interessano) non può essere portato all'attenzione del giudice di legittimità⁶⁰. Si incoraggiano così motivazioni apodittiche sul tipo di quelle che affermano la pericolosità di un soggetto per la sua asserita appartenenza a un clan mafioso, tratta da un procedimento penale ancora in corso, magari destinato a chiudersi con una assoluzione: una sorta di libera e discrezionalissima applicazione in ambito preventivo della regola che l'art. 238-bis detta per il procedimento penale⁶¹.

La questione concernente l'uso discrezionale di regole di giudizio nel procedimento di prevenzione *ante delictum* esigerebbe ben altri approfondimenti. Qui si è voluto solo denunciare un problema (serio quanto sottovalutato, ad avviso di chi scrive), offrendo qualche spunto di riflessione.

Certo è che l'impossibilità di rilevare in cassazione i vizi di illogicità e contraddittorietà delle motivazioni che corredano i provvedimenti di prevenzione ostacola il formarsi di orientamenti giurisprudenziali tendenzialmente uniformi per i giudici di merito, e rende altresì difficoltoso, per la dottrina, il compito di coltivare una dialettica (costruttiva) con la giurisprudenza: questo, in un settore dell'esperienza giuridica, dove il legislatore, per la inevitabile vaghezza dei parametri posti all'applicazione di misure preventive, lascia ampio spazio a una (difficilmente controllabile) discrezionalità giudiziale. L'assenza di fattispecie determinate impone un lavoro giurisprudenziale volto a individuare le singole condotte sintomatiche di pericolosità, suscettibili di figurare quali premesse (sostanziali) per l'applicazione di misure preventive. In quest'ambito, profili sostanziali e profili probatori sono destinati a sovrapporsi e compenetrarsi⁶².

Tuttavia, anche le doglianze per "violazione di legge" hanno in qualche caso offerto alla Corte di cassazione lo spunto per criticare le argomentazioni dei giudici di merito, non come vizi logicità della motivazione, bensì come *errores in iudicando* (art. 606 comma 1 lett *b*) o come *errores in procedendo* riscontrabili nella mancanza o apparenza di motivazione (art. 606 comma 1 lett. *c*). Ciò è accaduto quando si è percepito il rischio di una discrezionalità incontrollata al punto da sconfinare in arbitrio.

Bisogna infatti ammettere che la giurisprudenza di legittimità in tema di misure preventive ha fatto registrare qualche apertura garantista. Ad esempio, nella verifica della "persistente attualità" della situazione di pericolosità sociale, si è fatto un apprezzabile sforzo per circoscrivere e precisare – in senso favorevole alla libertà individuale – la vaghezza della norma (art. 6

⁵⁹ Art. 10, comma 3 cod. antimafia.

⁶⁰ Che la "violazione di legge" escluda la ricorribilità in cassazione contro la decisione viziata da contraddittorietà o illogicità è ormai giurisprudenza consolidata: si veda, da ultimo, Cass. sez. 5, sent. 17 gennaio 2022, CED Rv 282539. L'orientamento ha ricevuto inoltre due importanti avalli dalla nostra Corte costituzionale (sent. n. 321 del 2004 e sent. n. 106 del 2015), la quale ha riscontrato in questa limitazione una ragionevole disparità di trattamento dell'interessato al procedimento di prevenzione (rispetto all'imputato del procedimento penale).

⁶¹ Ecco una massima che ben esemplifica quanto riferito nel testo: «*Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti alle "mafie storiche" (mafia, camorra, 'ndrangheta e sacra corona unita), non è necessaria una particolare motivazione del giudice in punto di attuale pericolosità sociale, non essendo la presunzione di sussistenza di siffatta pericolosità scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi relativi all'affiliazione ed il momento di applicazione della misura, né dall'inattività criminale del preposto, atteso il carattere permanente dell'affiliazione, che può venir meno solo a seguito di un esplicito recesso o di un atto di chiara dissociazione, di cui tuttavia deve constare specifica prova*» (Cass. sez. 2, 12 maggio 2017, CED Rv 270319. In termini analoghi si era espressa Cass. sez. 5, 22 luglio 2014, CED Rv 260483).

⁶² Ad esempio, la "appartenenza" (termine più ampio di "partecipazione") ad associazioni mafiose o terroristiche può essere ricavata da una molteplicità di comportamenti che – in assenza di dettagliate indicazioni legislative – spetta al giudice individuare: e tale individuazione non può avvenire che attraverso elementi probatori sintomatici di pericolosità (come l'abituale frequentazione di ambienti sospetti) che assurgono al rango di occasionali fattispecie di prevenzione.

Per ulteriori svolgimenti sul punto si rinvia al precedente studio ORLANDI (2017), p. 470.

cod. antimafia) che parla di “pericolosità” senza ulteriori specificazioni⁶³.

Anche nella applicazione delle misure di prevenzione patrimoniale, il fattore temporale gioca un ruolo importante: quanto maggiore è il lasso che separa la misura ablatoria dalla cessazione della pericolosità, tanto maggiori e univoci devono essere gli indici fattuali che quella misura giustificano⁶⁴. L'intervento giurisprudenziale punta anche qui ad arginare derive di discrezionalità incontrollata.

Nonostante queste ragionevoli aperture, il procedimento di prevenzione resta un ambito altamente problematico, anche quando lo si esamina nella prospettiva del tema qui affrontato. Appare scontata la vaghezza del dettato normativo riguardante principalmente le “fattispecie di pericolosità”. Non c'è da sorprendersi, trattandosi – come già accennato – di “diritto di polizia” che comprensibilmente lavora con clausole generali (prevenire i pericoli per la sicurezza pubblica). In un simile contesto, la discrezionalità giudiziale sull'uso delle regole di giudizio in casi di incertezza non può che trovare i propri limiti nei parametri elaborati da una giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) sensibile ai diritti individuali.

Bibliografia

- BENVENUTI, Luigi (2023): *Discrezionalità amministrativa* (Pisa)
- CAPRIOLI, Francesco (2009): “L'accertamento della responsabilità penale ‘oltre ogni ragionevole dubbio’”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 78 ss.
- CAPRIOLI, Francesco (2008): “Condanna”, *Enciclopedia del diritto*, II-1, pp. 111 ss.
- CORDERO, Franco (1956): *Le situazioni soggettive nel processo penale* (Torino)
- DANIELE, MARCELLO (2021): “La riforma della giustizia penale e il modello perduto”, *Cassazione Penale*, pp. 3069 ss.
- DELLA TORRE, Jacopo (2023): “Gli standard di prova per la condanna penale tra storia e attualità”, *La legislazione penale web*
- DELLA TORRE, Jacopo (2024): “La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria”, *La legislazione penale web*
- DESPREZ, François (2006) : “La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité”, *Archives de politique criminelle*, pp. 109 ss.
- FERRUA, Paolo (2017): “Regole di giudizio”, *Enciclopedia del diritto, Annali*, X, p. 725 ss.
- FERRUA, Paolo (2023): “Regole di giudizio e udienza preliminare”, *Processo penale e giustizia*, pp. 960 ss.
- GIANNINI, Massimo Severo (1939): *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione* (Milano)
- GOLDSCHMIDT, James (1925): *Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Aalen)
- HEINTZEN, Markus (2015): *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale* (Modena)
- HETTINGER, Michael (2011): “Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem”, *Juristenzeitung*, pp. 292 ss.

⁶³ Cass. sez. un, 4 gennaio 2018, CED Rv 271512, raccomanda cautela nell'uso di indici presuntivi di situazioni di pericolosità. In questo preceduto da prese di posizione della Corte costituzionale, fra le quale va ricordata almeno la sent. n. 291 del 2013, che dichiara illegittimo l'art. 15 cod. antimafia «nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura».

⁶⁴ Così, da ultimo, Cass. sez. 6, 07 ottobre 2021, CED Rv 281990.

MANZINI, Vincenzo (1931): *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. I (Torino, UTET)

ORLANDI, Renzo (2016): “Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali”, *Associazione tra gli studiosi del processo penale* (a cura di), *La giustizia penale preventiva* (Milano, Giuffrè), pp. 5 ss.

ORLANDI, Renzo (2017): “La ‘fattispecie di pericolosità’. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 470 ss.

ORLANDI, Renzo (2019): “Procedimento di prevenzione e presunzione di innocenza”, *Casazione Penale*, pp. 358 ss.

PIRAS, Aldo (1964): “Discrezionalità amministrativa”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, pp. 65 ss.

RÖNNAU, Thomas (2018): “Das deutsche Absprachemodell auf dem Prüfstand – zwischen Pest und Cholera”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 167 ss.

ROSENAU, Henning (2010): “Die absprachen in Deutschland”, *Law&Justice Review*, pp. 35 ss.

TARUFFO, Michele (2007): “Prova giuridica”, *Enciclopedia del diritto, Annali*, pp. 1036 ss.

PROCESSO PENALE E PROPORZIONALITÀ
PROCESO PENAL Y PROPORCIONALIDAD
CRIMINAL TRIAL AND PROPORTIONALITY

- 38 **Prova penale e proporzionalità**
Prueba penal y proporcionalidad
Criminal Evidence and Proportionality
Giulio Ubertis
- 45 **La “gravità dell’ingerenza” nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di data retention**
La “gravedad de la injerencia” en el prisma de la proporcionalidad: nuevos equilibrios en materia de retención de datos
The “Seriousness of the Interference” Through the Proportionality Prism: A New Balance in Data Retention
Luigi Parodi

Prova penale e proporzionalità*

Prueba penal y proporcionalidad

Criminal Evidence and Proportionality

GIULIO UBERTIS

Già Ordinario di Diritto processuale penale ed Epistemologia giudiziaria nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
giulio.ubertis@unicatt.it

REGOLE PROBATORIE,
PROPORZIONALITÀ

REGLAS DE LA PRUEBA,
PROPORCIONALIDAD

RULES OF EVIDENCE,
PROPORTIONALITY

ABSTRACTS

Anzitutto, si illustra il giudizio di proporzionalità nella sua tripartizione valutativa da effettuare a giustificazione della lesione relativa al diritto tutelato, che deve essere sia astrattamente idonea sia necessaria sia proporzionale in senso stretto (o adeguata). Si chiarisce quindi che il principio di proporzionalità inerisce non alla *proof*, ma all'*evidence*, con specifico riferimento all'acquisizione di una fonte e/o di un mezzo di prova. Vengono infine esaminate le previsioni normative (italiane e sovranazionali) e le applicazioni giurisprudenziali, segnalando che nel sistema probatorio la valutazione di proporzionalità afferisce, tra l'altro, alla rilevanza (contenutistica e per non ridondanza) della fonte e/o del mezzo di prova che si intende ottenere.

En primer lugar, se expone el juicio de proporcionalidad en su triple evaluación, que debe realizarse para justificar la limitación o restricción de algún derecho protegido, la cual debe ser tanto abstractamente idónea como necesaria y proporcional en sentido estricto (o adecuado). A continuación, se aclara que el principio de proporcionalidad no concierne a la *proof*, sino que a la *evidence*, con referencia específica a la obtención de una fuente y/o un medio de prueba. Por último, se examinan las disposiciones normativas (italianas y supranacionales) y sus aplicaciones jurisprudenciales, señalando que, en el sistema probatorio, la evaluación de la proporcionalidad atañe, entre otros aspectos, a la relevancia (tanto en contenido como en no redundancia) de la fuente y/o del medio de prueba que se pretende obtener.

First, the principle of proportionality is illustrated in a tripartite evaluation, which justifies the harm to the protected right, requiring it to be abstractly appropriate, minimal, and strictly proportional (or adequate). It is then clarified that the proportionality principle is not inherent to the proof, but to the evidence, with specific reference to the acquisition of a source and/or means of proof. Finally, Italian and supranational normative provisions are examined along with case law, noting that, in the evidentiary system, the assessment of proportionality refers, *inter alia*, to the relevance (in terms of the content and non-redundancy) of the source and/or means of proof that one intends to obtain.

* Relazione introduttiva svolta al Convegno su "Prova penale e proporzionalità. Un dialogo italo-spagnolo" (Webinar, 4 dicembre 2024).

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il giudizio di proporzionalità e la corrispondente nozione di prova. – 3. Le previsioni normative. – 4. L'attività giudiziaria.

1.

Premessa.

Quando si è richiesti di una relazione si instaura tra titolo e testo un rapporto inverso rispetto a quanto accade allorché si presenta autonomamente un proprio lavoro, in cui il titolo si decide solitamente alla fine, quando la materia è già stata analizzata e la sua illustrazione è completata nelle sue cadenze discorsive.

In un convegno, invece, il titolo viene inevitabilmente fissato prima che il relatore possa esaminare adeguatamente l'argomento e abbia definito la prospettiva con cui offrirlo all'attenzione dell'uditorio.

Quindi, capita alle volte che si debba anzitutto procedere a un adattamento del lessico adoperato dagli organizzatori, nel tentativo di evitare equivoci o fraintendimenti derivanti dalle possibili interpretazioni dei vocaboli usati, che possono non essere intesi secondo un accordo unanime: e ciò sarebbe proprio il motivo che li rende normalmente oggetto di indagine.

La questione si complica ulteriormente se addirittura si è investiti della responsabilità di presentare considerazioni preliminari per un convegno su "Prova penale e proporzionalità", la cui intitolazione è comprensibilmente stata decisa prima di essere onorati dell'incarico.

Conseguentemente, ci si trova ora nella condizione di effettuare una premessa forse troppo estesa, ma doverosa per giustificare l'opzione di invertire l'ordine dei temi che verranno affrontati: si ritiene infatti che, se è ragionevole anteporre "prova penale" a "proporzionalità" per evidenziare che il presente Convegno avrà un taglio eminentemente processualpenalistico, per svolgerne un'introduzione, con cui fornire le coordinate per le successive relazioni senza sviluppare i loro specifici approfondimenti prevedibili, è forse necessario partire da "proporzionalità".

2.

Il giudizio di proporzionalità e la corrispondente nozione di prova.

In proposito, va anzitutto osservato che il giudizio di proporzionalità è funzionale «esclusivamente a favore dei diritti individuali, essendo strutturalmente concepito a loro tutela ... [così da poter] riequilibrare anche assetti che si reputino sbilanciati a sfavore dagli interessi autoritativi»⁽¹⁾.

Per una sua comprensione, non si è mancato di rammentare che esso si caratterizzerebbe per una prima fase, consistente «nella verifica che il legislatore abbia agito per uno scopo legittimo, non in contrasto con i principi costituzionali»⁽²⁾; tuttavia, viene ormai comunemente seguita una più sintetica configurazione tripartita, inserendo tale canone di conformità costituzionale all'interno di un primo passaggio valutativo, esigendosi l'*idoneità astratta* della lesione del diritto tutelato all'ottenimento della finalità perseguita, che deve essere, appunto, legittima.

In secondo luogo, viene in rilievo la *necessità* dello strumento impiegato, dovendosi preferire, secondo la «regola del mezzo più mite ... [la] soluzione implicante il raggiungimento dell'obiettivo attraverso il minimo sacrificio degli interessi confliggenti»⁽³⁾.

Il terzo vaglio afferisce alla *proporzionalità in senso stretto* (o *adeguatezza*) e impegna a «porre in bilanciamento, da un lato, la restrizione imposta all'individuo nelle sue prerogative e, dall'altro, il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della sua specifica funzione: affinché, in assoluto, i diritti fondamentali del singolo non siano compressi in maniera

¹ NEGRI (2020), p. 11. Sul principio di proporzionalità come diretto a «prevenire l'arbitrio dei pubblici poteri, limitando allo stretto indispensabile il sacrificio dei diritti individuali», cfr. pure ORLANDI (2024), p. 483, nota 48.

Per l'affermata «necessaria proporzionalità di ogni misura dalla quale discendono compressioni dei diritti fondamentali della persona», v. altresì, recentissimamente, C. cost., sent. 17 ottobre 2024 n. 162, in G.U., *1^a Serie speciale*, 23 ottobre 2024 n. 43, p. 8.

² CARTABIA (2016), p. 467.

³ SANDULLI (2006), p. 4645-4646.

intollerabile»⁽⁴⁾ per essere la misura adottabile o eccessivamente affittiva rispetto agli esiti attesi o addirittura pregiudicante la stessa essenza del diritto leso.

Il principio di proporzionalità rappresenta quindi per i diritti fondamentali sia un limite alle scelte del legislatore che una regola⁽⁵⁾ esegetico-applicativa per l'organo giudiziario quando interviene con una restrizione di essi o ne effettua il controllo, orientando le opzioni giudiziali: nell'*ineludibile* osservanza del principio di legalità, d'altronde esplicitamente sancito dall'art. 52 § 1 Carta dir. fond. UE e, per la sua dimensione processuale, prescritto dall'art. 111 comma 1 Cost., nonché affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁽⁶⁾.

Inoltre, esso si estende pure all'area sostanziale (come per la commisurazione della pena) e trova una sua articolata manifestazione normativa nel nostro sistema processualpenalistico in materia cautelare (si pensi agli art. 275 e 280 c.p.p.)⁽⁷⁾, ma tra i vari ambiti su cui incide vi è anche quello probatorio, al cui proposito occorrono alcune precisazioni.

Sono note, infatti, le due accezioni fondamentali del vocabolo "prova", occultate nel lessico italiano dalla circostanza che mancano due espressioni distinte per designarle, differentemente da quello inglese, che distingue la "prova" come esperimento gnoseologico svolgentesi nel procedimento (per cui si fruisce in inglese del termine *evidence*) dalla "prova" come epilogo conoscitivo (che in inglese si identifica con la *proof*), riferendosi appunto a quanto il giudice ritiene appreso a seguito dell'attività espletata⁽⁸⁾ e relativamente al quale può impiegarsi la locuzione "conclusione probatoria"⁽⁹⁾. Ma se quest'ultima inerisce al momento della decisione, l'eventuale lesione di un diritto fondamentale è già accaduta e l'organo giurisdizionale potrebbe – meglio: dovrebbe – solo riscontrarla, invalidando l'atto compiuto⁽¹⁰⁾. Essa è avvenuta durante lo sviluppo procedimentale eseguendo una condotta integrativa di un esperimento gnoseologico finalizzato a inserire nel patrimonio conoscitivo giudiziale un elemento di prova, inteso come ciò su cui potrà fondarsi un'inferenza del giudice; è dunque con riguardo all'acquisizione di una fonte e/o di un mezzo di prova (ossia all'espletamento di un'attività attraverso cui entra nel procedimento un elemento di prova derivante da un soggetto o da un oggetto) che emerge la funzione del principio di proporzionalità nel settore probatorio.

3. Le previsioni normative.

Il principio di proporzionalità in campo legislativo traspare soprattutto a livello europeo e internazionale, i cui precetti vincolano il nostro sistema giuridico *ex* art. 11 e 117 comma 1 Cost.

Invero, sebbene senza utilizzarlo apertamente, il concetto è chiaramente desumibile da ciascun secondo comma degli art. 8-11 Conv. eur. dir. uomo. Essi contemplano che «ingerenza della pubblica autorità» nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare o restrizioni alle libertà di «manifestare la propria religione o il proprio credo», di espressione, di riunione e di associazione siano legalmente previste e necessarie in una società democratica; mentre sostanzialmente in maniera analoga dispongono altresì gli art. 17 (salvo l'inespresso requisito della necessità per le interferenze nella vita privata), 18 e 20-22 Patto intern. dir. civ. pol.

Tuttavia, è con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e avente «lo stesso valore giuridico dei trattati» europei (art. 6 § 1 comma 1 Trattato UE), che il principio di proporzionalità ha la sua massima estrinsecazione, quasi ripetendo letteralmente quelle che si è illustrato essere le componenti del suo giudizio tripartito. L'art. 52 § 1 Carta dir. fond. UE, infatti, ammette «limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti» da essa solo se «previste dalla legge ... [e rispettose del] contenuto essenziali di detti diritti e libertà ... [nonché] nel rispetto del principio di proporzionalità ... solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale

⁴ CAIANIELLO (2014), p. 151.

⁵ Per evitare malintesi, conviene chiarire che i termini "regola" e "principio" vengono usati quali sinonimi, poiché si condivide l'opinione che «l'asserita distinzione tra regola e principio [soffre di una] debolezza teorica di fondo» (LUZZATI (2008), p. 1239).

⁶ C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio, § 102, annoverandolo tra i principi generali del diritto.

⁷ ZACCHÈ (2018), spec. p. 68 ss.

⁸ EGGLESTON (2004), spec. p. 191-192.

⁹ UBERTIS (2021b), p. 111 ss.

¹⁰ Per approcci generali alla questione, cfr. BELVINI (2022), p. 156 ss.; GALANTINI (2019), p. 59 ss.

riconosciuti dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Non è questa la sede per procedere a una rassegna completa di ulteriori richiami al principio di proporzionalità nell'ambito dell'Unione europea (basti pensare alle numerose volte in cui vi si riferisce il reg. 13 giugno 2024 n. 2024/1689/UE sull'intelligenza artificiale). Ci si può quindi limitare a segnalare che essi sono presenti e processualpenalisticamente rilevanti: *a*) nella dir. 3 aprile 2014 n. 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, i cui art. 6 § 1 lett. *a* e 10 § 3 prevedono, rispettivamente, che l'emissione di un OEI debba essere «necessaria e proporzionata» e che l'autorità di esecuzione possa «ricorrere ad un atto d'indagine diverso da quello richiesto ... quando ... assicuri lo stesso risultato ... con mezzi meno intrusivi»⁽¹¹⁾; *b*) nel reg. 12 ottobre 2017 n. 2017/1939/UE, inerente all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, il cui art. 5 § 2 statuisce che tutte le sue attività «sono svolte nel rispetto dei principi ... della proporzionalità», palesemente tenuta presente nella formulazione dell'art. 30 § 5 ed esplicitamente ricordata, in particolare, per il trattamento dei dati personali (art. 47 § 3 lett. *b*) e per la limitazione o l'esclusione nella comunicazione di informazioni all'interessato (art. 58 § 3), pure afferenti ai suoi acquisiti dati personali (art. 60 § 1 e 61 § 5).

Ma se «il Regolamento EPPD imprime un impulso decisivo affinché l'ordinamento nazionale irrobustisca la tutela dei diritti fondamentali nel e del procedimento penale»⁽¹²⁾, anche in termini di invalidità dell'atto illegittimamente disposto⁽¹³⁾, nella disciplina italiana possono reperirsi – oltre che nei precetti di attuazione delle direttive europee (ad esempio, nell'art. 7 d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108 sull'ordine europeo di indagine penale) – norme applicative del principio di proporzionalità, benché non letteralmente citato, nella sfera probatoria.

Così, senza omettere di osservare che l'intera regolamentazione a tutela dei segreti (difensivi e professionali in genere, familiari, d'ufficio e di Stato: art. 103, 199-202, 204 e 256 c.p.p.) è inseribile nella prospettiva della valutazione di adeguatezza, può se non altro rammentarsi che non sono utilizzabili, nemmeno con il consenso dell'interessato, metodi o tecniche che violino la libertà morale della persona (art. 64 comma 2 e 188 c.p.p.); che gli esperimenti giudiziari devono svolgersi senza offendere sentimenti di coscienza o esporre a pericolo l'incolumità delle persone o la sicurezza pubblica (art. 219 comma 4 c.p.p.); che atti probatori idonei a incidere sulla libertà personale sono consentiti dall'art. 224-*bis* c.p.p. (cui rinvia in materia l'art. 359-*bis* c.p.p.) unicamente se indispensabili per la verifica di enunciati fattuali e per reati appositamente individuati, garantendo che non siano compiute operazioni contrastanti con espressi divieti di legge, pericolose per la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, nonché provocanti sofferenze non lievi, mentre la loro esecuzione deve avvenire, scegliendo sempre le tecniche meno invasive, nel rispetto della dignità e del pudore di chi vi sia sottoposto (similmente a quanto prescritto per ispezioni e perquisizioni personali dagli art. 245 comma 2 e 249 comma 2 c.p.p.); che, salve le ipotesi di urgenza, le perquisizioni domiciliari non possono effettuarsi prima delle ore sette e dopo le ore venti (art. 251 c.p.p.); che sono sequestrabili corpo del reato e cose a esso pertinenti se vi è necessità per la ricostruzione del fatto (art. 253 comma 1 c.p.p.); che conversazioni o comunicazioni, pure informatiche o telematiche, sono intercettabili soltanto per reati determinati, qualora sussistano gravi indizi di reato e vi sia assoluta indispensabilità per la prosecuzione delle indagini (art. 266, 266-*bis* e 267 c.p.p.); che i “dati esterni” delle comunicazioni sono conservati dal gestore per un periodo legislativamente stabilito e sono acquisibili con garanzia giurisdizionale se rilevano per la ricostruzione del fatto e sussistono sufficienti indizi concernenti un preciso elenco di reati *ex* art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, già modificato per adeguare l'ordinamento italiano giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, ma bisognoso di un ulteriore aggiornamento laddove non si reputi praticabile un'interpretazione conforme. Essa, anche alla luce del principio di proporzionalità, ha infatti segnalato un contrasto con l'art. 15 § 1 dir. 12 luglio 2002 n. 2002/58/CE sia di una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati suindicati (salve — con provvedimento *ad hoc* avente effetto temporalmente limitato allo stretto necessario, sebbene rinnovabile — situazioni di minaccia grave per la sicurezza nazionale, che risulti reale

¹¹ Gli art. 7 e 9 comma 2 d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108, recante le norme di attuazione della dir. 3 aprile 2014 n. 2014/41/UE, definiscono quando l'ordine europeo di indagine penale richiesto all'Italia debba ritenersi non proporzionato e possa darsi luogo «all'esecuzione mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo».

¹² CASSIBBA (2022), p. 4.

¹³ CASSIBBA (2022), p. 7; PRESSACCO (2021), p. 1376-1377.

e attuale o prevedibile) ⁽¹⁴⁾ sia dell'omessa previsione che il giudice interpellato per autorizzare l'accesso a essi comunque «abbia la possibilità di negare detto accesso se quest'ultimo è richiesto nell'ambito di un'indagine vertente su un reato manifestamente non grave, alla luce delle condizioni sociali esistenti nello Stato membro interessato» ⁽¹⁵⁾.

4. L'attività giudiziaria.

Il principio di proporzionalità, comprensibilmente, postula una sua differente declinazione quando si applichi, anziché all'attività legislativa, a quella giudiziaria, che deve compiere «una vera e propria calibratura della proporzionalità *in concreto* di strumenti già passati al *test* condotto sulla fattispecie astratta» ⁽¹⁶⁾.

Se il terzo vaglio (l'adeguatezza) può restare sostanzialmente invariato nelle sue caratteristiche, i primi due devono essere adattati al diverso campo su cui influiscono.

Adoperando il lessico della Carta di Strasburgo – ripresa da quella di Nizza ⁽¹⁷⁾ – e della Convenzione di Roma, infatti, vanno dettagliate le valutazioni ormai compiute a livello normativo sia sulla rispondenza della legittima condotta giudiziaria a un interesse riconosciuto dall'Unione europea o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, sia sulla parametrizzazione della misura disposta alla sua necessità in una società democratica.

Nel *sistema probatorio*, il primo vaglio giustificativo della lesione del diritto tutelato (idoneità astratta) va riferito alla finalità di contribuire alla ricostruzione del fatto costitutiva della regudicanda, rispecchiando quella che nella teoria dell'ammissibilità probatoria è denominata *rilevanza contenutistica* (a indicare l'esigenza di evitare sprechi di tempo per un esperimento gnoseologico di cui già sia ipotizzabile che non fornirebbe alcun risultato fruibile *pro o contra* nessuna delle parti), mentre il secondo (la necessità dello strumento) implica la *rilevanza per non ridondanza*, curando di scegliere, tra diverse opzioni utilizzabili, la fonte e/o il mezzo di prova che meno incidano su un diritto fondamentale, pure considerando le modalità esecutive ⁽¹⁸⁾.

In materia, comunque, hanno avuto occasione di pronunciarsi i giudici sia europei che nazionali.

Per esemplificare (tralasciando ulteriori citazioni della Corte di Lussemburgo dopo quella ricordata nel precedente paragrafo), la Corte di Strasburgo, sempre basandosi espressamente sul principio di proporzionalità, ha avuto occasione di dichiarare che era stato violato l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo in una ipotesi di controllo per lungo tempo dei movimenti bancari di una persona, la continua conservazione delle informazioni acquisite e l'insufficienza di garanzie procedurali ⁽¹⁹⁾; che un prelievo biologico è illegittimo quando l'archiviazione del profilo del DNA ha una durata non giustificata e non contempla la possibilità di una sua cancellazione ⁽²⁰⁾; che per ritenere legittimi una perquisizione e un sequestro (si trattava di due computer e di centinaia di documenti) non basta una motivazione che li giustifichi, ma occorre altresì valutare le circostanze in cui sono stati disposti, in particolare le altre prove acquisite all'epoca, il contenuto e la portata dell'atto coercitivo, il modo in cui è stata effettuata la perquisizione, compresa la presenza o l'assenza di osservatori indipendenti, e la portata del possibile impatto sul lavoro e sulla reputazione della persona presa di mira dalla perquisizione ⁽²¹⁾.

Analogamente, alla giurisprudenza italiana è richiesta una specifica esposizione della finalità probatoria perseguita con il sequestro nel rispetto di tale canone in relazione al corpo del reato ⁽²²⁾. In particolare, il sequestro di dati digitali inerenti alla ricerca sul fatto di reato contenuti in un dispositivo informatico si trovano generalmente insieme ad altre informazioni estranee all'indagine: ciò implica che siano dettagliati i criteri per reperire il più brevemente

¹⁴ C. giust. UE, grande sez., sent. 20 settembre 2022, C-793/19 e C-794/19, Bundesrepublik Deutschland c. SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH, § 131, mentre i § 49 ss. richiamano i principi in materia derivanti dalle pronunce anteriori.

¹⁵ C. giust. UE, grande sez., sent. 30 aprile 2024, C-178/22, Ignoti, § 63.

¹⁶ BONZANO (2017), p. 127.

¹⁷ Il suo testo, proclamato il 12 dicembre 2007, «riprende, adattandola, la Carta proclamata [a Nizza] il 7 dicembre 2000 e la sostituirà a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona», avvenuta il 1° dicembre 2009 (G.U.U.E., 14 dicembre 2007 n. C 303, p. 14).

¹⁸ Per le nozioni di rilevanza, contenutistica e per non ridondanza, cfr. UBERTIS (2021b), p. 142-143.

¹⁹ C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 27 aprile 2017, Sommer c. Germania, § 63.

²⁰ C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 22 giugno 2017, Aycaguer c. Francia, § 45-48.

²¹ C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 16 marzo 2017, Modestou c. Grecia, § 42.

²² Cass., sez. un., 19 aprile 2018, Botticelli, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4094-4095 (in motivazione).

possibile e acquisire i soli elementi conoscitivi funzionali al procedimento, creando a tale scopo una copia-clone resa imm modificabile nella sua conformità all'originale (trattenuto solo per il tempo necessario all'effettuazione di essa) e destinata a essere immediatamente consegnata all'avente diritto al termine dell'attività selettiva ⁽²³⁾.

Si conferma dunque anche per la materia qui affrontata l'esigenza che siano limpide le condotte dell'autorità giudiziaria, senza dimenticare la necessità di evitare che il principio di proporzionalità diventi per un giudice lo strumento atto a fornire «una giustificazione per condotte estranee al tessuto normativo interno» ⁽²⁴⁾; ciò che soprattutto può accadere quando a esso venga meno la funzione di «vincolo autentico per l'applicatore» ⁽²⁵⁾ a causa di una legalità processuale intaccata dalla mancata ottemperanza alle esigenze di chiarezza e precisione dei precetti cui riferirsi.

Ma concludendo con una formula risalente a oltre mezzo secolo fa che connette il nostro tema al rapporto di unità-distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* ⁽²⁶⁾, dalla giurisprudenza è desumibile come l'attenzione al principio di proporzionalità postuli una sequenza argomentativa che, senza violare il vincolo della *littera legis*, conduca l'organo giudiziario a ottenere, con «una discrezionalità rigenerata[,] ... la maggior aderenza possibile del diritto al fatto» ⁽²⁷⁾.

Bibliografia

AMATO, Giuliano (1967): *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Milano, Giuffrè).

CAIANIELLO, Michele (2014): "Il principio di proporzionalità nel procedimento penale", in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 3-4, pp. 143-163.

BELVINI, Lorenzo (2022): *Principio di proporzionalità e attività investigativa* (Napoli, Edizioni scientifiche Italiane).

BONZANO, Carlo (2017): *Gli accertamenti medici coattivi. Legalità e proporzionalità nel regime della prova* (Milano, Wolters Kluwer – CEDAM).

CARTABIA, Marta (2016): "Ragionevolezza e costituzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", in GIORGIS Andrea, GROSSO Enrico, LUTHER Jörg (eds.): *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky* (Torino, Einaudi), pp. 463-475.

CASSIBBA, Fabio (2022), "Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità", in *Sist. pen.*, 22 settembre 2022.

EGGLESTON, Richard (2004), *Prova, conclusione probatoria e probabilità* (1983) (trad. Donata Romizi, Milano, Giuffrè).

GALANTINI, Novella (2019), "L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità", in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 4, pp. 57-71.

LUZZATI, Claudio (2008), "Il contraddittorio penale oltre la distinzione tra regola e principio", in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1239-1255.

NEGRI, Daniele (2020): "Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 3-35.

²³ Cass., sez. VI, 22 settembre 2020, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1001, m. 122 (con motivazione).

²⁴ UBERTIS (2021), p. 83.

²⁵ NEGRI (2020), p. 33; v. altresì, per una critica ad approdi giurisprudenziali in cui il principio di proporzionalità è usato per sostenere discutibili lesioni di diritti fondamentali, Nicolichia (2018), p. 10 ss.

²⁶ Al riguardo, sia consentito rinviare a UBERTIS (2020), p. 67 ss.

²⁷ AMATO (1967), p. 347, con specifico riferimento alla tematica della libertà personale, alle cui parole rimanda CAIANIELLO (2014), p. 157, quando collega il medesimo argomento al principio di proporzionalità.

NICOLICCHIA, Fabio (2018), “Il principio di proporzionalità nell’era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova”, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 8 gennaio 2018.

ORLANDI, Renzo (2024), “Postulati del processo penale contemporaneo tra principi “naturali” e concezioni normative”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, pp. 465-490.

PRESSACCO, Luca (2021), “Indagini e promovimento dell’azione penale del pubblico ministero europeo”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, pp. 1353-1395.

SANDULLI, ALDO (2006), “Proporzionalità”, in *Diz. dir. pubbl.*, V (Milano, Giuffrè), pp. 4643-4651.

UBERTIS, Giulio (2020), “*Quaestio facti e quaestio iuris*”, in *Quaestio facti*, 2020, pp. 67-74.

UBERTIS, Giulio (2021a), “Equità e proporzionalità versus legalità processuale eterogenesi dei fini?” (2017), in *Argomenti di procedura penale*, V (Milano, 2021), pp. 77-85.

UBERTIS, Giulio (2021b), *Profili di epistemologia giudiziaria* (Milano, Giuffrè Francis LeFebvre).

ZACCHÈ, Francesco (2018), *Criterio di necessità e misure cautelari personali* (Milano, Giuffrè).

La “gravità dell’ingerenza” nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di *data retention*

*La “gravedad de la injerencia” en el prisma de la proporcionalidad:
nuevos equilibrios en materia de retención de datos*

*The “Seriousness of the Interference” Through the Proportionality
Prism: A New Balance in Data Retention*

LUIGI PARODI

*Dottorando in Security and Law, Università degli Studi di Genova
luigi.parodi@edu.unige.it*

RISERVATEZZA, DIRITTI PROCESSUALI
FONDAMENTALI, PROPORZIONALITÀ

PRIVACIDAD, DERECHOS PROCESALES
FUNDAMENTALES, PROPORCIONALIDAD

PRIVACY, FUNDAMENTAL PROCEDURAL
RIGHTS, PROPORTIONALITY

ABSTRACTS

Il contributo analizza i criteri di valutazione della proporzionalità delle ingerenze nella vita privata degli individui messi a punto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di *data retention*. Dal grado di intrusività di ciascuna misura discendono importanti conseguenze sul piano degli obiettivi che possono legittimarla e delle garanzie procedurali che devono corredare la conservazione e l’acquisizione dei dati sul traffico, come ulteriormente precisato da due recenti decisioni dei giudici europei. Dopo aver esaminato il “nuovo” assetto dei principi sovranazionali, si volge lo sguardo ai diversi profili di inadeguatezza che connotano l’ordinamento processuale interno, tentando di individuare alcune soluzioni percorribili in sede interpretativa o in un’ottica *de iure condendo*.

El estudio analiza los criterios de evaluación de la proporcionalidad de las injerencias en la vida privada de las personas desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de retención de datos. Del grado de intrusión de cada medida se derivan importantes consecuencias en cuanto a los objetivos que pueden legítimarla y las garantías procesales que deben acompañar la conservación y adquisición de los datos de tráfico, como se ha precisado en dos recientes decisiones del tribunal europeo. Tras examinar la “nueva” configuración de los principios supranacionales, el trabajo dirige la atención a los distintos perfiles de insuficiencia que caracterizan el ordenamiento procesal interno, intentando identificar algunas soluciones viables desde una perspectiva interpretativa o en un enfoque de *de iure condendo*.

The paper analyses the criteria developed by the case law of the Court of Justice of the European Union on data retention for assessing the proportionality of intrusions into the privacy of individuals. The degree of intrusiveness of each measure has important consequences in terms of the objectives that can legitimise it and the procedural safeguards that must surround the retention and acquisition of traffic data, as further clarified by two recent decisions of the European judges. After examining the “new” layout of the supranational principles, the paper focuses on the various profiles of inadequacy of the national procedural system and tries to identify some solutions, both interpretative and *de iure condendo*.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La traiettoria garantista della Corte di giustizia: l'evoluzione del canone della proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali. – 3. La sentenza *La Quadrature du Net II* della seduta plenaria. Ingerenze “non gravi” e graduazione delle garanzie. – 4. La decisione della Corte sul rinvio proposto dal g.i.p. di Bolzano: la nozione di “reato grave” e il vaglio in concreto demandato al giudice. – 5. I nuovi punti di equilibrio nel bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e istanze di sicurezza. – 6. Profili vecchi e nuovi di inadeguatezza della disciplina processuale nazionale. Tra scrutinio di proporzionalità e gravità dell'ingerenza. – 6.1. Aperture in tema di “inutilizzabilità eurounitaria” e urgenza di una riforma organica della *data retention*.

1.

Premessa.

L'amplessima elaborazione giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo in tema di *data retention* costituisce, come noto, una delle frontiere più avanzate della tutela dei diritti fondamentali degli individui nell'epoca digitale¹. All'insieme delle pronunce dei giudici europei si deve non solo la configurazione di un vero e proprio “statuto giuridico” della materia², ma anche la messa a fuoco di principi e schemi interpretativi suscettibili di trovare applicazione al di là dello specifico settore di riferimento.

Come si vedrà, fin dalle prime decisioni riconducibili alla richiamata traiettoria esegetica il criterio guida è stato quello di proporzionalità, attraverso il quale la Corte ha valutato la legittimità delle misure normative comportanti limitazioni dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti anche semplicemente “Carta”). Nella prospettiva appena tratteggiata, è emerso un paradigma ben delineato, alla stregua del quale i giudici europei hanno ripetutamente provveduto a “misurare” la gravità dell'intrusione nella vita privata degli individui al fine di determinare il livello di garanzie di volta in volta necessario³.

Nell'ambito del presente lavoro, ci si propone di esaminare la descritta evoluzione interpretativa, tentando, da un lato, di tracciarne un quadro sistematico e, dall'altro, di coglierne le ricadute sul piano dell'ordinamento interno.

In quest'ottica, ci si concentrerà anzitutto sui diversi passaggi in cui si è sviluppata giurisprudenza della Corte di giustizia, soffermandosi in particolare sull'analisi di due recenti decisioni con le quali si sono raggiunti importanti approdi in tema di proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali e di valutazione giudiziale sulla concreta gravità dei reati oggetto di accertamento. In seguito, si proporranno alcune considerazioni sull'attuale assetto del bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e quelle di garanzia dei diritti fondamentali, quale risulta dall'insieme delle pronunce dei giudici europei. Infine, si prenderà in considerazione la disciplina processuale nazionale, concentrandosi sulla ricerca delle soluzioni percorribili a fronte dei diversi profili di dubbia compatibilità tra le disposizioni interne e i principi affermati in sede sovranazionale.

¹ Si è da tempo osservato come lo sviluppo tecnologico abbia portato con sé rilevanti minacce, particolarmente insidiose, per i diritti fondamentali dei singoli, a fronte delle quali si pongono nuove esigenze di tutela. Nella dimensione digitale, come insegnato da *RODOTÀ* (2004), alle classiche garanzie afferenti alla libertà personale deve affiancarsi una protezione del «corpo elettronico»; ciò in quanto, lo spiega *ALPA* (2021), p. 85, «il dato personale, proprio perché legato alla persona, ne compone l'identità digitale, quasi fosse una proiezione della persona stessa, “una sua parte”». Assume dunque primario rilievo il diritto alla protezione dei dati personali: come osservato da *LUPÁRIA* (2019b), p. 1449, il diritto in questione rappresenta oggi «il baluardo in grado di proteggere l'individuo contro l'avanzata incontrollata di alcune forme “aggressive” di intelligenza artificiale, in grado di travolgere i pilastri di garanzia in vari campi del diritto»; in proposito, v. *GIALUZ* (2021), p. 56 ss., il quale richiama l'attenzione sulla necessità che la protezione dell'individuo nella dimensione digitale abbracci anche i dispositivi elettronici di uso comune, in un'ottica di tutela dell'autodeterminazione dei singoli anche nel “mondo virtuale”. Come si tenterà di porre in rilievo nell'ambito del presente lavoro, l'affermazione di numerosi importanti presidi di tutela dei diritti fondamentali degli individui nella dimensione tecnologica si deve proprio alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *data retention*, che ha ripetutamente affrontato il bilanciamento di tali istanze con quelle connesse alla sicurezza e all'accertamento dei reati.

² La bibliografia sul tema è smisurata. Cfr., ad esempio, *DINACCI* (2022), p. 310 ss.; *FILIPPI* (2022); *LUPÁRIA* (2019a), p. 757 ss.; *FORMICI* (2021), p. 68 ss.; *MARCOLINI* (2022a), p. 11 ss.

³ In merito al principio di proporzionalità, per quanto di rilievo in questa sede, cfr. *CAIANIELLO* (2014a), p. 146 ss.; *NICOLICCHIA* (2019), p. 107 ss.; *ORLANDI* (2014), p. 1157 ss.; *UBERTIS* (2017), p. 389 ss. Per i necessari riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. anche *GALETTA* (2019), p. 903 ss.

2.

La traiettoria garantista della Corte di giustizia: l'evoluzione del canone della proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali.

Un esame complessivo delle decisioni della Corte consente di distinguere diverse fasi del processo di progressiva composizione del quadro di principi che oggi regolano la materia. Le prime pronunce hanno fatto registrare una netta e univoca prevalenza delle istanze di garanzia nell'ambito del bilanciamento di cui si tratta. Il riferimento è soprattutto alla storica sentenza *Digital Rights Ireland*, con la quale i giudici europei hanno rilevato il contrasto tra gli articoli 7 e 8 della Carta, interpretati alla luce del principio di proporzionalità, e la direttiva 2006/24/CE (sulla *data retention*), dichiarandola pertanto invalida⁴. Già in tale prima pronuncia si rinvenivano alcuni dei capisaldi della materia *de qua*: la conservazione dei dati sul traffico non può essere indiscriminata, bensì occorrono criteri delimitativi di carattere temporale, geografico e/o soggettivo; l'uso dei dati per finalità di accertamento deve essere consentito solo in relazione a reati sufficientemente gravi, tenuto conto dell'entità dell'intrusione nella sfera privata degli individui; l'accesso ai dati richiede un controllo preventivo di un giudice o di un'autorità indipendente. I principi elaborati dalla Corte nel caso *Digital Rights* sono stati poi ripresi e adoperati dal medesimo Giudice per vagliare la legittimità delle normative nazionali sotto scrutinio⁵.

Alcune successive decisioni hanno introdotto una serie di distinzioni (e qualche deroga) in grado di far guadagnare terreno alle esigenze di accertamento e di sicurezza⁶. Il concetto chiave, utilizzato di volta in volta per modulare l'entità delle garanzie necessarie, è stato quello della misura dell'intrusione nella sfera soggettiva dei singoli, che è grave ogni volta che l'uso dei dati personali consenta di trarre conclusioni precise circa la vita privata del titolare⁷. A ben vedere, come si è rilevato in dottrina, i tre fattori richiamati – gravità dell'ingerenza, gravità dei reati che si intendono contrastare, quantità e qualità delle garanzie procedurali – sono avvinati da un unico legame di proporzione e considerati congiuntamente dalla Corte di giustizia nell'ambito dei bilanciamenti condotti⁸. Secondo questo modello, alcuni principi affermati in un primo momento in maniera perentoria sono stati temperati dai giudici europei, soprattutto con le sentenze *Ministerio Fiscal* e *La Quadrature du Net*: ad esempio, con riferimento alle forme meno invasive di *data retention*, si è consentito l'accesso ai dati per finalità di contrasto di forme anche “non gravi” di criminalità⁹ e ammessa la conservazione generalizzata e indifferenziata delle informazioni¹⁰.

Al descritto schema interpretativo ha fatto in seguito ricorso la Corte per affrontare alcune questioni più specifiche, componendo progressivamente un quadro sempre più dettagliato della materia. Si pensi alla pronuncia *Prokuratuur* che, come noto, ha determinato una vera e propria scossa, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano¹¹. Con la sentenza in discorso, i giudici di Lussemburgo hanno chiarito la nozione di autorità indipendente ai fini della normativa europea. Poiché, proprio in una prospettiva di proporzionalità, l'intervento di tale autorità deve garantire l'equilibrio degli interessi in gioco, la Corte ha ritenuto che simile funzione non potesse essere svolta dal pubblico ministero. Merita di certo un cenno anche la recente sentenza *A.G.*, con la quale si è chiarito che i dati sul traffico acquisiti per finalità di lotta alla criminalità grave non possono essere utilizzati in altre sedi per il perseguimento di finalità diverse e di minore rilievo nella gerarchia degli obiettivi tracciata dalla giurispru-

⁴ Il riferimento è alla decisione C. giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 e C-594/12. V., al riguardo, FLOR (2014), p. 178 ss.; TRUCCO (2014), p. 1850 ss.; FABBRINI (2015), p. 65 ss.; MARCOLINI (2019), p. 1582 ss.; FORMICI (2021), p. 68 ss.

⁵ Il riferimento è, ad esempio, alla sentenza C. giust. UE, 21 dicembre 2016, *Tele2*, C-203/15 e C-698/15

⁶ Cfr., al riguardo, FORMICI (2021), p. 114 ss., la quale descrive efficacemente la portata ambivalente di alcune pronunce della Corte di giustizia, tra le quali la sentenza *La Quadrature du Net*, parlando di «sconfitta vittoriosa»; il *trend* di cui si tratta è rilevato anche da MARCOLINI (2022a), p. 17 s.

⁷ Il criterio della gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali, progressivamente specificato e ampiamente valorizzato dalla successiva elaborazione della Corte, è già ricavabile dalle prime sentenze in materia di *data retention*; cfr., sul tema, la citata decisione *Tele2*, punto 115.

⁸ Così, ancora, MARCOLINI, (2022a), p. 19.

⁹ Così si è affermato nella sentenza C. giust. UE, 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16. Sul punto cfr. LUPÁRIA (2019a), p. 760 s.; KRANENBORG (2021), p. 284; MALACARNE (2021a), p. 4109 s.

¹⁰ Con la pronuncia C. giust. UE, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net* e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18 si è consentita la conservazione indiscriminata dei dati sul traffico relativi all'identità civile degli utenti e degli indirizzi IP.

¹¹ Così C. giust. UE, 2 marzo 2021 *H.K. (Prokuratuur)*, C-746/18, punto 35, sulla quale v., per tutti, ANDOLINA (2021), p. 1195 ss.; DELLA TORRE (2021); DI STEFANO (2022), p. 2563 ss.; FILIPPI (2021a); MALACARNE (2021a), p. 4104 ss.; SPANGHER (2021a).

denza europea¹². Una simile circolazione sregolata delle informazioni comporterebbe infatti l'aggiramento, in occasione dell'uso "secondario" delle medesime, dei principi e delle garanzie ricavabili, in materia di *data retention*, dalle fonti sovranazionali.

Il processo di progressiva articolazione e specificazione dei principi che governano la materia è proseguito con due pronunce dei giudici europei intervenute su aspetti di primario rilievo, quali la definizione sistematica delle condizioni di legittimità delle misure comportanti ingerenze non gravi nella sfera privata degli individui e la precisazione della fisionomia e della funzione del controllo preventivo del giudice sull'accesso ai dati con riguardo al rispetto del principio di proporzionalità. Degli approdi raggiunti con tali sentenze si intende dar conto più dettagliatamente nei paragrafi che seguono.

3.

La sentenza *La Quadrature du Net II* della seduta plenaria. Ingerenze "non gravi" e graduazione delle garanzie.

La prima decisione sulla quale sembra utile soffermarsi è quella resa recentemente dalla seduta plenaria della Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi nuovamente su una questione in origine sollevata, dinanzi ai giudici nazionali, dall'associazione francese *La Quadrature du Net*¹³. La sentenza si segnala per l'approccio sistematico adottato nel declinare i principi generali della *data retention* alle fattispecie considerate, oltre che per l'attenzione dedicata agli aspetti tecnici sottesi alle normative in materia di conservazione e uso dei dati sul traffico da parte delle pubbliche autorità.

La vicenda sorge da una controversia avente ad oggetto la legittimità della disciplina nazionale che regola i poteri dell'autorità francese incaricata, tra l'altro, della protezione delle opere coperte da diritto d'autore dalle possibili violazioni perpetrate attraverso la rete¹⁴. Il procedimento delineato dalle disposizioni interne prevede, dapprima, la raccolta e messa a disposizione dell'autorità degli indirizzi IP e di altri dati tecnici dei dispositivi che risultino essere stati utilizzati per attività illecite; successivamente, la messa in relazione di tali dati con una serie di informazioni afferenti all'identità civile dei loro titolari, al fine di identificarli e adottare i provvedimenti conseguenti.

I dubbi di compatibilità della disciplina in questione con il diritto dell'Unione¹⁵ inducevano il *Conseil d'État* a sottoporre la questione all'attenzione dei giudici europei, sollevando tre questioni vertenti sull'interpretazione dell'art 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/UE¹⁶, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta. Con i distinti quesiti, trattati congiuntamente nella sentenza, il giudice del rinvio interrogava la Corte di Lussemburgo sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che consenta a un'autorità pubblica di accedere, al fine di identificare i responsabili di violazioni della disciplina sul diritto d'autore e senza la previa autorizzazione di un giudice o di un organismo indipendente, ai dati relativi all'identità civile degli utenti in possesso dei *provider* di servizi di comunicazione corrispondenti a indirizzi IP raccolti in precedenza.

La Corte è stata dunque chiamata a confrontarsi, anzitutto, con il tema della conservazione e utilizzazione degli indirizzi IP per finalità di contrasto della criminalità, già trattato in altri importanti precedenti¹⁷. In particolare, si erano rilevate alcune peculiarità dei dati in que-

¹² C. giust. UE, 7 settembre 2023, *A.G.*, C-162/22, sulla quale v. DI STEFANO (2023), p. 4285 ss.; RESTA (2023) e, volendo, PARODI L. (2024), p. 5 ss.

¹³ C. giust. UE, 30 aprile 2024, *La Quadrature du Net e a.*, C-470/21, sulla quale v. JONGSMA, (2024); ROJSZCZAK, (2024).

¹⁴ Si tratta, in particolare, dell'art. 331-21 del *Code de la propriété intellectuelle* (CPI) e del decreto 2010-236, di attuazione di tale disposizione. Le norme menzionate stabiliscono, per quanto di interesse in questa sede, che gli ufficiali della *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet* (*Hadopi*) possono accedere ad alcune categorie di dati – l'identità, gli indirizzi di posta tradizionale ed elettronica, i recapiti telefonici – riferiti ai titolari di indirizzi IP ai quali sia riconducibile una violazione delle norme che tutelano il diritto d'autore.

¹⁵ I ricorrenti ravvisavano il contrasto della disciplina francese con i principi sovranazionali laddove consentiva, in maniera asseritamente sproporzionata, l'accesso ai dati degli utenti per finalità di contrasto a forme non gravi di criminalità e, soprattutto, non prevedeva un controllo preventivo di un giudice o di un'autorità indipendente.

¹⁶ Si tratta della nota previsione che ammette la conservazione dei dati, in deroga all'art. 5 della medesima direttiva, quando questa costituisca «una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica».

¹⁷ Il riferimento è alla già citata sentenza *La Quadrature du Net* e a C. giust. UE, 5 aprile 2022, *Commissioner of An Garda Stochána e a.*, C-140/20.

stione: da un lato, non essendo collegati a una comunicazione determinata, bensì funzionali all'identificazione del titolare di un *device* utilizzato per effettuare un'attività via *Internet*, essi non sono idonei a rivelare, di per sé, informazioni su soggetti terzi; dall'altro, possono essere utilizzati per effettuare un tracciamento delle attività svolte *online* da un individuo, arrivando a delinearne un profilo accurato¹⁸. Dunque, se per certi versi si tratta di informazioni meno "sensibili" rispetto alle altre tipologie di dati sul traffico, la loro conservazione e acquisizione va pur sempre considerata un'ingerenza grave nei diritti sanciti dalla Carta. Sulla base di tali considerazioni, la prima sentenza *La Quadrature du Net* aveva tratto le conseguenze in punto di disciplina. Sotto un primo profilo, si era affermato che gli indirizzi IP possono essere conservati in maniera generalizzata e indifferenziata, discostandosi dal divieto perentorio posto con *Digital Rights*¹⁹; dal punto di vista degli obiettivi legittimanti l'accesso si era invece confermato che la conservazione deve risultare finalizzata almeno alla lotta contro le forme gravi di criminalità²⁰.

Con la nuova sentenza *La Quadrature du Net* (d'ora in avanti, *La Quadrature du Net II*) la Corte è intervenuta sul quadro appena tratteggiato, procedendo a misurare la gravità dell'ingerenza nelle prerogative individuali derivante dalla normativa sotto scrutinio secondo il noto schema inaugurato con la decisione *Ministerio Fiscal*. Non necessariamente, si è affermato, una conservazione generalizzata degli indirizzi IP comporta una limitazione grave dei diritti sanciti dagli articoli 7, 8 e 11 della Carta. Infatti, a fronte di un'adeguata compartimentazione dei diversi dati conservati (indirizzi IP e gli altri dati sul traffico o sull'ubicazione), non sarebbe possibile trarre conclusioni precise sulla vita privata dell'utente e l'ingerenza non potrebbe dunque qualificarsi come grave²¹. L'esito di questo *distinguishing* è innovativo, in quanto si è statuito che la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP è consentita per finalità di contrasto di qualunque reato, anche non grave, a condizione che essa avvenga con modalità (specificamente indicate dalla Corte) «tali da garantire che sia esclusa qualsiasi combinazione di detti indirizzi IP con altri dati conservati» e che il periodo di conservazione sia «limitato allo stretto necessario»²². Simili valutazioni – e identico esito circa la legittimità della misura con riferimento all'accertamento di reati non gravi – valgono per il momento del successivo accesso ai dati e collegamento dei medesimi con quelli sull'identità civile dei contravventori²³.

Un ulteriore aspetto saliente della decisione è quello relativo alla necessità di un controllo preventivo sull'accesso alle informazioni, requisito cardine della *data retention*. Già a partire dalla sentenza *Digital Rights* si era censurata la c.d. direttiva Frattini perché, tra l'altro, l'acquisizione delle informazioni da parte delle autorità non era subordinato «ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente la cui decisione sia diretta a limitare l'accesso ai dati e il loro uso a quanto strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito»²⁴.

Il presidio in questione trova il suo fondamento, in prima battuta, nell'art. 8, par. 3, della Carta, che afferma la necessità di un controllo di un'autorità indipendente sulle attività che in-

¹⁸ In questo senso la decisione *La Quadrature du Net*, punto 152, anche per le successive considerazioni.

¹⁹ La stessa conclusione era stata raggiunta, come si è già ricordato, nella sentenza *Ministerio Fiscal*, con riferimento ai dati relativi all'identità civile del titolare.

²⁰ In merito alla "scala gerarchica" degli obiettivi legittimanti le diverse forme di *retention* e utilizzazione dei dati si rinvia a *infra*, par. 5.

²¹ Cfr. la sentenza *La Quadrature du Net II*, punto 80 ss., in cui si precisa che la precedente decisione del 2020 era intervenuta su una fattispecie nell'ambito della quale gli indirizzi IP erano utilizzati secondo modalità idonee a tracciare l'attività di navigazione di un utente, perciò l'ingerenza era da qualificarsi come grave.

²² *Ivi*, punto 83 ss., in cui i giudici europei specificano i concreti accorgimenti tecnici che si devono adottare affinché una normativa nazionale sfugga a censure sul piano della compatibilità con il diritto dell'Unione, quali l'uso di dispositivi informatici che assicurino la separazione dei diversi dati conservati e la previsione di un controllo periodico da parte di una pubblica autorità. Cfr. anche, sul punto, JONGSMA, (2024), il quale sottolinea che «the ECJ took the quasi-legislative approach it has adopted in this area of law even further by providing several very detailed rules that would not be out of place in a directive».

²³ Anche con riguardo a questo passaggio, la Corte ha voluto porre alcuni "paletti" per assicurare la tenuta del bilanciamento; si è affermata, ad esempio, la necessità di porre divieti di divulgazione in capo a chi accede ai dati e di proibire l'uso dei medesimi per finalità diverse rispetto a quelle connesse al procedimento di accertamento. Quanto agli obiettivi che giustificano l'uso dei dati, il principio affermato dalla Corte ricalca quello elaborato dalla sentenza *Ministerio Fiscal*, con la quale si era chiarito che, quando l'accesso ai dati comporta un'ingerenza non grave nei diritti degli individui, «detto accesso può essere giustificato da un obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un "reato" in generale».

²⁴ In questi termini la già citata sentenza *Digital Rights Ireland*, punto 62. Il principio, ribadito più volte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è stato affermato anche dai giudici di Strasburgo, cfr. C. eur. Dir. uomo, 13 settembre 2018, *Big Brother watch* e altri vs Regno Unito, nonché C. eur. Dir. uomo, Grande Camera, 25 maggio 2021, *Big Brother watch* e altri vs Regno Unito. Cfr., sul punto, LEO (2021), p. 9; TODARO (2024), p. 2023.

cidono sul diritto alla protezione dei dati personali²⁵ e, soprattutto, è intimamente connesso al principio di proporzionalità. Infatti, come si è osservato con la già richiamata sentenza *Prokuratuur*, l'autorità incaricata del vaglio deve essere «in grado di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso»²⁶.

Anche a questo riguardo, la sentenza della Corte introduce un rilevante elemento di novità nel quadro delineato finora dai propri precedenti. La seduta plenaria ha osservato, preliminarmente, che il requisito del previo controllo da parte di un soggetto indipendente sull'accesso è stato affermato in ipotesi in cui erano in questione ingerenze gravi nella vita privata dei titolari. Per contro, quando *sub iudice* erano misure inidonee ad incidere in maniera significativa sulle prerogative fondamentali dei singoli, nulla si è detto circa il controllo di cui si tratta²⁷. Si è quindi provveduto, secondo il consueto *iter* argomentativo, a modulare le garanzie in ragione del grado di intrusività del mezzo: solo quando l'ingerenza è grave occorre il vaglio preventivo del giudice o dell'autorità indipendente, mentre tale verifica non è necessaria allorché la limitazione dei diritti dei singoli non sia qualificabile come grave²⁸.

D'altro canto, come affermato ai giudici europei, nei casi in cui tale controllo è necessario (dunque, si deve ritenere, in relazione a potenziali ingerenze “gravi” nella sfera privata dei singoli), non può trattarsi di un procedimento completamente automatizzato. Ciò in ragione della funzione stessa del vaglio, che deve «garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, i legittimi interessi connessi alle esigenze dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali» degli individui: compito rispetto al quale un controllo automatizzato risulta certamente inadeguato²⁹.

Alla sentenza in questione si deve quindi la ricostruzione di un quadro sistematico degli standard di tutela imposti dal diritto dell'Unione in relazione ai diversi livelli di ingerenza conseguenti alla conservazione e all'accesso ai dati sul traffico. In particolare, come si dirà meglio in seguito, sembra prendere forma sempre più nitidamente una distinzione tra ingerenze gravi e non gravi nei diritti fondamentali, alla quale si riconnettono importanti ricadute in tema di disciplina applicabile. Le valutazioni dei giudici europei, nel caso di specie, si sono concentrate soprattutto sul piano della proporzionalità in astratto, indicando al legislatore quali garanzie occorrono in relazione a determinate tipologie di utilizzazione dei dati. Il profilo del controllo sulla proporzionalità in concreto dell'ingerenza è stato invece preso in esame in un'altra importante pronuncia, pubblicata in pari data, della quale si tratterà nel paragrafo che segue.

4.

La decisione della Corte sul rinvio proposto dal g.i.p. di Bolzano: la nozione di “criminalità grave” e il vaglio in concreto demandato al giudice.

A completamento del quadro delle novità sovranazionali in materia di *data retention*, è necessario soffermarsi sull'importante decisione con la quale la grande sezione della Corte si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale promosso dal giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano³⁰. Oltre all'indubbia rilevanza dei principi di portata generale affermati

²⁵ Cfr. GIALUZ (2021), p. 56 ss., il quale, pur sottolineando la problematica assenza di una chiara riserva di giurisdizione nell'art. 8 della Carta, riconosce la portata «fondamentale» della disposizione in questione e osserva che, proprio con riferimento a tale previsione, in diverse occasioni la Corte di giustizia ha ritenuto necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria in relazione ad atti idonei a incidere sulla protezione dei dati personali; al riguardo, v. anche NERONI REZENDE (2020), p. 189.

²⁶ Così la Corte nella sentenza *Prokuratuur*, punto 52. Proprio in considerazione della natura del vaglio, la Corte ha considerato che tale funzione non potesse essere affidata al pubblico ministero, in ragione della sua posizione di parte nel procedimento. Cfr., in argomento, LUPÁRIA (2019a), p. 763, il quale, già prima della sentenza *Prokuratuur*, osservava come l'uso, da parte della giurisprudenza europea, del termine “*court*”, anziché “*judicial authority*”, potesse spiegarsi proprio nell'esigenza di individuare un soggetto «equidistante dalla reg giudicanda»; MARCOLINI (2022a), p. 28, il quale osserva efficacemente che il pubblico ministero non può “autorizzarsi da solo”, essendo peraltro auspicabile che da tale soggetto provenga la richiesta che deve essere sottoposta al vaglio dell'autorità indipendente; LEO (2021), p. 15 ss.; FORMICI (2021), p. 121 ss.

²⁷ In questo senso la sentenza *La Quadrature du Net II*, punto 128 s. Il riferimento è, in particolare, alle sentenze *Ministerio Fiscal* e *La Quadrature du Net* del 2020.

²⁸ *Ivi*, punto 131 e 132.

²⁹ Cfr. la decisione in commento, punti 148 e 150.

³⁰ C. giust. UE, 30 aprile 2024, C-178/22, sulla quale v. ALBANESE (2024), p. 93 ss.; DELLA TORRE (2024); GRISONICH (2024), p. 840 s.;

dai giudici europei, la pronuncia desta interesse per la sua diretta incidenza sull'ordinamento italiano, essendo la disciplina nazionale sotto scrutinio quella delineata dall'art. 132 d.lgs. n. 196/2003 (d'ora in avanti, "cod. *priv.*")³¹.

La vicenda trae origine da due procedimenti a carico di ignoti per furto aggravato, nell'ambito dei quali il pubblico ministero aveva avanzato richiesta di acquisizione dei tabulati telefonici relativi ai due cellulari rubati al fine di identificare gli autori dei furti. Il giudice per le indagini preliminari investito della richiesta dubitava della compatibilità con il diritto dell'Unione dell'art. 132 cod. *priv.* nella misura in cui tale disposizione prevede, quale criterio per l'individuazione dei reati per i quali è ammessa l'acquisizione dei dati, il superamento della soglia edittale corrispondente alla pena di tre anni nel massimo. Un simile assetto appariva tale da consentire l'accesso alle informazioni per finalità di accertamento di reati in realtà non gravi, che destano scarso allarme sociale e sono punibili a querela di parte, contravvenendo ai noti principi sovranazionali che limitano la possibilità di utilizzazione dei dati alle ipotesi di contrasto delle sole forme gravi di criminalità. Rilevava altresì il giudice che la disciplina interna non lascia alcuno spazio per la valutazione in ordine alla concreta gravità del reato per il quale si procede.

Si rimetteva quindi alla Corte di giustizia la decisione circa la compatibilità con l'art. 15 della direttiva 2002/58/UE, letto alla luce degli artt. 7, 8, 11 e 52 della Carta, di una normativa interna che impone al giudice nazionale di autorizzare l'accesso a un insieme di dati tali da consentire di trarre precise conclusioni sulla vita privata dei titolari, richiesto per finalità di accertamento di reati puniti con pena non inferiore nel massimo a 3 anni.

Va subito premesso che, come si evince dalla formulazione del quesito, ci si trovava nel campo delle ingerenze gravi nei diritti fondamentali degli individui. Ciò in quanto la considerevole mole di dati richiesti dal pubblico ministero – tra gli altri, le utenze e i codici IMEI dei dispositivi chiamati e chiamanti, i siti visitati, l'orario e la durata delle chiamate e delle connessioni, l'indicazione delle celle interessate – era certamente idonea a ricostruire un quadro piuttosto dettagliato delle abitudini di vita degli interessati. Era quindi necessario confrontarsi con tutti i principi di matrice sovranazionale che vengono in rilievo in relazione alle misure maggiormente intrusive nei diritti fondamentali degli individui, a cominciare dal rispetto della scala degli obiettivi, gerarchicamente ordinati, che legittimano l'utilizzazione dei dati.

Si trattava, fondamentalmente, di valutare se la soluzione adottata dal legislatore italiano fosse o meno idonea a individuare la categoria dei reati "gravi", alla luce dei principi sovranazionali che governano la materia. Nell'affrontare la questione, la Corte ha reso statuizioni non di poco momento, fornendo anzitutto alcuni importanti chiarimenti sul concetto di "criminalità grave", categoria tanto centrale nell'elaborazione dei giudici europei quanto inafferrabile dal punto di vista dei suoi esatti connotati.

Sul punto, si è osservato, i legislatori nazionali godono di un ampio margine di discrezionalità, che trova il suo limite nel rispetto del diritto dell'Unione e, dunque, del disposto dell'art. 15 della direttiva 2002/58/UE, come interpretato dalla giurisprudenza di Lussemburgo. È pertanto essenziale, come precisato nella sentenza, che gli Stati non compiano scelte tali da «snaturare» la nozione sovranazionale di "reato grave". Contrariamente a quanto sostenuto da una parte della dottrina³² e ipotizzato dal giudice del rinvio, la Corte ha affermato che non deve necessariamente ravvisarsi una simile violazione dei parametri sovranazionali nella soglia edittale indicata dal menzionato art. 132 cod. *priv.* La soluzione normativa adottata nel sistema nazionale si lascerebbe anzi apprezzare per un duplice ordine di ragioni: da un lato, risponde alla necessità di individuare criteri di carattere oggettivo atti a delimitare l'accesso ai dati, dall'altro, la soglia non può ritenersi talmente bassa da trasformare da eccezione in regola tale accesso³³.

Le richiamate statuizioni non esauriscono tuttavia lo scrutinio dei giudici europei sulla coerenza del sistema interno con i principi sovranazionali. La Corte ha infatti riconosciuto che, come osservato dal giudice del rinvio, il limite edittale di cui all'art. 132 cod. *priv.* potrebbe

MARINO (2024), p. 1523 ss.; MILIZIA (2024).

³¹ Sulla previsione di cui all'art. 132 cod. *priv.*, come modificata dalla riforma introdotta d'urgenza a seguito della pronuncia sul caso *Prokuratuur*, si rinvia, tra i molti, a DINACCI (2022), p. 315 ss.; FILIPPI (2021b); LASAGNI (2022); MALACARNE (2021b); PASTA (2022), p. 4458 ss.; PESTELLI (2021a); RESTA (2021); TAVASSI (2022).

³² Cfr., ad esempio, MARCOLINI (2022b), 51, il quale ha osservato come il limite edittale di cui si tratta sia addirittura di un anno inferiore a quello previsto per l'individuazione dei casi di rito monocratico a citazione diretta, a norma dell'art. 550 c.p.p.; in senso conforme DINACCI (2022), p. 316; SPANGHER (2021b), p. 11 ss.

³³ Secondo quanto prescritto dalla costante giurisprudenza di Lussemburgo; cfr., da ultimo, la pronuncia *Commissioner*, punti 40 e 105.

astrattamente ricomprendere fattispecie di scarsa gravità, soprattutto in quanto riferito a un massimo e non a un minimo di pena applicabile. Nondimeno, una simile normativa sfuggirebbe a censure dal punto di vista del diritto dell'Unione qualora il giudice investito del vaglio preventivo avesse il potere di compiere una valutazione avente ad oggetto, da un lato, il livello di ingerenza conseguente all'acquisizione dei dati e, dall'altro, la concreta gravità del reato per il quale si procede³⁴. L'accesso dovrebbe così essere vietato (o limitato), nello specifico, laddove l'apprensione di dati fosse tale da comportare un'ingerenza significativa nei diritti degli interessati e il reato perseguito risultasse in concreto «manifestamente non grave», tenuto conto delle «condizioni sociali» esistenti nello Stato di riferimento.

Il principio affermato dai giudici lussemburghesi è di notevole portata: la sentenza pare delineare un inedito potere-dovere del decisore nazionale di verificare la tenuta in concreto del bilanciamento compiuto in astratto dal legislatore. Si tratta di uno schema tanto innovativo quanto, in alcuni suoi risvolti, problematico: a destare più di qualche incertezza, come si vedrà, è soprattutto il criterio al quale il giudice dovrebbe attenersi nel suo scrutinio³⁵.

Quanto ai riflessi sul sistema interno, che saranno esaminati nel prosieguo, resta da comprendere se la disciplina nazionale, anche letta alla luce della decisione in discorso, consenta al giudice una simile valutazione, oppure se la Corte abbia messo in luce con questa sentenza un ulteriore aspetto di inadeguatezza del nostro ordinamento rispetto agli standard sovranazionali³⁶.

5. I nuovi punti di equilibrio nel bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e istanze di sicurezza.

Grazie ai numerosi interventi della Corte di giustizia, il quadro dei principi regolatori della *data retention* si è fatto sempre più completo e dettagliato, al punto che non sembra oggi inverosimile proporre una ricostruzione con qualche pretesa di sistematicità. Come si è anticipato, lo schema adoperato di volta in volta dalla giurisprudenza europea per bilanciare le istanze di sicurezza e di tutela dei diritti individuali prevede una valutazione di proporzionalità che tiene conto di tre aspetti: la gravità dell'ingerenza, l'importanza dell'obiettivo perseguito e la quantità e qualità delle garanzie procedurali³⁷. In particolare, emerge con una certa chiarezza la distinzione di disciplina che intercorre tra ingerenze gravi e non nella sfera individuale dei singoli.

Il criterio principe per la determinazione del grado di ingerenza è, come noto, l'attitudine dei dati oggetto di conservazione e utilizzazione a disegnare un profilo completo della persona alla quale si riferiscono e a trarre conclusioni precise sulle sue abitudini di vita. La riconducibilità di una certa misura – comunque rientrante nell'alveo dell'art. 15 della direttiva 2002/58/UE – all'una o all'altra categoria comporta una serie di precise conseguenze sul piano applicativo.

In primis, sembra potersi affermare che, quando si tratta di ingerenze non gravi, non vale il divieto di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati affermato a partire dalla pronuncia *Digital Rights*. Il principio è desumibile in particolare dalla prima sentenza *La Quadrature du Net*, che lo ha sancito in relazione alle informazioni sull'identità civile degli utenti³⁸. È il caso di precisare che, all'esito di un complesso vaglio di proporzionalità, la Corte ha ritenuto in tale sede di consentire la conservazione generalizzata anche degli indirizzi IP, pur riconoscendo l'elevato grado di intrusività che può conseguire a una simile misura³⁹.

Un secondo ordine di conseguenze concerne gli obiettivi legittimanti la *data retention*. Al riguardo, occorre ricordare che la giurisprudenza europea ha tratteggiato una precisa gerarchia

³⁴ Così C. giust. UE, 30 aprile 2024, C-178/22, cit., punto 60; cfr., sul punto, ALBANESE (2024), p. 99.

³⁵ Si rinvia, sul punto, ai paragrafi successivi.

³⁶ Propende per la seconda lettura GRISONICH (2024), p. 841.

³⁷ Sottolinea questo rapporto di proporzione MARCOLINI (2022a), p. 19; sui termini del bilanciamento di cui si tratta, cfr. CENTORAME (2021), p. 499 ss.; CONTI (2019), p. 1572 ss.; DANIELE (2011), p. 287 ss.; DE VERGOTTINI (2019), p. 79 ss.; GIALUZ (2020), p. 6 s.; LUPÁRIA (2019b), spec. p. 1449; MIRAGLIA (2023), p. 1228 ss.; con più specifico riferimento al tema della *data retention*, FORMICI (2022), *passim*, spec. p. 19 ss., p. 341 ss.; MALACARNE e TESSITORE (2022), p. 3 ss.; TODARO (2024), p. 2029.

³⁸ Al riguardo, cfr. *La Quadrature du Net* (2020), punti 157-159.

³⁹ Sul punto v., ancora, la sentenza *La Quadrature du Net*, punti 155 e 156, laddove si afferma che, tenuto conto della serietà dell'ingerenza conseguente a una conservazione generalizzata degli indirizzi IP, simili misure possono essere finalizzate al contrasto dei soli reati gravi.

dei medesimi, in relazione alla quale va parametrato il livello di ingerenza nei diritti fondamentali tollerabile nel perseguirli⁴⁰. Al vertice della graduatoria si posiziona la salvaguardia della sicurezza nazionale, rispetto alla quale, non a caso, non sussiste il divieto di *bulk retention* dei dati sul traffico⁴¹; seguono la prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza nazionale e la lotta contro le forme gravi di criminalità⁴². In fondo alla graduatoria si collocano invece, in linea di massima, la prevenzione delle minacce non gravi alla sicurezza pubblica e la lotta contro la criminalità in generale⁴³. Quest'ultimo obiettivo legittima solo le misure alle quali consegue una limitazione non grave dei diritti dei singoli mentre, come noto, le ingerenze più significative sono giustificate esclusivamente dalle finalità di accertamento di reati gravi o di superiore importanza.

Una specificazione si rende necessaria con riferimento agli indirizzi IP. Fino alle più recenti pronunce, al pari di quanto affermato in relazione alle altre categorie di dati sul traffico, la conservazione di tali informazioni era consentita solo per gli obiettivi di maggiore rilievo nella scala gerarchica⁴⁴. In seguito alla sentenza *La Quadrature du Net II*, peraltro, i dati in discorso possono essere utilizzati anche per finalità di contrasto dei reati in generale, quando conservati separatamente dalle altre tipologie di informazioni e utilizzati ai soli scopi identificativi del titolare del dispositivo⁴⁵.

Una terza distinzione riguarda la categoria dei controlli. Finora, la questione relativa alla necessità del vaglio preventivo di un giudice o di un'autorità indipendente sull'accesso ai dati non comportante ingerenze gravi nella vita privata degli utenti non era stata affrontata direttamente dalla giurisprudenza europea. Sul punto è recentemente intervenuta la seduta plenaria con la richiamata sentenza *La Quadrature du Net II*, la quale ben avrebbe potuto confermare l'assetto affermato con *Digital Rights* e precisato con *Prokuratuur*⁴⁶. Invece, secondo il consueto schema ispirato al principio di proporzionalità, si è ritenuto di modulare anche il livello di garanzie procedurali in dipendenza dell'incisività della misura, negando la necessità del controllo preventivo sull'accesso ai dati quando si tratta di ingerenze non gravi nella sfera privata dei singoli.

Il principio in questione pare presentare qualche risvolto problematico. Ciò in ragione della funzione del controllo, che è volto a verificare il rispetto dei presupposti per l'accesso ai dati, limitandolo allo stretto necessario e garantendo in concreto il corretto temperamento delle istanze in gioco. Il fatto che un simile presidio venga ritenuto non necessario, in occasione di attività comunque incidenti sulle libertà fondamentali protette dalla Carta, può destare qualche preoccupazione. Infatti, come dimostra anche l'articolata motivazione della recente sentenza in parola, il confine tra un'ingerenza di carattere limitato e una grave è particolarmente sottile e non sempre è agevole da determinare a priori: proprio in quest'ottica potrebbe reputarsi necessario un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità indipendente⁴⁷.

Le preoccupazioni di cui si è dato conto possono peraltro essere in parte ridimensionate alla luce di un'interpretazione doverosamente rigorosa del *dictum* della Corte. La valutazione compiuta dai giudici europei nel caso di specie – che probabilmente si spiega almeno in parte alla luce dell'esigenza di “salvare” modalità di accertamento dei reati giudicate imprescindibili nell'ambito della lotta alla criminalità *online*⁴⁸ – è particolarmente dettagliata e si sviluppa

⁴⁰ Cfr., ad esempio, la pronuncia *Commissioner of An Garda Stochána*, cit., punto 56.

⁴¹ Anche questa declinazione del principio di proporzione è stata introdotta dalla più volte citata sentenza *La Quadrature du Net* del 2020, come sottolineato da FORMICI (2021), p. 108 s.; KRANENBORG (2021), p. 285; MALACARNE e TESSITORE, p. 26.

⁴² Sul punto, ancora, la sentenza *Commissioner of An Garda Stochána*, cit., punto 99.

⁴³ Cfr., da ultimo, la già citata sentenza *A.G.*, punto 38.

⁴⁴ In argomento, v. MARCOLINI (2022a), p. 23, il quale osserva come, in considerazione delle potenzialità intrusive del mezzo, la Corte ne abbia consentito l'impiego alle «medesime condizioni sostanziali e procedurali» delle forme più pervasive di *data retention*.

⁴⁵ Ciò in quanto, a tali condizioni, l'ingerenza nei diritti dei singoli non potrebbe considerarsi grave. Sul punto si rinvia a *supra*, par. 3.

⁴⁶ Peraltro, come rilevato dalla Corte nella sentenza *La Quadrature du Net II*, nei precedenti relativi a ingerenze non gravi nella sfera privata dei singoli non si era fatta menzione del requisito qui in questione. La necessità del vaglio preventivo del giudice o di un organo amministrativo indipendente è stata affermata, di recente, anche in materia di accesso ai dati contenuti in telefoni cellulari sequestrati: sul punto, cfr. C. giust. UE, 4 ottobre 2024, C.G., C-548/21, nella quale si chiarisce la necessità di una valutazione di proporzionalità che consideri la misura dell'ingerenza, la gravità del reato e le esigenze dell'indagine.

⁴⁷ Se è vero che si può ritenere che una valutazione di proporzionalità in concreto vada comunque svolta dall'autorità interessata ad accedere ai dati anche quando non sia necessario l'intervento del giudice, deve riconoscersi che il presidio di garanzia risulterebbe fortemente depotenziato. Come si è già sottolineato, infatti, è stata la stessa Corte ad affermare (seppure con riguardo alle ingerenze gravi), con la sentenza *Prokuratuur*, che la posizione del pubblico ministero richiedente è funzionalmente incompatibile con lo svolgimento del controllo sull'accesso ai dati.

⁴⁸ Ad avviso della Corte, negare l'accesso ai dati in casi come quello *sub iudice* avrebbe comportato un rischio di «impunità sistemica» dei reati commessi in rete. Sui potenziali rischi di uso strumentale del criterio della necessità cfr. NICOLICCHIA (2019), p. 126 ss., il quale afferma che

sul piano della proporzionalità in astratto⁴⁹. Gli approdi raggiunti dalla decisione, in parziale deroga rispetto ai propri precedenti, valgono solo a condizione che la normativa nazionale sia articolata in modo tale da garantire che la conservazione e l'uso dei dati non possano sfociare in ingerenze gravi nei diritti dei singoli senza che si attivi un controllo preventivo di un soggetto indipendente sull'accesso. Per tale ragione la Corte ha specificato dettagliatamente i requisiti, anche connessi alle modalità tecniche di conservazione, necessari per evitare che l'utilizzazione degli indirizzi IP possa consentire di trarre conclusioni precise sulla vita privata degli utenti⁵⁰.

Una disciplina nazionale non in linea con i parametri di cui si è detto, tale da prescrivere modalità di conservazione e utilizzazione dei dati gravemente lesive delle libertà individuali senza istituire alcun controllo preventivo, sarebbe contraria al diritto dell'Unione. Coloro che si ritengano lesi da un'illegittima limitazione dei propri diritti fondamentali potrebbero dunque sollecitare la disapplicazione di tale disciplina oppure, ove non si ritenessero le fonti europee in questione pacificamente dotate di effetto diretto, richiedere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia o, in alternativa, la prospettazione di una questione di legittimità costituzionale⁵¹.

Resta il fatto che, a causa della ritenuta non necessità del vaglio sull'accesso, l'eventuale violazione non sarà impedita sul nascere, ma vi si potrà porre rimedio solo successivamente. Analogamente, solo in seguito all'acquisizione dei dati potrà eccepirsi l'insussistenza nel caso di specie dei presupposti normativi per l'accesso, in un momento in cui la lesione dei diritti fondamentali della parte si è già verificata e, almeno in una certa misura, non può più trovare rimedio.

Mentre con riguardo alle ingerenze meno significative pare enfatizzata la prospettiva della proporzionalità in astratto, il controllo preventivo sul rispetto della proporzionalità nel caso concreto resta indispensabile con riguardo alle intrusioni gravi nella sfera privata degli individui. La verifica riguarda anzitutto il rispetto dei requisiti che discendono dai principi generali della *data retention* di cui si è dato conto in questo paragrafo, connessi essenzialmente al rapporto tra gravità dell'ingerenza e importanza dell'obiettivo perseguito.

Oltre a confermare questo paradigma, come si è detto, la recente sentenza della grande sezione ha precisato alcune caratteristiche del controllo in questione nell'ambito dei procedimenti penali. In particolare, il giudice dovrà verificare se quella sottoposta al suo scrutinio sia una limitazione significativa dei diritti degli interessati; in caso affermativo, dovrà negare o limitare l'acquisizione dei dati ogniqualvolta il reato per il quale si procede risulti in concreto «manifestamente non grave, alla luce delle condizioni sociali esistenti nello Stato membro interessato». Pare trattarsi, in definitiva, di un controllo sul rispetto delle condizioni di proporzionalità dell'ingerenza nella sfera privata dei singoli nel caso concreto. Le note categorie, di matrice sovranazionale, di «ingerenza grave» e di «reato grave», avvinte da un nesso di proporzionalità, vincolano quindi sia il legislatore, che deve tenerne conto nel disciplinare le misure che comportano l'accesso ai dati, sia il giudice, al quale si chiede di verificare che tale rapporto di proporzionalità sussista nel caso di specie⁵². Tale è la fiducia riposta nel vaglio di cui si tratta che la Corte ha «promosso» una disciplina come quella italiana, che ammette in

il criterio in questione non può essere utilizzato per legittimare il ricorso a invasivi strumenti di investigazione tecnologica che presentino potenzialità maggiori rispetto agli strumenti tradizionali; al contrario, la necessità deve essere letta come limite alle ingerenze nei diritti fondamentali, tale da imporre una verifica circa l'imprescindibilità dell'apporto conoscitivo che lo strumento mira a procurare a fronte di diversi elementi ottenibili mediante attività meno lesive. Va sottolineato, peraltro, che la Corte, nel valutare la necessità della misura *sub iudice* nel caso di specie, si è posta il problema di valutare se questa fosse la meno lesiva tra quelle idonee a conseguire il medesimo risultato, risolvendo la questione in senso affermativo: l'unica alternativa utile, certamente più invasiva, sarebbe stata infatti secondo i giudici europei la sorveglianza generale delle attività svolte *online* dal sospettato.

⁴⁹ In merito alla struttura del *test* di bilanciamento si rinvia a BIN (1992), p. 56 ss; in argomento, v. anche PINO (2017).

⁵⁰ Tra i requisiti indicati nella decisione si annoverano, ad esempio, la compartimentazione stagna delle diverse tipologie di dati, il controllo periodico sul rispetto delle condizioni legittimanti la conservazione, la previsione di un vaglio non automatizzato e affidato a un organismo indipendente nei casi in cui la reiterazione delle violazioni possa esporre l'utente al rischio di un'intrusione grave nei propri diritti.

⁵¹ Sugli effetti diretti della disciplina europea nella materia *de qua*, come interpretata dalle sentenze della Corte di giustizia, cfr., ad esempio, DINACCI (2022), p. 311, il quale ritiene che la disapplicazione delle disposizioni di diritto interno contrastanti con il diritto UE sia una soluzione inevitabile; in senso conforme, MARCOLINI (2022a), p. 32 ss.; FLOR (2014), p. 178; in termini maggiormente problematici in merito all'effetto diretto delle fonti in questione v. LEO (2021), p. 17 ss.; SIGNORATO (2018a), p. 193.

⁵² Sembra trattarsi di uno schema in parte assimilabile a quello analizzato da BIN (1992), p. 90 s., il quale prende in esame alcune decisioni della Corte costituzionale che, rimuovendo alcune presunzioni legali, hanno ridotto «i poteri del legislatore di preconstituire schemi fissi di coordinamento degli interessi» e delegato tale coordinamento «ai soggetti dell'applicazione o dell'attuazione delle leggi». Similmente, il superamento della soglia editale individuata per via legislativa sembrerebbe potersi leggere oggi come una presunzione semplice di gravità, che potrebbe essere superata dalla valutazione condotta dal giudice in concreto.

astratto ingerenze significative finalizzate all'accertamento di reati anche non gravi, a patto che sia previsto l'intervento del giudice atto a garantire il rispetto della proporzionalità nella fattispecie concreta.

Ben si comprende, dunque, come il controllo in questione risulti indispensabile per garantire la tenuta del sistema. Come affermato in diverse occasioni dalla Corte, infatti, la valutazione del giudice – o di altro soggetto indipendente – contribuisce ad assicurare il corretto contemperamento dei contrapposti interessi in gioco, garantendo così il rispetto dei principi sovranazionali posti a tutela dei diritti fondamentali⁵³.

Se, da un lato, va riconosciuta la portata garantista del principio, dall'altro deve rilevarsi che lo spazio di discrezionalità riservato al giudice è particolarmente ampio, mentre i criteri che dovrebbero guidare tale discrezionalità non sembrano facilmente afferrabili⁵⁴. Infatti, il parametro sulla base del quale va vagliata la gravità del reato pare essenzialmente fondato su una complessa opera di misurazione del disvalore assegnato a un illecito nel contesto sociale in cui è stato realizzato⁵⁵. Un simile criterio non solo appare eccessivamente vago e indeterminato, ma soprattutto sembra comportare – ove riferito alla gravità non di un singolo fatto ma di una tipologia di reato, come suggerito da alcuni passaggi della sentenza⁵⁶ – il rischio di un'indebita attribuzione al giudice di valutazioni di politica criminale che dovrebbero invece spettare esclusivamente al legislatore.

A seguito della messa a fuoco dell'attuale assetto dei principi di derivazione europea, pare opportuno rivolgere l'attenzione all'ordinamento interno, verificando se e in quale misura esso risulti conforme al descritto quadro normativo sovranazionale, concentrandosi in particolare sull'uso dei dati personali nel procedimento penale.

6. Profili vecchi e nuovi di inadeguatezza della disciplina processuale nazionale. Tra scrutinio di proporzionalità e gravità dell'ingerenza.

È ormai difficile non accorgersi dei diversi profili di inadeguatezza della disciplina italiana – essenzialmente racchiusa nell'art. 132 cod. *priv.* – al cospetto dei principi via via affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *data retention*. Alcune di queste frizioni, che riguardano aspetti centrali della materia *de qua*, sono già state sottolineate da tempo dalla dottrina, mentre altre sono state poste in luce dai più recenti interventi dei giudici lussemburghesi.

Cominciando dalle censure che potrebbero definirsi “classiche”, è anzitutto il caso di ricordare il carattere generalizzato e indifferenziato della conservazione dei dati “esterni” delle comunicazioni prevista dalla normativa interna, che si pone in aperto e diretto contrasto con il più volte richiamato divieto posto a partire dalla sentenza *Digital Rights*⁵⁷. Secondo la giurisprudenza europea, gli ordinamenti dovrebbero provvedere a delimitare l'ambito della *retention* sulla base di criteri di carattere geografico o soggettivo, purché congegnati in modo da non risultare discriminatori⁵⁸. Se è vero che la realizzazione pratica di tale indicazione è tutt'altro che agevole⁵⁹, va rilevato che il legislatore italiano ha del tutto omesso l'elaborazione di qualunque criterio selettivo – al di fuori di quello cronologico, del quale si dirà subito – volto a orientare la conservazione in un'ottica di proporzionalità.

Con riguardo ai tempi della conservazione, la situazione è poi particolarmente critica. Come noto, la prescrizione sovranazionale è quella di limitare l'ingerenza nei diritti fonamen-

⁵³ Cfr., da ultimo, la sentenza *La Quadrature du Net II*, punto 148.

⁵⁴ In argomento, v. ALBANESE (2024), p. 99, il quale osserva che, a ben vedere, una valutazione discrezionale è già compresa nello schema di cui all'art. 132 cod. *priv.*, laddove si prescrive che l'acquisizione dei dati è possibile anche in relazione ai «reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi».

⁵⁵ Cfr., in argomento, MARINO (2024), p. 1524, per il quale è criticabile la scelta di connettere la definizione di “grave criminalità” alle concezioni invalsi in ciascuno Stato membro; per questa via, potrebbe realizzarsi lo “snaturamento” di tale nozione vietato dalla Corte nella recente decisione di cui si tratta.

⁵⁶ In argomento, DELLA TORRE (2024), p. 1261.

⁵⁷ Sul tema, ad esempio, FILIPPI (2021a), p. 11.

⁵⁸ Si veda, ad esempio, C. giust. UE, 20 settembre 2022, *SpaceNet e Telekom Deutschland*, C-793/19 e C-794/19, punto 75.

⁵⁹ In questo senso LASAGNI (2022), p. 9 s., la quale osserva che, soprattutto nel campo delle indagini preventive, una distinzione operata sulla base dei criteri indicati dalla Corte rischierebbe di comportare evidenti disparità di trattamento; in senso conforme MALACARNE (2021b).

tali al periodo strettamente necessario. A norma dell'art. 132 cod. *priv.*, i dati sono conservati per dodici o ventiquattro mesi, a seconda che siano relativi al traffico telematico o telefonico. Peraltro, l'art. 24 della l. n. 167/2017 prevede che, per finalità di contrasto del terrorismo, i dati utili all'accertamento dei reati richiamati nella disposizione siano conservati per un periodo di settantadue mesi. Sembra evidente che tale termine debba essere osservato con riferimento a tutti i reati, posto che non è possibile sapere in anticipo quali informazioni potranno risultare funzionali alle indagini di cui si tratta⁶⁰. Simili tempistiche sono difficilmente conciliabili con i *dicta* della Corte di giustizia: si consideri che la direttiva Frattini, censurata anche sotto questo profilo dalla sentenza *Digital Rights*, prevedeva un termine di conservazione di ventiquattro mesi, di gran lunga inferiore a quello di fatto in vigore nel nostro ordinamento.

Non va neppure trascurato il tema della scarsa tutela riservata dalla normativa interna ai terzi ai quali si riferiscono le informazioni conservate e acquisite per finalità di accertamento. Dalle fonti europee e dalla loro interpretazione giurisprudenziale emerge la particolare attenzione all'ingerenza nella sfera privata di coloro che non sono soggetti all'investigazione; in particolare, l'acquisizione dei dati di terzi andrebbe limitata a casi davvero eccezionali, quali ad esempio le ipotesi di contrasto di minacce terroristiche⁶¹. L'art. 132 cod. *priv.*, dal canto suo, non contempla alcun meccanismo volto a consentire una selezione – *ex ante* o *ex post* rispetto all'acquisizione – delle informazioni, che parrebbe invece imporsi in un'ottica di tutela delle prerogative dei destinatari e dei terzi⁶².

Un altro profilo di sicuro rilievo, seppure più di dettaglio, è quello relativo all'uso "obliquo" dei dati in procedimenti diversi da quello di prima acquisizione. Come si è accennato, la sentenza *A.G.* della Corte di giustizia ha chiarito che tale trasferimento non è consentito se, nella sede di destinazione, l'obiettivo perseguito non è fra quelli che avrebbero legittimato in primo luogo l'acquisizione, onde evitare un aggiramento dei principi di garanzia che governano la materia *de qua*. Seppure siano state proposte letture adeguatrici volte a conformare la normativa interna al richiamato *dictum* sovranazionale⁶³, sembra che anche in questo caso ci si trovi di fronte a un profilo di contrasto difficilmente superabile in sede interpretativa. Infatti, come confermato dalla pronuncia *A.G.*, la circolazione del dato costituisce una nuova compressione dei diritti fondamentali degli individui che, in materie coperte dalla riserva di legge, deve ritenersi preclusa ove non specificamente disciplinata⁶⁴.

Venendo alle questioni problematiche sorte più di recente, va affrontata la questione relativa alle ricadute della recente sentenza della grande sezione pronunciata proprio sull'assetto delineato dall'art. 132 cod. *priv.* Come si è detto, l'opzione legislativa nazionale non è stata direttamente censurata: una normativa che ammetta l'accesso ai dati per l'accertamento di reati puniti con la reclusione pari a tre anni nel massimo non contrasta con il diritto dell'Unione, a condizione che il rispetto della proporzionalità sia garantito da un controllo del giudice volto ad accertare, in particolare, che la fattispecie per la quale si procede non risulti "manifestamente" non grave. Posto che l'art. 132 cod. *priv.* non prevede espressamente un simile controllo, occorre domandarsi se vi siano margini per ritenere sussistente, *de iure condito*, tale potere-dovere

⁶⁰ Sul tema cfr., SIGNORATO (2018b), p. 156 s., la quale sottolinea che, fermo restando che tutti i dati saranno conservati per il termine di settantadue mesi, solo quelli funzionali all'accertamento dei reati indicati dalla disciplina emergenziale saranno suscettibili di acquisizione nei relativi procedimenti penali dopo la scadenza del termine ordinario; LASAGNI (2022), p. 9; FORMICI (2021), p. 333.

⁶¹ Sottolinea questi aspetti DI STEFANO (2022), p. 2573 ss., con particolare riferimento alla sentenza *Prokuratuur*; cfr., di recente, la sentenza *Commissioner*, punto 105.

⁶² In questo senso TAVASSI (2022), p. 12; una simile scelta legislativa sembra sintomo del fatto che le istanze di riservatezza sono ancora considerate recessive rispetto a quelle di accertamento nel nostro sistema processuale penale, assetto ormai insostenibile ad avviso di LASAGNI (2022), p. 11 e DI STEFANO (2022), p. 2574, il quale ritiene che alla luce della giurisprudenza europea il giudice potrebbe oggi escludere l'accesso a informazioni pur utili all'accertamento all'esito di una valutazione di proporzionalità che tenga conto della tutela dei diritti dei terzi.

⁶³ Cfr., in argomento, DI STEFANO (2023), p. 4297 ss., ad avviso del quale occorre operare un'interpretazione orientata al diritto dell'Unione dell'art. 132 cod. *priv.*, tale da ritenere che la circolazione delle informazioni sia consentita solo in relazione a reati che rientrano tra quelli indicati al terzo comma della medesima previsione.

⁶⁴ Come noto, vige in materia di uso processuale dei dati sul traffico telefonico e telematico anzitutto la riserva di legge di cui all'art. 15 Cost.; sul punto, la Corte costituzionale ha affermato già a partire dal 1993 (Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81) che l'ampiezza della tutela accordata da tale norma «è sicuramente tale da ricomprendere fra i propri oggetti anche i dati esteriori di individuazione di una determinata conversazione telefonica». Al riguardo, v. LEO (2019), p. 2, il quale sottolinea che «[r]iserva di legge vuol dire – quando è in gioco la tutela di diritti fondamentali, tra i quali il diritto alla riservatezza delle comunicazioni – che è vietato tutto ciò che non è espressamente consentito»; nello stesso senso, DINACCI (2024), p. 10, ad avviso del quale, stante l'obbligo derivante (anche) dalle fonti europee di rispettare una riserva di legge, «se non disciplinato l'atto non può essere realizzato». Dunque, poiché l'art. 132 cod. *priv.* tace sul punto e paiono incompatibili con la fattispecie considerata sia la disciplina dei documenti, di cui all'art. 234 c.p.p., sia quella della circolazione degli atti irripetibili di cui all'art. 238 c. 3 c.p.p., e non estensibile analogicamente l'art. 270 c.p.p., sulla circolazione delle intercettazioni, il trasferimento dei dati non sembra ammissibile *de iure condito*. Su questi aspetti, sia consentito il rinvio a PARODI L. (2024), p. 14 ss.

del giudice o se invece la disciplina interna vada ritenuta incompatibile con le fonti europee.

La strada per un'interpretazione conforme dell'art. 132 cod. *priv.* – o, a maggior ragione, per la diretta applicazione delle norme europee come interpretate nella pronuncia in questione – appare impervia alla luce della non piena chiarezza della fisionomia del vaglio, per il quale è allo stato difficile individuare criteri in grado di guidare la discrezionalità del giudice⁶⁵. Infatti, vi sono ragioni per ritenere che il concetto di “gravità” al quale fa riferimento la Corte non riguardi il disvalore del fatto commesso, valutato alla luce dei consueti parametri offerti dalla disciplina positiva⁶⁶. Ciò in quanto, come si è già sottolineato, il riferimento alle “condizioni sociali” pare evocare considerazioni concernenti il disvalore e l'allarme sociale che connotano una certa tipologia di illeciti nel contesto di riferimento. Un simile scrutinio rischierebbe di provocare uno sconfinamento del giudice sul terreno della politica criminale, a fronte di scelte legislative già adottate.

Poiché sembra difficile, allo stato, ricostruire l'esatta struttura del vaglio giudiziale sulla gravità del reato, una soluzione adeguata potrebbe essere un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, con il quale si chieda di precisare ulteriormente il principio elaborato nella recente pronuncia in questione⁶⁷.

L'ultimo profilo che si vuole affrontare è stato posto in luce con maggiore chiarezza rispetto al passato dalla recente decisione *La Quadrature du Net II* e concerne un aspetto di sistema. Mentre non sussistono ormai incertezze, a livello europeo, che sia il canone della gravità dell'ingerenza a determinare il sistema di garanzie applicabili alle singole fattispecie, un quadro così lineare non può essere tratteggiato con riguardo all'ordinamento interno. In ambito nazionale, infatti, il discrimine tra regimi più e meno garantiti pare dipendere, *prima facie*, dalla riconducibilità di un determinato strumento limitativo del diritto alla protezione dei dati personali alla disciplina di cui all'art. 132 cod. *priv.*

Sull'ambito di applicazione della disposizione menzionata da ultimo, peraltro, sussiste un dibattito interpretativo, sviluppatosi soprattutto in riferimento alla categoria dei c.d. *file di log*⁶⁸. Da una parte, valorizzando soprattutto il disposto dell'art. 121 cod. *priv.*⁶⁹, si sostiene che rientrino nella disciplina in questione solo i dati che riguardano un'attività di “comunicazione” (in senso stretto) in rete⁷⁰. Secondo tale lettura, dunque, le informazioni relative agli indirizzi IP delle utenze – attraverso le quali è possibile tracciare la navigazione in *Internet* dei titolari – sarebbero in linea di massima escluse dalla disciplina di cui all'art. 132. Altra parte degli interpreti sostiene un opposto indirizzo, alla stregua del quale l'intera categoria dei *file di log* dovrebbe essere assoggettata al regime giuridico dei dati relativi al traffico, in quanto proprio in tali registri informatici sarebbero contenute le informazioni circa le comunicazioni telematiche⁷¹.

La prima soluzione prospettata, sebbene più aderente al dato normativo interno, pare del tutto inappagante dal punto di vista dei principi affermati in materia sul piano sovranazionale e della tutela dei diritti fondamentali degli individui. Infatti, è evidente che anche attraverso la conservazione e l'utilizzazione di dati personali non strettamente attinenti a un'attività *stricto sensu* comunicativa possono generarsi ingerenze particolarmente significative nella vita privata dei singoli⁷². Lo dimostra nitidamente la decisione *La Quadrature du Net II*, con la quale si è chiarito come l'uso degli indirizzi IP non costituisca un'ingerenza grave nel caso di specie solo perché orientato esclusivamente a scopi identificativi e non di tracciamento delle attività

⁶⁵ Sui requisiti per riconoscere effetto diretto alle direttive e alle disposizioni di diritto primario dell'Unione, si rinvia a GALLO (2018), p. 114 ss.; sugli effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia, cfr. CIMIOTTA (2023), p. 283 ss.; CORRERA (2023), p. 172 ss.

⁶⁶ Si pensi al criterio di cui all'art. 133 c.p., relativo alla dosimetria della pena, impiegato in vari ambiti allo scopo di guidare la discrezionalità del giudice, o alla valutazione sull'applicazione delle misure cautelari personali condotta a norma dell'art. 275 c.p.p.

⁶⁷ In senso conforme, DELLA TORRE (2024), p. 1263.

⁶⁸ I *file di log* sono registri in cui sono riportate le operazioni svolte dagli utenti attraverso i propri dispositivi elettronici. Sul tema v., per tutti, DELLA TORRE e MALACARNE (2023), p. 5 e 7 ss., anche per un'attenta analisi in ordine al regime giuridico applicabile a tali dati e ai confini applicativi dell'art. 132 cod. *priv.*

⁶⁹ La disposizione citata prevede, al comma 1-bis, lett. h), che per “dato relativo al traffico” debba intendersi «qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione».

⁷⁰ In questo senso, PESTELLI (2021b); in senso conforme GITTARDI (2021).

⁷¹ Così FILIPPI (2022), par. 17; in senso parzialmente conforme PARODI C. (2021), *Convertito il decreto in tema tabulati: (quasi) tutto chiaro*, in *www.ilpenalista.it*, 19 novembre 2021.

⁷² Al riguardo, cfr., ancora, FILIPPI, (2022) par. 17, il quale sottolinea che i *file di log* possono essere utilizzati «per ottenere una serie di informazioni, utili nel procedimento penale e relative al “traffico di dati telematici”, quali la data e ora di un collegamento a *internet* e della relativa sessione di navigazione, l'indirizzo IP utilizzato, i “pacchetti” di informazioni trasmesse e ricevute, comprese quelle relative agli accessi ai siti *web*, e così via.

svolte *online* dagli utenti. In quest'ultima ipotesi, al contrario, ci si troverebbe chiaramente al cospetto di un'intrusione grave nei diritti tutelati dalla Carta, in relazione alla quale dovrebbero entrare in gioco tutte le garanzie previste per le forme più invasive di *data retention*⁷³.

Seguendo l'impostazione fondata su una lettura restrittiva delle norme del cod. *priv.*, si finirebbe per negare le garanzie di cui all'art. 132, peraltro, per molti versi già carenti rispetto allo statuto sovranazionale della materia, in relazione ad attività investigative in grado di incidere significativamente sui diritti fondamentali. Infatti, come si è sottolineato in dottrina, le soluzioni alternative rispetto allo schema delineato dalla disposizione citata – si pensi al ricorso agli artt. 256 e 254-*bis* c.p.p. – non prevedono alcuna garanzia in ordine al controllo giurisdizionale preventivo sull'accesso o alla tipologia di reati in relazione ai quali è possibile l'acquisizione del dato, ciò che si aggiunge alla voragine normativa in tema di condizioni e tempi di conservazione⁷⁴. A ben vedere, sotto tale ultimo profilo, la disciplina interna sarebbe inadeguata anche con riferimento ai dati il cui utilizzo comporti un'ingerenza non grave, poiché la conservazione deve pur sempre essere regolamentata dalla legge e limitata al periodo strettamente necessario, come chiarito dalla giurisprudenza europea.

Occorre a questo punto domandarsi quali siano le conseguenze sul piano applicativo dell'inidoneità della normativa interna a disciplinare il fenomeno di cui si tratta nel rispetto delle garanzie imposte a livello sovranazionale.

La via dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione delle disposizioni interne che regolano la conservazione e l'acquisizione dei dati pare su vari fronti preclusa dal tenore letterale delle disposizioni sopra considerate⁷⁵. Non resterebbe quindi che rilevare il contrasto della disciplina interna con quella europea. Da questo punto di vista, le soluzioni sul terreno sarebbero, come si è già accennato, la disapplicazione delle disposizioni interne contrastanti con le fonti sovranazionali (se provviste di effetto diretto), la proposizione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia o la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale⁷⁶.

Al di là delle soluzioni appena prospettate, peraltro, sembra doveroso chiedersi se vi siano, sul piano processuale, strumenti utili a limitare il pregiudizio delle prerogative fondamentali che può scaturire dai numerosi profili di inadeguatezza della disciplina interna rispetto agli standard sovranazionali.

6.1.

Aperture in tema di “inutilizzabilità eurounitaria” e urgenza di una riforma organica della data retention.

Appare evidente che al sempre più marcato scarto tra la normativa interna e il quadro dei principi eurounitari corrisponde il rischio crescente di ingresso incontrollato nei procedimenti penali di prove acquisite in violazione dei diritti fondamentali. Anche alla luce di recenti sviluppi interpretativi, sembra tuttavia opportuno volgere lo sguardo alla categoria dell'inutilizzabilità. Ci si domanda, in particolare, se vi siano margini per prospettare, in determinate circostanze, l'esclusione dei dati raccolti e utilizzati secondo modalità incompatibili con le fonti sovraordinate.

Come noto, quando il contrasto riguarda le prerogative fondamentali sancite dalla Costituzione, dottrina e giurisprudenza tendono a riconoscere – a certe condizioni – l'inutilizzabilità della “prova incostituzionale”⁷⁷. L'istituto pare suscettibile di trovare qualche applicazione

⁷³ Al riguardo, si ricorda che nella sentenza *La Quadrature du Net* del 2020 si era affermato che la conservazione degli indirizzi IP e il successivo accesso ai medesimi erano consentiti solo per ragioni di contrasto delle forme gravi di criminalità, in quanto utilizzabili per effettuare un tracciamento delle attività svolte in rete dagli utenti. Sul punto, si rinvia al par. 3.

⁷⁴ In questo senso DELLA TORRE e MALACARNE (2023), p. 12. Il ricorso agli artt. 256 e 254-*bis* c.p.p. è prospettato, rispettivamente, da PESTELLI (2021b) e da GIORDANO (2022). Sul *deficit* di garanzia che connota le disposizioni in discorso, con particolare riferimento alla materia dell'acquisizione dei tabulati telefonici, cfr. DINACCI (2022), p. 305 ss.; ANDOLINA (2018), p. 11 ss.

⁷⁵ Non pare ad esempio percorribile, alla luce di quanto accennato in precedenza, un'interpretazione volta a ricondurre alla disciplina di cui all'art. 132 cod. *priv.* la conservazione e l'acquisizione di tutti i “dati relativi al traffico” e non dei soli “dati esterni delle comunicazioni”. Simili conclusioni sembrano imporsi, come si è detto, con riferimento all'introduzione *de iure condito* del vaglio giudiziale sulla gravità del reato.

⁷⁶ È noto che le possibili soluzioni mutano a seconda che le fonti europee contrastanti con la disciplina interna siano dotate di effetti diretti oppure ne siano prive. Al riguardo, si veda C. cost., 24 giugno 2010, n. 227, in cui si ribadisce che il giudice ha il potere-dovere di «dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto».

⁷⁷ Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale (C. cost., 4 aprile 1973, n. 34), «attività compiute in dispregio dei fondamentali

anche nell'ambito dell'uso processuale dei dati sul traffico, essendo la materia "coperta", almeno per quel che riguarda le comunicazioni in senso stretto, dall'art. 15 della Costituzione⁷⁸. Non mancano, d'altronde, argomenti per sostenere che effetti analoghi potrebbero scaturire dal contrasto con i diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il principio di effettività, sancito dall'art. 47 della Carta, impone agli Stati membri di non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti stabiliti dal diritto dell'Unione⁷⁹; più nello specifico, l'obiettivo è quello di «porre l'indagato o imputato nella posizione in cui questi si sarebbe trovato se la violazione non si fosse verificata»⁸⁰. In tale quadro, una delle soluzioni indicate dalla Corte di giustizia al fine di rendere effettiva la tutela delle prerogative scaturenti dal diritto europeo e di salvaguardare il diritto ad un processo equo è proprio la predisposizione di «un divieto di utilizzare informazioni ed elementi di prova»⁸¹.

Alcune importanti indicazioni sono ricavabili, proprio nella materia *de qua*, dalle sentenze *La Quadrature du Net* e *Prokuratuur*. Infatti, sebbene spetti in linea generale al legislatore interno stabilire le regole di ammissione e valutazione delle prove nel procedimento penale, sembra possibile desumere dalla giurisprudenza di Lussemburgo il riconoscimento di un eccezionale potere-dovere del giudice nazionale di esclusione delle prove acquisite in violazione delle fonti europee, in un'ottica di effettività, di tutela delle prerogative difensive e di garanzia dell'equo processo. Con le citate decisioni, in particolare, la Corte di giustizia ha affermato che «il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di escludere informazioni ed elementi di prova che siano stati ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, od anche mediante un accesso dell'autorità competente a tali dati in violazione del diritto dell'Unione», ogni volta che la difesa non sia in grado «di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito alle informazioni e agli elementi di prova suddetti, riconducibili ad una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idonei ad influire in maniera preponderante sulla valutazione dei fatti»⁸².

Un importante riconoscimento, nell'ambito dell'ordinamento interno, dei principi enunciati a livello eurounitario sembra potersi ravvisare in due note decisioni delle Sezioni Unite penali, concernenti l'acquisizione mediante ordine europeo di indagine (OEI) di dati relativi alle comunicazioni effettuate mediante il sistema Sky-Ecc. In tali sentenze, una volta escluso che il pubblico ministero debba munirsi di un'autorizzazione preventiva del giudice prima di procedere con l'OEI, si è affermato che il decisore al quale vengono presentate le prove acqui-

diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito». In dottrina, cfr., per tutti, GREVI (1973), p. 341 ss.; CAMON (1999), p. 1188 ss.; DINACCI (2008), p. 75 ss.; CONTI (2018), p. 1210 ss.

⁷⁸ Potrebbero ad esempio ritenersi inutilizzabili in quanto "prove incostituzionali" i dati trasferiti da un procedimento penale ad un altro (secondo una prassi validata, tra le altre, da Cass. Pen., Sez. II, 22 novembre 2007, n. 43329, Cass. Pen., Sez. VI, 7 dicembre 2023, n. 48838; Cass. Pen., Sez. IV, 15 aprile 2024, n. 15417, tutte in *OneLegale*), in mancanza di una legge – che contempra adeguate garanzie – atta a governare l'uso "obliquo" di tali informazioni. Si rinvia, in argomento, al paragrafo precedente, spec. n. 64. Non manca poi chi chiama in causa il concetto di "prova incostituzionale" anche con riferimento alla violazione dei parametri sovranazionali e convenzionali; in questo senso, NICOLICCHIA (2024), p. 199, a proposito della violazione degli articoli 7 e 8 della Carta e 8 CEDU in materia di ordine europeo di indagine.

⁷⁹ Sul tema v., per tutti, ALLEGREZZA (2018), p. 97 ss. Il principio era già desumibile dalla giurisprudenza, anche risalente, della Corte di giustizia: cfr., ad esempio, C. giust. UE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, punto 12 ss., in cui si afferma che le norme e i rimedi predisposti dagli ordinamenti nazionali per consentire la tutela dei diritti che scaturiscono dal diritto dell'Unione «*must not be less favourable than those governing similar domestic actions nor render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law*». Il medesimo principio ha trovato poi espresso riconoscimento nella CDFUE e in numerosi atti di diritto derivato dell'Unione, oltre ad essere stato ulteriormente sviluppato dalla giurisprudenza di Lussemburgo.

⁸⁰ In questi termini il considerando 44 della direttiva 2016/343/UE, che fornisce un'esplicita definizione normativa del principio in discorso. Cfr., sul punto, DELLA TORRE (2018), p. 1413, il quale osserva che il considerando in parola rende più agevole decifrare il contenuto del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta.

⁸¹ Così, ad esempio, la sentenza *La Quadrature du Net*, punto 225. In merito ai rapporti tra violazione del diritto dell'Unione e atti probatori in materia processuale penale cfr., per tutti, ALLEGREZZA (2018), p. 125 ss.; CABIALE (2019), p. 215 ss.; ID. (2018), p. 2143; CAIANIELLO (2014b), p. 317 ss.; DELLA TORRE (2018), p. 1413 ss.; GIALUZ (2018), p. 113 ss.; GRISONICH (2022), p. 556 ss.

⁸² In questi termini la sentenza *Prokuratuur*, punto 44; nello stesso senso *La Quadrature du Net*, punto 227. L'indirizzo di cui si tratta è stato recentemente arricchito da due importanti decisioni, seppure intervenute in materie diverse da quella in questione. Ci si riferisce anzitutto a C. Giust. UE, 30 aprile 2024, *M.N.*, C-670/22, punto 131, sulla quale cfr. BERNARDINI (2024); GRANDI (2024a), p. 1248; TONDI (2024), p. 837 ss.; con tale sentenza, relativa alla direttiva 2014/41/UE (in materia di ordine europeo di indagine), si è affermato che l'art. 14, par. 7 di tale atto normativo «deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice penale nazionale di espungere, nell'ambito di un procedimento penale (...) informazioni ed elementi di prova», se sui medesimi l'accusato «non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni», a condizione che risultino «idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti». La Corte ha ribadito tale principio, questa volta con riferimento all'art. 12, par. 2, della direttiva 2013/48/UE (sul diritto di accesso al difensore), con la sentenza C. Giust. UE, 14 maggio 2024, *Stachev*, C-15/24, punto 98, sulla quale v. GRANDI (2024b), p. 1251; GAMBARDELLA (2024). Nella pronuncia si afferma la necessità di escludere gli elementi di prova raccolti in violazione del diritto all'assistenza difensiva ogni volta che la difesa non sia nella posizione di argomentare efficacemente, senza peraltro riproporre il criterio della preponderante incidenza sulla valutazione dei fatti.

site mantiene comunque il potere di valutare l'ammissibilità e l'utilizzabilità delle medesime, verificando «se vi sia stata violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza, e, quindi, del diritto di difesa e della garanzia di un giusto processo, in linea con quanto stabilito dall'art. 14, paragrafo 7» della direttiva 2014/41/UE⁸³.

Non si può dunque trascurare come dal livello sovranazionale provengano indicazioni, in parte recepite dalla giurisprudenza interna, a sostegno della possibilità di escludere dal procedimento prove raccolte in violazione dei diritti fondamentali. Ciò che non è allo stato agevole è stabilire quando dai principi precisati dalla Corte di giustizia scaturisca un simile potere del giudice nazionale. Infatti, è riservato agli stati un ampio margine di discrezionalità nell'assicurare l'effettività del diritto dell'Unione: possono essere previste, allo scopo, regole di valutazione della prova o "garanzie compensative" volte addirittura ad incidere sul trattamento sanzionatorio⁸⁴. Paiono peraltro potersi individuare casi nei quali la violazione dei diritti fondamentali di matrice europea deve trovare rimedio nella sanzione di inutilizzabilità. Si tratta, secondo quanto chiarito finora dai giudici lussemburghesi, delle ipotesi nelle quali si verifichi una violazione del *fair trial* e delle garanzie difensive, che si concretizza in particolare qualora l'imputato non sia in condizione di svolgere efficacemente le proprie difese in relazione alle prove raccolte in contrasto con i principi sovranazionali.

Ferme restando le difficoltà interpretative delle quali si è dato conto, sembra utile interrogarsi circa l'applicabilità dei richiamati principi sul piano dell'ordinamento interno, nell'ambito della materia *de qua*. Deve rilevarsi, al riguardo, che una parte della dottrina ritiene configurabile l'inutilizzabilità, di diretta derivazione eurounitaria, delle prove acquisite pur conformemente all'art. 132 cod. *priv.*, ma in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta⁸⁵. Secondo questo indirizzo, non potrebbe negarsi la violazione del principio di effettività e del diritto a un processo equo a fronte di un accertamento fondato su dati sul traffico raccolti e utilizzati in violazione dei principi sovranazionali⁸⁶. Ne consegue che, in tali ipotesi, l'atto probatorio dovrebbe essere escluso dal giudice.

Nella delineata prospettiva, pare ad esempio legittimo dubitare dell'utilizzabilità nel processo di dati conservati per periodi di tempo molto ampi e, comunque, in maniera indiscriminata, che non dovrebbero neppure essere a disposizione dell'accusa se la disciplina interna fosse conforme ai canoni di proporzionalità elaborati in sede sovranazionale. Non appare infatti scontato che, a fronte di una mole significativa di dati ottenuti in violazione dei principi fondamentali sulla conservazione e l'acquisizione delle prove tecnologiche, gli imputati siano in grado di svolgere "efficacemente" le proprie difese. Potrebbero allora essere proprio questi i casi presi in considerazione dalle sentenze *La Quadrature du Net* e *Prokuratuur*, nei quali l'effettività e la salvaguardia delle garanzie difensive dovrebbero essere assicurate dall'esclusione delle prove raccolte in contrasto con il diritto dell'Unione⁸⁷.

Anche alla luce delle considerazioni appena proposte, pare evidente l'urgenza di una riforma organica della *data retention* che soddisfi le manifeste esigenze di certezza del diritto e uniformità della tutela delle prerogative fondamentali.

Tenendo conto degli ultimi sviluppi in ambito sovranazionale, sembra che il criterio ispira-

⁸³ Così Cass. Pen, Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23755 e 23756, in *OneLegale*, sulle quali si rinvia a DANIELE (2024); FILIPPI (2024); NICOLICCHIA (2024); SPANGHER (2024).

⁸⁴ In questo senso, in particolare, le sentenze *La Quadrature du Net*, punto 223 e *Prokuratuur*, punto 42. Naturalmente, il margine di apprezzamento lasciato agli Stati e i rimedi che possono ritenersi imposti alla luce del diritto dell'Unione possono variare a seconda delle materie (e fonti normative) di volta in volta considerate; per l'approfondita analisi dell'incidenza del principio dell'*effective remedy* sulle regole di valutazione e di esclusione delle prove negli ambiti interessati dalle diverse fonti europee v., per tutti, CABIALE (2019), *passim*. Può essere interessante notare come, in ogni caso, sia stato lo stesso legislatore italiano a ricorrere all'inutilizzabilità quale sanzione processuale posta a presidio delle norme sulla conservazione e acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni di cui all'art. 132 cod. *priv.*

⁸⁵ In questo senso MARCOLINI (2015), p. 780 s., il quale accosta la "inutilizzabilità comunitaria" alla disapplicazione dell'atto probatorio; DINACCI (2024), p. 11 ss.; cfr. anche, al riguardo, LUPÁRIA (2019a), p. 763, il quale reputa «del tutto insoddisfacente» l'opzione interpretativa privilegiata dalla giurisprudenza interna (in particolare, Cass. Pen., Sez. V, 24 aprile 2018, n. 33851, in *OneLegale*), nella misura in cui ha negato che alla violazione dei principi stabiliti dalla Corte di giustizia in materia di *data retention* consegua l'inutilizzabilità patologica dei dati acquisiti.

⁸⁶ Cfr., ancora, MARCOLINI (2015), p. 781; in senso conforme DINACCI (2024), p. 12 s., il quale sottolinea come l'uso di dati conoscitivi acquisiti in contrasto con i presidi di garanzia affermati dalla Corte di giustizia si rifletta in una violazione del principio del contraddittorio e del processo equo.

⁸⁷ Se così non fosse, non sarebbe agevole ipotizzare in quali ipotesi «informazioni ed elementi di prova (...) ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, od anche mediante un accesso dell'autorità competente a tali dati in violazione del diritto dell'Unione» dovrebbero essere, come prescritto dalle citate decisioni della Corte di giustizia, esclusi dal giudice, in ragione dell'impossibilità per l'imputato di difendersi "efficacemente" a fronte di simili acquisizioni. Non può tacersi, peraltro, che una simile interpretazione avrebbe effetti travolgenti nel sistema interno, vista la sospetta conformità con i principi europei delle previsioni nazionali sull'ampiezza e sui termini della *retention*.

tore della riforma dovrebbe essere quello della gravità dell'ingerenza, da tempo adottato quale cardine dei bilanciamenti di volta in volta operati dai giudici europei. Dunque, a prescindere dalla questione, sopra considerata, se si sia in presenza di una vera e propria comunicazione, rispetto ai dati in grado di rivelare informazioni sulla vita privata degli utenti dovrebbe essere assicurato il livello più elevato di garanzie. Tra queste, chiaramente, non potrà mancare il vaglio preventivo sull'accesso ai dati (e, pare, sulla circolazione dei medesimi⁸⁸), con la funzione assegnatagli dalla Corte di giustizia⁸⁹: il giudice dovrà avere il potere-dovere di vigilare sul rispetto della proporzionalità in concreto, tenendo conto della portata dell'ingerenza conseguente alla richiesta di acquisizione e della rilevanza dell'obiettivo perseguito.

Quanto al criterio per la valutazione della gravità del reato, sembra necessario ancorare lo scrutinio a criteri oggettivi, anche delineati a partire da modelli già reperibili nell'ordinamento⁹⁰, mentre appare difficile declinare il vaglio giudiziale sulla base del riferimento alle "condizioni sociali", almeno finché il parametro non sarà precisato ulteriormente dalla Corte. Ciò comporterebbe infatti, come accennato, il rischio di indurre il giudice a compiere valutazioni sul disvalore che connota non il fatto, bensì il tipo di reato, tenuto conto delle concezioni esistenti al riguardo nel contesto sociale di riferimento: l'interprete di tali circostanze è il legislatore, il quale si esprime in via generale sul piano normativo⁹¹.

D'altro canto, nei casi in cui sia possibile escludere un elevato livello di ingerenza nei diritti fondamentali, si potrebbe delineare una disciplina meno rigorosa, secondo le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza sovranazionale⁹². Adottando un simile approccio, i dati che non consentono di trarre informazioni precise sulla vita privata dei titolari, ad esempio in quanto utilizzati per soli scopi identificativi, potrebbero dunque essere conservati e acquisiti per l'accertamento di reati anche non gravi e il provvedimento autorizzativo potrebbe essere emesso direttamente dal rappresentante dell'accusa⁹³. Tale assetto non comporterebbe una rinuncia alla proporzionalità in concreto: qualora ravvisasse il rischio di un'ingerenza grave nelle libertà individuali come conseguenza della misura, il pubblico ministero dovrebbe adire il giudice e innescare il vaglio preventivo⁹⁴.

In definitiva, sembra che una disciplina calibrata sul livello di intrusività dei mezzi tecnologici adoperati per finalità investigative e ispirata al principio di proporzionalità, anche in concreto, sia quella maggiormente idonea a garantire uno standard adeguato di protezione dei diritti fondamentali degli individui, requisito indefettibile del sistema processuale, pur senza sacrificare le esigenze di sicurezza e di accertamento dei reati⁹⁵.

⁸⁸ L'uso "obliquo" del dato, che andrebbe espressamente regolato per esigenze di rispetto della riserva di legge, costituisce di per sé un'ingerenza nelle prerogative fondamentali degli interessati, come chiarito dalla sentenza *A.G.* Dunque, non pare eludibile il controllo di proporzionalità prescritto dalla Corte, volto a verificare che la lesione dei diritti individuali sia giustificata dall'obiettivo perseguito.

⁸⁹ Ciò a meno che il legislatore non voglia elaborare una nuova soglia editale che tenga conto non del massimo di pena, bensì del minimo. In ogni caso, sembra che la previsione del controllo di proporzionalità in concreto sia difficilmente rinunciabile nell'ottica di una piena conformazione agli standard delineati dalla giurisprudenza sovranazionale.

⁹⁰ Come già accennato, un utile riferimento potrebbe essere costituito dall'art. 133 c.p., quanto ai criteri per la valutazione della gravità di un fatto di reato; in generale, il vaglio del giudice potrebbe essere configurato sul modello dello scrutinio di proporzionalità disciplinato dall'art. 275 c.p.p. Si tratta peraltro di profili che in queste pagine non possono essere sviluppati neppure per cenni.

⁹¹ Se mai, per aderire maggiormente al canone sovranazionale del contrasto alle forme gravi di criminalità, si potrebbe prevedere una soglia minima editale, anziché massima. Infatti, ad avviso della Corte, è soprattutto la considerazione di una pena massima a fondare il rischio di un accesso ai dati per l'accertamento di reati in realtà non gravi. Cfr., al riguardo, la sentenza 30 aprile 2024, C-178/22, punto 57.

⁹² Il criterio qui proposto trova un non trascurabile riscontro sul piano legislativo, in quanto privilegiato anche dal regolamento (UE) 2023/1543 (c.d. regolamento *e-evidence*), seppure nell'ambito della cooperazione internazionale. Il considerando n. 36, in particolare, chiarisce che solo in relazione ai dati personali maggiormente "sensibili" è necessario l'intervento di un giudice, mentre l'autorizzazione di un pubblico ministero sarebbe sufficiente con riguardo ai dati utili alla mera identificazione dell'utente.

⁹³ Al riguardo cfr., DELLA TORRE e MALACARNE (2023), p. 19; nonché PARODI C. (2021), il quale ritiene che la disciplina dell'art. 132 – con particolare riferimento alla necessità dell'intervento autorizzativo del giudice – dovrebbe applicarsi ogni volta che attraverso i *file* di *log* si voglia documentare l'attività "dinamica" svolta in rete dall'utente.

⁹⁴ Tale esigenza pare imporsi alla luce delle recenti decisioni della Corte di giustizia, che sanciscono l'indispensabilità della previa valutazione di un'autorità indipendente in occasione di limitazioni significative dei diritti fondamentali. Cfr., in particolare, la sentenza *La Quadrature du Net II*, spec. punto 136, nella quale si chiarisce che anche a fronte di misure che prevedano un uso dei dati non produttivo di ingerenze gravi, come quella delineata dalla normativa francese sul diritto d'autore, le garanzie devono essere pronte a riespandersi quando situazioni "atipiche" mettano a repentaglio la tutela dei diritti fondamentali. È ciò che avviene, ad esempio, quando la reiterazione di condotte illecite consente all'autorità di conoscere i titoli di svariate opere messe in rete dall'utente, il che può consentire di trarre conclusioni sulle sue abitudini di vita. In simili ipotesi, emergendo il rischio di un'ingerenza grave, "scatta" l'obbligo del vaglio preventivo sull'accesso.

⁹⁵ In merito alle coordinate per una tutela efficace dei diritti fondamentali nel procedimento penale, anche attraverso il corretto impiego del principio di proporzionalità, non può mancare il riferimento a ORLANDI (2014), *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, cit., p. 1151 ss.; si rinvia altresì alle riflessioni di DE VERGOTTINI (2019), *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normativa*, cit., 85 ss., il quale ritiene scorretto un approccio volto a teorizzare un bilanciamento puro e semplice tra diritti fondamentali e sicurezza: piuttosto, «tenendo ferma la precedenza per i diritti si ammette in casi particolarmente

Bibliografia

- ALBANESE, Dario (2024), “Dalla Corte di giustizia dell’Unione europea un’altra svolta garantista in materia di acquisizione dei tabulati telefonici”, *Sistema Penale*, 5, pp. 93-100
- ALLEGREZZA, Silvia (2018), “Judicial review as a fundamental right: Article 47 of the Charter”, in ALLEGREZZA, Silvia e COVOLO, Valentina, *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings*, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, pp. 97-132
- ALPA, Guido (2021), *L’intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena, Mucchi Editore
- ANDOLINA, Elena (2018), *L’acquisizione nel processo penale dei dati “esteriori” delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Padova, Cedam
- ANDOLINA, Elena (2021), “Ancora una pronuncia della Grande Camera della Corte di Giustizia UE in tema di condizioni di accesso ai *traffic data*”, *Processo Penale e Giustizia*, pp. 1204-1217
- BERNARDINI, Lorenzo (2024), “On encrypted messages and clear verdicts - the Encro-Chat case before the Court of Justice (Case C-670/22, MN)”, www.eulawlive.com
- BIN, Roberto (1992), *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè
- CABIALE, Andrea (2019), *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, Giuffrè
- CABIALE, Andrea (2018), “I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole e molti silenzi”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 2138-2179
- CAIANIELLO, Michele (2014a), “Il principio di proporzionalità nel procedimento penale”, *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 3-4, pp. 143-163
- CAIANIELLO, Michele (2014b), “To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, pp. 317-329
- CAMON, Alberto (1999), “Le riprese visive come mezzo d’indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»”, *Cassazione Penale*, pp. 1188-1213
- CENTORAME, Federica (2021), “Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 499-523
- CIMIOTTA, Emanuele (2023), *L’ambito soggettivo di efficacia delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia dell’Unione europea*, Torino, Giappichelli
- CONTI, Carlotta (2018), “Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo”, *Diritto Penale e Processo*, pp. 1210-1221
- CONTI, Carlotta (2019), “Sicurezza e riservatezza”, *Diritto Penale e Processo* pp. 1572-1585
- CORRERA, Angela (2023), *Natura ed effetti delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia*, Napoli, Editoriale Scientifica
- DANIELE, Marcello (2011), “La prova digitale nel processo penale”, *Rivista di Diritto Processuale* pp. 283-298
- DANIELE, Marcello (2024), “Le sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite sui criptofonini”, www.sistemapenale.it

gravi e meritevoli di ottenere attenzione una limitazione dei diritti ma a condizione che l’intervento limitativo sia giustificato e soprattutto proporzionato al fine che si deve conseguire con la misura».

DE VERGOTTINI, Giuseppe (2019), “Una rilettura del concetto di sicurezza nell’era digitale e della emergenza normativa”, *Rivista AIC*, 4, pp. 65-85

DELLA TORRE, Jacopo (2018), “Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo “embrione” di un sistema europeo di garanzie difensive”, *Cassazione Penale*, pp. 1396-1424

DELLA TORRE, Jacopo (2021), “L’acquisizione dei tabulati telefonici nel processo penale dopo la Grande Camera della Corte di Giustizia UE: la svolta garantista in un primo provvedimento del g.i.p. di Roma”, *www.sistemapenale.it*

DELLA TORRE, Jacopo (2024), “Proporzionalità va cercandosi: la Corte di giustizia sul concetto di criminalità grave nella *data retention*”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1255-1263

DELLA TORRE, Jacopo e MALACARNE, Alessandro (2023), “L’utilizzo dei *file di log* per scopi di contrasto alla criminalità: nodi problematici e possibili soluzioni”, *www.archiviopenale.it*

DI STEFANO, Pierluigi (2022), “La Corte di giustizia interviene sull’accesso ai dati di traffico telefonico: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?”, *Cassazione Penale*, p. 2556-2579

DI STEFANO, Pierluigi (2023), “La Corte di giustizia ribadisce che i dati di traffico telefonico e telematico regolarmente conservati ed acquisiti al fine di lotta alla criminalità grave, di tutela della sicurezza pubblica e della sicurezza dello stato non possono essere ulteriormente utilizzati per finalità diverse. Vietato ogni uso dei tabulati al di fuori del processo penale?”, *Cassazione Penale*, p. 4285-4299

DINACCI, Filippo Raffaele (2008), *L’inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, Giuffrè

DINACCI, Filippo Raffaele (2022): “L’acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative”, *Processo Penale e Giustizia*, pp. 301-330

DINACCI, Filippo Raffaele (2024), “I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi”, *www.archiviopenale.it*

FABBRINI, Federico (2015), “Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.”, *Harvard Human Rights Journal*, pp. 65-95

FILIPPI, Leonardo (2021a), “La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto U.E.”, *www.dirittodidifesa.eu*

FILIPPI, Leonardo (2021b), “La nuova disciplina dei tabulati: il commento “a caldo” del Prof. Filippi”, *www.penaledp.it*

FILIPPI, Leonardo (2022), “Riservatezza e *data retention*: una storia infinita”, *www.penaledp.it*

FILIPPI, Leonardo (2024), “Criptofonini SKY-ECC e messaggi criptati: la Corte di cassazione attua i principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite”, *www.penaledp.it*

FLOR, Roberto (2014), “La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. «*data retention*» contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?”, *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, 2, p. 178-190

FORMICI, Giulia (2021), *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un’analisi comparata*, Torino, Giappichelli

GALETTA, Diana Urania (2019), “Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione Europea)”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2019, pp. 903-927

- GALLO, Daniele (2018), *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè
- GAMBARDELLA, Ilaria (2024), “Stanchev (C-15/24 PPU): Right of Access to a Lawyer and Waiver of that Right by an Illiterate Person: What Exactly does EU Law Require of Member States?”, *www.eularwlvie.com*
- GIALUZ, Mitja (2018), *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Milano, Wolters Kluwer – Cedam
- GIALUZ, Mitja (2020), “Premessa”, *Diritto di Internet*, supplemento al fascicolo 3/2020, pp. 1-7
- GIALUZ, Mitja (2021), “Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio”, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, Giuffrè, pp. 51-68
- GITTARDI, Claudio (2021), “Sull'utilizzabilità dei dati del traffico telefonico e telematico acquisiti nell'ambito dei procedimenti pendenti alla data del 30 settembre 2021”, *www.giustiziainsieme.it*
- GIORDANO, Luigi (2022), “L'acquisizione dei *file di log* dopo la conversione del decreto sui tabulati”, *www.ilpenalista.it*
- GRANDI, Ciro (2024a), “Le garanzie dell'ordine europeo di indagine penale alla prova della vicenda *Encrochat*”, *Diritto Penale e Processo*, p. 1248-1251
- GRANDI, Ciro (2024b), “La rinuncia al difensore da parte dell'indagato “vulnerabile”: presupposti di validità e riflessi sulla valutazione delle prove”, *Diritto Penale e Processo*, pp. 1251-1253
- GREVI, Vittorio (1973), “Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche illegittime”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 341 ss.
- GRISONICH, Elisa (2022), “L'obbligo di assicurare la tempestività della decisione sul *legal aid* ai sensi della direttiva 2016/1919/UE: nell'inerzia del legislatore, serve un cambio di passo della giurisprudenza”, *Processo Penale e Giustizia*, pp. 548-562
- GRISONICH, Elisa (2024), “Al vaglio della corte di giustizia la riforma italiana in materia di acquisizione dei tabulati telefonici”, *Processo Penale e Giustizia*, pp. 840-841
- JONGSMA, Daniel (2024), “The thorny issue of IP address retention and online copyright infringement”, *Common Market Law Review*
- KRANENBORG, Herke (2021) “Article 8 – Protection of Personal Data”, in Peers, Steve *et al.*, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, pp. 231-289;
- LASAGNI, Giulia (2022), *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della privacy*, *www.lalegilsazionepenale.eu*
- LEO, Guglielmo (2021), “Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici”, *www.sistemapenale.it*
- LUPÁRIA, Luca (2019a), “Data retention e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio”, *Diritto di internet*, pp. 753-764
- LUPÁRIA, Luca (2019b), “Privacy, diritti della persona e processo penale”, *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 1448-1470
- MALACARNE, Alessandro (2021a), “Corte di giustizia e data retention: ultimo atto?”, *Casazione Penale*, pp. 4104-4128

MALACARNE, Alessandro (2021b), “La decretazione d’urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021, n. 132”, *www.sistemapenale.it*

MALACARNE, Alessandro e TESSITORE, Gaia (2022), “La ricostruzione della normativa in tema di *data retention* e l’ennesima scossa della Corte di Giustizia: ancora inadeguata la disciplina interna?”, *www.archiviopenale.it*

MARCOLINI, Stefano (2015), “Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta”, *Cassazione Penale*, pp. 760-792

MARCOLINI, Stefano (2019), “L’istituto della *data retention* dopo la sentenza della Corte di giustizia del 2014”, in CADOPPI, Alberto *et al.*, *Cybercrime*, Milano, Utet-WKI, pp. 1579-1598

MARCOLINI, Stefano (2022a), “La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea sulla *data retention*; il baluardo dei diritti fondamentali in Europa”, in FLOR, Roberto e MARCOLINI, Stefano, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino, Giappichelli, pp. 3-34.

MARCOLINI, Stefano (2022b), “La *data retention* nei sistemi giuridici comunitario e italiano”, in FLOR, Roberto e MARCOLINI, Stefano, *Dalla data retention alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino, Giappichelli, pp. 35-69.

MARINO, Francesco (2024), “Comunicazioni elettroniche, perseguimento di reati gravi e rispetto della vita privata”, *Giurisprudenza Italiana*, pp. 1523-1525

MILIZIA, Giulia (2024), “La CGUE su liceità e limiti all’accesso ai dati di traffico e geolocalizzazione in caso di pirateria informatica e furto di cellulare”, *www.dirittoegiustizia.it*

MIRAGLIA, Michela (2023), “Il “Trojan (non) di Stato”: una disciplina da completare”, *Processo Penale e Giustizia*, pp. 1227-1242

NERONI REZENDE, Isadora (2020), “Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di *data retention*”, *Sistema Penale*, 5, pp. 183-198

NICOLICCHIA, Fabio (2019), *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, Milano, Giuffrè, 2020

NICOLICCHIA, Fabio (2024), “A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull’acquisizione di messaggistica criptata dall’estero”, *Sistema Penale*, 2, pp. 189-202

ORLANDI, Renzo (2014), “La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1133-1165

PARODI, Cesare (2021), “Convertito il decreto in tema tabulati: (quasi) tutto chiaro”, *www.ilpenalista.it*

PARODI, Luigi (2024), “L’uso “obliquo” dei dati esterni delle comunicazioni tra espansione delle garanzie sovranazionali, inerzia del legislatore e incertezze interpretative”, *www.lalegilsazionepenale.eu*

PASTA, Alessandro (2022), “Luci e ombre nella disciplina dei tabulati telefonici nel processo penale”, *Cassazione Penale*, pp. 4458-4469

PESTELLI, Giacomo (2021a), “D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici”, *www.quotidianogiuridico.it*

PESTELLI, Giacomo (2021b), “Convertito in legge il D.L. 132/2021: le modifiche apportate (e quelle mancate) in materia di tabulati”, *www.quotidianogiuridico.it*

PINO, Giorgio (2017), *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino

RESTA, Federica (2021), “La nuova disciplina dell’acquisizione dei tabulati”, *www.giustiziainsieme.it*

RESTA, Federica (2023), “L’uso “secondario” dei tabulati nell’interpretazione della CGUE”, *www.giustiziainsieme.it*

RODOTÀ, Stefano (2004), “Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati”, *www.privacy.it*

ROJSZCZAK, Marcin (2024), “Data retention in the light of copyright infringements: Protecting the status quo or seeking a third way? (Case C-470/21 La Quadrature du Net II)”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*

SIGNORATO, Silvia (2018a), *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, Giappichelli

SIGNORATO, Silvia (2018b), “Novità in tema di *data retention*. La riformulazione dell’art. 132 codice *privacy* da parte del D.Lgs. 10 agosto 2018 n. 101”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 11, pp. 153-161

SPANGHER, Giorgio (2021a), “I tabulati: un difficile equilibrio tra esigenze di accertamento e tutela di diritti fondamentali”, *www.giustiziainsieme.it*

SPANGHER, Giorgio (2021b) “*Data retention*: svolta garantista ma occorre completare l’impianto”, *Guida al Diritto*, 39

SPANGHER, Giorgio (2024), “Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite”, *www.giustiziainsieme.it*

TAVASSI, Ludovica (2022), “Acquisizione di tabulati, tutela della *privacy* e rispetto del principio di proporzionalità”, *www.archiviopenale.it*

TODARO, Guido (2024), “L’evoluzione delle fonti del diritto nella «società algoritmica»”, *Cassazione Penale*, pp. 2011-2036

TONDI, Veronica (2024), “La Corte di giustizia sul caso *Encrochat*: le importanti indicazioni della Grande Sezione sulla circolazione dei dati mediante ordine europeo di indagine”, *Processo Penale e Giustizia*, pp. 837-839

TRUCCO, Lara (2014), “*Data retention*: la Corte di giustizia si appella alla Carta UE dei diritti fondamentali”, *Giurisprudenza Italiana*, pp. 1850-1856

UBERTIS (2017), “Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?”, *Archivio Penale*, 2, pp. 389-393

QUESTIONI DI PARTE SPECIALE

TEMAS DE PARTE ESPECIAL

SPECIAL PART TOPICS

- 69 **Note minime su Sezioni unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina**
Notas mínimas sobre las Secciones Unidas, el daño patrimonial de especial levedad y el robo
Minimal Notes on the Supreme Court Joint Branches, Minor Gravity Economic Harm, and Robbery
Alberto Macchia
- 80 **Spigolature d'archivio: spunti su mafia e reati associativi a partire da un (dimenticato?) maxi-processo tardo-fascista**
Retazos de archivo: reflexiones sobre la mafia y los delitos de asociación a partir de un (¿olvidado?) maxi-proceso del tardo-fascismo
Archival Scraps: Insights on Mafia and Association-based Crimes from a (Forgotten?) Late-Fascist Maxi-Trial
Costantino Visconti, Andrea Merlo
- 95 **Le molestie sessuali alla prova del diritto vivente**
Los desafíos para la jurisprudencia en materia de molestia sexual
The Challenges of the Italian Case Law on Sexual Harassment
Matilde Botto

Note minime su Sezioni unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina

Notas mínimas sobre las Secciones Unidas, el daño patrimonial de especial levedad y el robo

Minimal Notes on the Supreme Court Joint Branches, Minor Gravity Economic Harm, and Robbery

ALBERTO MACCHIA

Già consigliere della Corte di cassazione e componente delle Sezioni unite penali

REATI CONTRO IL PATRIMONIO

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

CRIMES AGAINST PROPERTY

ABSTRACTS

Con la sentenza n. 42174 del 27 giugno 2024, le Sezioni unite, nel risolvere un contrasto interpretativo di esclusivo risalto processuale, hanno affrontato il tema della applicabilità della attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4 cod. pen. al delitto di rapina, ribadendo l'assunto, già più volte affermato in giurisprudenza, secondo il quale, ai fini del riconoscimento di tale attenuante, non è sufficiente che il bene mobile sottratto sia di modestissimo valore economico, occorrendo valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione alla persona contro la quale è stata esercitata la violenza o la minaccia. La tesi viene criticata sulla base delle differenze che caratterizzano la struttura dell'attenuante a seconda che si tratti di delitto contro il patrimonio o di delitti determinati da motivi di lucro e della "nuova" attenuante del fatto di lieve entità, introdotta additivamente per il delitto di rapina dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 86 del 2024.

Con la sentencia n.º 42174 del 27 de junio de 2024, las Secciones Unidas, al resolver un conflicto interpretativo de exclusiva relevancia procesal, abordaron el tema de la aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 62, primer párrafo, n.º 4 del Código Penal al delito de robo. Reafirmaron el principio, ya reiteradamente sostenido en la jurisprudencia, según el cual, para el reconocimiento de esta atenuante, no es suficiente que el bien mueble sustraído tenga un valor económico ínfimo, sino que también es necesario evaluar los efectos perjudiciales ocasionados a la persona contra la cual se ejerció la violencia o la amenaza. Esta postura es criticada en función de las diferencias estructurales que caracterizan la atenuante según se trate de delitos contra el patrimonio o de delitos motivados por lucro, así como de la "nueva" atenuante del hecho de escasa entidad, introducida de manera adicional para el delito de robo por el Tribunal Constitucional con la sentencia n.º 86 de 2024.

Judgment no. 42174 of June 27, 2024 by the Italian Court of Cassation Joint Criminal Branches, in resolving an interpretive quarrel related to criminal procedure, addressed also the issue of the applicability of the mitigating circumstance under Article 62, first paragraph, no. 4 of the Criminal Code to the crime of robbery. They reaffirmed the principle, already repeatedly upheld in case law, that for the recognition of this mitigating factor, it is not sufficient for the stolen property to have a minimal economic value; it is also necessary to assess the effects related to the harm inflicted to the victim of violence or threats. This approach is criticized in light of the structural differences in the mitigating circumstance depending on whether the crime concerns offenses against property or profit-driven crimes, as well as the "new" mitigating circumstance of minor gravity of the economic harm, which was additively introduced for the crime of robbery by the Constitutional Court with judgment no. 86 of 2024.

SOMMARIO

1. Le Sezioni unite e la conferma “incidentale” di un orientamento consolidato. – 2. Il delitto di rapina e la sua, non sempre pacifica, oggettività giuridica. – 3. L’attenuante comune del danno di speciale tenuità. – 4. Corte costituzionale e rapina “di lieve entità”.

1.

Le Sezioni unite e la conferma “incidentale” di un orientamento consolidato.

Con la sentenza n. 42174 del 27 giugno 2024, le Sezioni unite, chiamate a dirimere un contrasto interpretativo di regime intertemporale di esclusivo risalto processuale¹, hanno – nella trattazione di uno dei motivi di ricorso – affermato il seguente principio di diritto: «ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante di cui all’art. 62, primo comma, n. 4, cod. pen., il momento in cui deve prendersi in considerazione l’entità del danno è quello della consumazione del reato, in quanto il danno patrimoniale non può divenire di speciale tenuità in conseguenza di eventi successivi», chiarendosi come, a questo orientamento, in varie occasioni ribadito dalla giurisprudenza di legittimità², ci si debba discostare con riferimento a quegli istituti per i quali sia stato lo stesso legislatore a prevedere espressamente la rilevanza di elementi susseguenti al reato.

Il punto che peraltro riveste, a nostro avviso, interesse e che ci sembra richieda un qualche spunto di riflessione è un altro e riposa sul passaggio motivazionale che lo precede. Il motivo di ricorso si era infatti fondato sulla circostanza che, secondo quanto dichiarato dalla vittima della rapina oggetto di processo, tra le cose rapinate figurava una catenina in argento priva di apprezzabile valore, nonché un cellulare, successivamente restituito. La Corte di appello, secondo quanto riferisce la sentenza del Collegio allargato, aveva disatteso la richiesta di riconoscere all’imputato l’attenuante di cui all’art. 62, primo comma, n. 4 cod. pen., sul presupposto che «il profitto del reato consistette sia in un telefono cellulare che in una catenina in argento il cui valore sommato supera i limiti entro i quali può essere riconosciuta tale attenuante».

Ed è proprio questa generica motivazione che le Sezioni unite, pur dichiarando manifestamente infondato il motivo di ricorso, censurano, rievocando (ed in tal senso correggendo la erronea motivazione esibita dai giudici dell’appello) «il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, ai fini della configurabilità, in relazione al delitto di rapina (ed anche al delitto di estorsione), della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità di cui all’art. 62, primo comma, n. 4. cod. pen., non è sufficiente che il bene mobile sottratto sia di modestissimo valore economico, occorrendo valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione della persona contro la quale è stata esercitata la violenza o la minaccia».

Si osserva, infatti, che «il delitto di rapina, ancorché incluso nel titolo XIII del secondo libro del codice penale, relativo ai delitti contro il patrimonio, ha in genere³ natura pluriof-

¹ I quesiti per i quali era stato evocato l’intervento del Collegio allargato erano, infatti, i seguenti: 1) Se la disciplina dell’art. 601, comma 3, cod. proc. pen., introdotta dall’art. 34, comma 1, lett. g), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che individua in quaranta giorni, anziché in venti, il termine a comparire nel giudizio di appello, sia applicabile a far data dal 30 dicembre 2022 oppure dal 1° luglio 2024; 2) Se, in tema di successione di leggi regolanti il termine a comparire nel giudizio di appello, ai fini dell’individuazione della disciplina da applicare, debba farsi riferimento alla data di emissione del decreto di citazione in appello, considerata l’autonoma rilevanza dello stesso, ovvero a quella della deliberazione della sentenza impugnata. A tali quesiti le Sezioni unite hanno così risposto: sulla prima questione, il Collegio ha affermato che la disciplina dell’art. 601, comma 3, cod. proc. pen., introdotta dall’art. 34, comma 1, lett. g), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che individua in quaranta giorni il termine a comparire nel giudizio di appello, è applicabile agli atti d’impugnazione proposti a far data dal 1° luglio 2024. La seconda questione non è stata invece esaminata, in quanto assorbita dalla soluzione della prima questione controversa.

² V. al riguardo Cass., n. 39703 del 13 settembre 2019, ove si è appunto affermato – in termini pedissequi a quelli ora ribaditi dalle Sezioni unite – che, ai fini della concessione dell’attenuante di cui all’art. 62 n. 4 cod. pen., il momento in cui deve prendersi in considerazione l’entità del danno è quello della consumazione del reato, in quanto il danno non può divenire di speciale tenuità in conseguenza di eventi successivi. (Fattispecie in tema di estorsione, in cui la Corte ha ritenuto irrilevante ai fini della concessione dell’attenuante la circostanza che la vittima avesse reimpiegato nella propria attività di ristorazione una parte dei generi alimentari che era stata costretta ad acquistare); nel medesimo senso Cass., n. 4287 del 28 ottobre 2003; Cass., n. 10361 del 6 aprile 1999. Si è pure puntualizzato che ai fini della configurabilità dell’attenuante del danno patrimoniale di particolare tenuità, l’entità del danno deve essere commisurata al valore della cosa al momento della consumazione del reato e non al suo prezzo di acquisto. (Cass., n. 33470 del 9 luglio 2008; Cass., n. 2063 del 21 gennaio 1994). Più di recente, si è affermato che in tema di reati fallimentari, ai fini della concessione dell’attenuante di cui all’art. 219, comma 3, legge fall., l’entità del danno cagionato deve essere riferita al momento della consumazione del reato, essendo invece irrilevanti eventuali eventi successivi. (Nella specie la Corte ha ritenuto irrilevante per il riconoscimento dell’attenuante il fatto che la procedura fallimentare fosse stata definita con un concordato). (Cass., n. 856 del 26 novembre 2020).

³ Per la verità, questo riferimento alla sola “generalità” dei casi lascia perplessi, tenuto conto del requisito modale tipizzante, rappresentato dalla

fensiva, in quanto il danno che ne deriva non incide soltanto sulla sfera patrimoniale, ma comprende anche gli aspetti lesivi della libertà fisica o psichica della persona offesa aggredita per la realizzazione del profitto».

Da ciò si trae il corollario secondo il quale «ai fini della configurabilità della circostanza attenuante in esame, non può aversi riguardo unicamente al fatto che il bene materiale sottratto sia di modestissimo valore economico, ma occorre valutare anche gli effetti dannosi connessi al bene personale dell'integrità fisica e/o psichica della parte offesa contro la quale l'agente ha indirizzato l'attività violenta o minacciosa al fine di impossessarsi della cosa. La predetta circostanza – soggiungono le Sezioni unite – potrà essere ritenuta sussistente, sulla base di un apprezzamento riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se immune da vizi logico-giuridici, soltanto nel caso in cui la valutazione complessiva dei pregiudizi arrecati ai beni tutelati risulti di speciale tenuità»⁴.

Si tratta di principi che ricorrono come un mantra, nella giurisprudenza di legittimità⁵, dando vita a quel formante di diritto vivente, ormai pacificamente assunto nel novero delle fonti che concorrono ad assegnare il significato “reale” alle fattispecie, con il conseguente affidamento dei consociati a ritenere quella come l'unica portata semantica da assegnare alla norma penale, nella specie di natura circostanziale.

Si tratta di una conclusione, peraltro, che non appare essere corredata da un particolare impegno argomentativo, dal momento che la stessa sembra evocare un paradigma di attenuazione della pena, quante volte la patrimonialità del danno non esaurisca l'intero disvalore del fatto: il che, per la verità – e come avremo modo di sottolineare – viene ricondotto dalla dottrina alla sola ipotesi di speciale tenuità dei reati determinati da motivi di lucro⁶.

Il punto, a nostro avviso, è se effettivamente l'attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4 cod. pen., richieda, accanto ed in aggiunta al requisito della speciale tenuità del danno patrimoniale, l'ulteriore requisito della “speciale tenuità” degli effetti dannosi che il delitto di rapina ha cagionato alla integrità psico-fisica della persona offesa. Una tenuità, dunque, che pare spostarsi dal patrimonio, al “fatto”, inteso nella sua globalità.

Si tratta, evidentemente, di un approccio interpretativo che “sterilizza” sensibilmente la portata testuale del dato normativo, posto che la locuzione codicistica, limitandosi a richiamare esclusivamente un concetto di “danno patrimoniale”, non sembra, a tutta prima, dar spazio ad aggiunte di requisiti, sul piano della offensività, che, di riflesso, indurrebbero alla addizione di elementi in *malam partem*, in quanto escludenti la dimensione attenuatrice della previsione.

In altri termini, è come se l'elemento circostanziale non vivesse più di luce propria, ma fosse “riplasmabile” in funzione del tipo e della natura della fattispecie cui si trovi, volta a volta, ad accedere. Il che, evidentemente, pone una siffatta eventualità in una rischiosa rotta di collisione con il principio di legalità e tassatività cui, di regola, le circostanze del reato, al pari delle fattispecie incriminatrici dalle quali, talvolta, appaiono difficilmente distinguibili, sono chiamate a prestare ossequio⁷.

violenza o della minaccia nell'impossessamento della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, il quale pone sotto il *focus* della tutela offerta dalla fattispecie prevista dall'art. 628 cod. pen., indiscutibilmente – e sempre – anche la persona che ne è vittima.

⁴ La conclusione adottata dalle Sezioni unite desta perplessità. Secondo quanto si legge in sentenza, infatti, la Corte ha contestato la fondatezza della sola motivazione della Corte di appello, correggendola a norma dell'art. 619 cod. proc. pen., nella parte in cui la stessa ha affermato che il valore complessivo dei beni sottratti era tale da impedire l'applicazione della attenuante di cui all'art. 62, primo comma, n. 4, cod. pen. La “nuova” e corretta motivazione, infatti, doveva essere nel senso che al valore economico dei beni, frutto della rapina, dovesse correlarsi anche la valutazione degli effetti dannosi connessi alla integrità personale, fisica o psichica, della parte offesa: il tutto, secondo il «prudente apprezzamento riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità, se immune da vizi logico-giuridici». Ebbene, è appunto tale «valutazione complessiva dei pregiudizi arrecati ai beni tutelati» che risulta nella specie carente, proprio a seguito della *novatio* motivazionale, con l'ovvio epilogo che, a nostro avviso, si sarebbe correlativamente reso necessario un giudizio di rinvio sul punto, e non una – a questo punto immotivata – declaratoria di manifesta infondatezza del motivo di ricorso, invece sostanzialmente accolto, alla luce della opzione ermeneutica privilegiata dalla Corte.

⁵ V., fra le tante, Cass., n. 28269 del 31 maggio 2023; Cass., n. 32234 del 16 ottobre 2020; Cass., n. 46504 del 13 settembre 2018; Cass., n. 50987 del 17 dicembre 2015.

⁶ FIANDACA e MUSCO (2019), p. 463.

⁷ MANTOVANI (2017), p. 397 s.; MARINUCCI, DOLCINI e GATTA (2019), p. 600 s. Cass., Sez. un., n. 26351 del 26 giugno 2002.

2.

Il delitto di rapina e la sua, non sempre pacifica, oggettività giuridica.

Secondo quanto affermato dalle stesse Sezioni unite e dalla dottrina prevalente, la rapina rappresenta una ipotesi, quasi di scuola, di reato plurioffensivo, in quanto è destinata a tutelare non soltanto l'altrui interesse patrimoniale, ma anche la libertà della persona. Incisivamente – e in altri tempi – si è sottolineato come, la circostanza che «la violenza personale fisica o psichica costituisca un elemento atto a conferire la massima gravità al furto, è chiaro, per chi consideri quanto maggiore criminosità dimostri il ladro che ricorre alla violenza o alla minaccia contro la persona, e quanto più grave sia la lesione dell'interesse patrimoniale, allorché a difenderlo non basta neppure la presenza del possessore o d'altri per lui»⁸.

Tuttavia, e questo aspetto sembra indirettamente accreditare la tesi della giurisprudenza e delle stesse Sezioni unite, si è più di recente rilevato come la crescente pericolosità della criminalità, non soltanto predatoria, ma anche violenta contro il patrimonio, ha ineluttabilmente finito per incidere su quella che è la percezione sociale dell'effettivo disvalore della rapina, al punto che la tradizionale e originaria impronta patrimonialistica di tale delitto è andata sempre più a sfumare, per essere sostituita da una nuova concezione che tende a configurare la rapina come una tra le più temibili forme di aggressione alla persona⁹: come per altro verso testimoniano le diverse, nuove figure di aggravanti che nel tempo si sono venute a stratificare e che appaiono fortemente orientate proprio alla più incisiva tutela della persona.

D'altra parte, non manca chi sottopone a critica radicale la tesi della plurioffensività del delitto di rapina, dal momento che il contenuto offensivo di tale delitto si esaurirebbe, sul piano dogmatico, tutto sul versante del patrimonio; e la ragione per la quale la rapina è descritta normativamente «come reato autonomo rispetto al furto, punito in maniera sensibilmente più grave», non si collegherebbe alla capacità del reato complesso di rappresentare anche una offesa alla persona dogmaticamente apprezzabile, ma alle allarmanti modalità a cui il reo ha affidato l'esecuzione del delitto¹⁰.

La rapina viene da parte di diversi autori ricompresa nella figura del reato complesso di cui all'art. 84 cod. pen., dal momento che una stessa fattispecie criminosa annovererebbe, fra le proprie componenti tipizzanti, il reato di furto, e i delitti di minaccia percosse e simili, vale a dire il reato che risponderebbe alle caratteristiche proprie della tipologia di violenza fisica o psichica usata di volta in volta dall'autore del fatto. Non sarebbe invece iscrivibile in tale contesto il reato di violenza privata, in quanto la rapina altro non sarebbe che una ipotesi speciale del *genus* violenza privata¹¹.

Una posizione, questa, che non ha mancato di trovare eco nella giurisprudenza delle stesse Sezioni unite, le quali hanno affermato che «Nelle diverse fattispecie descritte nell'art. 628 cod. pen. si manifesta chiaramente la scelta normativa di tutelare i beni giuridici patrimonio e persona, o, per meglio dire, i beni della inviolabilità del possesso e contestualmente della sicurezza e libertà della persona. Vi è ampio consenso – si sottolinea al riguardo – nel riconoscere il carattere plurioffensivo del reato di rapina e la sua caratteristica di reato complesso: la condotta disegnatrice nell'art. 628 cod. pen., infatti, è costituita dalla stessa azione di sottrazione impossessamento tipica del furto, cui si aggiunge l'elemento della violenza alla persona o della minaccia. Da qui la natura complessa del reato, risultante dalla commistione del reato di furto con il corrispondente reato relativo al tipo di violenza di volta in volta esercitata (percosse, minacce).¹²».

L'opinione tradizionale è invece nel senso che la rapina rappresenti una ipotesi paradigmatica della figura del reato composto, o complesso in senso stretto, nel quale confluiscono le fattispecie del furto e della violenza privata¹³. Tesi, questa, contrastata da chi ritiene che il concorso tra furto e violenza privata non rappresenterebbe la reale essenza dell'illecito, dal momento che il legislatore ha mostrato di ravvisare nella rapina un più intenso disvalore sul piano

⁸ MANZINI (1984), p. 411. V. anche, tra gli altri, MANTOVANI (1991), p. 13; PIZZUTI (1987), p. 268.

⁹ FIANDACA e MUSCO (2015), p. 124.

¹⁰ BRUNELLI (1996), p. 18 ss.

¹¹ MANTOVANI (2017), p. 477; GIANNELLI e MAGLIO (2014), p. 141.

¹² Cass., Sez. un., n. 34952 del 12 settembre 2012.

¹³ ANTOLISEI (2016), p. 530.

della sicurezza collettiva, avvalorato dalla cornice edittale, particolarmente gravosa¹⁴. Da qui, anche, la opinione di quanti reputano che la rapina dovrebbe essere annoverata tra le figure di reato solo eventualmente complesso, dal momento che accanto al furto non può intravedersi sempre una violenza privata, essendo sufficiente, per la integrazione della fattispecie, una qualunque manifestazione violenta volta al conseguimento delle finalità contemplate dallo stesso art. 628 cod pen¹⁵.

Al di là delle opzioni dogmatiche, resta però il fatto che, l'oggettività giuridica sempre più sensibilmente orientata alla protezione della persona, non può ritenersi tale da rendere sminuito o, peggio, sostanzialmente evaporato il connotato di patrimonialità che, al di là del significato da annettere alla stessa collocazione topografica della fattispecie, è sicuramente compresente quale bene protetto dalla norma¹⁶.

3. L'attenuante comune del danno di speciale tenuità.

L'attenuante comune del danno di speciale tenuità, prevista dall'art. 62, primo comma, n. 4 cod. pen., appare essere l'immagine speculare della "antitetica" aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 7 cod. pen., essendo oggi strutturata sostanzialmente negli stessi termini.

Ma, come è noto, non è sempre stato così. Nella originaria versione codicistica, infatti, non compariva il riferimento ai delitti determinati da motivi di lucro; riferimento che è stato infatti introdotto solo con la modifica operata dall'art. 2 della legge n. 19 del 1990, proprio allo scopo di armonizzare le due previsioni che fungono l'una da aggravante e l'altra da attenuate ove, per i reati comunque offensivi del patrimonio o determinati, appunto, da motivi di lucro, il danno cagionato risulti nell'un caso "rilevante" e nella opposta ipotesi di "speciale tenuità".

Le ragioni della originaria "dissimetria" sono state chiarite, col consueto piglio autoritario, dal Guardasigilli Rocco, il quale, nella *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, I, p. 115, afferma: «Ho ommesso il riferimento ai delitti non contro il patrimonio determinati da motivi di lucro: sarebbe stato, invero, contraddittorio concedere l'attenuante allorché concorre nei delitti non patrimoniali il fine di lucro, cioè un motivo spregevole». Dunque, una scelta ben precisa, come altrettanto precisa è stata quella, estensiva, operata dal legislatore del 1990, e della quale, pertanto, deve tenersi conto, anche per le conseguenze "di sistema".

È ben vero, si è sostenuto, che l'analogia tra la aggravante del danno rilevante e della attenuante del danno di speciale tenuità è più di struttura normativa che di portata applicativa, dal momento che il lucro conseguito o da conseguire deve risultare rispondente, per l'attenuante, ad un requisito particolarmente rigoroso, quale è quello della "speciale tenuità", vale a dire, secondo una ricorrente affermazione giurisprudenziale, di rilevanza minima, non essendo sufficiente che esso sia lieve¹⁷, e deve parimenti risultare di speciale tenuità, nei reati determinati da motivi di lucro, l'evento dannoso o pericoloso del reato¹⁸.

Deve però condividersi la opinione di chi ritiene che le due ipotesi, oggi previste all'interno del n. 4 dell'art. 62 cod. pen., risultino fra loro concettualmente e strutturalmente autonome¹⁹,

¹⁴ FIANDACA e MUSCO (2015), 122.

¹⁵ ZAGREBELSKY (1976), p. 776; BRUNELLI (1996), p. 16.

¹⁶ In tale contesto non va d'altra parte trascurata la circostanza che di recente, nella sentenza n. 86 del 2024, la Corte costituzionale ha avuto modo di ricordare come la stessa Corte abbia «in più occasioni rimarcato l'omogeneità strutturale delle varie forme di rapina, che sono tutte aggressioni contestuali alla persona e al patrimonio, astrette in un reato complesso: la rapina propria e la rapina impropria (sentenza n. 190 del 2020, ordinanza n. 111 del 2021); la rapina impropria a dolo di possesso e la rapina impropria a dolo di impunità (sentenza n. 260 del 2022)».

¹⁷ Cass., n. 1857 del 12 ottobre 1989, nonché Cass., n. 15576 del 20 dicembre 2012, ove si è affermato che la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4 cod. pen. ricorre solo quando il danno patrimoniale subito dalla parte offesa come conseguenza diretta e immediata del reato sia di valore economico pressoché irrilevante. (Fattispecie relativa ai reati di ricettazione e detenzione e vendita di prodotti industriali con il marchio contraffatto).

¹⁸ V. ad esempio, Cass., Sez. un., n. 24990 del 30 gennaio 2020, ove si è affermato che la circostanza attenuante del lucro e dell'evento di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. è applicabile, indipendentemente dalla natura giuridica del bene oggetto di tutela, ad ogni tipo di delitto commesso per un motivo di lucro, ivi compresi i delitti in materia di stupefacenti, nonché Cass., n. 27874 del 27 gennaio 2016, nella quale si è affermato che la circostanza attenuante del danno economico di speciale tenuità è applicabile ad ogni tipo di delitto, indipendentemente dalla natura giuridica del bene oggetto di tutela, purché il fatto risulti commesso per motivi di lucro - e cioè per acquisire, mediante l'azione delittuosa, un vantaggio patrimoniale - e purché la speciale tenuità riguardi sia il lucro (prefigurato o conseguito) sia l'evento dannoso o pericoloso. (Fattispecie relativa al reato di cui all'art. 455 cod. pen.).

¹⁹ V. fra gli altri, DEL CORSO (1990), p. 48; MANTOVANI (2017), p. 414, il quale osserva, con riferimento ai delitti motivati da lucro, come la insolita locuzione "evento dannoso pericoloso di speciale tenuità" si presti «ad abbracciare non solo l'evento offensivo tipico ma anche l'evento offensivo concreto, cioè l'offesa di speciale tenuità per qualità o per grado»; il che, «se da un lato porta, opportunamente, a circoscrivere l'applicabilità dell'attenuante ai delitti meno gravi (mai ai più gravi, quali l'omicidio, anche se determinato da motivi di lucro), dall'altro può

con la conseguenza, a noi sembra, di non poter “manipolare” la seconda, facendola confluire – sul piano applicativo – nella prima.

La prima ipotesi, vale a dire quella che, come si è visto, figurava in origine come l’unica che disciplinava l’attenuante in esame, prevede, come ambito applicativo e al tempo stesso quale limite di estensione, i delitti contro il patrimonio o che *comunque* offendono il patrimonio²⁰: vale a dire, secondo il significato fatto palese dalle espressioni usate, i delitti plurioffensivi, nei quali la oggettività giuridica patrimoniale è compresente, anche se non esclusiva: intendendosi il patrimonio nella comune accezione economico-giuridica, fatta propria dal codice Rocco²¹, quale complesso di beni, di diritti, anche non di natura reale, e dei rapporti giuridici che facciano capo ad un soggetto, e che abbiano contenuto “patrimoniale”; ossia che siano suscettibili di una valutazione economica, o che presentino quantomeno un valore di affezione, comprendendosi in tale ambito anche le *chances* ragionevolmente maturate.²²

In questa ipotesi, il concetto di danno è, per definizione legale, ricollegato in forma esclusiva al “patrimonio”, senza che venga in alcun modo richiamato un danno in ipotesi “esteso” al fatto reato globalmente inteso, e che, dunque, attragga, nel proprio perimetro precettivo, la lesione o la esposizione a pericolo degli eventuali ulteriori (e diversi) beni giuridici che in ipotesi compongano, concorrendo a definirla, la fattispecie, in particolare nei reati plurioffensivi.

L’unico fattore condizionante l’applicazione della circostanza è, pertanto, il livello e la gravità del danno al patrimonio, nel senso che lo stesso deve presentare, come si è detto, quegli stringenti requisiti di “speciale tenuità”, che, nella prassi applicativa, ne vedono particolarmente circoscritto l’ambito.

Una sorta di protezionismo patrimonialista che, come è noto, era nelle corde del legislatore del 1930.

Ben diversa la struttura della seconda ipotesi, aggiunta con la riforma del 1990, per la quale nei delitti determinati da motivi di lucro, i requisiti condizionanti l’applicazione della attenuante sono più d’uno e cumulati fra loro: infatti, la disposizione richiede non soltanto che l’autore del fatto abbia agito per conseguire, o l’aver comunque conseguito, un lucro di speciale tenuità – è la lucrosità in sé, aspirata o conseguita, a dover corrispondere al parametro della “speciale tenuità” – ma occorre che anche «l’evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità».

È solo con riferimento a tale ipotesi, quindi, che si lumeggia una “dannosità specialmente tenue” del fatto reato nel suo complesso: e ciò, a nostro avviso, per la evidente ragione che una attenuazione di pena correlata alla sola tenuità del proposito lucrativo, non avrebbe senso ove il livello del disvalore del fatto, inteso nella sua interezza, non fosse parametrato negli stessi termini di speciale tenuità, visto che in discorso vengono – per definizione, giacché altrimenti troverebbe applicazione la prima ipotesi – oggetti giuridici diversi dal patrimonio.

Va rilevato, in proposito, che la già citata sentenza delle Sezioni unite n. 24990 del 2020, con la quale è stata risolta in senso affermativo la *vexata quaestio* relativa alla compatibilità dell’attenuante di cui all’art. 62 n. 4 cod. pen. con lo spaccio di stupefacenti “di lieve entità” di cui all’art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990, ha fondato lo scrutinio di compatibilità sul presupposto che si tratti di «valutazioni di diversa natura e diverso grado»: l’art. 73, comma 5, del testo unico sugli stupefacenti, infatti, attiene alla lieve entità del fatto, ed «unitaria e complessiva», mentre la fattispecie prevista dall’art. 62 n. 4 cod. pen., relativa alla speciale tenuità del lucro e della offesa, «indica due temi specifici e distinti, suscettibili di opposte conclusioni nel medesimo caso di specie e ancorati ad un parametro di maggiore intensità e pregnanza rispetto a quello rilevante per l’integrazione della fattispecie “lieve”». Per un verso, quindi, si può registrare una differenza di oggetto tra la ipotesi del fatto lieve di cui all’art. 73, comma 5, del T.U. sugli stupefacenti e la speciale tenuità di cui all’art. 62 n. 4 cod. pen., in quanto il pri-

dar luogo ad autentiche e già lamentate antinomie tra l’attenuante in questione e l’aggravante dei motivi futili (es. nel caso di chi, accettando di commettere lesioni personali gravissime per un compenso risibile o per rubare una miserevole somma, provochi per propria incapacità una lesione pressoché trascurabile). A proposito dei reati determinati da motivi di lucro, FIORE (1995), p. 33, fa riferimento ad un «singolare rapporto che si istituisce tra evento cagionato e movente dell’azione».

²⁰ Per MANZINI (1984), p. 207, per delitti che comunque offendono il patrimonio devono intendersi quelli che «hanno una oggettività giuridica prevalente diversa dai delitti patrimoniali, ma che però sono suscettivi di danneggiare anche il patrimonio privato o pubblico, quali ad es., il peculato, la malversazione, la concussione, la frode in commercio ecc., purché l’entità del danno non sia specificamente preveduta».

²¹ V. fra gli altri, CADOPPI e VENEZIANI (2019), p. 401.

²² V. Cass., Sez. un., n. 30016 del 28 marzo 2024, ove si è affermato che in tema di estorsione, nella nozione di danno patrimoniale rilevante ai fini della configurabilità del delitto rientra anche la perdita di una seria e consistente possibilità di conseguire un bene o un risultato economicamente valutabile, la cui sussistenza deve essere provata sulla base della nozione di causalità propria del diritto penale.

mo si riferisce alla lievità che deve connotare l'intero fatto reato in senso complessivo, mentre l'attenuante fa riferimento alla tenuità del lucro e del fatto; dall'altro lato, la "speciale tenuità" dell'attenuante comune è un concetto più intenso della "lieve entità" prevista dalla legge sugli stupefacenti²³.

Il requisito della speciale tenuità dell'evento dannoso o pericoloso è dunque, a nostro avviso, pertinente ed esclusiva alla sola ipotesi dei delitti motivati da lucro, senza poter trovare applicazione ai reati pluri offensivi, che *comunque* offendano il patrimonio: pena, altrimenti, una sorta di allitterazione normativa, generatrice di una analogia *in malam partem*.

Sotto altro profilo, un ulteriore aspetto di criticità che presenta la interpretazione fatta ora propria dalle Sezioni unite, è la struttura e la portata del nesso – come si è detto assente nel testo originario dell'art. 62 n. 4 cod. pen. e "costruito" additivamente dopo la riforma del 1990 – che dovrebbe legare fra loro, per di più nei soli reati pluri offensivi, la speciale tenuità del danno patrimoniale al *quantum* di danno "globalmente" scaturito dal reato.

Non soltanto, infatti, si riscontra, come già rilevato, una evidente diversità di oggetto (la speciale tenuità va ragguagliata esclusivamente al bene patrimonio; il "danno lieve" all'oggetto giuridico concorrente con il patrimonio), ma – e forse soprattutto – non risulta in alcun modo chiarito (compromettendo la tipicità della norma, così interpretata) il livello al quale dovrebbe attestarsi il concetto stesso di "danno complessivamente lieve" per poter fruire della attenuante.

Se si evoca, infatti, lo stesso parametro di commisurazione previsto per i reati commessi con fine di lucro, si genererebbe una palese dissimmetria tra le due categorie di offese (al patrimonio, un danno di speciale – e dunque "eccezionale" – tenuità; al bene o ai beni concorrenti un danno complessivamente lieve). Ove, invece, si optasse per una omogeneità di commisurazione, anche il danno agli altri beni dovrebbe rispondere a quel rigoroso canone della speciale tenuità, rendendo di fatto l'attenuante praticamente inapplicabile nei reati a contenuto "patrimoniale" ma pluri offensivi.

D'altra parte, anche in giurisprudenza si è affermato che nei delitti contro il patrimonio l'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 cod. pen. è applicabile, ove ne ricorrano i presupposti, indipendentemente dalla gravità delle conseguenze dell'evento poiché la legge 7 febbraio 1990 n. 19, prevedendo l'estensione dell'attenuante ai delitti determinati da motivi di lucro, solo per questi ha fissato il limite ulteriore della particolare tenuità anche dell'evento conseguente²⁴. Ed anche più di recente si è ribadito che l'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen. è applicabile nei delitti contro il patrimonio ove ne ricorrano i presupposti, indipendentemente dalla gravità delle possibili conseguenze dell'evento²⁵.

Può anche sottolinearsi come, pure in dottrina, sia stato sottolineato che se, da un lato, è stato da molti rilevato come, anche alla luce delle evoluzioni subite dei reati contro il patrimonio si è andata accentuando la contrapposizione, all'interno di tale classe di reati. «tra delitti monoffensivi e delitti pluri offensivi commessi con violenza personale, in cui – per lo meno in alcuni casi (si pensi ad esempio al sequestro di persona a scopo di estorsione, che neppure richiede un effettivo danno patrimoniale) – più ardua è l'affermazione che il bene prevalentemente tutelato sia il patrimonio», resta il fatto che, «quale che sia l'approccio preferito – risulta in ogni caso applicabile al delitto di rapina l'attenuante prevista dalla prima parte dell'art. 62 n. 4. c.p. Infatti, il riconoscere che la rapina [...] «lede essenzialmente l'interesse al possesso dei beni mobili», rende il delitto in esame certamente riconducibile ad una delle due categorie di delitti tipicamente offensivi del patrimonio, e cioè, appunto, o ai «delitti che offendono il patrimonio» o quantomeno – se non si ritiene in linea con la suprema Corte, la rapina reato contro il patrimonio «in senso stretto» – a quelli «che comunque offendono il patrimonio»²⁶.

Non era quindi azzardato attendersi, dalle Sezioni unite, una qualche disamina sul punto,

²³ Al riguardo, v. BERNARDONI (2020), p. 1 s.; PIERANTOZZI (2021), p. 440 s.; TORIELLO (2021), p. 110 s.; CANTISANI (2021), p. 700 ss.

²⁴ Cass., n. 5134 del 13 maggio 1997.

²⁵ Cass., n. 22356 del 22 febbraio 2023.

²⁶ MONGILLO (2002), p. 2110 ss., esprimendosi in senso fortemente critico nei confronti di Cass., n. 21872 del 6 marzo 2001, ove si era appunto affermato che «ai fini della configurabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità (art. 62, n. 4, cod. pen.) in riferimento al delitto di rapina, non è sufficiente che il bene mobile sottratto sia di modestissimo valore economico, ma occorre valutare anche gli effetti dannosi connessi alla lesione della persona (che non coincide necessariamente con il titolare del diritto sulla cosa sottratta) contro la quale è stata esercitata la violenza o la minaccia, atteso che il delitto de quo ha natura di reato pluri offensivo perché lede non solo il patrimonio ma anche la libertà e l'integrità fisica e morale aggredite per la realizzazione del profitto; ne consegue che, in applicazione della seconda parte della disposizione citata, solo ove la valutazione complessiva del pregiudizio sia di speciale tenuità può farsi luogo all'applicazione dell'attenuante; il relativo apprezzamento, risolvendosi nella verifica di circostanze fattuali, è riservato al giudice di merito e non può essere censurato in sede di legittimità se immune da vizi logici e giuridici».

se non altro per chiarire le ragioni della diversa tesi, fondata sulla semplice rievocazione di massime, anche se plurime e convergenti.

4. Corte costituzionale e rapina “di lieve entità”.

Con la già citata sentenza n. 86 del 2024²⁷, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 628, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell’azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità. Declaratoria che è stata estesa, in via consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 anche alla ipotesi della rapina propria di cui all’art. 628, primo comma, cod. pen., nella parte in cui, analogamente, non prevede che la pena da esso comminata è diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell’azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità.

Nel frangente, la Corte ha in particolare osservato che, come per l’estorsione – per la quale è stabilita la medesima pena e che ha subito parallele modifiche nel trattamento sanzionatorio – anche per la rapina impropria l’elevato minimo edittale previsto dalla disposizione censurata dal giudice *a quo* (cinque anni di reclusione), introdotto per contenere fenomeni criminali seriamente lesivi della persona e del patrimonio, eccede lo scopo quando l’offensività concreta del fatto non ne giustifichi una punizione così severa, determinando l’irrogazione di una pena irragionevole, sproporzionata e quindi inidonea alla rieducazione. Anche nella rapina infatti – connotata da una latitudine oggettiva e una varietà di condotte materiali non meno ampia di quella dell’estorsione – la violenza o la minaccia possono essere, come nel caso oggetto del giudizio *a quo*, di modesta portata e il danno cagionato di valore infimo.

Occorre pertanto prevedere – ha sottolineato la Corte – anche in relazione a tale fattispecie un’attenuante ad effetto comune, analoga a quella introdotta dalla sentenza n. 120 del 2023 per l’estorsione, quale “valvola di sicurezza”, che consenta al giudice nei casi di lieve entità di temperare la sanzione. Gli indici di tale attenuante – estemporaneità della condotta, scarsità dell’offesa personale alla vittima, esiguità del valore sottratto, assenza di profili organizzativi – garantiscono, d’altra parte, che la riduzione della pena sia riservata alle ipotesi di lesività davvero minima, per una condotta che pur sempre incide sulla libertà di autodeterminazione della persona.

Risultava poi evidente che, una volta pervenuti ad una siffatta conclusione per la rapina impropria, l’identica *ratio decidendi* imponesse la estensione consequenziale del *decisum* anche alla rapina propria. Infatti, ha sottolineato la Corte, anche per la rapina propria – strutturalmente omogenea a quella impropria, di cui condivide sia l’elevato minimo edittale di pena detentiva (cinque anni di reclusione), sia l’idoneità a manifestare una diversificata offensività (in rapporto agli elementi costitutivi della violenza o minaccia e del profitto) – sussiste la necessità costituzionale di una “valvola di sicurezza”, a garanzia della ragionevolezza, proporzionalità e capacità rieducativa della sanzione.

Un approdo importante, che armonizza all’interno di una omologa sfera di attenuazione per i fatti di lieve gravità, la estorsione alla rapina, di cui appare evidente il parallelismo di storica ingravescenza sanzionatoria e di disvalore per i non dissimili oggetti giuridici di protezione²⁸.

²⁷ V. nota 16.

²⁸ A proposito del fenomeno della c.d. “qualificazione multipla” di un fatto concreto ed in riferimento ai rapporti tra rapina ed estorsione, si è efficacemente osservato come sia «chiaro, per esempio, che un fatto concreto non può essere qualificato contemporaneamente come “rapina” e come “estorsione”: se Tizio ferma Caio di notte per strada e, costringendolo al muro, gli intima “o la borsa o la vita!”, non si può pensare che tale incretoso episodio sia suscettibile di qualificazione multipla, qualora Tizio, senza fare l’eroe, consegna il proprio portafoglio a Caio. Rapina oppure estorsione? Se si legge il fatto descritto rispettivamente dagli artt. 628 e 629 c.p., in base al significato letterale delle parole utilizzate si potrebbe sostenere che entrambe le fattispecie possano ricorrere: Tizio si è impossessato della cosa mobile altrui, sottraendola a Caio tramite una minaccia, ma tramite la stessa minaccia, ha anche costretto Caio a consegnargli il portafoglio («fare qualche cosa») e da ciò ha tratto «un ingiusto profitto con altrui danno». Si pone, dunque, una questione di “confine” tra le due norme, per evitarne la sovrapposizione applicativa. Ecco che gli interpreti finiscono per “sacrificare” la sfera della fattispecie dell’estorsione e leggono quel «fare qualche cosa» non già come qualunque attività materialmente percepibile, secondo il significato letterale delle parole, ma – più realisticamente – come qualche cosa che assume una veste giuridicamente rilevante: un vero e proprio «atto di disposizione patrimoniale», senza il quale non potrebbe ricavare il suo ingiusto profitto. L’estorsione diventa così un reato per cui la *cooperazione della vittima* è necessaria alla produzione del risultato patrimoniale,

Il fulcro della decisione della Corte costituzionale si rinviene, però, in una nuova propensione verso il sindacato diretto di proporzionalità della pena, secondo schemi sempre più indipendenti dalle ormai da tempo superate logiche di “rime obbligate”, dal momento che è il sistema nel suo complesso ad offrire, in base alla tavola dei valori costituzionali e sovranazionali, adeguati indici di “commisurazione”, come tali non invasivi di scelte riservate alla discrezionalità legislativa.

Il controllo sulla proporzionalità della pena, ha infatti sottolineato la Corte, si articola secondo il triplice test della proporzionalità relazionale (rispetto a eventuali *tertia comparationis*), della proporzionalità oggettiva (rispetto alla tipologia di condotte rientranti nella fattispecie astratta) e della necessaria individualizzazione della sanzione (rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto concreto).

Il sindacato di legittimità costituzionale sulla proporzionalità della pena – dapprima svolto essenzialmente in chiave triadica alla luce del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. – ha successivamente valorizzato il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), con conseguente estensione del sindacato medesimo a ipotesi in cui la pena comminata dal legislatore appaia manifestamente sproporzionata in rapporto alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta. Il finalismo rieducativo della sanzione è stato poi coordinato con il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, primo comma, Cost.), ovvero con il canone di individualizzazione della pena, il quale esige che – nel passaggio dalla comminatoria astratta operata dal legislatore alla sua concreta infissione da parte del giudice – la pena si atteggi come risposta proporzionata anche alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato²⁹. Un trattamento manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto, e comunque incapace di adeguarsi al suo concreto disvalore, pregiudica il principio di individualizzazione della pena, che si pone quale attuazione e sviluppo del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, primo comma, Cost.)³⁰.

A sua volta, il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.) – diventato ormai da tempo patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall’altra – vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie³¹, fungendo, dunque, da “collante” che taglia trasversalmente l’ordito sanzionatorio dalla sua insorgenza normativa fino al suo momento di concreta esecuzione. Il che, ci permettiamo di chiosare, finisce evidentemente per riverberarsi anche sugli oneri di carattere interpretativo, da orientare nel senso di una necessaria coerenza ermeneutica rispetto al valore della proporzionalità che deve equilibrare il carico sanzionatorio al disvalore del fatto³², per soddisfare quella funzione di emenda che la pena deve, sempre e comunque, assolvere.

Tuttavia, il profilo che mette conto qui rilevare, ci sembra sia il problema della compatibilità della nuova diminuzione per la rapina “di lieve entità”, e l’attenuante del danno di speciale tenuità di cui all’art. 62, n. 4, cod. pen., dal momento che l’attenuante comune sembra a tutta prima “assorbita” nella neonata figura di circostanza attenuante speciale, coniata additivamente dalla Corte costituzionale.

Ma se, da un lato, potrebbe a questo proposito sembrare pertinente il richiamo agli enunciati che sono stati elaborati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, nella richiamata pronuncia che ha ritenuto compatibile l’attenuante di cui all’art. 61 n. 4 cod. pen., con la ipotesi del fatto lieve di cui all’art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 (oggi, però, fattispecie autonoma, e non più figura circostanziale), un dato ci sembra difficilmente contestabile: vale a dire che, la interpretazione dell’art. 61 n. 4 cod. pen. in riferimento al delitto di rapina, avallata dalle Sezioni unite nella sentenza qui in esame, quand’anche ritenuta condivisibile in astratto – cosa che a noi non pare – non può oggi essere più coltivata, in quanto essa conduce ad una “estensione” della portata dell’attenuante comune del tutto sovrapponibile alla atte-

mentre nella rapina – al più – l’eventuale concreta collaborazione materiale della vittima si risolve in una agevolazione del raggiungimento di tale risultato»: BRUNELLI (2019), p. 27.

²⁹ In proposito viene rievocata la sentenza n. 112 del 2019.

³⁰ La giurisprudenza costituzionale è sul punto ormai consolidata: v. in proposito le sentenze nn. 244 e 7 del 2022.

³¹ V. Corte cost., sentenze n. 179 del 2017 e, soprattutto, la fondamentale sentenza n. 313 del 1990, sul patteggiamento.

³² A nostro avviso da risolvere in chiave biunivoca, nel senso che la sproporzione va evitata in ogni caso, in quanto non consona alla funzione rieducativa, e cioè tanto *in peius* che *in melius*.

nuante speciale prevista per il delitto di rapina dalla sentenza costituzionale di cui si è dianzi trattato. Il che renderebbe l'attenuante comune cedevole rispetto alla attenuante speciale, dal momento che, a norma del primo comma dell'art. 62 cod. pen., le attenuanti comuni possono trovare applicazione solo nei casi in cui le stesse non siano previste come elementi costitutivi o circostanze speciali.

Epilogo, questo, che deve ritenersi estensibile anche al delitto di estorsione, a seguito della sentenza 120 del 2020, che, come si è visto, ha rappresentato il naturale “viatico” per la richiamata sentenza n. 86 del 2024.

Circostanze, quelle evidenziate, che, a nostro avviso, avrebbero dovuto indurre le Sezioni unite a non limitarsi – nel dichiarare inammissibile per manifesta infondatezza il motivo di ricorso circa la mancata applicazione della attenuante di cui all'art. 62 n. 4 cod. pen. al contestato delitto di rapina – a correggere la motivazione offerta dai giudici del merito attraverso un semplice richiamo alla (a parer nostro criticabile) giurisprudenza di legittimità, di cui si è innanzi detto.

Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco (2016): *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II (Milano, Giuffrè)

BERNARDONI, Pietro (2020): “Per le Sezioni unite il lucro di “speciale tenuità” è compatibile con lo spaccio di stupefacenti di oieve entità”, in *Sistema penale*, 24 settembre 2020

BRUNELLI, David (1996): voce “Rapina”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol.

BRUNELLI, David (2019): *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato* (Torino, Giappichelli)

CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo (2019): *Elementi di diritto penale. Parte speciale* (Padova, Cedam)

CANTISANI, Paola (2021): “La circostanza sulla speciale tenuità del lucro come attenuante di un fatto qualificato già “lieve”, in *Giurisprudenza italiana*, 700.

DEL CORSO, Stefano (1990): “Commento all'art. 2 l. 7 febbraio 1990, n. 19”, in *La legislazione penale*, 48

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli)

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2015): *Diritto penale. Parte speciale*, vol II, tomo II, (Bologna, Zanichelli)

IORE, Carlo (1995): *Diritto penale. Parte generale*, vol. II (Torino, Utet)

GIANNELLI, Fernando e MAGLIO, Maria Grazia ((2014): “Questioni in tema di rapporti tra i delitti di rapina, estorsione, violenza privata ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone”, in *Rivista penale*, 141

MANTOVANI, Ferrando (2017): *Diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam)

MANTOVANI, Ferrando (1991): voce “Rapina”, in *Enciclopedia giuridica Treccani* (Roma)

MANZINI, Vincenzo (1984): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. XI (Torino, Utet)

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio e GATTA, Gian Luigi (2019): *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè)

MONGILLO, Vincenzo (2002): “Considerazioni in tema di reati plurioffensivi e di applicazione delle attenuanti di cui all'art. 62 n. 4 cod. pen. al delitto di rapina”, in *Cassazione penale*, 2110

PIERANTOZZI, Camilla (2021): “Via libera” delle Sezioni Unite: compatibile l’attenuante del lucro e dell’evento di speciale tenuità con la materia degli stupefacenti (compresa la fattispecie di lieve entità)”, in *Diritto penale e processo*, 440;

PIZZUTI, Giuseppe (1987): voce “Rapina” in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII (Milano, Giuffrè)

TORIELLO, Michele (2021): “La compatibilità tra la circostanza attenuante comune del lucro di speciale tenuità ed i delitti aventi ad oggetto sostanze stupefacenti: i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza Dabo”, in *Cassazione penale*, 110

ZAGREBELSKY, Vladimiro (1976): voce “Rapina” in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV (Torino, Utet)

Spigolature d'archivio: spunti su mafia e reati associativi a partire da un (dimenticato?) maxi-processo tardo-fascista*

Retazos de archivo: reflexiones sobre la mafia y los delitos de asociación a partir de un (¿olvidado?) maxi-proceso del tardo-fascismo

Archival Scraps: Insights on Mafia and Association-based Crimes from a (Forgotten?) Late-Fascist Maxi-Trial

COSTANTINO VISCONTI

Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Palermo
costantino.visconti@unipa.it

ANDREA MERLO

Ricercatore di Diritto penale presso l'Università di Palermo
andrea.merlo@unipa.it

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

CRIMINALIDAD ORGANIZADA

ORGANIZED CRIME

ABSTRACTS

Un “processo di gran mole” celebrato sul finire degli anni '30 a carico degli appartenenti alla “mafia dell'Agro Palermitano”, finora sfuggito all'attenzione storiografica, è per i due autori l'occasione per tornare a riflettere sulle caratteristiche del reato associativo e sulla sua attitudine a contrastare la criminalità organizzata di tipo mafioso. Si tratta peraltro, per quel che consta, del primo maxiprocesso celebrato sotto la vigenza del Codice rocco con applicazione del reato di associazione per delinquere agli “aggregati di mafia”.

Un “proceso de gran envergadura” celebrado a finales de los años 30 en contra de los miembros de la “mafia del Agro Palermitano”, hasta ahora ignorado por la historiografía, es para los dos autores una oportunidad para volver a reflexionar sobre las características del delito de asociación y su capacidad para combatir la criminalidad organizada de tipo mafioso. Además, se trata, hasta donde se sabe, del primer maxi-proceso celebrado bajo la vigencia del Código Rocco en que se aplicó el delito de asociación para delinquir a “grupos mafiosos”.

Escaped so far from historiographical attention, a “maxi trial” conducted in the late 1930s against the mafia of the “Agro Palermitano” is for the two authors an opportunity to reflect again on the characteristics of the crime of association with purpose of delinquency and its aptitude to combat organized crime of the mafia type.

* Il contributo rappresenta un estratto del volume collettaneo *Storia e diritto. Il contrasto alla mafia Siciliana dal secondo ottocento a oggi*, a cura di C. Visconti e A. Blando, in corso di pubblicazione per l'editore Franco Angeli editore, che ringraziamo per aver acconsentito alla pubblicazione su questa Rivista.

SOMMARIO

1. Il ruolo del reato associativo nell'antimafia giudiziaria pre-repubblicana. – 2. L'epoca del prefetto Mori e la seconda ondata della repressione fascista contro la mafia. – 3. Il rapporto Gueli e il maxi-processo alla mafia dell'agro palermitano: l'associazione per delinquere del codice Rocco tra proto-pentiti e cultura penalistica diffusa. – 3.1. (continua) Al vaglio dei giudici le «fische sociali» delle associazioni criminose. – 3.2. Il mafioso è un associato per delinquere? – 4. Il delitto di associazione di tipo mafioso: un vero spartiacque? Conclusioni provvisorie e spunti per proseguire la ricerca.

«Il fatto è che ognuno, prima di vedere qual è l'origine della parola, cerca di sapere il significato che in atto ha: e qui cominciano i guai; ché chi ritiene che la parola indichi uno stato d'animo s'ne va per una via, e chi ritiene significhi uno stato di fatto ne imbocca un'altra»

Leonardo Sciascia, *Filologia*, in *Id.*, *Il mare colore del vino*, Einaudi, Torino, 1973, p. 88.

1. Il ruolo del reato associativo nell'antimafia giudiziaria pre-repubblicana.

Non è usuale per i giuristi avventurarsi in ricerche d'archivio. Abituati a compulsare norme, repertori di giurisprudenza e letteratura attingibili mediante le consuete fonti, l'interesse a scavare cercando qualcosa in più che lì non si trova è invero assai raro. Stavolta, invece, è capitato che grazie al lavoro di una agguerrita pattuglia di storici contemporanei sull'antimafia fascista degli anni '20 e '30 del secolo scorso, siano emersi elementi d'archivio prima sconosciuti con risvolti giuridico-penali interessanti e suscettibili di porre domande anche all'attualità¹.

Si tratta di questo.

Certamente note al grande pubblico sono le imprese del Prefetto Mori, spedito in Sicilia da Mussolini nel 1925 (fino al 1929) con il compito di sgominare i gruppi mafiosi che imperversano a Palermo e in tutta la parte occidentale dell'isola². Meno studiate dai giuristi, però, sono le ricadute in termini penalistici delle celebri retate condotte dal "Prefetto di ferro", con la celebrazione di decine di maxi-processi e migliaia di condannati per associazione criminale. Quasi del tutto sconosciuti, poi, gli sviluppi successivi a quella stagione, ossia quanto accadde nella seconda metà degli anni '30. L'attività antimafia degli organi di polizia e della giurisdizione, infatti, non si arrestò, nonostante il regime avesse dichiarato sconfitta la mafia a seguito delle campagne repressive della seconda metà degli anni '20, tanto che sulla scorta di un imponente Rapporto di polizia del 1938 fu celebrato quello che oggi chiameremmo un maxi-processo – si chiamavano allora "processi di gran mole" – nei confronti delle cosche dell'agro palermitano per associazione a delinquere, avviato nel 1941 e arrivato in appello nel 1945, a carico di ben 191 persone. Procedimento di cui abbiamo potuto studiare il voluminoso incartamento conservato nell'Archivio di Stato e che discuteremo da qui a poco. Fin d'ora, però, è opportuno illustrare le ragioni del nostro interesse per questo processo (e per il periodo in cui si svolge, più in generale) da un punto di vista strettamente penalistico. Ebbene, a differenza di quelli celebrati sulla scorta delle retate di Mori (in cui il codice penale vigente era lo Zanardelli del 1889), il processo "Adragna + 191" si svolge sotto l'impero del nuovo codice Rocco, entrato in vigore nel 1930. Ciò significa che l'imputazione principale o comunque tra le più ricorrenti, quella per reato associativo, avviene in forza dell'art. 416 c.p. che, appunto, prevede la nuova fattispecie di associazione per delinquere in sostituzione della precedente prevista dall'art. 248 del codice Zanardelli.

Invero, fino alla "scoperta" di questo processo non si avevano informazioni dettagliate su un "collaudo" del reato associativo del codice Rocco in materia di mafia con un numero così elevato di imputati e prima dell'avvento della Repubblica. Vedremo più avanti se l'andamento del processo, i suoi presupposti e gli esiti, possono dirci qualcosa sul ruolo assunto dalla fatti-

¹ LUPO (2018); COCO, PATTI (2010); V. COCO (2008); PATTI (2014); PATTI (2008); GRASSO (2017); SCHIRÒ (2024).

² Nella vasta letteratura sulla campagna antimafia del Prefetto Mori basti qui il riferimento a PETACCO (1975); LUPO (1986). Più in generale, sulla politica penale del regime mussoliniano cfr. PELISSERO (1997).

specie incriminatrice, se cioè l'associazione per delinquere si è rivelata più o meno funzionale in un'ottica di efficienza repressiva (e garantistica?) nei confronti delle cosche mafiose. E ciò tenendo conto ora del passato, ossia del dibattito sviluppatosi a cavallo tra gli anni venti e trenta in merito all'applicabilità dell'art. 248 del codice Zanardelli alla mafia in quanto tale; ora guardando anche al futuro, cioè alla discussione che portò il parlamento repubblicano a varare nel 1982 il delitto di associazione di tipo mafioso.

Sullo sfondo, è bene anticiparlo, riposa una nostra ipotesi bisognosa invero di ulteriori verifiche: che nell'alternarsi ciclico, tra un codice e l'altro, di fasi giudiziarie repressive e lunghi periodi di stasi nel contrasto giudiziario ai gruppi mafiosi, la morfologia del reato associativo in sé considerata rivela un peso tutto sommato meno decisivo di quel che solitamente si è portati a ritenere e, comunque, certamente inferiore rispetto a un insieme di fattori extra-normativi, non sempre interamente decifrabili, che affondano le radici nel terreno politico-istituzionale, sociale e culturale.

2. L'epoca del prefetto Mori e la seconda ondata della repressione fascista contro la mafia.

Cominciamo con l'inquadrare storicamente il periodo in cui nasce e si sviluppa il *ma-xi*-processo in questione. Si è già accennato che la seconda stagione repressiva spiegatasi dopo la campagna Mori non fu affatto propagandata dal regime che piuttosto aveva tutto l'interesse ad avvalorare l'idea che la mafia grazie all'impegno antimafia del regime fascista fosse stata definitivamente debellata. D'altro canto, pur con tutte le doverose precisazioni e i necessari approfondimenti critici quanto al rispetto delle garanzie, va detto che i numeri dei processi che si celebrarono alla fine degli anni venti e oltre sono impressionanti, come riferito dal Procuratore generale di Palermo Giampietro nella relazione annuale del 1930: quasi quattordicimila denunciati, molti condannati a titolo di reato associativo, anche se con pene medio-basse, in linea con i quadri edittali previsti dal codice Zanardelli.

Si organizzarono tanti processi quanti erano gli "aggregati di mafia" disvelati dalle indagini, uno per ogni paese (tra Palermo, Trapani e Agrigento) e per ogni borgata palermitana in cui veniva riscontrata l'attività di una "famiglia"³. Seppur si sia trattato di una giustizia penale gestita in modo spettacolare e quindi certamente non incline a prendersi cura dei diritti degli imputati, gli avvocati dell'epoca provarono a dare filo da torcere a chi voleva procedere modo sommario. E la discussione sull'applicabilità del reato associativo fu uno dei cavalli di battaglia delle difese in giudizio. Tra i maggiori protagonisti vi erano anche avvocati che vantavano un pedigree di tutto rispetto quanto a impegno nella difesa del dissenso politico e sociale negli anni precedenti, contesti ove il reato associativo veniva di regola stigmatizzato quale dispositivo liberticida. In alcuni di loro si fondevano, quindi, acume giuridico, passione ideologica e interessi strettamente difensivi e ciò innalzava il livello del confronto tra gli attori processuali, costringendo perfino i magistrati a uscire allo scoperto sostenendo le loro tesi sulle più importanti riviste giuridiche. Pensiamo, ad esempio, alle ben note prese di posizione di Giuseppe Mario Puglia, avvocato di grido ed erede di una longeva dinastia forense⁴, e dei magistrati Ferdinando Umberto Di Blasi e Giuseppe Guido Lo Schiavo⁵, giovani colleghi del procuratore generale Luigi Giampietro, intenti a smentire le posizioni avverse con articoli e saggi su un punto cruciale, se cioè la mafia in quale tale integrasse o meno la fattispecie associativa e conseguentemente se l'essere mafioso coincidesse o no con la partecipazione punibile (*v. infra*, § 4). Diverse e articolate erano comunque le questioni sollevate in punto di diritto sostanziale dalle difese con riferimento al reato associativo. Ad esempio, nei processi che riguardarono rispettivamente le cosche della Piana dei greci e della borgata palermitana di Piana dei Colli, celebrati a poca distanza di tempo, il sindaco del paese Francesco Cuccia subiva in entrambi l'incriminazione per partecipazione al reato associativo, l'una per il gruppo mafioso di origine,

³ Secondo GIAMPIETRO (1931), nel sessennio 1924/1930 furono denunciate per reati di mafia 13.930 persone e più in particolare «le associazioni denunciate appartengono ai vari circondari in questa proporzione: 85 ad Agrigento, 69 a Caltanissetta, 100 a Palermo, 16 a Sciacca, 50 a Termini Imerese e 109 a Trapani. Per importanza e gravità di numero di delitti meritano menzione speciale quelle di Piana dei Greci con 278 imputati, di Misilmeri con 210, di Bagheria con 361, di Sommatino con 314 (...) di Palermo Porta Nuova con 256, di Casteltermini con 525».

⁴ Cfr. BLANDO (2008), p. 7.

⁵ *V. infra*, § 3.2.

l'altra per la militanza in favore dei sodalizi urbani. La tesi del suo difensore più prestigioso, l'avvocato Paolo Paternostro, era invece che tale doppia incriminazione non fosse ammissibile: «Dunque per l'egregio requirente, mafioso uguale associato a delinquere. Or se un Tizio è mafioso a Palermo, resterà mafioso se trasporta la sua dimora da un paese all'altro, ma non acquista una particolare cittadinanza mafiosesca in ogni paese ove svolga la sua azione di mafioso. Così una ditta commerciale può essere in rapporti di affari con altra ditta commerciale, ma se un commerciante ha dei soci in diverse città non si dirà che egli è tante volte commerciante per quante sono le città dove risiedono i suoi soci!!! È chiaro?»⁶.

L'argomento, assai suggestivo e non meno sdruciolevole, fu aggirato dagli organi giudicanti facendo leva tutto sommato sugli stessi ingredienti concettuali messi a disposizione dalla difesa: «nulla vieta giuridicamente che lo stesso individuo partecipi contemporaneamente a diversi sodalizi criminosi, come nel diritto privato nessun ostacolo vieta che la stessa persona fisica prenda parte a distinte e separate società commerciali»⁷.

A ogni modo, la questione concernente il reato associativo sul piano degli estremi sostanziali del reato, certamente assai rilevante, era comunque strettamente connessa a quella davvero decisiva, ossia le fonti di prova impiegate in giudizio. «Il *punctum saliens* delle questioni relative all'azione giudiziaria repressiva della delinquenza è stato quello della prova dell'associazione a delinquere, data la difficoltà di avere elementi diretti che valgano a dare la dimostrazione della sua esistenza»⁸.

In particolare, una vera battaglia giudiziaria con esiti altalenanti fu condotta dagli organi dell'accusa per valorizzare il più possibile in giudizio i verbali delle indagini, cioè gli atti della polizia destinati a rimpiazzare l'assenza di prove dirette come la testimonianza. Ecco perché una buona parte della Relazione di Giampietro appena citata, risulta dedicata alle sentenze della Cassazione che si succedettero proprio per precisare i limiti e i presupposti per valersi degli atti investigativi della polizia giudiziaria ai fini del raggiungimento della prova, nel processo, sull'esistenza di una associazione per delinquere e della partecipazione ad essa dei singoli imputati. In realtà, questo, non era solo il punto saliente bensì il *punctum dolens* dell'intera stagione giudiziaria dall'ottica delle garanzie degli imputati, insieme alla incontrollata carcerazione preventiva, che infatti attirò le severe censure degli avvocati del tempo⁹.

Tornando a uno sguardo generale sulla prima fase della repressione fascista della mafia, avviata con la nomina da parte di Mussolini di Cesare Mori a prefetto di Palermo e conclusasi nei primi anni Trenta del secolo scorso con la celebrazione degli ultimi processi, si può prendere atto che indubbiamente si trattò della più imponente offensiva statale mai intrapresa dall'unità d'Italia sino ad allora nei confronti delle cosche. E il regime non mancò di rimarcarlo in ogni dove, tra le mura domestiche e anche all'estero, enfatizzando gli effetti esiziali che la campagna promossa dal duce avrebbe determinato contro la mafia. Già con l'amnistia del 1932, concessa nel decennale della marcia su Roma, però, molti dei condannati nei processi degli anni precedenti riconquistarono la libertà. E se, da un lato, il governo non desiderava mantenere un clima repressivo emergenziale e piuttosto intendeva rassicurare l'opinione pubblica sull'avvenuta sconfitta della mafia, dall'altro correva ai ripari rispetto alla probabile riorganizzazione dei gruppi criminali. Pericolo che gli stessi *interna corporis* degli apparati repressivi non sottovalutavano. *Sine strepitu ac apparatu*, pertanto, si istituì a settembre 1933 il Regio Ispettorato di P.S., con a capo l'allievo e collaboratore di Mori, l'ispettore Giuseppe Gueli, che di fatto ereditava e perfezionava la struttura organizzativa e i metodi di indagine che furono del suo maestro: soprattutto il coordinamento tra 12 unità interforze (carabinieri e poliziotti) di investigatori che operavano dislocati in tutta la Sicilia¹⁰. L'obiettivo non era solo quello di condurre indagini destinate a dar vita a processi penali (che pure furono promossi già alle prime battute contro le cosche di Vita e Salemi in provincia di Trapani e subito dopo contro quelle attive nella zona di Cattolica Eraclea e paesi limitrofi), ma anche di tenere sotto controllo i tentativi di riorganizzazione mafiosa in modo tempestivo, anche tenuto conto dell'efficacissimo strumento del confino per gli individui più pericolosi.

⁶ Le citazioni sono tratte da SCALIA (2008), p. 102 ss.

⁷ Cass. Sez. I, 14 dicembre 1929, Giambeluca, in *Giur. it.*, 1930, II, p. 226 ss.

⁸ *Relazione statistica*, cit.

⁹ Cfr. ad es. PUGLIA (1930a).

¹⁰ Cfr. COCO (2017), p. 91 ss.

3. Il rapporto Gueli e il maxi-processo alla mafia dell'agro palermitano: l'associazione per delinquere del codice Rocco tra proto-pentiti e cultura penalistica diffusa.

Ed è grazie all'attività del Regio Ispettorato di p.s. guidato da Giuseppe Gueli che si arrivò, nel 1938, al *Processo verbale di denuncia di 175 individui responsabili di associazione a delinquere e altri reati scoperti nell'Agro palermitano*,¹¹ sulla scorta della quale fu poi avviato il relativo maxi-processo di fronte all'autorità giudiziaria.

Nelle prime pagine del rapporto si coglie bene lo spirito degli investigatori alle prese con un fenomeno che si mostrava ai loro occhi tutt'altro che sconfitto: «Nonostante tutte le ondate di provvedimenti di polizia e giudiziari più o meno energiche ed a proporzioni più o meno vaste, che si sono susseguite, l'organizzazione criminosa, conosciuta da secoli in Sicilia ed altrove sotto il nome generico di mafia, ha sempre resistito a tutti i colpi e non hai mai cessato di esistere [...] Ed, infatti, durante la lotta a fondo degli anni decorsi e principalmente dal 1924 al 1927 fu sfrondata, potata, quasi intaccata al tronco, ma la base e le radici rimasero intatte, perché costituite dai cosiddetti stati maggiori, ormai notoriamente composti da professionisti, titolati e da individui, in genere, di elevata classe sociale»¹².

L'aspetto forse più importante è che per la prima volta vengono raccolte dagli stessi sospettati numerose confessioni circa l'esistenza dell'organizzazione criminale, dal rituale di affiliazione alla suddivisione in famiglie e alle gerarchie interne. Non a caso gli estensori del verbale ricorrono a un rilievo che molti anni più tardi avrà largo successo: «il pentimento, il proposito, diciamo così, di darsi a vita onesta dopo la vita avventurosa e di connivenza delittuosa [...] non poteva e non doveva evidentemente lasciare tranquilli tutti i "fratelli" ed il capo della "famiglia" di mafia». Dunque, si badi bene, non si riserva più a loro lo stigma di «*sbirru e casciuttuni*», ma lo *status* eticamente impregnato di "pentiti". Una novità assoluta, tanto da far dire agli storici che ci si trova di fronte a dei "proto-pentiti" rispetto al modello, poi debuttato cinquant'anni più tardi, di Buscetta e degli altri mafiosi che rivelarono "dal di dentro" a Falcone e al pool antimafia l'intera struttura di "Cosa nostra"¹³.

Vero è che poi in giudizio tali dichiarazioni verranno per lo più ritrattate, ma in ogni caso si tratta di un riscontro formidabile della sopravvivenza delle cosche alla prima repressione fascista, o quantomeno della loro riorganizzazione. In particolare, sul piano strettamente giudiziario, del tutto inediti risultavano per il tempo i confronti tra i sospettati realizzati dagli investigatori, ciò che contribuirà in modo decisivo a conferire loro valore probatorio nonostante la raffica di smentite in giudizio da parte degli stessi propalanti.

Tra i numerosi confronti colpisce quello tra Salvatore Cracolici, detto "Funciazza", capo famiglia della borgata di Tommaso Natale che aveva iniziato a collaborare con gli investigatori, e Vito Graziano, «elemento pericoloso ed astuto più di una vecchia volpe» che fino a quel momento era sfuggito a qualsiasi accusa di mafia, pure ai tempi di Mori. Al primo incontro, quest'ultimo, sebbene non rifiutò l'abbraccio e il bacio offertogli dal Cracolici, contesta il proprio coinvolgimento in attività mafiose e anzi «con contegno cinico e parole sottintese, tacciava da infame e da sbirro il suo accusatore». Qualche tempo dopo, però, egli – sorprendendo gli stessi carabinieri – chiede di essere nuovamente interrogato in quanto rimasto molto scosso dal confronto subito e dalle parole in quell'occasione pronunziate dal Cracolici: «Vossia parla, perché ho dichiarato il fatto della *punciuta*. Si ricordi che vossia e don Pippino Alagna eravate presenti». Sicché, il Graziano, pur narrando i fatti «a modo suo», ammise di «far parte tuttora dell'organizzazione mafiosa», precisando di esservi entrato nel 1894 e descrivendo con ancora maggiore precisione degli altri la formula del giuramento prestato tenendo in mano in mano un'immagine sacra appena bruciata: «Giuro di essere fedele ai fratelli e di bruciare per essi se del caso le mie carni come si sta bruciando questo pezzo di carta».

Insomma, al di là delle sorti processuali delle singole chiamate di correo che – come queste ultime – furono verbalizzate durante le indagini, secondo gli investigatori «La prova più luminosa della dipendenza gerarchica, si svela, davvero imponente e incontrovertibile, anche

¹¹ *Processo verbale di denuncia di 175 individui responsabili di associazione per delinquere ed altri reati connessi scoperta nell'agro palermitano del R. Ispettorato di p.s. per la Sicilia* ora pubblicato in COCO, PATTI (2010).

¹² COCO, PATTI (2010), p. 55.

¹³ COCO, PATTI (2010), p. 11.

dall'insieme delle confessioni dei singoli gregari, tenuto conto che essi stessi, a catenella, ci hanno guidato indicandoci, man mano, i vari nomi a noi completamente sconosciuti ed i delitti che in conseguenza di tal nodo, ed attraverso i rispettivi capi, essi sapevano di essere stati perpetrati, sebbene non denunciati dalla parti lese».

Il rapporto descrive minuziosamente i vari raggruppamenti mafiosi, a volte in conflitto violento tra loro e ricostruisce gli organigrammi di ciascuno e i singoli reati commessi (abigeati, furti, minacce e violenze, rapine e omicidi), questi ultimi soltanto elencati nel rapporto principale e dettagliatamente esposti in separati verbali di denuncia.

«Concludendo, abbiamo piena coscienza di aver dimostrato con prove che non ammettono dubbio, scrupolosamente raccolte [...] l'esistenza e l'attività dell'organizzazione [...] il vincolo associativo, soggettivo e criminoso, i rapporti di dipendenza gerarchica in seno all'organizzazione e le relazioni fra gruppi e gruppi e famiglie e famiglie, con la netta divisione dei gregari dell'una e dell'altra fazione di mafia contrastanti per il predominio del campo»¹⁴.

Un aspetto va subito sottolineato. Il Regio ispettorato individua e tratta distintamente i vari raggruppamenti mafiosi, operando però una bipartizione tra i primi tre, denominati semplicemente con una numerazione progressiva, appunto, fino a 3 (per un complessivo di 61 accusati), e tutti gli altri che invece prendono il nome dalla borgata palermitana di origine: Tommaso Natale, Pallavicino, Cruillas, Bambino, Leoni (per un complessivo di 106 accusati). Questa *summa divisio* corrisponde, più o meno, a una differente genealogia dei sodalizi, i primi sembrano per lo più di recente costituzione anche se ad opera di individui non estranei all'in-veterato contesto mafioso della zona, mentre i secondi risultano frutto della riorganizzazione di formazioni criminali del passato avvenuta nel corso degli anni '30, dopo le retate e i processi dell'epoca Mori. Vedremo da qui a breve che tale differenza peserà non poco nella valutazione da parte dei giudici tesa ad accertare la sussistenza, di volta in volta per ciascun gruppo, degli estremi del reato associativo, soprattutto nel giudizio di Appello su cui ci soffermeremo.

In ogni caso, gli investigatori mostrano di avere piena consapevolezza dell'utilità dell'incriminazione a titolo associativo, anche per la sua funzione unificante al fine di valorizzare probatoriamente elementi che diversamente rimarrebbero poco significativi. Difatti, essi non mancano di rilevare che «anche il reato che, trattato in sé in determinate zone dell'Isola potrebbe sembrare sporadico e del tutto isolato, attraverso l'indagine profonda e completa d'insieme, assume poi la caratteristica della connessione e sorge evidente il rapporto criminoso fra i suoi concorrenti con le altre manifestazioni del genere, che si uniscono come anelli di una lunghissima catena»¹⁵.

D'altro canto, si spiega ancora nel Rapporto, «il vincolo associativo [...] salta evidente ed indubbio non solo dalla lunga serie di delitti perpetuati [...], ma dagli stessi loro rapporti di vita comune e di propositi maturati e definiti, che sono precisamente ed inequivocabilmente quelli che forniscono la prova inconcussa, nella forma e nella sostanza, del tipico reato di associazione per delinquere; [...] La saldezza di tali nodi delittuosi si forma fra gli associati per inclinazione individuale e si fonde sempre più con la consumazione dei delitti, cementata dal lucro e dalla possibilità di rappresaglie e vendette, su mandato diretto o indiretto, agli ordini dei capi che affermano un principio dominante, con fini precisi ed obiettivi, spesso anche ignorati dagli esecutori, ai quali incombe l'obbligo di aderirvi senza obiezioni»¹⁶.

3.1. (continua) *Al vaglio dei giudici le «fisiche sociali» delle associazioni criminali.*

Fin qui, in estrema sintesi, l'impostazione degli investigatori sul piano dell'inquadramento generale delle condotte contestate.

Nei successivi passaggi processuali si assistette a un progressivo e deciso ridimensionamento delle accuse, a partire dalla decisione di rinvio a giudizio del 1941 che condusse al banco degli imputati solo 96 sospetti mafiosi e alla sentenza di primo grado che ne condannò 53. Riservandoci di ritornare più approfonditamente su questi provvedimenti in un prossimo lavoro, al momento ci limitiamo a rivolgere l'attenzione soprattutto alla motivazione della

¹⁴ Coco, PATTI (2010), p. 200.

¹⁵ Coco, PATTI (2010), p. 72.

¹⁶ Coco, PATTI (2010), pp. 72-73.

sentenza di appello che in gran parte confermò le scelte dei giudici inferiori, ma con un argomentare che risulta a tratti e per quanto qui interessa assai più intellegibile.

Sul punto generale dei presupposti di applicabilità del reato associativo tra diritto e prova, sembrerebbe che i giudici di primo grado non abbiano tenuto in gran conto – o quantomeno non ne abbiano esplicitato in motivazione la rilevanza – le rivelazioni degli accusati sull'organizzazione interna dei sodalizi di appartenenza. L'organo giudicante, piuttosto, fa leva sull'accertamento dei singoli reati (prevalentemente furti di bestiame e ricettazioni) commessi in concorso e ripetutamente tra gli imputati quale indice dell'esistenza di un programma criminoso riconducibile all'esistenza di un'associazione per delinquere punibile. Più incline a cogliere le caratteristiche specifiche dell'organizzazione criminale per dimostrare la configurabilità del delitto di associazione per delinquere è invece la Corte di Appello. Con sentenza resa in nome di Sua Altezza Reale Umberto di Savoia, Principe di Savoia e Luogotenente generale del Regno, nel ricostruire il processo di riorganizzazione delle "famiglie", infatti, i giudici del secondo grado colgono l'esistenza di un nucleo di persone che «aveva l'impronta e i caratteri delle classiche associazioni di mafia, a cominciare dalla funzione del giuramento che gli indiziati prestavano mentre bruciava nelle loro mani un'immagine sacra o una carta sulla quale si era fatta stillare qualche goccia di sangue, all'obbligo di assistersi scambievolmente, di eseguire ciecamente gli ordini che i capi avessero creduto di dare nell'interesse del sodalizio, e di mantenere il segreto sulle operazioni della società, pena la vita»¹⁷.

Per di più, nel cogliere tali aspetti¹⁸, il collegio non manca di segnalare la differenza con gli altri gruppi tratti in giudizio, la cui formazione non presentava «i caratteri specifici della mafia», ma risultava ridotta «alla più semplice espressione di un *concerto generico* a commettere una serie indeterminata di delitti, segnatamente contro la proprietà, che interveniva fra un nucleo piuttosto ristretto di persone, nucleo che andava man mano estendendosi a coloro che, per la migliore attuazione del programma, vi aderivano in tempo successivo»¹⁹.

Mette conto segnalare un'altra importante convinzione dei giudici palermitani, secondo la quale le dinamiche specifiche degli aggregati di mafia non potevano essere affrontate guardando ai fatti bruti nella loro oggettività fenomenologica, ma richiedevano la necessità di decrittare le peculiari «fisiche sociali» che connotavano i singoli contesti, poiché «ogni territorio ha sempre forme tipiche di saturazione criminosa, che rispondono alle locali condizioni di ambiente». Si correrebbe altrimenti il rischio, soggiungono, di «confondere l'associazione per delinquere col delitto endemico e regionale», poiché «medesimi reati, identiche trame delittuose, reati in serie che avvengono in un territorio non sono perciò un indizio rassicurante di associazione per delinquere»²⁰. Sul presupposto di carattere generale per cui «la responsabilità degli autori sorge obiettivamente dal solo fatto di far parte di una società criminosa costituita, indipendentemente dalla consumazione o meno di reati specifici particolari», dunque, i singoli delitti – minuziosamente riscontrati nel processo – assumono il ruolo di «indice dell'esistenza di una associazione», la quale va però ricostruita con accertamenti supplementari, come per esempio le «propalazioni» dei pentiti. E il giuramento rituale – precisa ancora l'organo giudicante – consisteva solo in uno degli indici atti a segnalare il carattere mafioso dell'organizzazione, ché «l'associazione criminosa è motivo d'allarme e di pericolo sociale e però l'associazione del danno concreto». E di fatti, già nella fase istruttoria il R. Ispettorato di p. s. si impegna a esplicitare i tratti caratterizzanti – oggi diremmo il "metodo" – delle consorterie mafiose: «ipocrisia, minaccia velata, promesse di aiuto, asservimenti puerili, raccomandazioni, inframmettenze, insinuazioni in ogni campo dell'attività pubblica, sono le armi più comuni delle quali la mafia si serve per il raggiungimento dei criminosi fini»²¹.

3.2. *Il mafioso è un associato per delinquere?*

C'è un'ulteriore ragione per considerare le carte del processo sulla mafia dell'Agro palermitano come qualcosa di più che un ghiotto reperto d'archivio. Esse costituiscono un tassello finora mancante alla ricostruzione dell'esperienza giurisprudenziale di contrasto alle organiz-

¹⁷ Corte di Appello del distretto di Palermo, sez. III, n. 956/45, Adragna e al., ined., conservata presso l'Archivio di Stato di Palermo.

¹⁸ Si badi che nella prevalente prassi giudiziaria dell'epoca «giuramenti e tenebrosi rituali resta[vano] fuori dal dibattimento». Così S. LUPO (2018), p. 49.

¹⁹ App. Palermo, cit.

²⁰ App. Palermo, cit.

²¹ COCO, PATTI (2010), p. 119.

zazioni criminali di tipo mafioso (quantomeno quelle operanti nel capoluogo siciliano). Come si accennava più su, infatti, il processo Adragna fu tra i primi, a pochissimi anni dal varo del Codice Rocco, in cui si fece applicazione della nuova fattispecie di associazione per delinquere con riferimento a consorterie mafiose²². Prima di allora, tutti i processi di mafia, ivi compresi quelli che sono seguiti alla repressione Mori, sono stati celebrati sotto la vigenza del Codice Zanardelli, sicché questo ritrovamento costituisce un documento prezioso per tratteggiare con più precisione l'evoluzione morfologica del reato associativo e la sua attitudine a incriminare i sodalizi mafiosi.

Per meglio inquadrare i termini della questione, è a questo punto opportuno soffermarsi brevemente sul modello accolto nella prima codificazione dell'Italia unita, quando il legislatore dovette misurarsi con la variegata fenomenologia criminale di tipo associativo che imperversava nelle diverse regioni del neonato Stato unitario²³. Di qui la scelta di strutturare il modello di incriminazione attraverso una previsione normativa il più possibile comprensiva, sfrondata da connotazioni tipiche che riproducessero i tratti di una specifica forma di consorteria criminosa, sul modello di reato associativo già accolto nel codice toscano del 1853, ove la definizione di associazione penalmente rilevante si esauriva nell'accordo tra più persone finalizzato al perseguimento di determinate tipologie delittuose²⁴.

Non può non rammentarsi che, già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, imperversava sulle riviste penalistiche, con ampia risonanza nelle aule di tribunale, una polemica aspra avente ad oggetto la possibilità di inquadrare le consorterie mafiose entro il perimetro del reato di associazione per delinquere.

Contro questa ipotesi ricostruttiva si levò la voce di Giuseppe Mario Puglia, che su *La scuola Positiva* pubblicò uno scritto che già nel titolo affermava *Il mafioso non è un associato a delinquere*²⁵. Il noto avvocato sosteneva – sulla scorta delle tesi del Pitre²⁶, che larga risonanza ebbero sul finire del XIX sec. – che la mafia si caratterizzerebbe per un comune *modus operandi* che si concretizza nella pratica dell'omertà da parte dei suoi adepti, ma le farebbe difetto, in concreto, il sostrato di una vera e propria organizzazione strutturata²⁷.

Riproducendo le cadenze di vecchie teorie, egli affermava che uno dei principali tratti distintivi dell'uomo mafioso fosse rappresentato da un individualismo esasperato²⁸, di talché «mafioso e associato sono [...] termini che non possono coesistere nello stesso individuo: il primo equivale a fiducia nella forza personale e a disprezzo di quella degli altri; il secondo, al

²² In quegli stessi anni cfr. Cass. 31 marzo 1939, Maria ed altri, in *Giust. pen.*, II, 1939, p. 90: «Per l'esistenza del delitto di associazione per delinquere basta che sia provata la partecipazione degli imputati alla mafia locale e alle riunioni nelle quali sono progettati i vari delitti commessi nella località, senza che sia necessaria la partecipazione e la condanna degli imputati per tali delitti».

²³ In generale, sulle strategie di contrasto alla criminalità mafiosa nello stato liberale cfr. FIORE (1988).

²⁴ L'art. 248 del Codice Zanardelli, era così formulato:

«Quando cinque o più persone si associano per commettere delitti contro l'amministrazione della giustizia, o la fede pubblica, o l'incolumità pubblica, o il buon costume e l'ordine delle famiglie, o contro la persona o la proprietà, ciascuna di esse è punita, per il solo fatto dell'associazione, con la reclusione da uno a cinque anni.

Se gli associati scorrono le campagne o le pubbliche vie, e se due o più di essi portino armi o le tengano in luogo di deposito, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.

Se vi siano promotori o capi dell'associazione, la pena per essi è della reclusione da tre a otto anni, nel caso indicato nella prima parte del presente articolo, e da cinque a dodici anni, nel caso indicato nel precedente capoverso.

Alle pene stabilite nel presente articolo è sempre aggiunta la sottoposizione alla vigilanza speciale dell'Autorità di pubblica sicurezza».

²⁵ PUGLIA (1930b), p. 452 ss. La questione dell'applicabilità dell'associazione a delinquere ai mafiosi era da tempo terreno di scontro nell'agone forense. Si vedano inoltre i richiami di LUPO (2010), p. 43, alle arringhe difensive del c.d. *Processo Amoroso più 374* del 1883 in cui non si esita a definire l'accusa di associazione «un quid misterioso», «una coda posticcia» (p. 43).

²⁶ PITRÈ (1889), p. 292. Secondo il celebre antropologo la mafia «non è setta né associazione, non ha regolamenti né statuti [...] il mafioso non è un ladro, non è un malandrino», è invece «semplicemente un uomo coraggioso e valente, che non porta la mosca sul naso, nel qual senso l'esser mafioso è necessario, anzi indispensabile. La mafia è la coscienza del proprio essere, l'esagerato concetto della propria forza individuale, donde la insofferenza della superiorità e, peggio ancora, della prepotenza altrui». Osserva LUPO (2010), p. 43: «Si potrebbe fare una storia dell'utilizzazione, da parte degli avvocati difensori nei processi di mafia, della formulazione di Pitre del 1882, già allora arcaizzante e volutamente mistificatrice, sulla mafia che «non è setta né associazione, non ha regolamenti né statuti» (v. inoltre LUPO (2018), p. 146).

²⁷ Per paradossale che possa sembrare, a simili conclusioni, sul versante opposto, giungeva anche Cesare Mori, il famigerato «prefetto di ferro», il quale nel 1923 disse che la mafia non era «una associazione o una setta organizzata, ma un'attitudine morbosa specifica di determinati elementi, e tali da isolarli come entro una specie di casta». Sicché, «fare coincidere il concetto di mafia [...] con quello di associazione a delinquere potrebbe determinare dei gravissimi errori giudiziari, sottoponendo ad una sanzione penale, in certi casi molto gravi, persone che non dovrebbero essere punite per il reato di associazione» (citazione tratta da C. DUGGAN (2007), p. 238).

²⁸ Reagendo all'assenza di una presenza statale e «poiché i governi non intervenivano, si perdeva ogni senso di fiducia nella legge, anzi la si disprezzo ritenendola causa e complice di tutte le discordie, e venne fuori la valorizzazione dell'individuo. [...] E nel sangue di taluni siciliani cominciò a germogliare la religione del proprio «io» e il disprezzo dell'aiuto della legge e di chicchessia. Una esagerata fiducia nelle istintive forze di difesa e di offesa; una autoesaltazione esagerata». PUGLIA (1930b), p. 453. La stessa chiave interpretativa si rintraccia nell'opera di DE BELLA (1933), p. 61.

contrario, consiste nella sfiducia delle proprie forze e nella valorizzazione della forza associativa»²⁹.

Animato anche da preoccupazioni garantistiche³⁰ e convinto assertore dell'idea per la quale «la delinquenza siciliana si combatta specialmente sviluppando un vasto programma educativo e civilizzatore», dunque, Puglia avversa l'applicazione della fattispecie di associazione a delinquere ai mafiosi, ritenendo piuttosto che «la magistratura de[bba] appartarsi per cedere il passo alla politica», la quale sarebbe libera di perseguire i suoi obiettivi seguendo la «via che più le aggrada, non essendo obbligata ad osservare le rigide regole di sacerdoti di Temi»³¹.

Queste tesi furono contrastate soprattutto sul versante magistratuale, attraverso gli interventi più su accennati che apparvero sulle riviste giuridiche degli anni '30 a firma degli autorevoli magistrati Ferdinando Umberto Di Blasi e Giuseppe Guido Loschiavo. Si tratta di prese di posizione parecchio significative, non solo per le loro refluenze nel concreto modo di concepire le strategie giudiziarie di contrasto alle mafie, ma anche perché esemplificative di come il tema sia «da sempre un terreno di scontro nel quale la stessa applicazione giudiziale delle norme incriminatrici finisce – in misura ben maggiore che in altri casi – col soggiacere a forti condizionamenti politico-ideologici e socio-culturali»³². È, infatti, lecito supporre che una spinta non piccola al superamento delle remore relative all'applicazione della fattispecie associativa ai mafiosi è derivata da argomenti non giuridici, ma connotati politicamente, che – più o meno esplicitamente – hanno finito col condizionare l'emersione delle soluzioni interpretative più congeniali ad assecondare l'impegno del regime a combattere le organizzazioni mafiose.

Di Blasi, pur concludendo per l'applicabilità dell'articolo 248 del Codice Zanardelli alle consorterie mafiose, mostra una certa fascinazione per la lettura antropologica del mafioso propugnata da Puglia. Egli scrive infatti che «camorra e, più ancora, la mafia rappresentano stati psicologici tendenti al più sconfinato individualismo, alla negazione dell'autorità dei pubblici poteri, alla disfrenata sete dell'arricchimento mediante la prevalenza di un benessere inconfacente, sopra e contro ogni altrui interesse». Sicché, «camorra e mafia indicano uno stato d'animo che in determinati ambienti andava diffondendosi sempre più quanto maggiore era lo spostamento del principio di autorità dallo Stato verso i singoli»³³. Pertanto, più che come nuclei associativi, camorra e mafia sarebbero state da considerare «solo [come] sfondo psicologico» su cui poi andavano ad aggiungersi «gruppi di elementi che si accomunavano secondo gli interessi delittuosi particolari; e soltanto le intese così formantisi, le unioni di consensi, le promesse di cooperazione, di assistenza per svolgere una determinata attività criminosa costituiscono quella realtà che è l'associazione a delinquere»³⁴. Sicché, a ben vedere, l'autore non sembra disposto ad ammettere che la mafia possa, di per sé stessa, essere considerata un'associazione per delinquere. Egli, infatti, si impegna a ridimensionare l'opinione del procuratore generale di Palermo Luigi Giampietro che, nella relazione dei lavori compiuti nel distretto della corte d'appello nell'anno 1927, nettamente affermava: «la società dei mafiosi, attiva, operante, è per se stessa un'associazione a delinquere»³⁵. Una presa di posizione che il Di Blasi si impegna a sfumare: «l'insigne magistrato non disse, adunque, che la mafia è un'associazione a delinquere, ma la *società* dei mafiosi; ed aggiunse ancora: «la *società* dei mafiosi attiva, operante»»³⁶.

Senonché, la chiosa sconfinava nella manipolazione del pensiero del Procuratore Giampie-

²⁹ PUGLIA (1930b). Lo stesso rito di affiliazione non costituirebbe, in quest'ottica, evidenza di una formazione associata, ma andrebbe letto come una generica manifestazione di cameratismo o fratellanza fra simili, una «simpatia bio-psicologica» da non confondersi col *vinculum scelerum*: «l'avvocato preferirà chiacchierare col magistrato, il filosofo, non trovando un suo collega, si adatterà a conversare con il letterato; il *viveur* andrà a rifugiarsi in un crocchio di belle signore. Altrettanto avviene con i mafiosi».

³⁰ Che tuttavia non si estendevano fino al biasimo di misure di polizia liberticide come il confino, considerato anzi una valida alternativa allo strumento giudiziario.

³¹ PUGLIA (1930b).

³² FIANDACA (1991), p. 52.

³³ DI BLASI (1930), p. 225 ss. Di Blasi, senza far velo sulle proprie simpatie per il regime, scrive che la «nuova concezione dello Stato etico» non avrebbe tollerato «la sopravvivenza di associazioni determinate da interessi particolaristici, né la persistenza di gerarchie occulte che, per quanto non avessero finalità delittuose, apparivano incompatibili con la sovranità dello Stato». Andava considerata «superata, quindi, ogni discussione sul contenuto sociologico del fenomeno della camorra e della mafia, ed esso ha ormai il carattere di un problema di criminalità» (nt. 10).

³⁴ DI BLASI (1930), p. 228.

³⁵ GIAMPIETRO (1928), 5, richiamata da DI BLASI (1930), nt. 11.

³⁶ DI BLASI (1930), p. 228. Ciò che andrebbe provato è, nella prospettazione del Di Blasi, il «fatto associativo», cioè l'unione di cinque o più persone con la volontà di commettere i reati indicati nell'art. 248 del Codice Zanardelli, senza che ciò escluda che la prova della preesistenza del sodalizio criminoso possa poi essere ricavata, se occorresse, dalle singole manifestazioni delittuose specifiche» (esplicito il richiamo a MANZINI (1926), p. 650).

tro, che nell'imbastire i maxiprocessi scaturiti dalla repressione Mori, sposò apertamente la linea di considerare gli aggregati di mafia punibili attraverso la fattispecie associativa, precisando – proprio qualche riga dopo il passo citato con tanta acribia da Di Blasi – che «il solo fatto di appartenervi è prova della responsabilità penale di quelli che ne fanno parte»³⁷. Punto di vista, questo, reso successivamente ancor più esplicito in un intervento riportato da Giuseppe Guido Loschiavo, magistrato di punta di quello che è stato definito un «pool ante litteram»³⁸ guidato dal procuratore generale Giampietro: «mafioso vale quanto dire delinquente ed essendo la mafia non un sentimento di esagerata supervalutazione dell'individuo ma un aggregato attivo ed operante di mafiosi, la mafia si identifica con la giuridica espressione di associazione per delinquere»³⁹. Un brano, questo, che assume qui particolare importanza perché sembra quasi essere poi stato riproposto dall'ispettore Gueli nel *Verbale* già richiamato in precedenza. In esso si afferma, infatti «già indubbiamente accertato» che la mafia «non è un semplice stato d'animo o un abito mentale, ma diffonde l'uno e l'altro da una base di piena organizzazione, suddivisa in cosiddette “famiglie” e in “diecine” con “capi o rappresentanti” regolarmente eletti e con i “fratelli” sottoposti ad un giuramento di indiscussa fedeltà e di segretezza, prestato sul proprio sangue fuoruscito da un dito punto da uno spillo ed in forma solenne, riprendeva la sua via di agire criminosamente, e di tentare ancora una volta l'inquinamento di ogni branca dell'attività pubblica ed economica della regione»⁴⁰.

Su questa stessa linea interpretativa si colloca il già richiamato pensiero di Giuseppe Guido Loschiavo, fra l'altro autore della voce *Mafia* nel *Nuovo digesto italiano*⁴¹. Gli scritti del magistrato evidenziano come – ferme restando innegabili difficoltà probatorie⁴² – per l'integrazione del reato ciò che conta è il carattere mafioso dell'aggregato sociale⁴³, poiché «non si può far parte del “consesso della mafia” senza che non si sia scienti e coscienti di tutto il programma solito a svolgersi dalla mafia contro la società civile»⁴⁴.

Rinviando a un prossimo scritto l'approfondimento del tema, possiamo già qui osservare che la diversità di opinioni fra i magistrati impegnati sul fronte antimafia non è espressione di un mero confronto fra azzecagarbugli. Piuttosto, si intravedono in filigrana i presupposti argomentativi di una scelta interpretativa politicamente orientata, volta a separare i destini tra il braccio armato e violento della mafia e quello dell'alta mafia, ove più che l'organizzazione criminale in quanto tale appariva determinante, secondo la celebre espressione suggerita ai primi del '900 da Gaetano Mosca, lo «spirito di mafia»⁴⁵.

Volgendo lo sguardo alla concreta prassi giurisprudenziale dell'epoca – al di là delle differenze esplicitate dai magistrati negli scritti sulle riviste giuridiche – possiamo dire che i termini dello scontro di idee appena riportato assunsero contorni più sfumati e, piuttosto, l'adozione dell'uno o dell'altro paradigma interpretativo finì col rivestire un ruolo meno determinante di quanto si potrebbe supporre a prima vista, o comunque svolse una funzione, per dir così, servente rispetto alla decisione da prendere nel caso concreto. Già nella giurisprudenza di fine Ottocento ci si imbatte in pronunzie che, pur richiamandosi a quella parte della letteratura socio-criminologica del tempo che non riconosceva nella mafia una entità necessariamente organizzata in forma associata, nondimeno non incontravano per questo grandi difficoltà nell'applicare il reato di cui all'art. 248 del codice Zanardelli in contesti ritenuti ad alta densità mafiosa⁴⁶.

Quando poi si trattò di individuare la formula con cui tipizzare la fattispecie associativa nel nuovo codice, il legislatore del 1930 scelse di assecondare le traiettorie politico-criminali e tecnico-dogmatiche tracciate in precedenza, limitandosi ad alleggerire la disposizione da quegli elementi che ne caratterizzavano la struttura sia sul piano oggettivo sia sul piano soggettivo⁴⁷.

³⁷ GIAMPIETRO (1928).

³⁸ GRASSO (2017), p. 331 ss.

³⁹ Riportato da LOSCHIAVO (1962), p. 123.

⁴⁰ Cfr. COCO, PATTI (2010), p. 63.

⁴¹ LO SCHIAVO (1938), p. 1103.

⁴² «nella persecuzione dei “mafiosi”, per la natura speciale del reato di associazione per delinquere, deve prevalere la prova indiretta dell'intesa degli associati, inquantoché la prova diretta si appalesa impossibile o quasi, dato il metodo occulto prevalente della organizzazione e i criteri di omertà che ispirano tutte le estrinsecazioni»: LO SCHIAVO (1938), p. 1105.

⁴³ LO SCHIAVO (1962), p. 140 ss.

⁴⁴ LO SCHIAVO (1962), p. 149.

⁴⁵ MOSCA (1900).

⁴⁶ Cfr. VISCONTI (2004), p. 67 ss., cui si rinvia per i richiami alla giurisprudenza.

⁴⁷ Con ciò raccogliendo anche le risalenti sollecitazioni di quegli osservatori che ritenevano opportuno, per una più efficace azione di contrasto alla mafia, «abbattere quella *vecchia muraglia della Cina*, la quale consiste nel principio invalso nel nostro diritto penale, di considerare come

Cionondimeno, il confronto fra i fautori della criminalizzazione dei mafiosi attraverso lo strumento della fattispecie associativa e coloro che, invece, osteggiavano tale soluzione si è poi riprodotto anche dopo il 1930 e in epoca repubblicana, sotto la vigenza del nuovo codice⁴⁸.

Se il Manzini seguitava a sostenere che formazioni sociali come mafia e camorra sono certamente associazioni a delinquere⁴⁹, prese campo la tesi – patrocinata ad esempio dall'Antolisei – che argomentava nel senso di escludere che la mera esistenza di aggregazioni mafiose potesse giustificare l'applicazione dell'art. 416 c.p., poiché tale delitto implica che «tra le finalità dell'associazione vi sia quella di realizzare determinate fattispecie criminose» e non è detto che gli aggregati mafiosi siano diretti a questi scopi⁵⁰. Benché figlia di una visione liberale, l'asserzione risentiva anche di una non piena conoscenza del fenomeno mafioso, considerato un problema sociale deprecabile, essenzialmente legato ad alcuni specifici contesti territoriali, ma non necessariamente criminale, in cui le condotte delittuose potevano rivelarsi manifestazioni sporadiche e, in fin dei conti, eventuali. Si tratta di tesi che – nonostante alcune voci dissonanti⁵¹ – hanno alimentato un approccio di tipo essenzialmente culturalista che ha contribuito non poco alla stasi dell'azione giurisdizionale di contrasto alla mafia⁵². Resta infatti un dato: nel secondo dopoguerra gli esperimenti giudiziari di colpire la criminalità di stampo mafioso attraverso l'art. 416 c.p. si sono rivelati fallimentari⁵³, mentre, a partire dalla metà degli anni '60, la linea prescelta dal legislatore per contrastare l'intensificarsi dell'attività criminosa delle organizzazioni mafiose è stata quella di puntare sulle misure di prevenzione⁵⁴.

4. Il delitto di associazione di tipo mafioso: un vero spartiacque? Conclusioni provvisorie e spunti per proseguire la ricerca.

È il momento di tirare le somme. Beninteso si tratta di conclusioni provvisorie che, lungi dal chiudere la discussione, suggeriscono ulteriori approfondimenti e linee di ricerca. Non sembra dunque eccentrica la scelta di cominciare da qui, e cioè dai vuoti che il lavoro fin qui svolto ha fatto emergere e che andrebbero colmati.

Per quanto riguarda l'approccio giudiziario al tema del reato associativo quale strumento privilegiato per l'incriminazione dei fenomeni mafiosi, andrebbero indagate più a fondo le capacità prestazionali della fattispecie, non soltanto nelle diverse fasi della repressione fascista in Sicilia, ma anche in altre aree territoriali, quali in particolare la Campania e la Calabria.

Nondimeno, sarebbe ancora opportuno riesaminare la sporadica giurisprudenza formatasi nel periodo repubblicano fino all'introduzione, nel 1982, dell'art. 416 *bis* c.p., per comprendere meglio gli eventuali nessi fra morfologia della fattispecie associativa e quantità e qualità dei risultati processuali.

Infine, ma non per ultimo, un percorso vale la pena battere: ricostruire la carriera criminale di alcuni personaggi le cui vicende attraversano la vita giudiziaria e politica di specifici contesti territoriali, visto che compulsando le fonti emergono personalità di elevato spessore che risultano a vario titolo impegnate in processi di mafia nel passaggio dallo stato liberale al regime fascista e che ricoprono cariche di primo piano a livello nazionale e locale. Pensiamo ad esempio alla enigmatica figura dell'onorevole e avvocato palermitano Rocco Balsano⁵⁵, che sembra incarnare il prototipo dell'uomo politico «con un piede nella *maffia* e un piede nello stato»⁵⁶: in altre parole la storica essenza della mafia.

Detto questo, la nostra ipotesi, anticipata all'inizio di questo iniziale lavoro, parrebbe suffragata da riscontri significativi anche se – come già detto – non esaustivi.

associazione quella composta da almeno cinque persone» (A. CUTRERA (1900), p. 131. Sul punto v. anche SCALIA (2008), p. 99.

⁴⁸ Cfr. in proposito TURONE, BASILE (2024), p. 4 ss.; INSOLERA, GUERINI (2022); SPAGNOLO (1997); INSOLERA (1983), p. 65.

⁴⁹ MANZINI (1983), p. 199.

⁵⁰ ANTOLISEI (1966), p. 630.

⁵¹ Cfr. FALCONE, TURONE (1983), p. 1039 ss.; FIANDACA (1983), p. 265 ss.; DI LELLO FINUOLI (1984), p. 245 ss.

⁵² A proposito del ruolo assegnato all'art. 416 c.p. nel contrasto alla mafia segnalava il peso di «condizionamenti socio-culturali gravanti sull'interpretazione giudiziale» FIANDACA (1983).

⁵³ Cfr. Assise Vibo Valentia, 2 settembre 1957, in *La Calabria giudiziaria*, 67; Assise Lecce, 23 luglio 1968, Bartolomeo, in *Foro it.*, 1969, II, p. 394 ss.; Cass., sez. I, 16 dicembre 1971, Di Maio, in *Cass. Pen. – Mass. Ann.*, 1973, 204; Cass., Sez. I, 24 gennaio 1977, Condelli, *ivi*, 1977, 1094.

⁵⁴ Con l'approvazione della legge 31 maggio 1965, n. 571.

⁵⁵ Di cui – in sede storiografica – è stato di recente tratteggiato il profilo da GRASSO (2017).

⁵⁶ Prendiamo in prestito l'icastica immagine di Corte di Assise di Reggio Calabria, 4 febbraio 1932, inedita, citata in C. VISCONTI (2004), p. 63.

In breve, occorre prendere atto, innanzitutto, che la “nuova” associazione per delinquere varata dal Codice Rocco nel 1930 non sembra avere alterato – in meglio o in peggio – la capacità di risposta dell’autorità giudiziaria al fenomeno mafioso. Semmai, essa ha assecondato le diverse strategie d’indagine e probatorie degli organi requirenti, strategie in linea di principio avallate anche dalla magistratura giudicante.

In altre parole, i fattori più rilevanti per il buon esito dell’azione giudiziaria contro la mafia non sembrano tanto dipendere dalla morfologia tipica del reato associativo, quanto piuttosto dall’organizzazione della struttura inquirente e dalla presenza di elementi ulteriori sul piano probatorio – come ad es. le rivelazioni di pentiti – atte a rivelare il “fatto associativo”.

In primo luogo, non va certamente trascurato il dato innovativo rappresentato dalla costituzione del Regio Ispettorato di p.s., che presenta una composizione che oggi definiremmo “interforze” (in fondo non dissimile dall’attuale Dia) e, soprattutto una direzione unitaria rispetto ai nuclei investigativi disseminati nel territorio, dotati quindi di una visione ampia e trasversale che consentiva di leggere nel loro insieme i differenti episodi criminali come manifestazione delle organizzazioni mafiose⁵⁷.

In secondo luogo, pari importanza rivestono le chiamate di correttezza di alcuni capi e gregari delle associazioni mafiose dell’Agro palermitano disposti collaborare con gli investigatori. Vero è che, come già segnalato, tali dichiarazioni furono in gran parte ritratte nel corso del giudizio. È tuttavia indubbio che esse hanno tinteggiato l’affresco non solo delittuoso, ma anche socio-criminale dei contesti interni ed esterni in cui i sodalizi operavano.

Né va sottovalutato il ragionamento su riportato dei giudici di appello che sembrano tenere in conto per l’integrazione stessa della fattispecie associativa – e dunque non solo a fini probatori – la differenza tra i gruppi mafiosi tratti a giudizio privi di una precisa genealogia mafiosa e quelli invece ben sedimentati nelle borgate palermitane e già noti alle autorità. Basti pensare, da questo punto di vista al rilievo conferito dai giudici al rituale di affiliazione formale della *punciuta* quale elemento ora di riscontro ora fondativo della responsabilità penale individuale per il reato di cui al 416 c.p.

A uno sguardo diacronico, possiamo a questo punto rilevare che fino al periodo repubblicano né con la fattispecie associativa del codice Zanardelli, né con quella del codice Rocco, il modello di reato associativo “puro”, ossia privo di precisi riferimenti criminologici e tipizzato sulla base di asettiche condotte organizzative con programma criminoso generico, ha frapposto seri ostacoli alla criminalizzazione dei gruppi mafiosi quali entità collettive. Sicché è lecito dubitare che la più volte riscontrata inefficienza repressiva, accompagnata da clamorosi insuccessi giudiziari dal dopoguerra fino ai primi anni ’80, sia dovuta a carenze normative consistenti nella mancata tipizzazione del crimine associato di tipo mafioso. Non è, del resto, questa una considerazione nuova. Già all’indomani dell’introduzione dell’art. 416 *bis* c.p., nel commentare il nuovo dispositivo normativo, dalle stesse fila del pool antimafia veniva osservato come «molti insuccessi nel campo giudiziario siano dovuti a uno scarso bagaglio culturale affiorante da alcune sentenze in processi di mafia»⁵⁸. Ancora a metà degli anni ’60, infatti, nei documenti giudiziari si avvertiva l’esigenza di precisare che «la mafia non è un concetto astratto, non è uno stato d’animo, né un termine letterario, ma è essenzialmente criminalità organizzata, efficiente e pericolosa, articolata attraverso società o aggregati o gruppi o, meglio ancora, cosche [...] mafiose»⁵⁹.

Dunque, non possiamo non ri-problematizzare la questione delle vere ragioni che portarono a introdurre il 416 *bis* c.p. nel 1982, nonché le vere ragioni che hanno determinato il successo del reato di associazione di tipo mafioso nei quarant’anni successivi alla sua introduzione⁶⁰.

Un successo nient’affatto scontato se si pensa che, sul piano probatorio, la nuova fattispecie ha imposto all’accusa il defatigante onere di dimostrare, oltre ai consueti requisiti dell’organizzazione del programma delittuoso, anche un’attività esterna del sodalizio empiricamente

⁵⁷Più diffusamente, cfr. V. Coco, *Polizie speciali. Dal fascismo alla Repubblica*, Roma-Bari, 2017.

⁵⁸G. DI LELLO FINUOLI, *Associazione di tipo mafioso*, cit., p. 289. Ancor prima cfr. G. FIANDACA, *Commento*, cit., nonché ID., *Le associazioni per delinquere qualificate*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, p. 47, dove si ribadisce che la «lamentata inidoneità dell’art. 416 c.p. a reprimere le realtà associative di mafia» si è rivelata essere «più frutto di vecchi pregiudizi interpretativi riemergenti dalla tradizione penalistica tardo-ottocentesca, che non il risultato di effettive carenze della struttura normativa astratta della fattispecie incriminatrice».

⁵⁹Sentenza di rinvio a giudizio, 23 giugno 1964, emessa dal giudice istruttore del Tribunale di Palermo Cesare Terranova nel proc. La Barbera e altri, cit. in Coco (2010), p. 43.

⁶⁰Sono i temi problematici su cui insiste da tempo FIANDACA (2020), p. 23, ponendosi l’interrogativo «in che misura le strategie legislative e giudiziarie di contrasto risentono di fattori storici o politici contingenti, e in quale misura a loro volta condizionano l’evoluzione dei fenomeni sociali o degli accadimenti politici?» Fiandaca (2024).

riscontrata, ossia l'avvalimento «della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva»⁶¹.

Quindi, in sintesi, sembra trovare ulteriore conforto l'ipotesi che abbiamo inizialmente avanzato, e cioè che le ragioni di questo successo stanno prevalentemente fuori dalla struttura della fattispecie associativa e vanno ricercate altrove, verosimilmente in una maggiore consapevolezza culturale, in una rinnovata professionalità e capacità investigativa delle autorità requirenti (*id est* il “metodo Falcone”⁶²), ma anche, più in generale, nei complessi e progressivi mutamenti che in quegli anni hanno investito la società, le classi dirigenti e i rapporti di forza all'interno delle istituzioni⁶³.

Beninteso, lungi da noi ridimensionare la portata storica dell'introduzione del 416 *bis* c.p. nel nostro ordinamento – oggi per varie ragioni irrinunciabile –, e il ruolo centrale svolto dalla fattispecie nelle strategie preventive e repressive di contrasto alle mafie degli ultimi quarant'anni. Si tratta, invece di mettere a fuoco meglio, dal punto di vista storico e giuridico-penale, i nessi tra diritto, politica e storia, anche come monito per un futuro legislatore che intendesse mettere mano a una riforma dell'associazione di tipo mafioso, magari sedotto dalle sirene di chi invoca una maggiore aderenza ai “tempi che cambiano” o reclama una migliore determinatezza del tipo criminoso (paradossalmente rivendicata tanto in chiave garantistica quanto nell'ottica sia di una più estesa applicazione del reato).

In conclusione (provvisoria, *ça va sans dire*), noi riteniamo che il delitto di associazione di tipo mafioso abbia rappresentato sì uno spartiacque quando fu introdotto nel 1982, ma non tanto sul piano strettamente giuridico penale bensì grazie alla sua funzione *simbolica*, ossia di cruciale manifesto politico-criminale indirizzato all'intero sistema di *law enforcement*⁶⁴ e di messaggio etico-culturale rivolto alla società intera, che ha accompagnato, reso stabile e duratura la svolta repressiva nella lotta alla criminalità mafiosa.

A questo punto non sembri fuori luogo riportare il pensiero di Giovanni Falcone – spesso più citato che compreso –, che rifuggendo da ogni forma di riduzionismo e semplificazione nel trattare la questione osservava che la mafia non è il «frutto abnorme del solo sottosviluppo economico, ma prodotto delle distorsioni dello sviluppo stesso. A volte articolazione del potere, a volte antitesi dello Stato dominatore. E, comunque, sempre un alibi»⁶⁵.

Ciò per dire che, come tutti i fenomeni complessi, anche quello mafioso non può essere studiato, compreso e combattuto affidandosi solo ad alchimie giuridiche, perché il diritto è soltanto una tessera di un mosaico ben più ricco, dove anche le sfumature diventano decisive per il giurista che non vuole rimanere prigioniero dei testi normativi e quindi avulso dalla realtà.

Bibliografia

- ANTOLISEI Francesco (1966): *Manuale di diritto penale*, P.S., Vol. II, 5 ed. (Milano, Giuffrè)
- BLANDO Antonino (2008), “L'avvocato del diavolo”, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 63, 53-62.
- BLANDO Antonino (2008), “La normale eccezionalità.: La mafia, il banditismo, il terrorismo e ancora la mafia”, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 87, 173-202.
- COCO Vittorio (2008): “Dal passato al futuro, uno sguardo dagli anni trenta”, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 63, 117-134.

⁶¹ Per un quadro di sintesi: MERENDA, VISCONTI (2020), p. 37 ss.

⁶² Utilizziamo questa come espressione di sintesi, ma *amplius* rinviamo a FALCONE, TURONE (1983).

⁶³ Per tutti v. S. LUPO (2018).

⁶⁴ Già a metà degli anni '80 DI LELLO FINUOLI (1984), p. 251, era incline a «ritenere, fondatamente, che l'art. 416 c.p., con uno sforzo interpretativo non certo abnorme, poteva ben essere utilizzato per reprimere le associazioni mafiose, anche se non ci si può spingere a sottovalutare l'importanza dell'art. 416 *bis* c.p., non fosse altro che per il maggior “orientamento” probatorio che offre all'interprete». Con la conclusione che se «per assurdo», la complessità della nuova fattispecie avesse messo in evidenza «una maggiore utilizzabilità processuale della “vecchia” fattispecie della associazione per delinquere per statuire la responsabilità di appartenenti a sodalizi mafiosi, pur si sarebbe ottenuto un apprezzabile risultato, posto che nella repressione di organizzazioni criminali il problema non è tanto quello, astratto, della gravità delle pene, quanto quello della loro effettiva applicazione».

⁶⁵ FALCONE, PADOVANI (1991), p. 94.

- COCO Vittorio (2010): *La mafia palermitana. Fazioni, risorse, violenza (1943-1993)* (Palermo, Centro di studi ed iniziative culturali Pio La Torre)
- COCO Vittorio (2017): *Polizie speciali. Dal fascismo alla repubblica* (Roma-Bari, Laterza)
- COCO Vittorio, PATTI Manoela (2010) *Relazioni mafiose. La mafia ai tempi del fascismo* (Roma, XL edizioni)
- CUTRERA Antonino(1900): *La malavita di Palermo. La mafia e i mafiosi* (Palermo, A. Reber)
- DE BELLA Vincenzo (1933): *Il reato di associazione a delinquere* (Torino, Fratelli Bocca Editore)
- DI BLASI Ferdinando Umberto (1930): “Il reato di associazione a delinquere nel codice vigente e nel progetto del nuovo codice penale”, *Giurisprudenza italiana*, II, 225-230.
- DI LELLO FINUOLI Giuseppe (1984): “Associazione di tipo mafioso e problema probatorio”, *Foro italiano*, V, 245- 251
- DUGGAN Christopher J. (2007), c, 1 ed. 1986 (Soveria Mannelli, Rubettino)
- FALCONE Giovanni, PADOVANI Marcelle (1991): *Cose di cosa nostra* (Milano, Rizzoli)
- FALCONE Giovanni, TURONE Giuliano (1983): “Tecniche di indagine in materia di mafia”, *Cassazione penale*, 1038- 1057.
- FIANDACA Giovanni (1983): “Commento all’art. 1 l. 13 settembre 1982, n. 646”, *La legislazione penale*, 259 ss.
- FIANDACA Giovanni (1991), “*Criminalità organizzata e controllo penale*”, in M.C. BASSIOUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (eds.), *Scritti in onore di Giuliano Vassalli*, Vol. II (Milano, Giuffrè)
- FIANDACA Giovanni (2020): “Giustizia penale e storia. Spunti di riflessione”, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, n. 97, 23-33.
- FIANDACA Giovanni (2024): *Note cursorie su mafia, storiografia, giustizia penale e circuito mediatico*, in A.BLANDO, V. COCO, M.DI FIGLIA, M.PATTI, C. VERRI (eds.), *Altre modernità. Salvatore Lupo e la storia dell’Italia contemporanea* (Roma, Donzelli), 207-2018.
- FIORE Carlo (1988): “Il controllo della criminalità organizzata nello Stato liberale: Strumenti legislativi e atteggiamenti della cultura giuridica”, *Studi storici*, 421-436.
- GIAMPIETRO Luigi (1928): “La solenne inaugurazione dell’anno giuridico alla Corte di Appello. L’orazione di S. E. Giampietro”, *Giornale di Sicilia*, 13-14 gennaio.
- GIAMPIETRO Luigi (1931): “*Relazione statistica dei lavori compiuti nell’anno giudiziario 1930 nel distretto della Corte di Appello di Palermo letta dal Procurato Generale, Luigi Giampietro, nel 19 gennaio 1931, Anno IX*” (Palermo, G. Fiore & figli)
- GRASSO Claudio (2017): “Un processo di mafia all’ombra del littorio”, *Memoria e ricerca*, 2, 331-350.
- INSOLERA GAETANO (1983): *L’associazione per delinquere* (Padova, Cedam)
- INSOLERA Gaetano, GUERINI Tommaso (2022): *Diritto penale della criminalità organizzata*, 3 ed. (Torino, Giappichelli)
- LOSCHIAVO Calogero Guido (1938): “Mafia”, *Nuovo digesto italiano*, 1103-1105.
- LOSCHIAVO Calogero Guido (1962): *100 anni di mafia* (Roma, Vito Bianco Editore)
- LUPO Salvatore (1986): *L’utopia totalitaria del fascismo*, in M. AYMARD, G. GIARRIZZO (eds.), *La Sicilia, in Storia d’Italia. V. Le regioni da l’Unità a oggi*, (Torino, Einaudi), 371 ss.

- LUPO Salvatore (2010): *Il tenebroso sodalizio*, (Roma, XL edizioni)
- LUPO Salvatore (2018): *La mafia. Centosessant'anni di storia* (Roma, Donzelli)
- MANZINI Vincenzo (1926): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V (Torino, Utet)
- MANZINI Vincenzo (1983): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. V (Torino, Utet)
- MERENDA Ilaria, VISCONTI Costantino (2020): *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art 416 bis c.p. tra teoria e diritto vivente*, in E. MEZZETTI, L. LUPARIA DONATI (eds.), *La legislazione antimafia* (Bologna, Zanichelli), 37-69.
- MOSCA Gaetano (1900): "Che cosa è la mafia", *Il giornale degli economisti*, 20, 236-262, ora ripubblicato in ID. (2002): *Che cos'è la mafia* (Roma-Bari Laterza)
- PATTI Manoela (2008): "Sottoprocesso. Le cosche palermitane", *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, 63, 73-94.
- PATTI Manoela (2014): *La mafia alla sbarra. I processi fascisti a Palermo* (Roma, XL edizioni)
- PELISSERO Marco (1997): *La politica criminale durante il fascismo*, in L. VIOLANTE (editor), *Storia d'Italia. La criminalità. Annali 12* (Torino, Einaudi)
- PETACCO Arrigo (1975): *Il prefetto di ferro. L'uomo di Mussolini che mise in ginocchio la mafia* (Milano, Mondadori)
- PITRÈ, Giuseppe (1889), *Usi e costumi del popolo siciliano* (Palermo, L. Pedone Lauriel)
- PUGLIA Giuseppe Mario (1930a): "Il carcere preventivo", *La Scuola positiva*.
- PUGLIA Giuseppe Mario (1930b), "Il mafioso non è un associato per delinquere", *La Scuola Positiva*.
- SCALIA Vito (2008): "Identità sociali e conflitti politici nell'area dell'interno", in *Meridiana. Rivista di storia e di scienze sociali*, *Meridiana. Rivista di storia e scienze sociali*, n. 63, 95-115.
- SCHIRÒ Pietro (2024): "Nel regno della mafia. Il fenomeno mafioso negli scritti dei giuristi siciliani (1880-1900)", *Studi sulla questione criminale*, 65-82.
- SPAGNOLO Giuseppe (1997): *L'associazione di tipo mafioso*, 5 ed., (Padova, Cedam)
- TURONE Giuliano, BASILE Fabio (2024): *Il delitto di associazione mafiosa*, 4 ed. (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre)
- VISCONTI Costantino (2004): *Contiguità alla mafia e responsabilità penale* (Torino, Giappichelli)

Le molestie sessuali alla prova del diritto vivente

Dall'ipertrofia applicativa dell'art. 609-bis c.p. a un insieme (fin troppo vario) di "soluzioni di completamento"

Los desafíos para la jurisprudencia en materia de molestia sexual

De la hipertrofia del campo de aplicación del art. 609-bis del Código Penal a un conjunto (demasiado variado) de "soluciones complementarias"

The Challenges of the Italian Case Law on Sexual Harassment

From the hypertrophic dimension of Article 609-bis c.p. to a too wide range of "complementary solutions"

MATILDE BOTTO

*Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna
 matilde.botto2@unibo.it*

REATI SESSUALI,
 PROPORZIONALITÀ

DELITOS SEXUALES,
 PROPORCIONALIDAD

SEXUAL OFFENCES,
 PROPORTIONALITY

ABSTRACTS

Il presente contributo si concentra su un'analisi dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di confine tra violenza e molestia sessuale. In primo luogo, a trovare conferma è la "geometria variabile" del delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.), incentrato sulla nozione di «atti sessuali». Nello specifico, alle criticità della fattispecie in punto di tassatività-determinatezza si riconnettono quelle che conseguono dall'attribuzione del medesimo *nomen iuris* a fatti dal disvalore offensivo profondamente eterogeneo. Al contempo, emergono altresì i limiti derivanti dalla mancata introduzione di un'ipotesi *ad hoc* per le molestie sessuali e dall'aver affidato la tutela penale dell'autodeterminazione sessuale, in via semi-esclusiva, ad un solo reato, la cui tipicità risulta ancorata al coinvolgimento della corporeità. Avvertita, quindi, l'esigenza di un recupero dei canoni di proporzionalità, la riflessione si conclude con alcuni rilievi *de iure condendo*.

El presente trabajo se centra en un análisis de la más reciente jurisprudencia sobre el límite entre ellos delitos de violencia y molestia sexual. En primer lugar, se confirma la "geometría variable" del delito de molestia sexual (art. 609-bis del Código Penal), basado en la noción de «actos sexuales». En particular, a las críticas sobre la tipicidad y determinación de la figura penal se suman aquellas derivadas de la atribución del mismo *nomen iuris* a hechos con un desvalor ofensivo profundamente heterogéneo. Al mismo tiempo, también emergen las limitaciones derivadas de la falta de introducción de una figura específica para el acoso sexual y del hecho de haber confiado la protección penal de la autodeterminación sexual, de manera casi exclusiva, a un solo delito cuya tipicidad está anclada en la implicación de la corporeidad. Percibida, por tanto, la necesidad de recuperar los principios de proporcionalidad, la reflexión concluye con algunas consideraciones de *lege ferenda*.

The paper explores the most recent Italian case law on sexual violence (Article 609-bis c.p.), which confirms both the versatility of the offence, focused on the concept of sex acts, and the challenges in defining the "boundary" between sexual assault and sexual harassment. At the same time, the lack of precision of the crime of sexual violence coexists with tensions with the principle of fair labelling. Furthermore, since the current Italian legal framework does not provide for a specific offence for sexual harassment, the protection of sexual autonomy is *de facto* limited to Article 609-bis c.p., which is centered on and limited to the protection of the physical dimension of sexual autonomy. Therefore, considering the need to respect the proportionality principle, some remarks are proposed from a *de iure condendo* perspective.

SOMMARIO

1. Il delitto di violenza sessuale: tra unificazione e “onnicomprensività”. – 2. Limiti e peculiarità delle scelte riformatrici del 1996. – 3. La nozione giurisprudenziale di «atti sessuali»: la conferma dell'estensione verso il basso del reato attraverso il richiamo al criterio contestuale-relazionale anche negli orientamenti di legittimità più recenti. – 4. Quando “manca un'etichetta”: il diritto vivente e i disorientamenti derivanti da un insieme eterogeneo di fattispecie “chiamate in soccorso” nei casi di molestie non corporee. – 5. Il peculiare impiego giurisprudenziale del concetto di «molestia sessuale» con riferimento alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. – 6. Superare l'*impasse* di una criminalizzazione al contempo “*under*” e “*over*” delle molestie sessuali muovendo da una riflessione su concetti e rubriche? – 7. Alcune osservazioni di sintesi.

1. Il delitto di violenza sessuale: tra unificazione e “onnicomprensività”.

La potenziale “onnicomprensività” del reato di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.) è un profilo che ha accompagnato con costanza la vigenza della fattispecie sin dall'entrata in vigore della legge n. 66 del 15 febbraio 1996 («*Norme contro la violenza sessuale*»)¹. Si tratta di una questione legata al fatto che la “nuova veste unificata” assunta dal reato, a seguito del citato intervento di riforma, lo ha reso idoneo a ricomprendere al suo interno episodi che vanno da gravi forme di aggressione sessuale (sia essa penetrativa o meno) sino ad azioni che, seppur, nel sentire comune, vengono tendenzialmente descritte e percepite come “molestie”², finiscono con l'essere attratte nel suo alveo. A tale risultato si perviene, in particolare, attraverso un'estensione del novero delle aree del corpo qualificabili come erogone ovvero mediante il ricorso a un criterio di stampo contestuale-relazionale. Fanno da esempio alcuni casi che afferiscono alla categoria – ampiamente commentata in dottrina³ – dei cosiddetti “atti repentini”, quali furtivi tocamenti o baci (anche non profondi)⁴.

Più nello specifico, come noto, la tipicità del reato di violenza sessuale risulta essere saldamente ancorata alla determinazione del contenuto della nozione di «atti sessuali», in quanto conseguenza diretta della formulazione “unificata” assunta dalla fattispecie nel 1996. In tale occasione, infatti, al suo interno è stato disposto l'accorpamento dei previgenti reati di violenza carnale e atti di libidine violenti (artt. 519 e 521 c.p.) e il concetto in parola è così divenuto il fulcro dell'incriminazione. Si comprende, dunque, perché, sin da allora, al fine di delineare quale fosse la sfera applicativa del delitto, si sia posta la questione di determinare la portata dell'espressione «atti sessuali» – non definita dal legislatore. Operazione che diventa di cruciale importanza se si considera che il reato di violenza sessuale risulta indubbiamente essere la fattispecie cardine in materia di tutela penale della libertà sessuale.

2. Limiti e peculiarità delle scelte riformatrici del 1996.

Non potendo che muovere dalla richiamata riforma degli anni Novanta, la nuova collocazione dei reati contro la libertà sessuale tra i delitti contro la persona e la cosiddetta unificazione hanno costituito il cuore dell'intervento normativo. Ad esse, infatti, è stato attribuito il ruolo di affermare la cesura con un passato nutrito dalle ombre derivanti dalla storia della criminalizzazione della violenza sessuale, che persisteva nelle norme originarie del codice Rocco, il quale, già allora, risultava essere incompatibile con una moderna concezione della libertà sessuale.

¹ Temperata – di fatto esclusivamente – dalla previsione dell'attenuante della minor gravità prevista all'ultimo comma. Cfr. BALBI (2020a), p. 2.

² Può richiamarsi, a titolo di esempio, la vicenda che ha visto come protagonista la giornalista Greta Beccaglia, vittima di un repentino tocco dei glutei, nel corso di un collegamento all'esito dell'incontro calcistico Empoli-Fiorentina. Scorrendo i titoli impiegati dalla stampa, il ricorso all'espressione “molestia” o “molestatore”, con riferimento all'autore del gesto, tende a contrapporsi alla qualificazione giuridica dei fatti come violenza sessuale. A tal proposito, sia consentito di rinviare a BOTTO (2023), pp. 11 s. (spec. nt. 34).

³ Cfr. CADOPPI (2016), pp. 1469 ss. (anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e bibliografici).

⁴ Si vedano Cass. pen., Sez. III, sent. n. 41536, 24 settembre 2009 (dep. 29 ottobre 2009) e Cass. pen., Sez. III, sent. n. 25112, 13 febbraio 2007 (dep. 2 luglio 2007), Rv. 236964 (dove si è precisata l'irrelevanza dell'intensità dell'atto); nonché Cass. pen., Sez. III, sent. n. 10248, 12 febbraio 2014 (dep. 4 marzo 2014), Rv. 258588 (in cui un preside aveva, più volte, abbracciato e baciato sulle guance un'alunna in luoghi appartati, rivolgendole, nel corso dell'azione, apprezzamenti sul suo aspetto fisico, mentre la tratteneva per i fianchi e le domandava di baciarlo) e la recente pronuncia Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), in *DeJure*.

Quanto alla collocazione sistematica tra i delitti contro la persona, come sottolineato al tempo da autorevole dottrina, questa è stata, a tutti gli effetti, la traduzione di un «accordo di principio davvero universale»⁵ e, non a caso, anche in seno al dibattito e alla narrazione su larga scala della legge, è risultata essere la bandiera programmatica dell'intervento in parola⁶.

Invero, la *sedes materiae* presente nell'impostazione codicistica del 1930 (che vedeva i crimini sessuali collocati tra i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume) era in linea con una tradizione che muove i suoi passi sin dalle origini della criminalizzazione della violenza sessuale⁷, in cui, lungi dal riconoscere alla libertà sessuale il rango di bene giuridico dotato di una sua autonomia, nonché di affermarne la natura di diritto fondamentale dell'individuo, la si considerava come un interesse subordinato e funzionale al perseguimento di scopi pubblicistici⁸.

Una simile impostazione, tuttavia, risultava essere oramai in totale antitesi non solo con l'affermarsi, a livello socioculturale, di una visione della sessualità incentrata sul dominio di ciascuno sul proprio corpo e sulla libertà di definire se e come impiegarlo in tale sfera (figlia della cosiddetta rivoluzione sessuale della fine degli anni Sessanta), ma anche, e soprattutto, con il principio personalista alla base del nuovo assetto costituito⁹. Quest'ultimo, infatti, rappresenta l'ancoraggio costituzionale della libertà sessuale, la quale, come espressamente evidenziato dai giudici delle leggi (circa un decennio prima dell'intervento riformatore), è un diritto soggettivo assoluto che trova la sua base nell'art. 2 Cost. e costituisce una delle prerogative fondamentali della persona¹⁰. Sotto tale aspetto, quindi, preso anche atto del fatto che la giurisprudenza era già orientata nel proporre una rilettura in chiave individuale del bene giuridico in parola, *nulla quaestio* quanto al fatto che risultasse necessario inserire espressamente questi crimini tra i delitti contro la persona; più opinabile, piuttosto, è stata la scelta di inserirli tra i delitti contro la libertà personale (sez. II del capo III) e non, come sarebbe parso più opportuno, nell'ambito di quelli contro la libertà morale (alla successiva sez. III)¹¹ e, ancor

⁵ Così, PADOVANI (1996a), p. 3; in senso conforme, CADOPPI (2023a), p. 3 s. e altresì MANTOVANI F. (2022), p. 412.

⁶ VESSICHELLI (1996), pp. 21 ss. e CHIAVARIO (1996), dove la nuova collocazione sistematica è descritta come la «filosofia della legge». A ben vedere, nel ravvisare ciò, l'Autore sottolinea, anche in chiave critica, che, nella sostanza, l'anzidetto profilo è stato l'unico enfatizzato nel corso della narrazione della riforma (sia sulla stampa che televisiva).

⁷ A onor del vero, rispetto ai codici previgenti e coevi, l'impostazione originaria del codice Rocco presentava un elemento di peculiarità. Anche se non si abbandona la collocazione dei delitti contro la libertà sessuale tra quelli contro la «moralità pubblica e il buon costume» (titolo IX del libro secondo) né tantomeno il modello della costrizione violenta, i delitti sessuali vengono collocati in un apposito capo espressamente dedicato ai delitti «contro la libertà sessuale» (capo I, artt. 519-526). Si tratta, dal punto di vista normativo, di un passaggio innovatore con cui si va a conferire una, seppur parziale, autonomia al bene giuridico di riferimento: ossia, a quella che, nella Relazione al codice del guardasigilli, è indicata come «la libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali, entro i limiti fissati dal diritto e dai costumi sociali» e rispetto alla quale la collocazione «tra i beni giuridici delle persone non può essere negata». Se da un lato la scelta del legislatore segue la tradizione, ribadendo la stretta connessione tra l'autodeterminazione sessuale e la tutela di interessi superindividuali, dall'altro il riferimento che si legge alla libera disposizione del proprio corpo e alla sfera dei diritti della persona fa sì che per la prima volta emerga, in quella che oggi apparirebbe come un'impostazione «contraddittoria», la natura individuale del bene giuridico di riferimento. La «contraddizione», tuttavia, si avverte solo se l'anzidetta opzione viene riletta adottando una prospettiva contemporanea, non se invece la si guarda calandosi in quella presente all'epoca. Nell'ambito di uno Stato etico-autoritario, come era appunto quello fascista, infatti qualsiasi interesse, anche i più prettamente personali, era connotato da una «sublimazione pubblicistica» (PADOVANI (1996a), p. 4; cfr. FLICK (1974), pp. 536 s.), in armonia con la quale anche le prerogative (comprese quelle più personali) del singolo dovevano essere funzionalizzate al perseguimento di uno scopo superindividuale, che rispecchiasse l'ideologia del regime.

⁸ Per lungo tempo, la tutela penale della sfera più intima della persona è stata subordinata al perseguimento di finalità altre, connesse alla necessità di salvaguardare la visione etico-morale fatta propria dall'ordinamento: tanto che queste coincidessero con il buon costume e la morale, quanto (volendo assumere una prospettiva storico-comparata) se ad essere invocato fosse (anche) l'ordine delle famiglie (come può ricavarsi, ad esempio, da un confronto, anche in chiave comparata, con la *sedes materiae* dei crimini sessuali nell'ambito delle codificazioni ottocentesche; per una panoramica, v. PADOVANI (1996a), pp. 3 ss.). Figlia dunque, di una tradizione, che affonda le radici in una stratificazione millenaria, l'impostazione è permeata anche all'interno del codice Rocco del 1930, così come negli altri codici europei del Novecento (quali il codice norvegese del 1902 oppure quello danese del 1930). Pertanto, nonostante i mutamenti intervenuti dopo il secondo dopoguerra, questa si è trovata a sopravvivere nei codici del vecchio continente. Anche dalle analisi in ottica comparata proposte in dottrina negli anni '90, risulta infatti che non si tratta di un'opzione sistematica che persisteva solo nell'ordinamento italiano. Nelle legislazioni europee della seconda metà del Novecento era ancora maggioritaria la collocazione dei delitti contro la libertà sessuale nell'ambito della categoria di quelli contro la morale o altri interessi superindividuali (come ad esempio l'onore sessuale, ovvero gli interessi della vita sociale) e si avvertiva una diffusa esigenza di riforma. Sarà solo negli ultimi decenni del XX secolo, infatti, che gli ordinamenti si muoveranno nel senso di riformare definitivamente la materia dei delitti sessuali, anche superando i retaggi del passato collegati alla loro collocazione codicistica. Sul punto BERTOLINO (1993), pp. 5 ss.

⁹ Invero, se già da tempo, in dottrina, si era riaffermata una lettura in chiave personalistica del bene giuridico *de quo*, questa aveva finito con il permeare anche nella sua interpretazione giurisprudenziale (cfr. FIANDACA (1993), pp. 953 ss.).

¹⁰ Corte cost., sent. n. 561 del 18 dicembre 1987, in *Foro it.*, 1989, I, cc. 2113-2120 con nota di MANNELLI (1989). Testualmente, i giudici delle leggi statuiscano che: «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire».

¹¹ Cfr. BRUNELLI (2007), pp. 54 ss. Sul punto, si richiamano altresì le considerazioni di FIANDACA (2000), pp. 1153 ss.

di più, vista la specificità dell'interesse tutelato, in una sede *ad hoc*¹².

In ogni caso, ancor più controversa è apparsa la “scelta unificatrice”. Al di là del fatto che, salvo rare eccezioni, questa appare un *unicum* a livello comparato¹³, può rilevarsi che la detta opzione muove da una *ratio* chiaramente ispirata dall'intento di rafforzare la tutela al bene giuridico in questione; tuttavia, specialmente avendo presente la menzionata finalità, è inevitabile constatare che, parallelamente, è rimasta immutata la struttura “vincolata” della cosiddetta violenza sessuale per costrizione (art. 609-*bis*, comma 1, c.p.).

Nel complesso, infatti, la nuova collocazione topografica, animata, come si diceva, dalla necessità di ribadire la centralità della persona nella materia all'attenzione, non ha comportato che, nella medesima occasione di riforma – in coerenza con l'affermarsi della definizione di autodeterminazione sessuale quale libertà di scelta, che sul versante negativo si traduce nella *libertà da* invasioni non volute nella propria sfera sessuale – si ridisegnasse il baricentro dell'incriminazione della fattispecie. Infatti, anziché fissare la soglia della rilevanza penale sulla base del dissenso del soggetto passivo (o, ancor di più, della mancanza di consenso), nell'art. 609-*bis*, comma 1, c.p., si è continuata a richiedere la presenza dell'impiego di mezzi coercitivi qualificati che caratterizzassero l'azione dell'agente (*id est*: la violenza, la minaccia e l'abuso di autorità). Sotto tale aspetto, quindi, la lettera della legge si è posta, di fatto, in continuità con quelle ombre del passato¹⁴ che, nelle intenzioni riformatrici, si volevano superare con nettezza.

In altri termini, limitandosi ad un accenno al dibattito dogmatico sul ruolo della classificazione dei reati, nell'ambito della riflessione in corso, risulta essere quanto mai calzante la seguente considerazione: un «cambiamento di etichetta» rischia di perdere i suoi effetti, o parte di essi, se il nuovo bene giuridico non incide sulla strutturazione della fattispecie¹⁵. Pertanto, nel riaffermare la presenza del richiamo alla costrizione (per violenza o minaccia), al primo comma dell'art. 609-*bis* c.p., quella che a tutti gli effetti è stata una più che condivisibile affermazione di principio in materia di centralità del singolo, quale unico soggetto deputato a definire l'*an* e il *quomodo* dell'esercizio della propria sessualità, non ha comportato, di riflesso, una parallela incisione sulla configurazione del reato.

A quasi un trentennio di distanza dalla riforma, atteso che il silenzio del legislatore sul punto ha continuato a perdurare, tale operazione di “completa traduzione” è stata tuttavia fatta propria dall'ermeneutica giurisprudenziale (soprattutto di legittimità), venendosi a realizzare un processo di “riscrittura” della fattispecie ad opera delle Corti. Un *iter* che, seppur motivato dalla necessità di rispondere a tangibili esigenze di tutela avvertite nella prassi, fornendola a casi concreti che altrimenti non ne avrebbero avuta¹⁶, si è tradotto in un meccanismo dai risultati che stridono con il principio di stretta legalità in materia penale¹⁷. Specialmente, se si considera che si è giunti ad un oggi dove, in particolar modo negli orientamenti più recenti,

¹² In tal senso, PADOVANI (1996b), pp. 17 ss. e BALBI (1998), p. 2; conformemente: CADOPPI (2001b), pp. 199 ss.; PICOTTI (2001), pp. 19 ss.; MUSACCHIO (1999), pp. 15 ss.; PECORARO-ALBANI (1997), pp. 14 ss. e BERTOLINO (1993), p. 166. Più di recente, cfr. BERTOLINO (2023), pp. 359 ss. e MAUGERI (2023), pp. 363 ss. (spec. 367); a tal proposito, si veda altresì la relazione di accompagnamento alla Proposta di articolato sui reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP), a cura del gruppo di lavoro coordinato da Sergio Seminara e composto da Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Malaika Bianchi, Sofia Braschi e Lara Ferla, dove nel proporre l'introduzione di un capo autonomo intitolato ai «Delitti contro la personalità sessuale» – da collocarsi dopo i delitti contro la libertà morale – se ne articola la suddivisione in quattro sezioni, in cui la quarta afferisce alle disposizioni comuni e le prime tre concernono: i delitti contro l'autodeterminazione sessuale (I sez.), contro l'integrità sessuale dei minori (II sez.) e, da ultimo, quelli di prostituzione, pornografia e sfruttamento sessuale di minori (III sez.). Il Progetto di articolato nonché la relativa Relazione sono ora raccolti all'interno del volume a cura di ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE e LABORATORIO PERMANENTE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE (2023), pp. 347 ss.

¹³ Un esempio isolato, che si allinea al caso italiano, in quanto simile dal punto di vista della mancata ripartizione dei crimini sessuali in più fattispecie in considerazione del tipo di atto sessuale (penetrativo o non), può essere quello canadese. Difatti, alle sezioni 271-273 del codice penale, non si opera una distinzione tra «stupro» (*rape*) e le altre forme di aggressione sessuale (*sexual assault*). Nello specifico, vengono previste tre ipotesi di aggressione sessuale, ordinate in modo crescente sulla base di determinati indici di gravità, che sono in sostanza parametrati all'uso di eventuali mezzi coercitivi ovvero alle conseguenze sulla sfera fisica della persona offesa. Rispettivamente: al primo livello viene disposta la fattispecie base modellata in chiave consensualistica; al secondo l'*offence* di «*sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm*», dove, ad esempio, si richiama la minaccia con l'uso di un'arma o l'aver cagionato un danno fisico alla vittima; e, infine, al terzo, l'ipotesi in cui si verifica una grave offesa all'integrità fisica di quest'ultima oppure la messa in pericolo della sua stessa vita (c.d. «*aggravated sexual assault*»). Si osserva, inoltre, che, nel definire il concetto di «*sexual assault*», lo si fa qualificandolo sulla base della presenza di un contatto fisico; sul punto, THORBURN (2023), pp. 93 ss.

¹⁴ Sul punto, si veda COLLI (1997), p. 1164; più di recente, cfr. le considerazioni di MARTINI (2022), spec. p. 9.

¹⁵ PADOVANI (1996a), p. 5; cfr. i rilievi di PICOTTI (2001), p. 20 e VIRGILIO (1997), p. 38.

¹⁶ Un profilo colto con chiarezza dalle parole di DONINI (2018), p. 87, laddove l'Autore rileva che: «[il] giudice penale che colma lacune sta dalla parte non del diritto, ma o di un soggetto privato: la presunta vittima, di cui allarga le pretese riconosciute; o dalla parte delle esigenze di riforma che il Parlamento ha ommesso di attuare».

¹⁷ BALBI (2023), pp. 1 ss.; CALETTI (2023), pp. 139 ss. e BOTTO (2023), pp. 48 ss.

si addivene ad un radicale “superamento della violenza”. Tanto che possono annoverarsi più pronunce dove è si affermata la sussistenza della fattispecie *de qua* sulla base della (sola) assenza di consenso del soggetto passivo¹⁸ e si ha la percezione che tale impostazione sia oramai oggetto di un *trend* destinato a consolidarsi e a ripetersi, fintanto che il legislatore non interverrà sul punto.

Un punto di approdo, quello della riconfigurazione in chiave consensualistica del delitto di violenza sessuale, il quale, quindi, inevitabilmente scaturisce dal fatto che non è mai stata superata per legge la struttura vincolata del reato. Nel domandarsi perché il filo rosso con il passato non è stato reciso, anche se, già alla fine del secolo scorso, parte della dottrina evidenziava che il baricentro della fattispecie, proprio in coerenza con la veste contemporanea assunta dal bene giuridico in parola, avrebbe piuttosto dovuto risiedere (quantomeno) nel dissenso della persona offesa¹⁹, occorre rilevare che già allora la violenza-mezzo era oggetto di un processo di dematerializzazione.

Il fatto che la struttura “vincolata” dell’incriminazione della violenza sessuale sia sopravvissuta alla riforma degli anni Novanta sembra, infatti, avere una connessione con la circostanza per cui anche nella giurisprudenza del tempo si stava affermando una nozione estesa di violenza, dove quest’ultima non veniva ad essere più interpretata nella sua accezione restrittiva, quale dispiegamento di energia fisica, ma perdeva di materialità (c.d. violenza impropria). In effetti, seppur gradatamente, anche nell’ermeneutica afferente alle previgenti fattispecie di cui agli artt. 519 e 521 c.p. aveva trovato spazio una nozione smaterializzata di violenza²⁰, la quale, sin dagli anni Settanta, era stata elaborata e maturata non con peculiare riferimento ai reati sessuali (che, anzi, costituiscono il suo ultimo terreno di approdo). Pertanto, non sembra fuorviante rilevare che quando, alla fine del secolo scorso, il legislatore ha scelto di “non abbandonare la violenza-mezzo”, lo ha fatto muovendosi in un retroterra in cui iniziavano a percepirsi le avvisaglie che, in altre fattispecie, l’anzidetta modalità della condotta assumeva confini sempre più dilatati, atteso il diffondersi di una sua rilettura focalizzata non tanto sulla natura costrittiva del mezzo ma sugli effetti. In altri termini, l’assenza di attenzione alla necessità di superare il richiamo alla violenza per legge può trovare la sua base motivazionale anche nel fatto che, quando ha riformato, il legislatore potrebbe essere stato condizionato dal processo di smaterializzazione della violenza²¹. In tal senso, può dirsi che vi sia stata un’influenza del «deposito ermeneutico» che si stava progressivamente affermando negli ultimi anni²², il quale ha probabilmente contribuito a ritenere secondario un profilo il cui peso specifico, in realtà, poteva già percepirsi allora.

Ad arricchire gli elementi rientranti nell’anzidetto “deposito”, inoltre – qui con riferimento al delitto di atti di libidine violenti – vi erano anche pronunce in cui l’evanescenza del requisito della violenza si manifestava dinnanzi alla presenza di atti «repentini» o «a sorpresa» (*id est*: azioni rapide ed insidiose)²³. In particolare, negli ultimi due decenni che hanno preceduto la riforma, si era assistito all’affermarsi di un orientamento in accordo con il quale «la violenza, [caratterizzante] alcune figure criminose, non consiste necessariamente nella esplicitazione di una *vis* fisica alla quale la vittima non sia in grado di opporre una valida resistenza, ma può concretarsi anche nella repentinità e nella insidiosità dell’azione, che sorprenda e superi la contraria volontà del soggetto passivo»²⁴. In simili dinamiche, la violenza finiva con l’essere

¹⁸ Cfr., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 19599, 19 aprile 2023 (dep. 10 maggio 2023), in *DeJure*.

¹⁹ Si vedano PADOVANI (1989), pp. 1301 ss.; BERTOLINO (1993), pp. 1 ss. e COLLI (1997), pp. 1163 ss.

²⁰ In argomento (e altresì per una posizione critica rispetto agli effetti della dematerializzazione della violenza nel delitto di cui all’art. 610 c.p.), MANTOVANI M. (1993), pp. 932 ss.; PULITANÒ (1984), pp. 351 ss.; MINNELLA (1994), pp. 2 s. Nell’ambito di un’analisi relativa alle fattispecie in cui ricorre l’elemento della violenza, VIGANÒ (2002), spec. pp. 241 ss. e DE SIMONE (1993), pp. 881 ss. (spec. pp. 885 s.).

²¹ Tuttavia, come osservato da PADOVANI (1996a), p. 7, anche se l’atteggiamento giurisprudenziale, specialmente negli anni che avevano preceduto la riforma, poteva dirsi foriero di una «dilatazione» del concetto di violenza, «per quanti sforzi ermeneutici si compissero (e non sempre, peraltro, si compivano), la matrice della fattispecie manteneva la sua pregnanza originaria, perché la logica ricostruttiva dell’offesa tipica rimaneva pur sempre la stessa (l’aver subito un’attività sessuale per effetto di coazione, e non in presenza di un semplice rifiuto)».

²² Cfr. DONINI (2018), p. 81. Si riporta il passaggio, da cui si è estrapolata l’espressione nel testo, in cui l’Autore sottolinea: «Già nella riscrittura di vecchie norme, o nella loro modifica mediante elementi specializzanti o aggiuntivi, si “tiene conto” (da parte dello stesso legislatore e poi dell’interprete) del *deposito ermeneutico* del passato [...]».

²³ Cfr., approfonditamente, CADOPPI (2002), p. 52 s. Una sentenza che assume un ruolo precursore di tale orientamento può essere considerata Cass. pen., Sez. III, 3 aprile 1951, sent. n. 1468, in *Giur. compl. cass. pen.*, 1951, XXXII, p. 439 (sul punto, CALETTI (2023), p. 160, nt. 58).

²⁴ Così, Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 1980, in *Giust. pen.* 1980, II, c. 659 (s.m.) e in *Cass. pen.*, 1981, p. 1241 e *Cass. pen.*, Sez. III, sent. n. 1903, 20 gennaio 1986 (dep. 8 marzo 1986), in *Cass. pen.*, 1987, p. 753. Già prima, in senso conforme, si possono menzionare, a titolo esemplificativo: Cass. pen., Sez. III, sent. n. 2546, 5 ottobre 1973, in *Giust. pen.*, 1974, II, c. 403; Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 1976, in *Mass. dec. pen.*, 1977, p. 185, Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 1972, in *Mass. dec. pen.*, 1972, p. 441 e Cass. pen., sent. n. 1382, 11 novembre 1966, Rv. 103567.

ravvisata *in re ipsa* a partire dalla vanificazione della possibilità per la vittima di manifestare una qualsivoglia forma di opposizione al gesto.

Si tratta, come noto, di un approccio ermeneutico perpetuato nel corso della vigenza del reato di violenza sessuale e, guardando ai suoi sviluppi nella giurisprudenza più recente, non sorprende che la cosiddetta casistica sugli atti repentini costituisca il primo ambito in cui si è valorizzato *expressis verbis* il consenso del soggetto passivo. Invero, azioni di questo tipo rilevano in quanto perpetrate a prescindere dall'altrui volontà²⁵: l'azione «a sorpresa», infatti, si caratterizza non solo perché non è *stricto sensu* «violenta», ma anche per il fatto che la dinamica attraverso la quale si sviluppa la rende tale da realizzarsi *in assenza* di qualsivoglia manifestazione di volontà da parte di chi la subisce.

In ogni caso, il persistere di una disposizione di legge che non rinuncia a richiedere specifiche modalità della condotta, e, in particolare, a richiamare la violenza, ha condotto al manifestarsi nel diritto vivente di effetti che sono divenuti talmente accentuati da tradursi in un'interpretatio abrogans della costrizione per violenza, dove oramai sembrano essersi superati in modo netto i confini dell'analogia in *malam partem*.

Nell'ambito di un percorso di progressivo allontanamento tra disposizione e norma²⁶ – che ha visto diversi momenti, i quali si sono anche intrecciati tra di loro: la smaterializzazione dalla violenza, la valorizzazione della cosiddetta violenza potenziale e della costrizione ambientale, per finire, poi, con quella del dissenso –, si giunge ad un presente nel quale, come si anticipava, a registrarsi è una vera e propria riscrittura ermeneutica dei connotati tipici del reato, laddove, superando anche i confini del richiamo al dissenso, si richiede la presenza di un consenso (espreso), con evidenti criticità in punto di legalità. Si tratta di tensioni che derivano inevitabilmente dal fatto che una simile operazione è avvenuta, e continua a esserlo, nel perdurante silenzio del legislatore e che, oramai, il contenuto della *disposizione* dista talmente tanto da quello della *norma* che è quanto mai afferrabile la necessità che si addivenga ad una riscrittura della prima. Invero, la volontaria partecipazione all'atto sessuale non è solo il fulcro attorno al quale viene declinato il bene giuridico protetto, ma, ancor di più, specie nelle più recenti pronunce, si è giunti ad eleggere il consenso a baricentro della tipicità del reato in parola²⁷.

Da quanto rilevato, tuttavia, emerge anche un altro elemento. Guardando alla tipicità del reato e ai suoi elementi costitutivi, nel 1996, l'invocata cesura rispetto al passato è stata quindi, nella sostanza, affidata *in toto* all'unificazione. Ripercorrendo le copiose pagine del dibattito, non solo parlamentare ma anche coinvolgente la società civile, che ha accompagnato la riforma, risulta infatti che l'operazione unificatrice era carica di un forte valore dichiarativo, se non addirittura espressivo-simbolico. All'accorpamento delle varie forme di aggressione sessuale in un solo delitto veniva infatti affidato il ruolo di determinare la fine dei fenomeni di vittimizzazione secondaria che avevano luogo in sede processuale, che ricorrevano quando si trattava di stabilire se i fatti all'attenzione potevano dirsi di congiunzione carnale o meno. Nel parafrasare quanto emergeva chiaramente dalle istanze di matrice giusfemminista che si ponevano a sostegno del superamento della tradizionale bipartizione in due reati, si desume che l'intento era infatti quello di porre fine alla “parcellizzazione” del corpo femminile²⁸, con-

²⁵ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 49597, 9 marzo 2016 (dep. 22 novembre 2016), in *Dejure*, in cui, si è statuito che, con riferimento all'oggetto del dolo, «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» (per approfondire, CALETTI (2023), pp. 197 ss.). A ben vedere, talvolta, in alcune pronunce (anche recenti), nell'approcciarsi alla materia degli atti a sorpresa, si assiste a rievocazioni di massime che venivano impiegate quando la categoria si declinava a partire dall'evocazione della violenza impropria. Tuttavia, in ogni caso, come si sottolineava, non si può che constatare che la rilevanza degli atti repentini *in re ipsa* si colloca in un emisfero in cui la velocità del gesto previene una qualsivoglia manifestazione di volontà e, di conseguenza, è la stessa dinamica dell'azione che porta a rilevare che l'atto si caratterizza in concreto per essersi realizzato, in realtà, in assenza del consenso dell'altro, piuttosto che in un contingente in cui la volontà è stata in qualche misura “coartata” (anche volendo impiegare una nozione ampia di costrizione). A dimostrazione di quanto appena rilevato basti pensare che il legislatore tedesco, nel 2016, allorché ha riformato la materia dei delitti sessuali abbandonando un “modello vincolato” e introducendo un'impostazione di tipo dissensualistico (o di «no means no») – dove si è affermata la rilevanza penale degli atti sessuali compiuti «contro la volontà riconoscibile di un'altra persona» al comma 1, del nuovo § 177, StGB – ha contemporaneamente previsto una serie di casi eccezionali, sulla scorta del fatto che, dall'impiego esclusivo della regola del dissenso, si sarebbero verificati dei vuoti di tutela. Tra questi, per quello che interessa in questa sede, e premesso che la riforma tedesca sarà poi ripresa nel corso del discorso, compare anche il caso dell'autore che ha agito «sfruttando un momento di sorpresa» (§ 177, comma 2, n. 3, StGB). Per un commento all'anzidetto intervento di riforma, sia consentito il rinvio a HÖRNLE (2017), pp. 1309 ss.

²⁶ In argomento, cfr. DONINI (2011), pp. 87 ss.

²⁷ Per una compiuta ricostruzione dello sviluppo degli orientamenti giurisprudenziali in materia, si richiamano: BALBI (2023), pp. 1 ss.; MAUGERI (2023), p. 376; CALETTI (2023), *passim* (in particolare, v. il secondo Capitolo del volume, pp. 141-280, dedicato ad una puntuale ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di art. 609-bis c.p.), nonché le osservazioni già espresse in BOTTO (2023), p. 49.

²⁸ Idea peraltro che riemerge, di recente, nelle argomentazioni di coloro che assumono una posizione critica con riguardo alla possibilità, in

nessa alle anzidette verifiche, a cui si ricollegava, non di rado, la “trasformazione della vittima in un secondo imputato”.

L'anzidetta speranza, tuttavia, anche allora disvelava criticità in punto di effettività. Invero, già parte della dottrina dell'epoca evidenziava che la presenza in sede giudiziale di indagini sul fatto si sarebbe comunque riproposta per accertare la sua concreta entità lesiva, al fine di determinare la sanzione in concreto: muovendosi nell'ambito della cornice edittale della fattispecie e in considerazione dei criteri della commisurazione della pena (art. 133 c.p.), che impongono una verifica “in punto di gravità”. E, in particolare, come poi confermatosi guardando alla giurisprudenza in materia, questa si sarebbe ripresentata anche nel corso dell'indagine complessiva che ha ad oggetto la “super-attenuante”, peraltro indefinita, della «minor gravità» (prevista ai sensi dell'ultimo comma del delitto *de quo*)²⁹, per la quale devono essere considerati una serie di elementi risultanti da una valutazione globale del fatto, come: i mezzi, le modalità esecutive, l'invasività nella sfera sessuale della vittima, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età³⁰, nonché «l'entità della compressione della libertà sessuale e del danno arrecato, anche in termini psichici, al soggetto passivo [...]»³¹. Anche spostando l'attenzione sul fronte prettamente processuale, già nell'immediatezza della riforma, si evidenziava che l'ampia portata dell'incriminazione si sarebbe comunque dovuta scontrare con le esigenze sottese ad un sistema di tipo accusatorio, fondato sulla necessità di provare, oltre ogni ragionevole dubbio, la responsabilità dell'imputato e ancorato a solidi principi, quali quello di contestazione ovvero l'obbligo di motivazione³².

Dal punto di vista sostanziale, la scelta unificatrice, inoltre, è avvenuta senza che, parallelamente, si disponesse l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* per le ipotesi di molestia sessuale³³, nonostante già allora potessero annoverarsi da parte della dottrina sollecitazioni in tal senso³⁴. Pertanto, la tutela della dimensione negativa della libertà di autodeterminazione sessuale – qui intesa in senso stretto e riferita ai rapporti tra soggetti in grado di prestare un valido consenso nell'ambito in oggetto – è stata affidata, in sostanza in via semi-esclusiva, al reato di violenza sessuale³⁵. Un delitto *in re ipsa* dotato di un potenziale applicativo che, se risultava essere già (per definizione) particolarmente esteso, è stato confermato tale dalla prassi, come si attesterà anche in questa sede, considerando alcune recenti pronunce di legittimità.

In particolare, data la presenza di un'unica fattispecie e l'assenza di altri reati “satelliti” o “minori” – quali: un reato di molestie sessuali, ma anche ipotesi, ad esempio, come quelle dedicate in modo specifico al *voyeurismo* ovvero agli atti di esibizionismo (ai danni di un destinatario determinato, costretto ad assistervi) –, che, in altri sistemi, si pongono a completamento della tutela penale del bene giuridico in questione, si avverte l'esigenza di un'indagine

sede di riforma dell'art. 609-*bis* c.p., di reintrodurre una distinzione tra atti penetrativi e non (BIAGGIONI, (2020), pp. 1 ss.). Nel senso di riproporre, all'opposto, una “ritipizzazione” del delitto si veda la Proposta di articolato dell'AIPDP richiamata all'inizio del presente paragrafo (*infra*, nt. 12); sul punto, cfr., inoltre, BALBI (2020a), pp. 1 ss.

²⁹ In tal senso già COLLI (1997), pp. 1163 ss. e MOCCIA (1997), p. 403 s.

³⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. IV, sent. n. 15504, 11 marzo 2014 (dep. 7 aprile 2014), Cass. pen., Sez. III, sent. n. 35695, 18 settembre 2020 (dep. 14 dicembre 2020) e Cass. pen., Sez. III, sent. n. 18027, 7 febbraio 2024 (dep. 8 maggio 2024), in *DeJure*.

³¹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 857, 29 novembre 2023 (dep. 10 gennaio 2024), n. 857, in *DeJure* e, tra le tante, Cass. pen., Sez. III, n. 39445, 1 luglio 2014 (dep. 25 settembre 2014), Rv. 260501. Inoltre, la giurisprudenza è costante nell'affermare che, ai fini del diniego di tale attenuante, è sufficiente la presenza anche di un solo elemento di conclamata gravità; per tutte, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 6784, 18 novembre 2015 (dep. 22 febbraio 2016), in *DeJure*.

³² BERTOLINO (1983), p. 1478.

³³ In argomento, sia consentito il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, a BOTTO (2023), pp. 1 ss. (spec. pp. 6-12 e pp. 19-27).

³⁴ MOCCIA (1997), p. 403, laddove sottolinea che: «La predisposizione di una fattispecie di molestie sessuali [...] – 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»; TABARELLI DE FATIS (2001), pp. 207 ss. e PICOTTI (2001), pp. 44 ss.; più di recente, CADOPPI (2023b), pp. 23 ss.; ROMANO B. (2022), pp. 309 ss.; MAUGERI (2023), pp. 363 ss. (spec. p. 374) oltre al già richiamato contributo di BOTTO (2023), pp. 1 ss. Si veda altresì PADOVANI (2002), p. 23, il quale osserva che, al momento della riforma, sarebbe stato «logico incorporare [dal reato di violenza sessuale] le condotte che, pur assumendo un significato ed una portata sessualmente connotati, si limitassero a determinare mere situazioni di disagio o turbamento. [...] Insomma, per lo squallore dei cosiddetti “toccamenti lascivi” si poteva pensare ad una dimensione meno ipertrofica della violenza sessuale».

³⁵ Le incriminazioni che seguono l'art. 609-*bis* c.p. (ovverosia quelle previste agli artt. 609-*quater* e ss.) – con la sola eccezione della violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), la cui condotta tipica però è comunque descritta mediante un rinvio a quella del delitto di violenza sessuale – si rivolgono infatti alla tutela dello sviluppo della personalità del minore nella sfera affettiva e sessuale (*id est*, l'integrità sessuale – o intangibilità sessuale – del minore). Nel codice penale italiano, a ben vedere, infatti, non si annoverano incriminazioni *ad hoc* né per le molestie sessuali, né per gli atti di esibizionismo (nei confronti di vittime non minorenni) o di *voyeurismo*, che, in altri ordinamenti, risultano essere poste, invece, “a chiusura” della rosa delle fattispecie afferenti alla libertà sessuale. Si pensi, ad esempio, al *Sexual Offences Act* inglese del 2003, dove le fattispecie di esibizionismo (*exposure*) e di *voyeurismo* (sez. 66 ss.) sono collocate in una macro-sezione, che si pone a completamento della prima parte dell'atto, intitolata «*other offences*».

che si concentri in primo luogo sul confine verso il basso del delitto di violenza sessuale. Si tratta, a ben vedere, di un complesso di condotte che, rispetto a quelle di violenza/aggressione sessuale, non sono necessariamente incisive sulla corporeità (sessuale) del soggetto passivo e si caratterizzano non solo per un più lieve grado di lesione dell'interesse tutelato, ma altresì per una diversa natura dell'offesa cagionata.

A tal fine, occorrerà osservare più da vicino gli orientamenti di legittimità che afferiscono, da un lato, alla definizione del concetto di atti sessuali, dinanzi ai “casi limite”, e, dall'altro, a quelli che, operando in via residuale, si confrontano con ciò che, pur presentando una connotazione sessuale, non può essere qualificato ai sensi della disposizione *de qua* in quanto privo di una dimensione fisica.

Riservandosi di dimostrare quanto si afferma nel corso dell'analisi, sembra infatti che il quadro del diritto vivente consegni una “doppia lettura” dei comportamenti che potrebbero essere ascritti alla categoria delle molestie sessuali. Ci si scontra dunque con una *law in action* in cui questi risultano essere, a seconda del caso di specie, assorbiti, qualora coinvolgano la corporeità, nel delitto di violenza sessuale (proprio facendo leva sull'ampia estensione della fattispecie); oppure, nel caso opposto in cui si fuoriesca dalla sua portata applicativa, e si perda la dimensione corporea, sussunti in ipotesi che non hanno a che vedere con la tutela della libertà sessuale. Motivo per cui, tratteggiata la portata applicativa del reato in parola nella prima parte dell'elaborato, si tratterà di guardare più da vicino in che modo vengono ad essere qualificate le (altre) ipotesi, in parte già menzionate, che, ad avviso di chi scrive, potrebbero rientrare nella categoria delle molestie sessuali.

3.

La nozione giurisprudenziale di «atti sessuali»: la conferma dell'estensione verso il basso del reato attraverso il richiamo al criterio contestuale-relazionale anche negli orientamenti di legittimità più recenti.

Posto che, dunque, muovendo dal primo aspetto, si tratta di offrire una disamina sugli orientamenti di legittimità più recenti, in materia di art. 609-*bis* c.p., il discorso non può che avviarsi dal concetto di «atti sessuali».

Nel limitarsi ad accennare al copioso contributo della dottrina in materia³⁶, si ricorda che le due posizioni principali che possono distinguersi – le quali hanno avuto, nel corso del tempo³⁷, un seguito anche in giurisprudenza – sono l'approccio detto anatomico-culturale e quello a stampo contestuale³⁸. Nella casistica, invero, prendendo le distanze da linee interpretative a stampo prettamente soggettivo, che per lungo tempo avevano caratterizzato gli orientamenti sugli atti di libidine violenti, ci si è allineati alla prima concezione, attraverso l'impiego del concetto di zone erogene. Seppur con qualche battuta di arresto³⁹, è stato quindi abbandonato l'impiego di criteri in cui erano valorizzate le valutazioni in merito alla “sessualità” dell'atto

³⁶ Per l'approccio anatomico-culturale, si veda CADOPPI (1996), pp. 32 ss. (spec. pp. 39-47); mentre, per quello contestuale, FIANDACA (1998), cc. 505 ss. Inoltre, si ricorda che, di frequente, le posizioni dottrinarie vengono ripartite in tre approcci principali. Rispettivamente, si tratta di: (a) la teoria dell'«equivalenza» tra gli atti sessuali e gli atti di libidine, in cui si afferma che l'art. 609-*bis* c.p. assorbirebbe al suo interno le previgenti ipotesi di congiunzione carnale e di atti di libidine violenti; (b) quella (minoritaria) della «maggior ampiezza» degli atti sessuali rispetto a quelli di libidine in cui si valorizza, concentrandosi sul profilo soggettivo, il fatto che l'atto sia idoneo a soddisfare la concupiscenza sessuale; (c) infine, la tesi «restrittiva», o «anatomico-culturale», in accordo con la quale potrebbero dirsi «sessuali» solamente gli atti dove c'è un contatto fisico con determinate aree del corpo. Per un'indicazione degli Autori che hanno sostenuto le tesi appena ripercorse, sia consentito il rinvio a BOTTO (2023), p. 22 (spec. nt. 76); cfr. altresì le opere monografiche di MACRÌ (2010), pp. 53 ss. e CALETTI (2023), pp. 256 ss., nelle quali è proposta un'attenta disamina sulle posizioni della dottrina.

³⁷ Soprattutto nella prima fase della vigenza della riforma, potevano ravvisarsi alcune pronunce che risentivano ancora dell'impostazione soggettivistica, nelle quali il *fine* perseguito dall'agente veniva ad essere eletto ad elemento di discriminare per valutare la rilevanza o meno di una condotta ai sensi del delitto in esame (cfr. la ricostruzione, rispettivamente, di: CADOPPI (2001a), pp. 5 s. e PALUMBIERI (2001), spec. pp. 82 ss. anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali). Nel panorama attuale, invece, gli orientamenti ermeneutici sembrano tendenzialmente discostarsi da un'interpretazione prettamente “soggettiva” del concetto di atti sessuali, allineandosi, almeno nelle premesse, con quella che è la posizione assunta dalla dottrina maggioritaria (cfr. PALUMBIERI (2022), p. 6199). L'approccio a stampo oggettivo, invero, persiste anche quando è presente un riferimento al contesto in cui l'azione si è sviluppata (in senso conforme, la replica di VIZZARDI (2017), pp. 57 ss. a CAPPALÀ (2017), pp. 43 ss.).

³⁸ In argomento, si veda la ricostruzione di MACRÌ (2016a), pp. 162 ss.

³⁹ Come sottolineato recentemente in MAUGERI (2023), p. 370 (spec. nt. 45, dove si richiamano anche pronunce in cui la giurisprudenza si è spinta sino ad adottare impostazioni che, di fatto, hanno un taglio soggettivistico, nelle quali vengono valorizzati l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente).

ancorata esclusivamente all'atteggiamento interiore dell'autore ovvero focalizzata sulla "dimensione psicologica" che ne aveva sorretto l'agire. Tale linea, a ben vedere, trova conferma anche nelle ultime decisioni di legittimità, laddove, richiamando i precedenti conformi, si afferma che «l'atto deve essere definito come "sessuale" sul piano obiettivo, non su quello soggettivo delle intenzioni dell'agente»; proseguendo con la precisazione che «[se] il fine di concupiscenza non concorre a qualificare l'atto come sessuale, il fine ludico o di umiliazione della vittima non lo esclude»⁴⁰.

Tuttavia, rispetto alla loro elaborazione dottrinale, il criterio anatomico-culturale e la nozione di zona erogena fatti propri dagli interpreti si sono espansi significativamente, e questo ha avuto luogo in particolare quando si sono poste all'attenzione alcune dinamiche ascrivibili alla già richiamata categoria degli «atti repentini» (o a sorpresa, che dir si voglia). In tale contesto, infatti, l'effetto a cui si è addivenuti, è stato quello di rendere il reato una sorta di «contenitore a geometria variabile», posto che si è finiti con il tratteggiare una fattispecie dai confini verso il basso sempre più vaghi e indeterminati, al punto che si è arrivati a parlare anche di tassatività perduta in proposito⁴¹.

Stabilito a monte che tale processo si innesta nell'ambito di pronunce in cui i limiti, strutturalmente correlati ad un approccio oggettivo-anatomico, vengono ad essere superati per il tramite di riferimenti al contesto ovvero alla dinamica relazionale intercorrente tra i protagonisti della vicenda, si ritiene opportuno guardare più da vicino simili orientamenti. A tal fine, possono ritenersi esemplificative del persistere della presenza dall'anzidetta impostazione "mista" anche decisioni degli ultimi anni, come si evince, ad esempio, dai principi affermati in due recenti pronunce di legittimità dove vengono in considerazione azioni qualificabili come appartenenti alla casistica sugli atti a sorpresa.

Procedendo in ordine cronologico, nella prima sentenza, datata 2023, la dinamica in oggetto riguardava una vicenda avvenuta in una caserma di polizia. L'imputato, un ispettore della polizia di Stato, aveva posto in essere una serie di atti "a sorpresa" (consistiti rispettivamente nell'accarezzamento della nuca, delle spalle e di un bacio sul collo) ai danni di una donna che stava denunciando un furto. La Terza Sezione⁴², nel prendere le distanze da quanto sostenuto dalla difesa in sede di ricorso e uniformandosi alle conclusioni sul punto che erano state in precedenza affermate nell'ambito dei due gradi di merito, ha rilevato che i fatti in oggetto potevano rientrare nell'alveo della fattispecie di violenza sessuale consumata, articolando il suo ragionamento come segue.

In primis, viene operata una valutazione del contesto, ravvisando che il medesimo era tale da non giustificare alcuna effusione di tipo affettuoso, per poi richiamare alcuni dettagli della dinamica (ad esempio il fatto che il gesto fosse stato preceduto da apprezzamenti rivolti alla persona offesa). Successivamente, dopo aver ribadito che, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa, il bacio aveva interessato il collo della donna (e non la guancia, come contrariamente affermato), la Corte osserva che tale «localizzazione» è un elemento centrale al fine di operare quella «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» che ricorre, per giurisprudenza consolidata, negli orientamenti di legittimità. Inoltre, viene altresì puntualizzato che è necessario che «la valutazione dell'atto, al fine di apprezzarne l'incidenza sulla libertà di autodeterminazione della persona offesa, [guardi alla] condotta nel suo complesso, rapportandola cioè all'ambito specifico in cui si è svolta, alle modalità in cui si è in concreto estrinsecata estese anche a quelle che l'hanno preceduta o seguita, al rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e ad ogni altro dato fattuale che valga a connotarlo»⁴³. L'anzidetta premessa fa da presupposto per rilevare che, a fianco a quelle che sono definite dalla stessa scienza medica «zone carnali di oggettiva

⁴⁰ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), cit.; cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 13278, 12 marzo 2021 (dep. 9 aprile 2021), in *DeJure*, dove si è affermata l'irrelevanza del fatto che a sorreggere l'azione dell'imputato vi fosse stata una finalità "scherzosa"; nonché, *ivi*, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 25112, 13 febbraio 2007 (dep. 2 luglio 2007) – in cui si è sottolineato che, in linea con una nozione oggettiva di atto sessuale, «[...] il dolo (generico) del reato consiste nella coscienza e volontà di compiere un atto lesivo della libertà sessuale della persona offesa, senza che rilevi l'ulteriore fine dell'agente, che è in genere quello di soddisfare la sua concupiscenza, ma può anche essere un fine ludico o di umiliazione della vittima» – e, in senso conforme, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 35625, 11 luglio 2007 (dep. 27 settembre 2007).

⁴¹ Cfr. CADOPPI (2016), pp. 1469 ss.

⁴² Cass. pen., Sez. III, sent. n. 3265, 13 gennaio 2023 (dep. 25 gennaio 2023), in *Leggi d'Italia*.

⁴³ *Ibidem*; in senso conforme, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 43423, 18 settembre 2019 (dep. 23 ottobre 2019), Rv. 277179 e Cass. pen., Sez. III, sent. n. 38926, 12 aprile 2018 (dep. 27 agosto 2018), in *DeJure*.

valenza erogena⁴⁴, [...] tale connotazione [può] essere rivestita da differenti parti corporee nelle quali ben possono essere ricomprese le spalle, i fianchi, i glutei, le guance, il collo, le ascelle ed altro che, a seconda delle modalità e del contesto con cui vengono attinte, ben possono suscitare la concupiscenza del suo autore così come del soggetto passivo, traducendosi perciò in un'intrusione nella sua sfera sessuale».

Sono gli stessi giudici di legittimità a ravvisare che, quando ci si muove tra le maglie di quest'ultima categoria, è imposta agli interpreti una «più attenta opera di decodificazione», posto che si entra in un terreno in cui ci si deve confrontare con due diverse percezioni del gesto; rispettivamente: quella di chi lo pone in essere e quella di chi lo subisce. Invero, la Corte parla in proposito di ambivalenza dell'atto sessuale e sottolinea due elementi. Da un lato, viene espressamente confermata l'irrelevanza della componente «soggettivo-psicologica» che sorregge l'agire del soggetto attivo⁴⁵; dall'altro, si offrono alcuni parametri che possono essere impiegati per valutare la sessualità dell'atto che sono: (a) le parti del corpo su cui ricadono gli atti assieme alla percezione soggettiva di chi li subisce, (b) le modalità dei gesti (annoverando, in via esemplificativa, i casi di baci o carezze o abbracci) e (c) l'invasività della sfera sessuale della vittima. Tali criteri operano quindi nel senso di espandere la portata applicativa del delitto, allorché si fuoriesce dai casi in cui si ha un interessamento delle zone genitali, consentendo di operare una valutazione delle azioni, che, citando la Corte, coinvolgono aree del corpo «suscettibili di acquisire portata erogena»⁴⁶.

Con riferimento alla vicenda esaminata, trattandosi non solo di un'ipotesi di atti repentini, ma anche, in particolare, di una dinamica concreta collocabile nell'ambito della copiosa giurisprudenza in materia di «bacio», i giudici di legittimità contestualizzano la conclusione in punto di integrazione dell'art. 609-*bis* c.p., anche a partire dai precedenti affermatasi in materia. Nello specifico, viene precisato che, in altre occasioni, la valutazione del contesto ha spinto a ravvisare che anche il bacio sulla guancia può essere un atto tale da poter ledere la libertà sessuale della persona offesa, in ragione sia del contesto, quanto, a monte, della repentinità del gesto e della circostanza per cui dalla stessa doveva desumersi il dissenso della vittima⁴⁷. Trattandosi, quindi, nel caso di specie, di un bacio sul collo (da cui erano conseguite anche delle tracce di saliva lasciate sul corpo della vittima), l'attenzione dei giudicanti si orienta sul valore sociale del gesto. Invero, proprio a partire dal precedente relativo al bacio sulla guancia, viene osservato che è *a fortiori* che si deve concludere che nella vicenda *de qua* sussista la consumazione del reato di violenza sessuale; posto che il gesto ha interessato «una parte del corpo suscettibile di rivestire natura erogena, la quale certamente non corrisponde a quella attinta da baci che costituiscono manifestazioni di affetto sceve da implicazioni erotiche, [come] quelli di saluto, di rassicurazione, di consolazione, finalità cui la difesa vorrebbe ricondurre la condotta in esame, prescindendo integralmente dalle contingenze del caso concreto [...]»⁴⁸.

I passaggi ripercorsi possono essere riletti e ulteriormente approfonditi considerando una seconda pronuncia⁴⁹, che segue, a distanza di circa un anno, la sentenza analizzata. Nell'estate del 2024, infatti, la Corte, esaminando una vicenda cautelare, relativa a fatti avvenuti nell'ambito di un contesto accademico-formativo e afferenti, per quanto attiene alla presente riflessione, a plurimi episodi di toccamenti, baci e altri gesti, si è confrontata con una dinamica che, in sede di riesame, era stata ritenuta esulare, per la gran parte, dalla portata applicativa dell'art. 609-*bis* c.p. Più nel dettaglio, il giudice del riesame, adito dall'indagato, aveva annullato la misura cautelare disposta dal giudice per le indagini preliminari, con riferimento all'anzidetto gruppo di condotte, rilevando che – ad eccezione di un solo episodio, comunque qualificato in termini di minor gravità (art. 609-*bis* c.p., ultimo comma) – i fatti in oggetto ricadessero nell'ambito della contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. («Molestia o disturbo alle persone»), piuttosto che integrare, rispettivamente, i delitti previsti agli articoli 609-*bis* c.p. («Violenza

⁴⁴ Con la precisazione che si ritengono tali sia i genitali che i seni della donna.

⁴⁵ Atteso che si ribadisce che non è rilevante, ai fini della consumazione del reato, il conseguimento della soddisfazione erotica da parte dell'agente, né tantomeno il fatto che lo scopo perseguito non fosse orientato in tal senso – come nel caso di fini ludici, scherzosi, vendicativi o di umiliazione.

⁴⁶ In altre occasioni, compresa la nota sentenza, della fine degli anni Novanta, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 6651, 5 giugno 1998 (dep. 27 aprile 1998) con nota di FIANDACA (1998), cc. 505 ss., si è precisato che la nozione di zona erogena dovrà essere interpretata in accordo con la scienza medica, psicologica e antropologica sociologica. Tra le molte, l'orientamento è ribadito in Cass. pen., Sez. III, sent. n. 35617, 16 maggio 2007 (dep. 27 settembre 2007) e in Cass. pen., Sez. III, sent. n. n. 36475, 7 giugno 2019 (dep. 28 agosto 2019), entrambe in *DeJure*.

⁴⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 43423, 18 settembre 2019 (dep. 23 ottobre 2019), cit.

⁴⁸ Corsivo di chi scrive.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), cit.

sessuale») e 612-*bis* c.p. («Atti persecutori»)⁵⁰.

Prendendo, tuttavia, le distanze dalla soluzione prospettata dal riesame e sposando la linea sostenuta, in sede di ricorso, dalla pubblica accusa, nel riqualificare i fatti come di violenza sessuale la Terza Sezione ha articolato un ragionamento in materia di atti sessuali, dove vengono specificati, in punto di diritto, alcuni elementi che in parte sono emersi anche dai passaggi della decisione del 2023 esaminata in precedenza. Invero, si è sottolineato che: da un lato «[la] valenza sessuale del contatto è indiscussa e indiscutibile ove si tratti di organi genitali o zone erogene (ivi comprese le labbra, sia della vittima che dell'agente di reato)» – criterio oggettivistico-anatomico –, e, dall'altro, che «[...] negli altri casi, sarà frutto di un accertamento di fatto che tenga conto del contesto sociale e culturale in cui l'azione è stata realizzata, della sua incidenza sulla libertà sessuale della persona offesa, del contesto relazionale intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante» – criterio oggettivistico-contestuale⁵¹. Ne consegue che, all'interno della fattispecie di violenza sessuale, si trova ad essere ricompresa non solo qualsiasi forma di “congiunzione carnale”, ma anche ogni atto di «*contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, [...] o comunque coinvolgente la corporeità sessuale* [del soggetto passivo], che sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione [di quest'ultimo] nella [sua] sfera sessuale»⁵², a nulla rilevando la finalità del soggetto attivo e l'eventuale soddisfacimento del di lui piacere sessuale.

Gli «atti sessuali», dunque, vengono espressamente bipartiti in due macrocategorie. Al primo gruppo appartengono quelli che i giudici di legittimità qualificano come «di inequivoca valenza sessuale», ovvero sia coinvolgenti zone genitali o comunque erogene; mentre, nel secondo, risulterebbero accorpate tutti quei casi, definiti dalla stessa Corte come «zone grigie», dove si è dinanzi ad azioni dal “carattere ambivalente”, rispetto alle quali si richiama ancora quella «necessaria opera di decodificazione», in cui, al fine di accertare la riconducibilità (o meno) alla dimensione sessuale dei comportamenti subiti dalla persona offesa, siano valorizzati quegli elementi di contesto che si sono annoverati.

A ben vedere, in entrambe le decisioni passate in rassegna, ricorre un ulteriore argomento. Sottolineando che dalla stessa natura del bene giuridico protetto dal reato di violenza sessuale può farsi conseguire che la sessualità del gesto può ricavarci anche in casi in cui il medesimo si concretizzi in un contatto corporeo non coinvolgente le zone tradizionalmente riconosciute come erogene, viene precisato che la sessualità «non resta confinata sul piano strettamente fisico ma involge anche la sfera psichica e quella emotiva, suscettibile di modularsi diversamente in relazione ai valori del comune sentire che si consolidano nello specifico contesto storico, culturale e sociale di riferimento».

Dalla disamina effettuata è dunque possibile far emergere due considerazioni di sintesi.

Da un lato, da simili orientamenti viene certificato l'ancoraggio alla corporeità del delitto di violenza sessuale⁵³, atteso che la fattispecie ricorre se si è dinanzi a casi in cui la sfera fisica della persona offesa è risultata comunque coinvolta; dall'altro, tuttavia, se si prende atto del potenziale sotteso ai principi di diritto affermati, specialmente nella seconda decisione, in punto di “zone grigie”, sembra sfumare il confine di ciò che è ascrivibile alla categoria degli atti sessuali. Invero, mediante un approccio di matrice contestuale-relazionale, che consente di superare la verifica dell'interessamento della sessualità della persona (qui intesa in senso oggettivo-restrittivo) – con a monte una categoria di zone erogene, come si ricordava, già di per sé ampliata in giurisprudenza rispetto alla sua elaborazione dottrinale – si finisce con l'aprire

⁵⁰ A completamento, rispetto all'art. 612-*bis* c.p., nel ricorso in Cassazione, la pubblica accusa ha rilevato un vizio di motivazione, precisando che, diversamente da quanto concluso in sede di riesame, si sarebbero verificati gli eventi previsti dalla norma, attesa l'alterazione delle abitudini di vita delle vittime. A tal proposito, accogliendo il ricorso, la Corte di legittimità ritiene la ricostruzione contestata – la quale era finita con il considerare quanto avvenuto come il frutto di «un atteggiamento abituale [...] al più sconsigliato» (p. 14 dell'ordinanza del riesame) – manchevole di un'analisi specifica delle condotte realizzate ai danni delle singole persone offese. Si rileva inoltre che, oltretutto, non era stato tenuto in debita considerazione il contesto, non solo lavorativo ma anche gerarchico, in cui le azioni erano state compiute dall'autore. Viene infatti censurato il fatto che, nell'ordinanza, il giudice si sarebbe limitato a motivare sulla base di considerazioni di stampo generale, prive di quella analisi concreta e di specie, che è invece ritenuta necessaria per verificare tanto gli eventi annoverati dal delitto in parola quanto l'abitudine dei comportamenti (*id est*: la reiterazione della condotta).

⁵¹ *Ibidem*; cfr. le già richiamate pronunce Cass. pen., Sez. III, sent. n. 43423, 18 settembre 2019 (dep. 23 ottobre 2019), Rv. 277179 e Cass. pen., Sez. III, sent. n. 38926, 12 aprile 2018 (dep. 27 agosto 2018).

⁵² *Ibidem*. Corsivo di chi scrive.

⁵³ A onor del vero, si devono quantomeno menzionare orientamenti – afferenti alla cosiddetta violenza sessuale a distanza – nei quali, generalmente alla presenza di vittime minorenni, anche il requisito della corporeità sembra farsi più evanescente. Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 25266, 2 luglio 2020 (dep. 8 settembre 2020), in *Diritto di internet*, 2020, 4, pp. 683 ss. con nota di PICOTTI (2020), pp. 685 ss. Per una riflessione sul ruolo della corporeità nel delitto *de quo*, cfr. BOTTO (2023), p. 25 s. e VIZZARDI (2017), pp. 57 ss.

ad una valutazione caso per caso di svariati comportamenti, la cui predeterminazione a priori, di fatto, risulta essere estremamente difficoltosa. Di conseguenza, non possono che avvertirsi gli effetti problematici di tale tendenza non solo con riferimento ai profili di proporzionalità, ma anche in considerazione della prevedibilità, vista qui come strettamente connessa ai canoni derivanti dal principio di legalità (e, in specie, dal suo corollario della tassatività-determinatezza)⁵⁴.

Mutando di prospettiva, quindi, quanto ripercorso può essere letto come il frutto di un processo di estensione del raggio della fattispecie, motivato dalla (anche condivisibile) esigenza di fornire una tutela, che risultasse essere la più completa possibile, alla libertà di autodeterminazione sessuale. Tuttavia, tale “progressivo ampliamento” ha portato (e continua a portare) con sé il rischio di incorrere in una “sovra-qualificazione” di alcune vicende, che ha luogo quando è attribuito loro un *nomen iuris* che supera quella che è la percezione – anche sociale – della gravità delle dinamiche in oggetto; le quali tendono invece, come si è già accennato, ad essere avvertite più come ipotesi di “molestia” che come forme di “violenza-aggressione (sessuale)”.

In altri termini, se è anche apprezzabile il fatto che si riconosca che nella moderna concezione di libertà di autodeterminazione sessuale deve essere valorizzata anche la sfera psico-emotiva del soggetto passivo, è altresì tangibile il pendio scivoloso di un discorso in cui si fa sempre più difficilmente circoscrivibile l'estensione verso il basso della portata del reato di violenza sessuale – già problematico in punto di tassatività-determinatezza data la sua veste unificata. Infatti, si tratta di un'incriminazione che, nella sua rubrica, rievoca semanticamente una delle più gravi offese che possono riguardare la persona, la quale presenta, in quanto tale, alcune caratteristiche strutturali, riassumibili nella presenza di un'offesa derivante da un'intrusione nella sfera corporeo-sessuale del singolo da questi non voluta.

A partire dalle presenti considerazioni, occorre adesso procedere ad una puntualizzazione che si avverte come necessaria. Nel rilevare criticità in punto di onnicomprensività della fattispecie di cui all'art. 609-bis, non si mira ad evidenziare che, di conseguenza, le ipotesi “di confine”, di frequente riconducibili alla materia degli atti a sorpresa (o repentini, che dir si voglia), si riterrebbero essere *in re ipsa* prive di rilevanza penale. Invero, pur riconoscendo che possono incidere sulla libertà sessuale, si rileva che lo fanno con una modalità e con un'entità lesiva diverse dalle forme di aggressione al bene giuridico *de quo* che coinvolgono in modo diretto la sessualità corporea dell'individuo. Piuttosto, quindi, si sottolinea che si tratta di una casistica che potrebbe (o meglio, dovrebbe, *de iure condendo*) trovare una qualificazione giuridica diversa, maggiormente in grado di rispecchiarne il disvalore offensivo e conseguentemente atta a rispettare con più coerenza i canoni di proporzionalità. Un'esigenza che potrebbe essere ben colta da una fattispecie *ad hoc* per le molestie sessuali.

D'altro canto, assumendo una prospettiva comparata, circoscrivendo per adesso il discorso in relazione alle molestie sessuali “fisiche”, quello ora rimarcato risulta essere stato un profilo colto dal legislatore tedesco nel 2016. Difatti, nella stessa occasione in cui si è riformata la normativa in materia di violenza sessuale adottando un'impostazione dissensuale (§ 177, comma 1, StGB)⁵⁵, si è operato nel senso di introdurre, al successivo § 184i («*Sexuelle Belästigung*»), un'ipotesi *ad hoc* per le molestie sessuali, la quale si pone a completamento della tutela offerta dal precedente delitto in materia di aggressione sessuale. Ai sensi della prima fattispecie (§ 177 StGB), il concetto di atti sessuali («*sexuelle Handlungen*»), rilevante per l'ipotesi base di

⁵⁴ Prevedibilità che qui si intende riferita al piano dell'individuazione del diritto astrattamente applicabile al caso (non all'esito decisionale). Sul principio di prevedibilità, VIGANÒ (2016), pp. 1 ss.; cfr. altresì MANES (2018), pp. 1 ss.; SGUBBI (2001), pp. 1193 ss.; BERNASCONI (2016), pp. 193 ss. e SANTANGELO (2022).

⁵⁵ Il riformato § 177 StGB è ora rubricato «*Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung*» («Aggressione sessuale; Costrizione sessuale; Stupro»), mentre, nella versione previgente, si limitava a rivolgersi alla «*Sexuelle Nötigung*» (costrizione sessuale) e allo stupro («*Vergewaltigung*»). Quanto al § 177, comma 1, l'ipotesi base è attualmente articolata in modo da incriminare la condotta di colui che realizza atti sessuali («*sexuelle Handlungen*») «contro la volontà riconoscibile» dell'altro («*gegen den erkennbaren Willen*»). Il modello tedesco, quindi, si connota per essere incentrato su di uno standard dissensuale che adotta un'impostazione “ibrida”: alla componente attitudinale del consenso (che rievoca la volontà interiore dell'individuo e si ricava dall'impiego dell'espressione «contro l'altrui volontà») si unisce, infatti, anche un richiamo alla sua sfera espressiva (la sua manifestazione, precisamente, deve essere riconoscibile; *id est: erkennbar*). A tal proposito, si deve precisare che, in ogni caso, la richiesta di un'esternalizzazione del dissenso non va intesa nel senso di domandare che questa debba essere necessariamente verbale; difatti, potranno essere considerati anche gesti o comportamenti dai quali risulta essere evidente la non consensualità all'atto sessuale (come, ad esempio, il fatto che la vittima stesse piangendo ovvero avesse cercato di allontanare l'autore). In tal senso, può dirsi che il modello tedesco attribuisce rilievo alla dimensione “contestuale” del dissenso (WEIGEND (2022), pp. 189 s.). Infine, come si è già avuto modo di ricordare, la regola del modello dissensuale è stata “completata” da una rosa di eccezioni. Per un commento alla riforma tedesca, HÖRNLE (2017), pp. 1309 ss. e HÖRNLE (2023), pp. 141 ss.; nella dottrina italiana, MACRÌ (2016b), pp. 1 ss.

aggressione sessuale⁵⁶, viene infatti circoscritto dal legislatore tedesco, laddove, alla norma definitoria di cui al § 184h StGB («*Begriffsbestimmungen*»), è puntualizzato che devono considerarsi tali solo quelli che assumono un certa rilevanza con riferimento al bene giuridico protetto («[...] *nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind*»)⁵⁷. Contribuendo a sua volta a determinare – in negativo – il contenuto della fattispecie di aggressione, dunque, l'ipotesi di molestie sessuali (§ 184i StGB) viene incentrata sulla presenza di un contatto sessualmente connotato⁵⁸ e sembra pertanto essere idonea a rivolgersi a quelle condotte che, alla luce della giurisprudenza che si era affermata con riferimento alla normativa previgente, restavano fuori dalla sfera applicativa del delitto di violenza sessuale, quali: baci superficiali sulle labbra, toccamenti o abbracci sgraditi⁵⁹.

Per quanto, con specifico riferimento alla fattispecie di aggressione sessuale, il legislatore tedesco abbia annoverato un'eccezione *ad hoc* alla regola del dissenso tra quelle tassativamente disposte, la quale è riferita ai casi di atti perpetrati a sorpresa, sembra crearsi, al contempo, un *discrimen* tra gesti repentini “rilevanti”, quindi concretamente incisivi sulla sfera della sessualità della vittima, e azioni che, ancorché possano materialmente estrinsecarsi in contatti fugaci, non arrivano ad avere l'anzidetta entità lesiva. In tal senso, la fattispecie di cui al § 184i, se proiettata nella casistica italiana che si è passata in rassegna, sembrerebbe idonea a rivolgersi a quelle peculiari ipotesi di atti repentini che, nel contesto nostrano, pur essendo attualmente sussunte nell'ambito dell'art. 609-*bis* c.p., sono percepite come “casi al limite” in quanto non incidono sulla sfera sessuale con lo stesso grado di offensività degli atti sessuali, intesi in senso stretto.

4. Quando “manca un'etichetta”: il diritto vivente e i disorientamenti derivanti da un insieme eterogeneo di fattispecie “chiamate in soccorso” nei casi di molestie non corporee.

Preso atto di quanto sottolineato, si tratta ora di sviluppare ulteriormente il ragionamento. La categoria delle molestie sessuali, infatti, è atta a raggruppare al suo interno – diversamente dalla violenza/aggressione sessuale – anche comportamenti in cui la corporeità non è coinvolta⁶⁰.

D'altro canto, anche volendo assumere come punto di partenza ciò che in giurisprudenza è definito come “molestia”, prendendo come utile termine di paragone gli orientamenti afferenti al reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., si tratta di un concetto rivolto a «qualsiasi ingerenza od interferenza, immediata o mediata, nella vita privata e di relazione della vittima, attraverso la creazione di un clima intimidatorio ed ostile idoneo a comprometterne la serenità e la libertà psichica»⁶¹.

Se nel parlare di molestia, in generale, si ha quindi a che fare con un contenitore dove, prima ancora che sugli effetti, il profilo comune alle condotte ricade nel fatto che queste sono non desiderate (*unwanted*) da chi le subisce; se l'area si circoscrive a quelle sessuali, quale *species* del *genus* molestia, può aggiungersi il fatto che deve trattarsi, in ogni caso, di un comportamento che assume una connotazione sessuale. Ebbene, prendendo, ad esempio, la definizione che ne viene offerta dal *Rape Crisis England & Wales* (RCEW), con «*sexual harassment*» (molestia sessuale) si indica «*any unwanted sexual behaviour that makes someone feel upset, scared, offended or humiliated, or is meant to make them feel that way*»⁶² (ossia, qualsiasi “comportamento sessua-

⁵⁶ Invero, nella parte successiva della norma, viene altresì previsto un regime sanzionatorio, aggravato e *ad hoc*, nel caso in cui gli atti siano di natura penetrativa.

⁵⁷ HÖRNLE (2017), 1309 ss.; v. altresì, CORRÊA CAMARGO e RENZIOWSKI (2022), pp. 343 ss.

⁵⁸ Testualmente, viene incriminata la condotta di chiunque «tocca un'altra persona in modo sessualmente esplicito e dunque la molesta». A completamento, è stata prevista altresì una disposizione *ad hoc* rivolta alle c.d. dinamiche “di gruppo” (§ 184j) – valevole sia per le varie forme di aggressione sessuale (§ 177) che per le molestie sessuali (§ 184i) – sul punto, nella dottrina italiana, si veda MACRÌ (2016b), pp. 29 ss.

⁵⁹ Cfr., anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, MACRÌ (2016a), pp. 13 ss.; pp. 28 s. (atteso che, anche nella previgente normativa, si prevedeva una norma definitoria – l'allora § 184f – che, specularmente a quella attuale, affermava la necessaria “rilevanza” dell'atto sessuale).

⁶⁰ Per ulteriori approfondimenti sia consentito nuovamente il rinvio a BOTTO (2023), pp. 1 ss.

⁶¹ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 1753, 16 settembre 2021 (dep. 17 gennaio 2022), in *DeJure*.

⁶² Cfr. la definizione presente nell'*Equality Act* del 2010 dove gli elementi identificativi della condotta di molestia sessuale sono individuati in: (a) il fatto di porre in essere un comportamento indesiderato di natura sessuale e (b) la circostanza per cui tale condotta abbia lo scopo o l'effetto di violare l'altrui dignità ovvero di creare un ambiente intimidatorio, ostile, degradante o offensivo per chi ne è vittima. Si rileva, inoltre, che nella pagina ufficiale del *Rape Crisis England & Wales* (rapecrisis.org.uk), dopo aver ribadito che i comportamenti ascrivibili alla

le” indesiderato che faccia sentire qualcuno turbato, spaventato, offeso o umiliato, ovvero che sia idoneo a far sentire chi lo subisce in questo modo). In modo analogo, l’art. 40 della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul) definisce molestia sessuale «qualsiasi forma di comportamento indesiderato, verbale, non verbale o fisico, di natura sessuale», posto in essere con lo scopo o che ha l’effetto di «violare la dignità di una persona» e da cui derivi un clima «intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

Risulta quindi comprovato l’assunto da cui si è avviato il discorso, ovvero sia che, nel contesto delle molestie sessuali, possono ricadere anche una pluralità di comportamenti, gestuali o verbali, dove manca un qualsiasi ancoraggio alla corporeità. Questi, in quanto tali, incidono sulla libertà sessuale, seppur in modo chiaramente diverso dalla violenza/aggressione sessuale, la quale sembra piuttosto, in ogni caso, essere connessa a una sorta di “protagonismo del corpo” – sia che questo derivi da un “contatto” sia nei casi in cui vi sia ad esempio il costringimento a compiere su se stessi atti di autoerotismo. Invero, come evidenziato anche nell’ambito della letteratura straniera in materia, le ipotesi di *sexual harassment* si rivolgono, in generale, a forme di intrusione (*intrusion*) non desiderata (*unwanted*)⁶³ nella dimensione sessuale della vittima – in quanto questa viene “sessualmente oggettificata”⁶⁴ dall’autore – le quali possono conseguire a comportamenti di diversa natura: verbali o gestuali, appunto, oltre che fisici. Quanto all’interesse tutelato, qui la libertà sessuale va dunque considerata come una peculiare forma di libertà morale, da intendersi come indipendenza della sfera psichica dell’individuo dalle interferenze esterne.

Rispetto al passato, la contemporaneità conduce altresì ad ampliare il novero dei contesti in cui confrontarsi con la tematica in oggetto. Se, infatti, da tradizione, le molestie sessuali sono state trattate con riferimento a quelle sul luogo di lavoro (che non a caso, a livello comparato, risulta essere il primo ambito in cui altri ordinamenti sono intervenuti sul punto, anche in materia penale), oggi può parlarsi di *sexual harassment* anche quando il discorso si rivolge a vicende concernenti molestie in luoghi pubblici (o di strada) ovvero se si considerano casi che si manifestano nell’universo digitale. Alle ipotesi di molestie sessuali *offline* si aggiungono infatti quelle che hanno luogo *online*, in cui una qualsivoglia forma di dimensione “corporea”, per definizione, scompare⁶⁵.

Muovendo dal diritto vivente, dinanzi alla assai eterogenea categoria *de qua*, si verifica quindi, a tutti gli effetti, una vera e propria “doppia narrazione”. Per quanto, come si è visto, nel definire il bene tutelato la giurisprudenza di legittimità valorizzi la dimensione psichico-emozionale della persona offesa, nei fatti, l’imprescindibile ancoraggio alla corporeità⁶⁶ del delitto di

categoria sono eterogenei, si elencano alcuni esempi, tra i quali, essendo funzionali al discorso, se ne riportano alcuni: *sexual comments or noises* (commenti o espressioni a sfondo sessuale, come ad esempio i casi di “pappagalismo” o *catcalling*); *sexual gestures* (gesti sessualmente connotati); *unwanted sexual advances or flirting* (avances sessuali non volute); *sexual requests or asking for sexual favours* (richieste a sfondo sessuale); *sending emails or texts with sexual content* (invio di mail o messaggi a contenuto sessuale, in cui può rientrare il c.d. *cyberflashing*, che sarà analizzato a seguire); *sexual posts or contact on social media* (post o altri contatti a sfondo sessuale avvenuti sui *socialnetwork*); *intrusive questions about a person’s private or sex life* (invasive domande sulla vita privata o sessuale di una persona); appunto, le molestie fisiche (*unwanted physical contact of a sexual nature*); *indecent exposure* (atti di esibizionismo) ovvero *taking a photo or video under another person’s clothing* (il c.d. *upskirting*, ossia lo scattare foto o riprendere video sotto i vestiti di una persona senza il consenso del soggetto ritratto).

⁶³ Nella letteratura anglofona ricorre la distinzione tra *non-consensual sexual offences* e *unwanted sexual offences*. Si veda, ad esempio, la partizione proposta nell’opera di GREEN (2020), pp. 180 ss.; dove, in una prima parte, sono analizzate le ipotesi di “*non-consensual sex*” (in cui rientrano le fattispecie di *rape* – stupro – le altre forme di *sexual assault* – aggressione sessuale) e, successivamente, l’Autore articola la sua riflessione soffermandosi sul cosiddetto “*unwanted sex*” (in tale sede, vengono esaminati tanto gli atti di *voyeurismo* e di esibizionismo quanto le molestie sessuali).

⁶⁴ Cfr. QUINN (2002), pp. 394 ss. e, con specifico riferimento alla c.d. molestie di strada, TUERKHEIMER (1997), p. 186, in cui l’Autrice evidenzia la presenza di un “*curious paradox of being both object and subjects*”. Più di recente, NUSSBAUM (2023), pp. 25-45 e, nella dottrina italiana, BOTTO (2023), pp. 25 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Cfr. BOTTO (2023), pp. 42 ss. Per una riflessione ad ampio respiro sull’argomento, v. PANATTONI (2022), pp. 1 ss. Infine, con riguardo alle nuove esigenze di tutela dell’immagine intimo-sessuale nell’universo digitale, si richiama la recente opera monografica di CALETTI (2024).

⁶⁶ È interessante ravvisare che l’ancoraggio alla corporeità dell’art. 609-*bis* è stato ribadito, sempre di recente, anche in una pronuncia (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 41573, 24 maggio 2023 (dep. 13 ottobre 2023), in *Leggi d’Italia*) che aveva come protagonista una vittima minore di anni undici e concerneva un caso in cui quest’ultima aveva compiuto via *web* gli atti di autoerotismo richiestile dall’agente. In punto di diritto, l’attenzione della Corte si è posta sul tema del confine della sfera applicativa del reato di atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater*) e della fattispecie di cui all’art. 609-*undecies* («Adescamento di minorenni»). Seppur il presente discorso si concentra sul fronte della cosiddetta autodeterminazione sessuale “in senso stretto” (senza addentrarsi in considerazioni che, invece, lo renderebbero più articolato se si prendesse in considerazione quello dell’integrità sessuale dei minori), risulta interessante riportare alcuni passaggi della pronuncia dove emerge che le molestie sessuali, nel diritto vivente, vengono ad occupare un’area circoscritta alle sole “violazioni incorporee” della sfera sessuale. In specie, si segnala un passaggio in cui viene richiamata la precedente Cass. pen., Sez. III, sent. n. 49151 del 5 luglio 2019 (Rv. 277053-01), dove si è affermato che ricorreva, nel caso di specie, il delitto di violenza sessuale (e non la contravvenzione di molestie), dinanzi alla condotta di chi «per soddisfare o eccitare il proprio istinto sessuale, mediante comunicazioni telematiche che non comportino contatto fisico con la

cui all'art. 609-*bis* fa sì che questo non possa, per sua stessa natura, ricomprendere al suo interno tutte quelle ipotesi in cui, ancorché il gesto o l'atto posto in essere sia dotato di una carica offensiva e abbia una connotazione sessuale, manchi totalmente di una dimensione corporea.

Da ciò consegue che, al cospetto di ipotesi che potremmo raggruppare sotto la dicitura di molestie sessuali "extra-corporee", ravvisata a monte la rilevanza penale dei comportamenti di specie, le soluzioni offerte in giurisprudenza continuano ad essere, anche nella casistica più recente, le più disparate. Un effetto che deriva inevitabilmente dal fatto che, nel quadro normativo attuale, la costellazione di casi di molestie prive di una componente fisica è "orfana" di una fattispecie *ad hoc*⁶⁷. Si assiste, infatti, "alla chiamata in soccorso" di una pluralità di fattispecie: dalla contravvenzione di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.), ad alcuni delitti, a cui chiaramente è possibile far riferimento a condizione che se ne integrino gli elementi costitutivi, quali quelli di atti osceni in luogo pubblico (art. 527 c.p.) o di violenza privata (art. 610 c.p.). Una rosa di incriminazioni, alle quali può sommarsi, purché ne ricorrano gli estremi, il delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.)⁶⁸, sino ad arrivare ad una recente pronuncia del 2024, dove ad essere chiamato in gioco è stato addirittura il reato di ingiuria ad un inferiore gerarchico (ai sensi dell'art. 196 cod. pen. mil. pace)⁶⁹. Inoltre, se i fatti avvengono attraverso l'uso di mezzi informatici, potrebbero trovare applicazione anche i delitti di cui agli artt. 615-*bis* e *ter* c.p.

Nel tratteggiare un affresco del quadro della *law in action* italiana, dunque, si profilano due ordini di considerazioni.

Allorquando condotte percepite nel sentire comune come di "molestia sessuale" vengono giuridicamente qualificate nei termini di violenza sessuale – nei casi in cui la "molestia" interessa la sfera fisica del soggetto passivo – si ha la percezione di una "over-criminalisation"⁷⁰ di simili comportamenti. Questo pare connettersi, prima ancora che al *quantum* della sanzione⁷¹ – vista l'ampia cornice edittale e atteso che generalmente, nei casi *de quibus*, questa è poi modulata attraverso il ricorso alla super-attenuante prevista all'ultimo comma dell'art. 609-*bis* c.p. –, al fatto che l'etichetta «violenza sessuale» – espressione linguistica che evoca, come si diceva, gravi ipotesi di aggressione sessuale se non addirittura lo stupro – è impiegata come "termine ombrello"⁷². Diversamente, invece, nel momento in cui ci si muove "fuori" dal perimetro dell'art. 609-*bis* c.p., si assiste ad una sorta di "under-criminalisation" o, per meglio dire, ad una qualificazione giuridica nella quale si perde il riconoscimento della peculiarità comunque "sessuale" dell'offesa, che ne connota e rende specifico il disvalore⁷³.

vittima, induca la stessa al compimento di atti che *comunque ne coinvolgano la corporeità sessuale e siano idonei a violarne la corporeità sessuale e non la mera tranquillità*» (relativa ad una vicenda in cui una minore di anni quattordici veniva costretta a compiere giochi erotici e ad avere rapporti sessuali virtuali con un adulto; corsivo di chi scrive). Cfr., per un approfondimento sul delitto di cui all'art. 609-*undecies*, senza alcuna presunzione di completezza: SALVADORI (2018); SOLINAS (2022); ROSSI (2015), pp. 4044 ss.; PLANTAMURA (2015), pp. 1 ss.; VIZZARDI (2015), pp. 1 ss.; MONTANARI (2014), pp. 218 ss.; BRASCHI (2021), pp. 1 ss. e PICOTTI (2012), pp. 2522 ss.

⁶⁷ Si richiama, in proposito, la pronuncia Cass. pen., Sez. III, sent. n. 51427, 22 giugno 2023 (dep. 27 dicembre 2023), in *DeJure*, dove la Corte ha rilevato che «[...] il toccamento del braccio [integra] il contatto corporeo con la vittima [e] come tale, esclude la configurabilità del delitto di molestie, reato che si concretizza in apprezzamenti a sfondo sessuale ed *atti di corteggiamento che, seppure invasivo, non comportino un contatto corporeo con la persona offesa*» (corsivo di chi scrive).

⁶⁸ Ad esempio, tra i fatti oggetto della seconda pronuncia esaminata al § 3 (Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), cit.), riferita, si ricorda, ad una vicenda avvenuta in un contesto accademico-formativo, accanto agli episodi che sono stati qualificati ai sensi dell'art. 609-*bis*, si annoverano alcune condotte che la Corte ha ritenuto tali da poter integrare la fattispecie di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.); sul punto, v. *infra*, nt. 50.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. fer., sent. n. 33478, 1 agosto 2024, in *DeJure*.

⁷⁰ Il virgolettato è d'obbligo, in quanto, come noto, con *overcriminalisation* – lett. ipercriminalizzazione o supercriminalizzazione – nella letteratura anglofona si indica piuttosto la tendenza a "panpenalizzare", ossia a rendere sempre più ampio "lo spazio occupato dal penale". Sul punto, anche per ulteriori approfondimenti, CADOPPI (2022a), pp. 39 ss. e CADOPPI (2022b), pp. 1 ss.

⁷¹ Si è parlato nei termini di *primariamente*, in quanto, in realtà, preso atto anche del recente innalzamento della forbice edittale del reato di violenza sessuale (avvenuto in seguito all'entrata in vigore del c.d. Codice rosso), il minimo di pena ai sensi dell'art. 609-*bis* ult. comma è comunque di due anni di reclusione. A tal proposito, se astrattamente ciò potrebbe risultare comunque congruo dinanzi a comportamenti che hanno una certa pregnanza sul bene giuridico protetto, potrebbe essere lecito domandarsi se questo continui a valere anche nell'eventualità in cui alcune delle condotte sussunte nel reato appartengano alla categoria delle molestie sessuali. Ne consegue che, considerata la reale portata applicativa della fattispecie, possono ricavarci altresì valutazioni critiche in merito alla congruità del minimo di pena rispetto alla complessità delle ipotesi che ricadono nel delitto *de quo*.

⁷² Espressione già impiegata in BOTTO (2023), pp. 13 s. Relativamente ad una riflessione, in senso critico, afferente alla problematicità di ricorrere al medesimo *nomen iuris* per ipotesi dal disvalore offensivo profondamente diversificato tra di loro, cfr. altresì CALETTI (2023), pp. 254 ss., che analizza la questione richiamando il concetto di *fair labelling*, oltre alle considerazioni espresse in MAUGERI (2023), p. 374.

⁷³ Cfr. GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE, *Baseline Evaluation Report Italy* (Adopted on 15 November 2019), GREVIO/Inf(2019)18, pubblicato il 13 gennaio 2020, pp. 64 ss. Il consesso di esperti del Consiglio d'Europa, muovendo dalla definizione di molestia sessuale presente all'art. 40 della Convenzione di Istanbul, ha rilevato, rispetto all'assetto normativo italiano, che la tutela offerta dall'art. 609-*bis* c.p. presenta lacune. A tal proposito, è stato sottolineato che questa non riesce a rivolgersi all'intera gamma dei comportamenti "molesti", poiché, per giurisprudenza consolidata, si richiede il coinvolgimento della corporeità del soggetto (ovvero l'interessamento di una zona erogena della persona offesa).

5.

Il peculiare impiego giurisprudenziale del concetto di «molestia sessuale» con riferimento alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.

Se dunque nel diritto vivente azioni che potrebbero essere riconducibili alle molestie sessuali di natura fisica si trovano “assorbite” dall’ampia sfera applicativa del delitto di violenza sessuale; guardando più da vicino quello che è l’impiego giurisprudenziale dell’espressione «molestia sessuale», si può rilevare che questa, di frequente, è richiamata, in negativo, per determinare una rosa di comportamenti che, non potendo ricadere nell’ambito del reato di violenza sessuale, vengono attratti nell’orbita della contravvenzione di cui all’art. 660 c.p.⁷⁴.

Quest’ultimo reato, tuttavia, ha una *ratio* non riconducibile alla tutela della sfera sessuale della persona, essendo piuttosto storicamente rivolta a quella «in via mediata, ed in vista pur sempre dell’ordine pubblico, [della] libertà, [della] tranquillità o comunque [della] personalità dell’individuo»⁷⁵, che, nella lettura “individualizzante” che l’ha interessata, ha finito col coincidere con l’idea della «tranquillità personale»⁷⁶. A ben vedere, quindi, si tratta di una contravvenzione, che è stata introdotta dal legislatore del 1930 con un’attenzione focalizzata sulla necessità di garantire la *pubblica tranquillità* e non animata dallo scopo di dar rilievo all’interesse del singolo a cui la condotta di molestia o disturbo è indirizzata.

Se oggi, quindi, sembra essersi consacrata una rilettura in chiave “personalistica” dell’oggetto della tutela del reato⁷⁷, resta fermo il fatto che la tipicità della norma non è mai stata riformata restando ancora imperniata su quei requisiti che le erano stati conferiti in un momento storico in cui, in generale e all’opposto rispetto ad oggi, la tutela del singolo era subordinata a quella di valori pubblicistici⁷⁸. L’ipotesi contravvenzionale in parola, inoltre, con riguardo alla tutela della personalità umana, si pone in una dimensione residuale e sussidiaria rispetto ad altre fattispecie. Proprio per tali ragioni occorre soffermarsi sull’interesse «tranquillità personale», il quale, rispetto alla libertà individuale – che può tradursi nelle varie declinazioni di libertà personale, morale finanche, atteso che si ritiene di doverle conferire autonomia, sessuale – concerne un campo diverso. Infatti, la nozione di “tranquillità” non si rivolge alla “dimensione sociale” della persona, e alle lesioni che questa può subire con riguardo alle varie forme di manifestazione della sua autonomia, ma afferisce, piuttosto, alla tutela della volontà, per il singolo, di “isolarsi dagli altri”⁷⁹. Pertanto, nella fattispecie in oggetto, coerentemente con quanto si è detto, dovrebbero ricadere quelle interferenze che, «lungi dall’assoggettar[e] la persona che ne è vittima], si limitano a provocar[le] fastidio o intolleranza»⁸⁰. Non solo, quindi, si tratta di una contravvenzione sussidiaria e “generica”, nella quale manca qualsivoglia riferimento alla sfera sessuale della persona, ma la sua tutela è improntata – per definizione – a non cogliere, in termini di disvalore, l’entità dell’incidenza di simili comportamenti sulla sfera psichico-morale dell’individuo.

A prescindere, tuttavia, dal fatto che l’art. 660 c.p. costituisca una *sedes* talvolta “obbligata” e “impropria” per molti casi di molestia sessuale, ancorché non idonea a rappresentarne la

⁷⁴ Nella giurisprudenza più recente si vedano Cass. pen., Sez. III, sent. n. 33955, 9 giugno 2022 (dep. 15 settembre 2022) e Cass. pen., Sez. III, sent. n. 9146, 20 ottobre 2020 (dep. 8 marzo 2021), entrambe in *DeJure*; già prima, ad esempio, *ivi*, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 27042, 12 maggio 2010 (dep. 13 luglio 2010).

⁷⁵ FLICK (1976), p. 699. In altri termini si ha a che fare con quella specifica manifestazione di ordine pubblico che può essere descritta con la nozione di pubblica tranquillità (v. BASILE (2021), p. 82).

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Invocata già da tempo dalla dottrina, v. FLICK (1976), p. 710; cfr., altresì, BRICOLA (1973), pp. 14 s. e pp. 19 s.

⁷⁸ Questa, infatti, presenta, oggi come allora, i requisiti (alternativi) della condotta, da cui conseguono gli eventi di molestia o disturbo, realizzata in un luogo pubblico o aperto al pubblico oppure a mezzo telefono – giustificati, al tempo della sua formulazione, proprio dall’intento di circoscriverne la portata, limitando la rilevanza dei casi di “turbamenti” avvenuti in un contesto privato a quelli realizzati telefonicamente. Non solo, si richiede altresì che il comportamento dell’autore si sia caratterizzato per petulanza o sia stato sorretto da un biasimevole motivo.

⁷⁹ FLICK (1976), pp. 718-719. L’Autore effettua un “parallelismo” con l’art. 614 c.p.: se quest’ultimo reato si rivolge alla tutela della libertà domiciliare, e quindi garantisce all’individuo l’esclusività relativamente ad un determinato ambito spaziale (qui inteso nei termini di “spazio materiale”), l’art. 660 c.p. concerne, invece, quello che potrebbe descriversi come lo “spazio morale” della persona (che ha ad oggetto «la chiusura del soggetto all’altrui interferenza od intromissione»).

⁸⁰ FLICK (1976), p. 715. Invero, guardando alle ragioni per cui si è posta la necessità di traslare l’oggetto della tutela dall’ordine pubblico alla tranquillità personale, questo non solo è l’approccio maggiormente compatibile con il c.d. personalismo di matrice costituzionale, ma anche l’unico che consente di declinare il reato non in termini di illecito di pericolo astratto (e di ovviare, quindi, di conseguenza al conflitto con il principio di offensività; BASILE (2021), p. 83). Si veda altresì NISCO (2012), p. 209, il quale rileva che «il reato in questione si compendia in eventi psichici, la cui cifra comune può intravedersi in una generica sensazione di “fastidio” – derivante dal mancato rispetto di regole di civiltà (cfr., sul punto, CONTENTO (1990), p. 3).

complessità della portata offensiva, l'orientamento giurisprudenziale che crea un parallelismo tra la fattispecie in parola e le molestie sessuali continua a ripresentarsi anche nelle pronunce più recenti. Difatti, questo emerge anche nell'ambito della seconda decisione di legittimità che si è analizzata nel paragrafo precedente⁸¹. Invero, proprio allo scopo di determinare il confine tra violenza e molestia sessuale, la Corte si è concentrata da vicino sul rapporto tra le due fattispecie che si sono richiamate: appunto tra il reato di cui all'art. 609-*bis* e quello *ex* art. 660 c.p.

Nella specie, nella decisione *de qua*, prima di affermare alcuni principi di diritto, ricavandoli dalla giurisprudenza conforme, ci si è mossi a partire da un presupposto di fondo: la distinzione tra molestie e violenza sessuale deve fondarsi su elementi oggettivi e non soggettivi. In particolare, l'anzidetta affermazione è stata posta a sostegno del fatto che si ritenevano non condivisibili le argomentazioni che, in sede di riesame, erano state adottate per descrivere taluni episodi in termini di "mera molestia". In quest'ultime, infatti, era stata riservata una precipua attenzione ad elementi – la provenienza geografica e il temperamento dell'agente – definiti in sede di legittimità come afferenti a «profili di carattere generale e squisitamente soggettivi»⁸², pertanto qualificati come non pertinenti allo scopo di definire il confine tra le due fattispecie.

Ancorché, come si è già evidenziato, la conclusione della Terza Sezione sia stata quella di ritenere le ipotesi in oggetto idonee ad integrare la fattispecie di violenza sessuale, proprio in conseguenza della disamina del concetto di atti sessuali che si è ripercorsa, i profili che adesso si passeranno in rassegna attengono, più nel dettaglio, al confine verso il basso del delitto di violenza sessuale.

In primo luogo, tra gli argomenti richiamati assumono ora peculiare rilievo quelli afferenti alla linea di demarcazione tra violenza sessuale consumata e tentata, rispetto alla quale viene puntualizzato che essa risiede nella presenza (o meno) di una concreta intrusione nella sfera sessuale della vittima.

A seguire, per quanto riguarda il tentativo, si precisa che, in accordo con orientamenti consolidati, questo ricorre quando «la materialità degli atti – pur giudicati idonei ad inserirsi in una serie causale indirizzata in modo non equivoco alla commissione del reato in questione – non sia pervenuta sino al contatto fisico con il corpo della vittima»⁸³ oppure quando l'autore, pur avendo avuto un contatto fisico, non abbia raggiunto le zone erogene (o genitali) della vittima⁸⁴. Dunque, nel caso dei cosiddetti "toccamenti", viene ribadito che potrà sussistere l'ipotesi di violenza sessuale tentata nell'eventualità in cui si concretizzino atti idonei in modo non equivoco a ledere la libertà sessuale della vittima, i quali ricadono su parti corporee diverse da quelle genitali o erogene, e ciò avvenga «allorché, per cause indipendenti dalla propria volontà (pronta reazione della vittima o per altre ragioni), l'agente non riesca a toccare la parte corporea intima della persona presa di mira ovvero non abbia provocato un contatto di quest'ultima con le proprie parti intime»⁸⁵.

In assenza di contatto, è richiesto, più nello specifico, che la condotta tenuta dal soggetto attivo consti in «atti idonei diretti in modo non equivoco a costringere, con violenza o minaccia, il soggetto passivo a subire atti di valenza sessuale» e debba essere sorretta «dal requisito soggettivo dell'intenzione di raggiungere l'appagamento dei propri istinti sessuali»⁸⁶ e

⁸¹ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), cit.

⁸² *Ibidem* (già prima, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 41573, 24 maggio 2023 (dep. 13 ottobre 2023), cit.).

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 17414, 18 febbraio 2016 (dep. 28 aprile 2016), Rv. 266900; più di recente, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 51427, 22 giugno 2023 (dep. 27 dicembre 2023), cit.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), cit. Tra le pronunce precedenti, senza presunzione di completezza, si richiamano, in quanto rappresentative del medesimo orientamento: Cass. pen., Sez. III, sent. n. 38926, 12 aprile 2018 (dep. 27 agosto 2018), in *DeJure*; Cass. pen., Sez. III, sent. n. 17414, 18 febbraio 2016 (dep. 28 aprile 2016), cit.; Cass. pen., Sez. III, sent. n. 34128, 23 maggio 2006 (dep. 12 ottobre 2006), in *DeJure* (in tale occasione la Corte ha affermato che «[...] la fattispecie di molestia di cui all'art. 660 c.p., avendo contenuto generico, per il richiamato principio di specialità cede il campo alla fattispecie di cui all'art. 609-*bis* c.p. ogni qual volta la condotta abbia – come nel presente caso – uno specifico profilo sessuale»; in particolare, si è ritenuto configurabile il tentativo di violenza sessuale a fronte di una vicenda in cui l'autore aveva minacciato la persona offesa di diffondere in riviste pornografiche un fotomontaggio della sua figura, ritratta in pose oscene, qualora questa non avesse registrato una videocassetta che la riprendeva in atteggiamenti sessualmente espliciti ed atti di auto-masturbazione, che avrebbe dovuto in seguito trasmettergli).

⁸⁶ Si precisa che la valorizzazione della componente soggettiva ha rilevato in un settore particolare, che è quello della cosiddetta *sextortion* (espressione che rimanda ad episodi dove l'autore minaccia la vittima di divulgare immagini sessualmente esplicite che la ritraggono, le quali tendenzialmente sono state da lui carpite in precedenza alla stessa, al fine di ottenere profitti di vario genere). Si tratta di una casistica ricondotta, di frequente, al delitto di estorsione (art. 629 c.p.), nella quale, tuttavia, si annoverano anche alcuni orientamenti in cui – valorizzando proprio la finalità sessuale perseguita dall'agente con le sue minacce – si finisce con il qualificare i fatti ricorrendo alla fattispecie di tentata violenza sessuale (ad esempio, Cass. pen., Sez. II, sent. n. 17717, 16 marzo 2022 (dep. 4 maggio 2022), in *DeJure*). In argomento, LUBERTO (2023), pp. 764 ss. (spec. pp. 794 s., per quanto concerne la configurabilità del delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p.). Su quest'ultimo

[da] quello oggettivo dell'idoneità a violare la libertà di autodeterminazione della vittima nella sfera sessuale [...], e non la mera "tranquillità" della stessa»⁸⁷.

Da simili presupposti deriva che si trovano a restare fuori dalla portata applicativa della fattispecie in parola, potendo al più rilevare come molestie sessuali *ex art. 660 c.p.* – nel senso che si anticipava, non trattandosi in realtà di una fattispecie *ad hoc* –, solamente «espressioni volgari a sfondo sessuale ovvero di atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall'abuso sessuale [...] ove lo "sfondo sessuale" costituisce soltanto un motivo e non un elemento della condotta»⁸⁸. La qualificazione ai sensi dell'anzidetta contravvenzione, tuttavia, come ricordato, sembra non cogliere il fatto che si tratta di comportamenti che – pur da tener distinti da quelli propriamente di aggressione sessuale – operano nel senso di offendere il bene giuridico *de quo*. Difatti, muovendosi sempre nell'ambito della libertà sessuale negativa, l'interesse tutelato viene ad articolarsi come una libertà da interferenze altrui, a carattere invasivo, lesive della dignità di chi ne è vittima⁸⁹, che derivano da condotte indesiderate con connotazione sessuale. Queste comportano che, a danno della persona che le subisce, si realizzi un processo di "oggettificazione", che reca con sé l'effetto di intimidirla ovvero di ingenerare in essa un senso di umiliazione o degradazione.

Pertanto, il filo rosso, che accomuna le condotte di molestia sessuale, risiede, ad avviso di chi scrive, nella modalità con cui l'offesa si realizza e non, ad esempio, in indagini sulla dimensione psicologica che ha sorretto l'azione dell'agente. A ben vedere, la prospettiva suggerita si ritiene preferibile a quella che, tra le righe, è la linea che si afferma in alcuni orientamenti di legittimità. Nella specie, si fa riferimento ad argomentazioni nelle quali, confrontandosi con casi di atti di esibizionismo (quale l'autoerotismo in presenza di terzi costretti ad assistervi) – riportati di frequente come esempi di molestia nei luoghi pubblici nella letteratura sulle *street harassment*⁹⁰ – oppure di *voyeurismo*⁹¹, la giurisprudenza ricava la loro natura sessuale dal fatto che sono «manifestazioni di un istinto sessuale», pur ribadendo che non possono essere qualificati *ex art. 609-bis* (neanche nella forma tentata). Entrambe le categorie vengono infatti descritte come inidonee «ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, in quanto comportano esclusivamente un'offesa alla libertà morale o al sentimento pubblico del pudore»⁹².

Al contrario, anche nella materia delle molestie sessuali, si ritiene preferibile adottare approcci che non si ancorano ad impostazioni soggettivistiche, in linea con quel *trend* che si è visto essersi diffusamente affermato nell'ambito del concetto di atti sessuali con riferimento al reato di cui all'*art. 609-bis*.

Tra gli ultimi esempi richiamati, quello dell'atto esibizionistico di autoerotismo indirizzato ad altri (si specifica, da intendersi qui come soggetti maggiorenni, atteso che parlando di minori il discorso dovrebbe declinarsi in modo diverso, posto che, se ne ricorrono gli estremi, potrebbe rilevare anche il delitto di corruzione di minorenni, di cui all'*art. 609-quinquies*) risulta essere un'ipotesi degna di peculiare attenzione, in quanto attesta la varietà delle possibili qualificazioni giuridiche in cui si può incorrere allorquando ci si trovi dinanzi ad ipotesi di molestie (sessuali) non fisiche.

Innanzitutto, in piena coerenza con quanto si è ricostruito in punto di "ancoraggio alla corporeità" del reato di violenza sessuale, tali comportamenti ricadono nel raggio dell'*art. 609-bis*

aspetto v. altresì PALUMBIERI (2022), pp. 6251 ss.

⁸⁷ Così anche in Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32770, 11 luglio 2024 (dep. 21 agosto 2024), cit., nonché, tra i numerosi precedenti in cui si è affermata tale massima, si veda la già richiamata pronuncia Cass. pen., Sez. III, sent. n. 51427, 22 giugno 2023 (dep. 27 dicembre 2023), cit.

⁸⁸ Oltre a Cass. pen., Sez. III, sent. n. 51427, 22 giugno 2023, cit., cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 38719, 26 settembre 2012 (dep. 4 ottobre 2012), in *DeJure*, dove si è sottolineato che: «La molestia sessuale si differenzia dall'abuso, anche nella forma tentata, in quanto prescinde da contatti fisici a sfondo sessuale e normalmente si estrinseca o con petulanti corteggiamenti non graditi o con petulanti telefonate o con espressioni volgari, nelle quali lo sfondo sessuale costituisce un motivo e non un momento della condotta» (richiamando, in senso conforme, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 45957 del 26 ottobre 2005, Rv. 233319).

⁸⁹ Commentando la l. 15 febbraio 1996, n. 66, già PICOTTI (2001), pp. 44 ss.

⁹⁰ Si ricorda che, ai sensi della tripartizione proposta, negli anni Novanta, dalla sociologa GARDNER (1995), pp. 120 ss. all'interno delle c.d. "molestie nei luoghi pubblici" possono rientrare tre gruppi di comportamenti, rispettivamente: (a) «*access information intrusions*», (b) «*exploitations of presence*» e (c) «*street remarks*». In particolare, nella seconda categoria (b) vengono ad essere ricompresi sia comportamenti di inseguimento (*following*) – da distinguersi dal più specifico fenomeno dello *stalking* –, sia altre forme di "invasione" dell'altrui spazio di libertà personale (come il bloccare la strada ad una persona). Vengono poi annoverati anche gli atti esibizionistici (come la masturbazione in pubblico o l'esposizione dei genitali) e altre forme di interferenza con la *privacy* sessuale di un individuo (come il già menzionato *upskirting*, che, letteralmente, fa riferimento allo scattare fotografie di ciò che si intravede sotto le gonne o i vestiti di qualcuno, senza il consenso della persona "immortalata") o di "richiami verbali" (indicati con le espressioni *wolf-whistling* o *catcalling*, entrambe traducibili con l'espressione italiana "pappagallismo"). Sul punto, anche per una più approfondita riflessione, BOTTO (2023), pp. 27 ss. (spec. pp. 33-42).

⁹¹ Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 33045, 29 ottobre 2020 (dep. 25 novembre 2020), in *DeJure*.

⁹² *Ibidem*.

c.p. solamente nel caso in cui il compimento di atti di autoerotismo al cospetto della persona offesa coinvolga anche la corporeità di quest'ultima. Sulla scorta di tale argomento, coerentemente, la Corte ha ritenuto integrata la fattispecie a fronte di una condotta masturbatoria, posta in essere contestualmente al palpeggiamento delle zone erogene della vittima, e di un'altra culminata nell'eiaculazione sul corpo della stessa⁹³.

In altre occasioni, in assenza del coinvolgimento della sfera corporea del soggetto passivo, a seconda della dinamica di specie, sono invece stati chiamati in gioco diversi delitti, che vanno dalla violenza privata⁹⁴, agli atti osceni in luogo pubblico⁹⁵, sino, addirittura, come si ricordava poc'anzi, al reato di ingiuria ad un inferiore gerarchico *ex art. 196 cod. pen. mil. pace*⁹⁶.

Non mancano poi ipotesi nelle quali, anche con riferimento a dinamiche del tipo di quelle in oggetto, si ha di nuovo una qualificazione "a rime forzate" nella contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. In tal senso, si ritiene di particolare interesse quanto affermato in una pronuncia di legittimità del 2021, nella quale la Corte si è dovuta confrontare con una pluralità di azioni ad opera dello stesso individuo poste in essere a danno di vittime diverse⁹⁷. Tra queste, a fianco a dinamiche in cui i fatti sono consistiti in ipotesi di aggressione sessuale (pertanto la fattispecie di riferimento è stata il delitto di cui all'art. 609-*bis*), se ne annoverano in particolare due "minori", dove vengono trattate, appunto, vicende ascrivibili alla categoria delle *street harassment*.

Più nel dettaglio, nella prima, si ha a che fare con quello che nella letteratura anglofona sulle molestie di strada prende il nome di "following"; si tratta di un'ipotesi, distinta rispetto allo *stalking*, che fa riferimento al pedinamento rivolto ai danni di qualcuno in un luogo pubblico, posto in essere da uno sconosciuto. Nella seconda dinamica, inoltre, a tale comportamento si è affiancato quello a stampo esibizionista.

Quanto alla prima delle due vicende, mentre una donna stava percorrendo un tratto di strada, l'imputato, per lei sconosciuto, che si trovava alla guida di un'autovettura, la inseguiva e, nel farlo, la importunava proferendo frasi e inviti a sfondo sessuale. Ad avviso della Corte, considerato che l'azione dell'uomo non si era spinta sino al tentativo di avvicinare fisicamente la donna e quindi non era stata superata – testualmente – «la soglia dell'approccio fisico», i fatti non potevano ricadere nell'ambito del tentativo dell'art. 609-*bis* c.p., potendo al più ricorrere la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.: e questo ancorché non si neghi affatto «l'evidente connotazione sessuale» di quanto proferito dal soggetto attivo.

Più nello specifico, precisando che il reato di cui all'art. 660 è solo eventualmente abituale, viene rimarcato che qui può rivolgersi, ricomprendendola al suo interno, a quella che è stata «un'azione di disturbo che, avuto riguardo al tenore delle espressioni proferite e al progressivo avvicinamento, in auto e a piedi, alla vittima, ha determinato, a prescindere dall'assenza di un contatto fisico, un'invasione della sfera privata della persona»⁹⁸. Pertanto, in consonanza con le conclusioni dei giudici di merito, risulta confermata la qualificazione dei fatti ai sensi dell'art. 660 c.p., atteso che, diversamente da quanto era stato contestato nell'imputazione originaria, non si ritiene integrato il tentativo di violenza sessuale (artt. 56 e 609-*bis* c.p.).

⁹³ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 37916, 13 aprile 2022 (dep. 7 ottobre 2022), in *DeJure*.

⁹⁴ Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. V, sent. n. 5211, 11 dicembre 2020 (dep. 10 febbraio 2021), in *DeJure*, dove si è affermato che: «[i]ntegra il delitto di violenza privata la condotta di chi, alla guida del proprio veicolo, compie deliberatamente manovre tali da interferire significativamente nella guida di altro utente della strada, costringendolo ad una condotta diversa da quella programmata». In particolare, nel caso di specie un uomo è stato condannato per violenza privata in quanto, mentre era alla guida di un furgone, affiancava e stringeva la vettura condotta da una donna al fine di costringerla ad assistere alla sua esibizione autoerotica.

⁹⁵ La rosa delle fattispecie "richiamabili" è espressamente elencata in Cass. pen., Sez. III, sent. n. 23094, 11 maggio 2011 (dep. 8 giugno 2011), in *DeJure*. Si veda, prima della parziale depenalizzazione del delitto *ex art. 527 c.p.*, Cass. pen., Sez. III, sent. n. 52492, 24 giugno 2014 (dep. 18 dicembre 2014): nella vicenda in oggetto, un giovane si era denudato e masturbato dinanzi ad una ragazza all'interno del vagone ferroviario di un treno (si deve precisare che la Corte ha annullato con rinvio la sentenza non con riferimento alla qualificazione dei fatti, ma con riguardo alla necessità di operare ulteriori accertamenti in punto di capacità di intendere e di volere dell'imputato).

⁹⁶ Cass. pen., Sez. fer., sent. n. 33478, 1 agosto 2024, in *DeJure*. Più nel dettaglio, il reato di ingiuria ad un "inferiore" continuata (artt. 81 cod. pen. e 196, comma 2, cod. pen. mil. pace) è stato riconosciuto integrato in una vicenda in cui un carabiniere, che svolgeva la funzione di capo equipaggio, nel corso di un servizio di perlustrazione, si trovava in un'autovettura con una collega (alla guida dell'abitacolo) e le domandava in tre diverse occasioni di fermare il veicolo, per poi mostrarle i genitali e masturbarsi in sua presenza, nonché chiedendole di guardarlo; e, inoltre, in un episodio, esortandola anche a spogliarsi.

⁹⁷ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 41755, 6 luglio 2021 (dep. 17 novembre 2021), in *Leggi d'Italia*.

⁹⁸ Corsivo di chi scrive. I giudici di legittimità, inoltre, proseguono concludendo che «deve quindi ritenersi senz'altro configurabile la contravvenzione *ex art. 660 c.p.*, la quale, come precisato da questa Corte, è integrata anche da una condotta di continuo e insistente corteggiamento, che risulti non gradito alla persona destinataria, essendo tale comportamento caratterizzato oggettivamente da petulanza (Sez. 1, n. 19438 del 23/04/2007, Rv. 236503), intendendosi per petulanza un atteggiamento di arrogante invadenza e di intromissione inopportuna e insistita nell'altrui sfera di libertà (cfr. Sez. 5, n. 7993 del 09/12/2020, dep. 2021, Rv. 280495)».

Come si osservava introducendola, la decisione, inoltre, risulta essere interessante perché la qualificazione giuridica ai sensi della summenzionata ipotesi contravvenzionale viene riferita dai giudici di legittimità anche ad altri due episodi, posti in essere, sempre ad opera dello stesso soggetto, nei riguardi di altre due sconosciute. Ad accomunarli alla prima vicenda descritta, c'è il fatto che in entrambe le occasioni l'imputato aveva seguito le vittime per strada, stavolta prima in macchina e poi a piedi; con la differenza che non si era limitato all'inseguimento, ma aveva anche compiuto degli atti di autoerotismo ai loro danni (toccandosi al loro cospetto il proprio organo sessuale). A completamento – anche al fine di attestare quanto sia controverso il quadro degli orientamenti sul punto – nel presentare ricorso in Cassazione, la difesa sottolineava che piuttosto si sarebbe trattato di ipotesi rientranti nel delitto di atti osceni in luogo pubblico (art. 527 c.p.); e, atteso che questo, dal 2016, risulta essere parzialmente depenalizzato, trattandosi, nella specie, di fatti riconducibili al primo comma, se ne sarebbe dovuta affermare l'irrilevanza penale. Nello specifico, sul punto, si argomentava evidenziando che l'estemporaneità della condotta dell'uomo, vista la sua fugacità, l'avrebbe resa non idonea ad arrecare molestia alle due donne.

Nel rigettare tali argomenti, la Corte, tuttavia, condivide le conclusioni dei giudici di secondo grado, e lo fa valorizzando il fatto che «l'oscenità dei gesti compiuti dall'imputato dinanzi alle persone offese non ne esclude la natura molesta». A ben vedere, si sottolinea che, infatti, l'autore, in entrambi gli episodi, non si è limitato a porre in essere un atto esibizionistico (ossia il toccamento delle parti intime), ma ha inseguito, prima alla guida della propria autovettura poi a piedi, le vittime, fissandole con insistenza e determinando in loro un comprensibile spavento, al punto che queste sono arrivate a sollecitare, tramite una telefonata, l'intervento dei Carabinieri.

La decisione in parola risulta essere interessante, ai fini del discorso, per più di una ragione.

Da un lato, la riconducibilità dell'atto esibizionistico imposto ad un terzo nell'area della molestia conferma quanto era già emerso, in sede di riflessione sulla letteratura in tema di molestie sessuali, in merito al fatto che comprendono al loro interno non già e solo le note forme di molestie sul luogo di lavoro (a loro volta distinguibili in molestie verticali e orizzontali), ma possono ricorrere anche a prescindere dal contesto specifico. Dall'altro, anche se la Corte ha enfatizzato la connotazione sessuale dei comportamenti in oggetto, successivamente – proprio per mancanza di opzioni legislative atte a coglierla – ha finito con il “perderla” allorquando, dovendo motivare la qualificazione dei fatti nell'ambito della contravvenzione *de qua*, si è trovata a soffermarsi sugli elementi di tipicità della fattispecie. Invero, da una parte, si è valorizzato il fatto che l'azione era «di disturbo» e, in generale, invasiva dell'altrui libertà; dall'altra, la condotta dell'autore è stata riletta alla luce dell'elemento della *petulanza*, citando orientamenti precedenti in cui questa aveva consentito di ricomprendere nella contravvenzione in parola ipotesi di continuo e insistente corteggiamento non gradito al destinatario.

Ad ulteriore conferma di quanto appena rilevato in materia di atti esibizionistici e altre forme di molestie (sessuali) in luoghi pubblici, si annovera una recente pronuncia, in cui la Terza Sezione⁹⁹ ha qualificato un caso di molestia (sessuale) *online* ai sensi della contravvenzione in oggetto. Più nel dettaglio, nell'ambito di una vicenda più articolata (atteso che, per altri episodi, l'imputato era stato chiamato a rispondere anche per il reato di atti persecutori e di violenza sessuale) al ricorrente veniva contestata altresì la condotta di invio, tramite *what-sapp*, di messaggi e video a sfondo sessuale non graditi ai destinatari, che li ricevevano contestualmente, in quanto il mittente utilizzava una chat di gruppo. Nello specifico, nel proporre ricorso in Cassazione, la difesa evidenziava come, posto che testualmente la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.¹⁰⁰ richiede l'impiego del mezzo telefonico, questo non potesse ritenersi riferibile ai mezzi telematici, sottolineando al contempo che la natura “molesta” ovvero “disturbatrice” del comportamento non poteva ritenersi soddisfatta, atteso che si trattava di un unico episodio.

Con riferimento al primo profilo, i giudici di legittimità hanno rilevato che, «[in quanto] espressivo “dell'*instrumentum* della contravvenzione *de qua*”, va equiparato, senza esondare dal

⁹⁹ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 32946, 2 maggio 2023 (dep. 28 luglio 2023), in *Leggi d'Italia*.

¹⁰⁰ Per agevolare il lettore, si ricorda che, testualmente, la contravvenzione in parola punisce colui che «in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo». Escluso, quindi, che in dinamiche come quella all'attenzione si possa rientrare nei casi di comportamenti perpetrati in un luogo pubblico (o aperto al pubblico) – trattandosi di conversazioni private – resta da valutare se il mezzo telefono possa, o meno, ritenersi tale da ricomprendere al suo interno anche l'impiego delle nuove tecnologie di comunicazione.

perimetro dei possibili significati della formulazione letterale impiegata dal legislatore, qualsiasi mezzo di trasmissione, tramite rete telefonica e rete cellulare delle bande di frequenza, di voci e di suoni imposti al destinatario, senza possibilità per lo stesso di sottrarsi alla “immediata” interazione con il mittente¹⁰¹. Così la Corte, in linea con i giuridici territoriali, ha ravvisato che «[le condotte di] invio tramite WhatsApp a più destinatari di foto e video a sfondo sessuale [...] integrassero indubbiamente l’elemento materiale del reato, atteso che, pur attuate a mezzo di una trasmissione unica, certamente non gradita ai destinatari, esse, ispirate a biasimevole motivo, costituivano una forma di arbitraria introduzione nella sfera di libertà individuale delle vittime ed una profonda interferenza nella sfera privata delle stesse».

Atteso che il caso di specie non afferisce prettamente all’ipotesi di cui ci si accinge a parlare, posto che le immagini raffiguravano una donna (la medesima vittima delle altre condotte contestate di cui agli artt. 612-*bis* e 609-*bis*) in “pose sessuali” accompagnate da messaggi diffamatori (non a caso, viene contestata altresì la fattispecie di diffamazione aggravata – art. 595, comma 3, c.p.), i principi espressi dai giudici di legittimità sembrano di particolare interesse perché potrebbero valere anche in materia di quella che, nella letteratura inglese, è considerata la “variante digitale” del delitto di (*indecent*) *exposure* (sec. 66 del *Sexual Offences Act* del 2003). Si tratta, nello specifico, del cosiddetto *cyberflashing*: termine che, in lingua anglofona, è impiegato per descrivere l’invio indesiderato alle vittime di immagini di nudo (generalmente raffiguranti l’organo sessuale maschile)¹⁰². Il fatto che la linea intrapresa dalla Corte possa ritenersi un “punto di innesto” per le dinamiche appena menzionate è un profilo che, attualmente, rileva anche considerato che, ai sensi della recente direttiva europea in materia di violenza contro le donne e violenza domestica, si prevede un impegno per gli Stati parti al fine di fornire una tutela penale in materia¹⁰³.

D’altro canto, tuttavia, rilevando che si tratta, ad avviso di chi scrive, di una condotta che, come le forme di esibizionismo *offline*, potrebbe ascrivere alle molestie sessuali¹⁰⁴, questo certifica quanto si osservava all’inizio del presente paragrafo. L’art. 660 c.p. finisce, nella sostanza, con l’essere una fattispecie che viene in soccorso ogni qualvolta condotte che incidono sulla sfera sessuale non solo non possono essere qualificate ai sensi dell’art. 609-*bis*, ma non rientrano in altri – più gravi – reati. Il dato, tuttavia, desta perplessità. Chiudendo con circolarità il discorso che si è sviluppato nel presente approfondimento, infatti, si sottolinea nuovamente che la contravvenzione nasce con uno scopo ben diverso da quello di “completare” la tutela penale della libertà sessuale e difficilmente sembra idonea a ricoprire un simile ruolo, nonostante la rilettura in chiave “personalistica” che è stata fatta della sua *ratio*.

6. Superare l’impasse di una criminalizzazione al contempo “under” e “over” delle molestie sessuali muovendo da una riflessione su concetti e rubriche?

Alla luce della riflessione che si è articolata, emerge innanzitutto quella che in dottrina

¹⁰¹ In tal senso, la Corte si assesta sulla linea già intrapresa in diversi orientamenti. A tal proposito, si potrebbe osservare che, considerati i precedenti in materia, trattandosi di fatti avvenuti mediante l’uso di messaggistica *whatsapp*, la soluzione ai cui sono addivenuti i giudici di legittimità segue una *trend* già noto; si rimarca, tuttavia, che nodi problematici – con conseguenti vuoti di tutela – potrebbero presentarsi atteso che le condotte ascrivibili al fenomeno in oggetto, come attestano gli studi sul punto, possono avvenire anche attraverso lo *sharing bluetooth* e altre tecnologie come *AirDrop*. In tutti questi casi, quindi, sarà necessaria una valutazione sul se il mezzo telefono possa farle ricadere al suo interno o meno e, in caso di risposta negativa, il rischio sarebbe quello di creare un *discrimen* in punto non solo di qualificazione, ma anche di possibile rilevanza penale di comportamenti che, in realtà, tra di loro sono omogenei e hanno una matrice comune. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, nonché per la prospettazione che nei casi di *cyberflashing* (qualificato in termini di molestia sessuale dall’Autrice) potesse venire richiamato il reato *ex art.* 660 c.p., si veda, ancora una volta, BOTTO (2023), p. 48.

¹⁰² Non a caso, nel parlato, per riferirsi al fenomeno si ricorre anche all’espressione «(*unsolicited*) *dick pics*». In argomento, MCGLYNN e JOHNSON (2021a) e MCGLYNN e JOHNSON (2021b), pp. 171 ss. (per uno studio empirico, v. FILICE *et al.* (2022), spec. pp. 11 ss.). Nel quadro normativo inglese, di recente, ai sensi della sec. 87 dell’*Online Safety Act* del 2023, (approvato il 26 ottobre 2023), è stata disposta l’introduzione della sec. 66A («*[offence of] sending etc photograph or film of genitals*») nel SOA del 2003, volta ad incriminare proprio il *cyberflashing*. La fattispecie, infatti, sanziona l’invio intenzionale (o, in generale, la condivisione) di immagini o video raffiguranti i genitali, al fine di ingenerare *alarm, distress or humiliation* nella persona destinataria o, in alternativa, allo scopo di ottenere da ciò *sexual gratification* nella consapevolezza che da tale comportamento potrebbero derivare le anzidette ripercussioni (*alarm, distress or humiliation*) sul “ricevente”.

¹⁰³ *Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica* (spec. art. 7, lett. c, dove l’ipotesi in parola viene ricondotta nell’ambito delle molestie *online*).

¹⁰⁴ In tal senso BOTTO (2023), p. 48; nella dottrina italiana, ha aderito alla tesi di inquadrare il fenomeno *de quo* nell’ambito delle molestie sessuali CALETTI (2024), pp. 203 ss.

è stata efficacemente descritta come la perdita della fisiognomica tipica del reato di violenza sessuale¹⁰⁵.

Da una parte, infatti, questa deriva dal “superamento della violenza nella violenza sessuale per costrizione”. Invero, pur riconoscendo la *ratio* che ha sorretto tale processo ermeneutico, questo comporta l’acuirsi di profili di contrasto con il principio di stretta legalità in materia penale, attesa la distanza, sempre più netta, della *law in action* dalla *law in the books*.

Una crisi in punto di legalità che dispiega i suoi effetti in concreto, atteso che l’anzidetto principio altro non è se non il «fondamentale presidio garantistico della libertà della persona»¹⁰⁶.

Il quadro attuale, che muove da una lettera della legge che non parla di dissenso o consenso, ma di violenza, implica che i canoni di prevedibilità e di certezza del diritto siano messi fortemente in discussione da un’ermeneutica che, in sostanza, è arrivata a riscrivere la tipicità della fattispecie; un profilo che si estremizza, inoltre, se si prende atto del fatto che, talvolta, ricorre una sorta di “binario parallelo” tra gli orientamenti della Cassazione e quelli della giurisprudenza di merito.

Se la prima, come si ricordava, è arrivata oramai a ridipingere in chiave consensualistica il delitto di violenza sessuale, la seconda, talvolta, risulta essere legata maggiormente alla prova (quantomeno) del dissenso. Pertanto, attualmente, le interpretazioni della Suprema Corte, che travalicano il confine dell’analogia in *malam partem*, convivono con il ripresentarsi di disomogeneità, legate inevitabilmente alla mancata riforma del dato normativo.

Ad essere messa in crisi nel quadro attuale, quindi, è la stessa prevedibilità, e di riflesso lo sono le esigenze di certezza del diritto, fondative della possibilità per «il cittadino “medio” di poter assumere la norma penale a guida del proprio comportamento»¹⁰⁷.

Ma le criticità non sarebbero esaurite se si procedesse esclusivamente nel senso di una riscrittura in chiave consensualistica del delitto *de quo*. Queste, infatti, derivano anche dalla difficile determinazione dei confini verso il basso della fattispecie in parola, correlata, da un lato, all’ampia portata del concetto di atti sessuali e, dall’altro, contemporaneamente, all’assenza di un’incriminazione *ad hoc* per le molestie sessuali.

Nel corso dello scritto, proprio sulla scorta dell’anzidetto presupposto, si è avuto modo di evidenziare la dissonanza che si avverte quando taluni episodi appartenenti alla casistica degli atti repentini vengono ad essere sussunti nel reato di violenza sessuale.

A ben vedere, infatti, vi è una stringente carica espressiva che il concetto di «violenza sessuale» evoca nel sentire sociale. Quest’ultimo, infatti, nel linguaggio corrente, è un’espressione che di frequente assume il sinonimo di “stupro”. Da ciò consegue che, essendo evocativa di un’offesa particolarmente incisiva del bene giuridico protetto, il suo impiego comporta da un lato la difficoltà di comprendere semanticamente come possa arrivare a riferirsi ad azioni del tipo annoverato nel presente contributo, e, dall’altro, parallelamente, che per colui che è chiamato a rispondere per il delitto *de quo*, per il solo fatto del suo *nomen iuris*, derivi una forte stigmatizzazione sociale: a prescindere dalla reale entità lesiva del comportamento posto in essere.

Invero, l’art. 609-*bis* è una fattispecie *in re ipsa* «portatrice di una forte carica stigmatizzante»¹⁰⁸ che è connessa al fatto che spinge ad immaginare un particolare autore – “il violentatore” ovvero “lo stupratore” –, rispetto al quale vi è un forte biasimo sociale. Nel quadro attuale, una simile “etichetta”, quindi, si trova a poter essere attribuita a *chiunque* risponda di un’azione qualificata negli anzidetti termini: indipendentemente dal fatto che, in concreto, il suo comportamento si sia tradotto in atti sessuali in senso stretto, oppure, in realtà, abbia avuto una portata lesiva diversa e minore, come nei casi di furtivi baci sgraditi (ancorché non profondi) o sfioramenti di glutei. È lo stesso *nomen iuris*, infatti, che automaticamente “suscita lo stigma”, con l’effetto che, in questi secondi casi, si avvertono tensioni anche con riferimento ai canoni di offensività e di proporzione.

Emergono con nettezza, quindi, le problematiche ripercorse nel presente contributo, che si manifestano allorquando la fattispecie in parola finisce col collezionare al suo interno fugaci

¹⁰⁵ PAPA (2018), pp. 213 ss.

¹⁰⁶ FIANDACA (1984), p. 91. Cfr. BRICOLA (1984), pp. 1513-1515, sulla necessità di interpretare il principio di legalità *ex art. 25*, comma 2, Cost. non solo con riferimento alla stretta legalità e all’irretroattività, ma anche alla tassatività (ossia alla sufficiente determinatezza degli elementi che costituiscono il fatto di reato). Relativamente a quest’ultimo profilo si vedano altresì BRICOLA (1965), spec. pp. 277 ss.; PALAZZO (1979), pp. 25 ss.; CADOPPI (2022a), p. 137, nonché lo stesso FIANDACA (1984), p. 84.

¹⁰⁷ FIANDACA (1984), p. 85.

¹⁰⁸ Espressione ripresa da MAUGERI (2023), p. 369. Si veda altresì CADOPPI (2022a), p. 303.

toccamenti o baci sulla guancia, che, nel linguaggio comune, verrebbero colti piuttosto dall'espressione "molestia sessuale". In tali frangenti, si avverte infatti un'alterazione del rapporto di corrispondenza e proporzione tra lo spessore criminoso del fatto oggetto di contestazione e la qualificazione giuridica del medesimo; una relazione, quest'ultima, la cui salvaguardia, nel contesto di *common law*, è oggetto del principio del *fair labelling*¹⁰⁹.

Ebbene, se da un lato è vero che il significato giuridico attribuito ad una nozione può incidere nel senso di condizionare o rafforzare quello che questa viene ad assumere nel sentire sociale, e, probabilmente, la materia dei crimini sessuali è quanto mai esemplificativa di questo "meccanismo di interferenza"¹¹⁰; dall'altro, la presenza a monte di una corrispondenza tra i due significati di un termine, quello comune e giuridico, incide sulla possibilità per i consociati, destinatari delle norme, di cogliere il contenuto di una determinata prescrizione e afferrarne la reale sfera applicativa.

Si tratta di un elemento che assume una particolare rilevanza quando la materia è quella penale, in quanto ha riflessi anche sulla stessa possibilità, per il singolo, di comprendere l'entità del disvalore di una determinata condotta criminalizzata dall'ordinamento. Invero, in generale, è noto che la comprensibilità di una norma è inevitabilmente collegata al legame tra la lingua del legislatore e la terminologia che impiega, mutuata da settori extragiuridici: più si accentuano le distanze tra i due emisferi, più si possono dispiegare effetti in punto di certezza del diritto – qui intesa nel suo significato minimo ed essenziale, quale conoscibilità e comprensibilità di un dettato normativo. E, se l'attenzione si sposta sullo *ius puniendi*, il tema che si pone è profondamente legato al fatto che i «nomi dei reati funzionano se comunicano, circolano e prescrivono», a essi, infatti, spetta il compito non solo di consentire la comunicazione "tra esperti", ma anche di "parlare" ai consociati, «mostrando in questo quel legame indissolubile che c'è tra linguisticità e "socialità" del diritto»¹¹¹.

Muovendosi nell'ambito delle categorie offerte dalla semiotica, attesa una tangibile distanza tra la rubrica del reato e talune condotte che in questo possono essere sussunte (quindi il significato "giuridico" che il concetto di violenza sessuale finisce, di fatto, con l'assumere), quella che può verificarsi, in sostanza, è una confusione che afferisce al rapporto tra significato e significante. La relazione tra questi due elementi costituisce infatti la base di qualsiasi lingua – posto che, come noto, il linguaggio è per sua natura uno strumento convenzionale – e, spostando l'oggetto della riflessione sul piano della semantica, «se si modifica il significato dei termini senza che ciò sia di pubblico dominio, evidentemente, dal sistema si entra nel caos»¹¹². Quando questo avviene, i suoi effetti non possono, quindi, che incidere sul piano della riconoscibilità del precetto normativo da parte dei consociati, che qui si sostanzia nella materiale possibilità di cogliere e comprendere la sua portata applicativa. Il punto potrebbe essere espresso dal seguente quesito: se la rubrica di una fattispecie ha una specifica funzione comunicativa – atteso che anche tramite di essa una classe (di possibili comportamenti) viene trasformata in un tipo, del quale vengono poi individuati gli elementi specializzanti¹¹³ – cosa avviene quando vi è disarmonia tra la "classe" a cui il termine impiegato rimanda e "il tipo" descritto dal legislatore?

Lo squilibrio tratteggiato si avverte, nello specifico, proprio muovendo dalla considerazione per cui, come si è sottolineato, l'etichetta «violenza sessuale» rievoca una specifica forma di aggressione alla libertà di autodeterminazione sessuale (correlata alla sua incidenza sulla sfera corporeo-sessuale, posto che quest'ultima viene ad essere coinvolta senza che il suo titolare lo voglia); pertanto, mal si confà a vicende in cui l'accezione sessuale della condotta è connessa, più che ad un coinvolgimento "materiale" della sessualità *stricto sensu*, ad altri profili. Quest'ultimi, che connotano l'offesa e la distinguono da quella propriamente oggetto delle incriminazioni di violenza/aggressione sessuale, si ripresentano anche in dinamiche dove può non esserci la componente corporea e risiedono nel fatto che chi subisce determinati comportamenti si trova ad essere, suo malgrado, oggetto di comportamenti intrusivi e sessualmente

¹⁰⁹ CADOPPI (2022a), p. 386; con specifico riferimento ai delitti sessuali, CALETTI (2023), pp. 254 ss. e BIANCHI (2019), pp. 549 ss. Per una trattazione dell'argomento da parte della dottrina internazionale, si veda il contributo di CHALMERS e LEVERICK (2008), pp. 217 ss.

¹¹⁰ Non vi è infatti settore come quello dei delitti sessuali e, in particolare, storia come quella della criminalizzazione della violenza sessuale che attesti quanto possano essere stringenti i reciproci condizionamenti tra diritto, sessualità e cultura. In argomento, TERRY (2017), p. 3 e PONTI e MERZAGORA (1988), pp. 13 ss.

¹¹¹ Così, SOTIS (2017), pp. 1354 s. Sulla linguisticità della fattispecie, si veda altresì HASSEMER (2007), pp. 130-147.

¹¹² LANZI A. (2016), p. 95.

¹¹³ Cfr. HASSEMER (2007), pp. 73-104.

connotati di un terzo¹¹⁴. Nell'ambito di uno stesso reato, quindi sotto una medesima rubrica, ricadono ipotesi diametralmente disomogenee e dal disvalore troppo diverso per convivere, al punto che, preso atto anche della “geometria variabile” della fattispecie, risulta quanto mai difficile determinare quali siano, a tutti gli effetti, i confini della sua tipicità.

Se l'attenzione si sposta, più da vicino, sul fronte delle molestie sessuali (fisiche e non), si è avuto modo di comprendere che si ha a che fare con una casistica eterogenea per definizione, la quale afferisce alle ipotesi in cui la persona offesa vive un'invasione della propria sfera di libertà, in quanto vittima di esperienze dove l'altrui agire ingenera a suo danno un processo di *objectification* (oggettificazione) seguita da una *self-objectification* (auto-oggettificazione). Il soggetto passivo passa, infatti, dal vedersi e percepirsi come un “soggetto” al trovarsi ad essere un “oggetto sessualizzato” dall'altrui comportamento, con inevitabili ripercussioni non tanto sulla sua autodeterminazione sessuale nella sfera corporea, quanto piuttosto sulla sua particolare declinazione che attiene alla dimensione dell'integrità psichica. La connotazione sessuale di tale gruppo di condotte le rende diverse e specifiche rispetto ad altre forme di lesione della libertà morale in generale, in quanto è proprio il fatto che queste coinvolgono la sfera più intima della persona, nel momento che l'oggettificazione si innesta sulla sua “sessualizzazione” non desiderata, a connotarne il peculiare disvalore e a consentire di ritenerle comunque ipotesi che possono rientrare nell'ambito della tutela dell'autodeterminazione sessuale¹¹⁵.

7.

Alcune osservazioni di sintesi.

Nel concludere la riflessione in un'ottica *de lege ferenda*, quella che si prospetta, quindi, è la necessità di ridisegnare il delitto di violenza sessuale, da un lato, abbandonando il modello “vincolato”, laddove si avverte l'esigenza di evitare che sia la via ermeneutica ad offrire soluzioni, e, dall'altro, nel senso di circoscriverne la portata ai casi in cui gli atti sessuali coinvolgano la corporeità in senso oggettivo.

Richiamando, nuovamente, le parole del legislatore tedesco del 2016, si tratterebbe di ribadire che dovrebbero essere considerati «atti sessuali» solamente quelli che hanno una qualche oggettiva ed intrinseca rilevanza (*von einiger Erheblichkeit*) nei riguardi del bene giuridico protetto. Verrebbe dunque in gioco la necessità di definire per legge gli «atti sessuali» alla luce di un criterio articolato a partire da una concezione restrittiva o anatomico-culturale, che si ispiri a quella teorizzata da Alberto Cadoppi. A ben vedere, inoltre, se si adottasse *per legem* una nozione oggettiva di atto sessuale, si consacrerrebbe anche un'impostazione che pare essere quella maggiormente compatibile con il diritto penale del fatto, in quanto esula da qualsivoglia valutazione in punto di motivi e/o intenzioni dell'autore¹¹⁶.

Con riferimento, invece, a quei comportamenti che si connotano sessualmente non per una oggettiva valenza intrinseca, ma perché sono mezzi con cui si innesta un processo di “oggettificazione” dell'altro (*id est*: le molestie), muovendo da una fattispecie di aggressione sessuale circoscritta, questi finirebbero con il fuoriuscire dalla sua portata. Di conseguenza, rispetto al quadro attuale, non potrebbero rilevare, ai sensi della fattispecie di violenza/aggressione sessuale, quelle ipotesi di atti repentini che oggi costituiscono il “limite verso il basso” del reato. *De iure condendo*, tali ipotesi, pur caratterizzate da una componente fisica, dovrebbero

¹¹⁴ Cfr., per un'esemplificazione delle varie forme di molestia sessuale, BOTTO (2023), *passim*.

¹¹⁵ E questo anche ammettendo che, a fianco al bene giuridico principale (il quale, appunto, dovrebbe inquadarsi nella libertà di autodeterminazione sessuale), se poste in essere in specifici contesti, le molestie sessuali potrebbero avere anche una natura plurioffensiva. Invero, seppur non si sia dedicata una specifica attenzione al tema nella presente ricostruzione, incentrata primariamente ad offrire una lettura del diritto vivente in materia di confine tra violenza e molestie sessuali, il caso a cui si fa riferimento è quello delle molestie sessuali sul luogo di lavoro. Qui, infatti, l'offesa arrecata alla persona risulta aggravata dalle ripercussioni che seguono non solo sulla sfera personale, ma anche, appunto, su quella economico-lavorativa. Non sembra un caso, quindi, che in due disegni di legge presentati in Senato, orientati ad introdurre una fattispecie incriminatrice specifica per le molestie sessuali, si preveda un'aggravante che concernerebbe anche il caso *de quo* (cfr. l'art. 609-ter.1 nel DDL S. 89, presentato il 13 ottobre 2022, e l'art. 609-ter.1 nel DDL S. 813, presentato in data 20 luglio 2023, entrambi in corso di esame in commissione dal 5 novembre 2024).

¹¹⁶ Dello stesso avviso, BALBI (2023), p. 5. (nonché BALBI (2020b), pp. 67 ss.; spec. pp. 73 s.). Da confrontarsi tanto con le argomentazioni proposte a sostegno di una nozione oggettiva e “restrittiva” di atti sessuali di CADOPPI (2002), pp. 52 ss., quanto con BERTOLINO (2018), p. 5 s. (ovverosia con il contenuto del documento di sintesi, a cura dall'Autrice, relativo ai contributi del Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale – coordinato dal Professor Sergio Seminara e composto, oltre che dalla Professoressa Marta Bertolino, anche dai Professori Giuliano Balbi e Alberto Cadoppi – dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, il quale è stato presentato al VII convegno nazionale della medesima Associazione tenutosi a Torino il 9 e 10 novembre 2018). Si vedano, infine, le considerazioni, rivolte all'unificato art. 609-bis e al quadro del diritto vivente italiano, di PAPA (2018), pp. 216 ss.

piuttosto essere assorbite proprio dalla fattispecie di molestie sessuali, che si porrebbe a completamento delle disposizioni a tutela dei delitti contro la libertà sessuale (in senso stretto)¹¹⁷.

L'anzidetta soluzione si avverte come necessaria proprio prendendo atto del fatto che, attualmente, l'accorpamento sotto un unico titolo di reato di condotte che hanno indici di offesa radicalmente diversi – perché vanno dallo “stupro”, alla grave intrusione nella sfera sessuale sino al comportamento sgradito (*unwanted*) – si pone in contrasto con il principio di proporzione e, di riflesso, arreca con sé criticità in punto di rispetto dei canoni di ragionevolezza e di eguaglianza¹¹⁸.

L'etichetta di «violenza sessuale» riferita oggi ad una così eterogenea categoria di comportamenti crea infatti effetti dissonanti, correlati al fatto che si tratta sempre di un *nomen iuris* che, nonostante l'unificazione degli anni Novanta, ha in sé una carica semantica che continua a rimandare allo stupro¹¹⁹.

In altri termini, si tratta di distinguere la casistica *de quibus* dalle ipotesi in cui la vittima si trovi a subire o compiere atti, in senso stretto, sessuali e non consensuali, siano essi penetrativi o non. Solo questi, infatti, potrebbero rientrare nel più grave reato di violenza/aggressione sessuale, in quanto afferenti alla lesione della libertà di scelta di ciascuno di definire se, come e con chi impiegare la propria corporeità sessuale. In questi casi si ha infatti a che fare con offese che coinvolgono il diritto di ciascuno di determinare l'*an* e il *quomodo* dell'esercizio (corporeo) della propria sessualità: se è *in re ipsa*, e non occorre procedere a puntuali esemplificazioni, per il caso dell'atto penetrativo, si rileva come la stessa cosa può comunque dirsi, ad esempio, nell'ipotesi in cui un soggetto sia vittima di una palpazione dei propri genitali oppure di un contatto, non consensuale, con l'organo sessuale altrui.

L'introduzione di una fattispecie *ad hoc* per le molestie sessuali, d'altro canto, si presenta come un tema che assume necessariamente i caratteri della complessità. Tale incriminazione, infatti, per definizione (e anche alla prova del quadro attuale), non dovrebbe “esaurirsi” nelle sole molestie fisiche ma intervenire anche al fine di ricomprendere (e selezionare) quelle condotte che si manifestano senza un interessamento della corporeità, comunque ascrivibili alla categoria. Rispetto alle dette ipotesi, si è evidenziato come il loro disvalore penale sia avvertito anche nel panorama odierno; tuttavia, lo stato dell'arte comporta che siano di fatto oggetto di una pluralità di qualificazioni giuridiche, talmente vasta da disorientare. Da ciò consegue che, nel predisporre un reato per le molestie sessuali, si dovrebbe procedere anche nel senso di tratteggiare in modo più chiaro la distinzione tra queste ed altri comportamenti, i quali, seppur possono incidere sulla sfera della libertà morale ovvero della tranquillità della persona o sono idonei ad arrecarle un altro genere di turbamenti, sono privi di una connotazione sessuale.

A tal proposito, occorre muoversi nella piena consapevolezza che intraprendere tale direzione implica un rigoroso confronto con una pluralità di aspetti: dalla necessità di rispettare i canoni di *extrema ratio*, ai profili problematici che si manifestano in punto di tassatività, vista l'intrinseca diversità dei comportamenti ascrivibili alla categoria in parola. Nel complesso, inoltre, non si tratterebbe esclusivamente di “aggiungere” un'incriminazione, ma anche di riflettere sistematicamente sui rapporti che questa dovrebbe avere con le altre fattispecie, non specificatamente indirizzate alla tutela dell'autodeterminazione sessuale, le quali rimandano al concetto di molestia (come, ad esempio, il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p.).

Al contempo, si rileva che la prospettiva entro la quale dovrebbero incardinarsi le anzidette esigenze di riforma è altresì quella di una revisione e di un riordino organico della più ampia materia dei delitti sessuali¹²⁰. L'operazione in parola, in relazione alla *species* dei delitti contro

¹¹⁷ CADOPPI (2022a), pp. 300 s. (spec. nt. 80). L'Autore, proprio riferendosi ai comportamenti richiamati, rileva: «[de] iure condendo si possono sicuramente includere alcuni fatti minori come baci e simili all'interno di fattispecie aventi rilevanza “sessuale”, ma l'importante è che non siano ricompresi in un unico “magmatico calderone” come accade oggi in Italia». Si veda, inoltre, ROMANO B. (2018), pp. 4-6, il quale, in una prospettiva di riforma, da un lato, sostiene l'opportunità di procedere ad uno “spacchettamento” in due fattispecie della violenza sessuale (riferite, rispettivamente, allo stupro e alle altre forme di abuso sessuale); dall'altro, ribadisce che, anche procedendo in tal senso, sarebbe comunque opportuno introdurre un'ipotesi *ad hoc* per le molestie sessuali. Cfr. altresì: BERTOLINO (1996), pp. 404 ss.; CADOPPI (2023b), pp. 23 ss.; MACRÌ (2010), pp. 201 s.; TABARELLI DE FATIS (2001), pp. 207 ss. e MATTHEUDAKIS (2020), pp. 282 ss.

¹¹⁸ Così, recentemente, proprio rilevando l'assimilazione in oggetto, BALBI (2023), p. 5 evidenzia la presenza di una «forte tensione con i principi di uguaglianza e proporzione determinata dall'equiparazione di fatti muniti di indici di offensività profondamente differenti tra loro».

¹¹⁹ Cfr. BERTOLINO (2018), pp. 5 s.; CADOPPI, (2022a), pp. 300 ss., nonché CALETTI (2023), pp. 254 ss. Tra le argomentazioni favorevoli ad uno “spacchettamento” dell'aggressione sessuale in due fattispecie, dove la più grave sarebbe riferita agli atti penetrativi, nel contrapporre la soluzione prospettata al quadro attuale, viene infatti sottolineato che, nel delitto unificato, la stessa incriminazione può essere rivolta ad «atti quali baci o carezze non gradite, o al *toccamento fugace e repentino* di zone del corpo di interesse sessuale», BALBI (2020a), p. 2.

¹²⁰ A ben vedere, infatti, nel mondo anglofono, sia in criminologia (FANGHANEL *et al.* (2021)) che in letteratura (GREEN (2020)), l'impiego di concetti quali *sex crimes* o *sexual offences* si riferisce ad un insieme più articolato di reati, rispetto a quelli in senso stretto contro

l'autodeterminazione sessuale, è senz'altro animata *funditus* dall'esigenza di tradurre per legge l'attuale concezione di autodeterminazione sessuale, fondata sui pilastri dell'«autonomia» e della «soggettività», che, come noto, costituiscono la linfa vitale della Costituzione italiana (art. 2 Cost.); mentre, con riferimento al *genus*, ossia ai crimini sessuali nel loro insieme, ciò risulterebbe funzionale anche nel senso di riordinare e razionalizzare l'attuale quadro normativo.

Bibliografia

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE e LABORATORIO PERMANENTE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE (2023) (a cura di): *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP* (Milano, Edizioni DiPLaP);

BALBI, Giuliano (1998): "Violenza sessuale", *Enciclopedia giuridica*, (Roma, Treccani), pp. 1-25;

BALBI, Giuliano (2020a): "I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma", *Sistema penale*, 3 marzo 2020, pp. 1-8;

BALBI, Giuliano (2020b): "Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente", in BONDI, Alessandro, FIANDACA, Giovanni, FLETCHER, George P., MARRA, Gabriele, STILE, Alfonso M., ROXIN, Claus e VOLK, Klaus (a cura di): *Studi in onore di Lucio Monaco*, (Urbino, Urbino University Press), pp. 67-74;

BALBI, Giuliano (2023): "Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale", *Legislazione penale*, 23 novembre 2023, pp. 1-29;

BASILE, Fabio (2021): "Commento all'art. 660 – Molestia o disturbo alle persone", in DOLCINI, Emilio e GATTA, Gian Luigi (diretto da), GALLUCCIO, Alessandra e UBIALI, Maria Chiara (coord.): *Codice penale commentato*, t. IV, 5^a ed., (Milano, Wolters Kluwer), pp. 81-97;

BERNASCONI, Costanza (2016): "Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale", *Criminalia*, pp. 193-203;

BERTOLINO, Marta (1983): "I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1464-1492;

BERTOLINO, Marta (1993): *Libertà sessuale e tutela penale* (Milano, Giuffrè);

BERTOLINO, Marta (1996): "La riforma dei reati di violenza sessuale", *Studium Iuris*, pp. 401-410;

BERTOLINO, Marta (2018) (a cura di): "Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: I reati *stricto sensu* sessuali", in *www.aipdp.it*, pp. 3-16;

BERTOLINO, Marta (2023): "Spigolature a margine del seminario "La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale"", in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE e LABORATORIO PERMANENTE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE (a cura di): *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP* (Milano, Edizioni DiPLaP), pp. 359-362;

BIAGGIONI, Elena (2020): "Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi", *Sistema penale*, 24 novembre 2020, pp. 1-13;

l'autodeterminazione sessuale. I cosiddetti crimini sessuali, in tal senso, quindi risultano essere idonei a ricomprendere al loro interno anche le fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori nonché quelle relative allo sfruttamento della prostituzione e alla pornografia minorile (cfr. sul punto l'impostazione presente nella relazione alla Proposta di articolato sui reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, cit.; *infra*, nt. 12).

BIANCHI, Malaika (2019): *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia* (Torino, Giappichelli);

BOTTO, Matilde (2023): “Le molestie sessuali “dentro” e “fuori” dal confine dell’art. 609 bis c.p. Un’indagine sulla distinzione tra molestia e aggressione sessuale a partire dalla “doppia narrazione” degli «atti repentini»”, *Archivio penale* (web), 2, pp. 1-55;

BRASCHI, Sofia (2021): “Il reato di adescamento di minorenni. Problemi interpretativi e prospettive di riforma”, *Archivio penale* (web), 3, pp. 1-21;

BRICOLA, Franco (1965): *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali* (Milano, Giuffrè);

BRICOLA, Franco (1973): “Teoria generale del reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX (Torino, Utet), pp. 7-93;

BRICOLA, Franco (1984): “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela (1984)”, in ID.: *Scritti di diritto penale*, a cura di CANESTRARI, Stefano e MELCHIONDA, Alessandro (1997), vol. I, t. II (Milano, Giuffrè), pp. 1475-1555;

BRUNELLI, David (2007): “Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale”, in COPPI, Franco (a cura di): *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, 2^a ed., (Torino, Giappichelli), pp. 37-78;

CADOPPI, Alberto (1996): “Commento all’art. 3”, in ID. (a cura di): *Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio 1996, n. 66) con un’Appendice sull’iter della riforma*, 1^a ed., (Padova, Cedam), pp. 23-90;

CADOPPI, Alberto (2001a): “Presentazione”, in ID. (a cura di): *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici* (Padova, Cedam), pp. 1-16;

CADOPPI, Alberto (2001b): “La violenza sessuale tra esigenze politico-criminali e limiti della scienza della legislazione penale”, in FIORAVANTI, Laura (a cura di): *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, (Milano, Giuffrè), pp. 199-206;

CADOPPI, Alberto (2002): “Commento all’art. 3”, in ID. (a cura di): *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 3^a ed., (Padova, Cedam), pp. 27-143;

CADOPPI, Alberto (2016): “La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta”, *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1469-1479;

CADOPPI, Alberto (2022a): *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane);

CADOPPI, Alberto (2022b): ““Too much criminal law”. Per una drastica riduzione della criminalizzazione”, *Studi senesi*, 1, pp. 1-33;

CADOPPI, Alberto (2023a): “I delitti sessuali. Considerazioni generali”, in CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo: *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. II, 3^a ed., (Padova, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 1-8;

CADOPPI, Alberto (2023b): “Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)”, in CADOPPI, Alberto e VENEZIANI, Paolo: *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. II, 3^a ed., (Padova, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 9-56;

CALETTI, Gian Marco (2023): *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente* (Bologna, Bologna University Press);

CALETTI, Gian Marco (2024): *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale dell’immagine corporea tra privacy e riservatezza* (Torino, Giappichelli);

CAPPAI, Michele (2017): “La qualificazione delle “violenze” prive di un contatto *corpore corpori* alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 43-56;

CHALMERS, James e LEVERICK, Fiona (2008), “Fair Labelling in Criminal Law”, *Modern Law Review*, 71(2), pp. 217-246;

CHIAVARIO, Mario (1996): “Un compromesso in difesa delle donne”, *Il Sole 24 Ore*, 15 febbraio 1996;

COLLI, Antonianna (1997): “La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all’epilogo di un travagliato cammino legislativo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997, 4, pp. 1163-1181;

CONTENTO, Gaetano (1990): “Molestie e disturbo alle persone”, *Enciclopedia giuridica*, (Roma, Treccani), pp. 1-3;

CORRÊA CAMARGO, Beatriz e RENZIKOWSKI, Joachim (2022): “La nozione di “atto sessuale” nel diritto penale” (trad. it.), *Criminalia*, pp. 341-363;

DE SIMONE, Giulio (1993): “Violenza (dir. pen.)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, (Milano, Giuffrè), pp. 881-914;

DONINI, Massimo (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, (Milano, Giuffrè);

DONINI, Massimo (2018): “Fattispecie o *case law*? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza”, *Questione Giustizia*, 4, pp. 79-101;

FANGHANEL, Alexandra, MILNE, Emma, ZAMPINI, Giulia F., BANWELL, Stacy e FIDDLER, Michael (2021): *Sex&Crime*, (Londra, SAGE);

FIANDACA, Giovanni (1984): *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume* (Padova, Cedam);

FIANDACA, Giovanni (1993): “Violenza sessuale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, (Milano, Giuffrè), pp. 953-964;

FIANDACA, Giovanni (1998): “La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura”, *Foro italiano*, II, cc. 505-513;

FIANDACA, Giovanni (2000): “Violenza sessuale”, *Enciclopedia del diritto*, Agg., vol. IV, (Milano, Giuffrè), pp. 1153-1166;

FILICE, Eric, ABEYWICKRAMA, Kavishka D., PARRY, Diana C. e JOHNSON, Corey W. (2022): “Sexual violence and abuse in online dating: A scoping review”, *Aggression and Violent Behavior*, 67 (2022) 101781, pp. 1-18;

FLICK, Giovanni Maria (1974): “Libertà individuale (delitti contro la)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, (Milano, Giuffrè), pp. 535-554;

FLICK, Giovanni Maria (1976): “Molestia o disturbo alle persone”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, (Milano, Giuffrè), pp. 698-724;

GARDNER, Carol Brooks (1995): *Passing By: Gender and Public Harassment* (Berkeley, University of California Press);

GREEN, Stuart P. (2020): *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory* (New York, Oxford University Press);

HASSEMER, Winfried (2007): *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica* (1968) (trad. it. Carlizzi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane);

- HÖRNLE, Tatjana (2017): “The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment”, *German Law Journal*, 18(6), pp. 1309-1330;
- HÖRNLE, Tatjana (2023): “The New German Law on Sexual Assault”, in ID. (a cura di): *Sexual Assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 141-162;
- LANZI, Alessio (2016): “Un audace tentativo per rendere punibili le azioni più insidiose”, *Guida al Diritto*, 7, pp. 93-95;
- LUBERTO, Mario (2023): ““Sex-torsion” via web e minaccia a mezzo ransomware: la nuova frontiera del delitto di estorsione”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo e PAPA, Michele (diretto da): *Cybercrime*, 2^a ed., (Milano, Utet), pp. 763-808;
- MACRÌ, Francesco (2010): *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia* (Firenze, Firenze University Press);
- MACRÌ, Francesco (2016a), “La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015. Analisi di 110 sentenze di inammissibilità e rigetto tra orientamenti esegetici di legittimità e opzioni sanzionatorie di merito”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 162-185;
- MACRÌ, Francesco (2016b): “La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e “tolleranza zero” verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale”, *Diritto penale contemporaneo*, 24 novembre 2016, pp. 1-33;
- MANES, Vittorio (2018): “Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica””, *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018, pp. 1-33;
- MANNELLI, Lorenzo (1989): “Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale”, *Foro italiano*, I, cc. 2113-2120;
- MANTOVANI, Ferrando (2022): *Diritto Penale. Parte Speciale*, 8^a ed., vol. I, (Milano, Cedam);
- MANTOVANI, Marco (1993): “Violenza privata”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, (Milano, Giuffrè), pp. 930-953;
- MARTINI, Adriano (2022): “La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l’incerta nozione di atto sessuale”, *Legislazione penale*, 27 luglio 2022, pp. 1-34;
- MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida (2020): “Un’indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima”, *Revista de Direito Brasileira*, 25(10), pp. 280-306;
- MAUGERI, Anna Maria (2023): “Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP”, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE e LABORATORIO PERMANENTE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE (a cura di): *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell’AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP* (Milano, Edizioni DiPLaP), pp. 363-389;
- McGLYNN, Clare e JOHNSON, Kelly (2021a): *Cyberflashing. Recognising Harms, Reforming Laws* (Bristol, Bristol University Press);
- McGLYNN, Clare e JOHNSON, Kelly (2021b): “Criminalising Cyberflashing: Options for Law Reform”, *The Journal of Criminal Law*, 85(3), pp. 171-188;
- MINNELLA, Marina (1994): “Violenza privata”, *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), pp. 1-10;

MOCCIA, Sergio (1997): “Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 395-423;

MONTANARI, Marco (2014): “Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609 *undecies* c.p.”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 218-230;

MUSACCHIO, Vincenzo (1999): *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)* (Padova, Cedam);

NISCO, Attilio (2012): *La tutela penale dell'integrità psichica* (Torino, Giappichelli);

NUSSBAUM, Martha C. (2023): *Orgoglio tossico. Abusi sessuali e gerarchie del potere* (trad. it. Majocchi, Milano, Il Saggiatore);

PADOVANI, Tullio (1989): “Violenza carnale e tutela della libertà”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1301-1312;

PADOVANI, Tullio (1996a): “Commento all'art. 1”, in CADOPPI, Alberto (a cura di): *Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale” (Legge 15 febbraio 1996, n. 66) con un'Appendice sull'iter della riforma*, 1^a ed., (Padova, Cedam), pp. 1-15;

PADOVANI, Tullio (1996b): “Commento all'art. 2”, in CADOPPI, Alberto (a cura di): *Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale” (Legge 15 febbraio 1996, n. 66) con un'Appendice sull'iter della riforma*, 1^a ed., (Padova, Cedam), pp. 17-22;

PADOVANI, Tullio (2002): “Commento all'art. 2”, in CADOPPI, Alberto (a cura di): *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 3^a ed., (Padova, Cedam), pp. 19-25;

PALAZZO, Francesco (1979): *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie* (Padova, Cedam);

PALUMBIERI, Sabino Roberto (2001): “Rassegna di giurisprudenza, edita ed inedita, in materia di reati sessuali”, in CADOPPI, Alberto (a cura di): *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici* (Padova, Cedam), pp. 81-132;

PALUMBIERI, Sabino Roberto (2022): “Violenza sessuale”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, e PAPA, Michele: *Diritto penale*, vol. III (Milano, Utet), pp. 6187-6300;

PANATTONI, Beatrice (2022): “Violazioni “incorporee” della sfera sessuale. Possibili evoluzioni ed insidie nell'ambito dei reati sessualmente connotati”, *Archivio penale* (web), 3, pp. 1-33;

PAPA, Michele (2018): “La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità”, *Criminalia*, pp. 213-221;

PECORARO-ALBANI, Antonio (1997): *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore* (Napoli, Jovene);

PICOTTI, Lorenzo (2001): “Profili generali di diritto penale sostanziale”, in CADOPPI, Alberto (a cura di): *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici* (Padova, Cedam), pp. 19-47;

PICOTTI, Lorenzo (2012): “I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei *social network*. Aspetti penali”, *Giurisprudenza di merito*, 12, pp. 2522-2547;

PICOTTI, Lorenzo (2020): “La violenza sessuale via Whats App”, *Diritto di internet*, 4, 685-690;

- PLANTAMURA, Vito (2015): “Internet, sesso e minori tra rapporti virtuali e adescamento”, *Archivio penale* (web), 1, pp. 1-28;
- PONTI, Gianluigi e MERZAGORA, Isabella (1988): “Sessualità, cultura e delitto”, in CANEPA, Giacomo e LAGAZZI, Marco (a cura di): *I delitti sessuali* (Padova, Cedam), pp. 13-45;
- PULITANÒ, Domenico (1984): “Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, pp. 351-380;
- QUINN, Beth A. (2002): “Sexual Harassment and Masculinity: The Power and Meaning of “Girl Watching””, *Gender & Society*, 16(3), pp. 386-402;
- ROMANO, Bartolomeo (2018): “Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona”, *Diritto penale contemporaneo*, 29 novembre 2018, pp. 1-10;
- ROMANO, Bartolomeo (2022): *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 7^a ed., (Milano, Giuffrè);
- ROSSI, Chiara (2015): “Il reato di adescamento di minorenni ed il suo rapporto con i reati-fine”, *Cassazione penale*, 11, 4042-4046;
- SALVADORI, Ivan (2018): *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia* (Torino, Giappichelli);
- SANTANGELO, Alessandra (2022): *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale* (Torino, Giappichelli);
- SGUBBI, Filippo (2001): “Il diritto penale incerto ed efficace”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1193-1200;
- SOLINAS, Giovanni (2022): “L'adescamento di minorenni. Problemi attuali di interpretazione ed applicazione dell'art. 609-undecies c.p., anche alla luce degli ultimi orientamenti giurisprudenziali in materia”, *disCrimen*, 7 ottobre 2022, pp. 1-16;
- SOTIS, Carlo (2017): “Vincolo di rubrica e tipicità penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 1346-1390;
- TABARELLI DE FATIS, Stefania (2001): “Le molestie sessuali tra incriminazione penale ed alternative di tutela”, in FIORAVANTI, Laura (a cura di): *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, (Milano, Giuffrè), 207-245;
- TERRY, Karen (2017): “What is Sex Crime?”, in SANDERS, Teela (a cura di): *The Oxford Handbook of Sex Offences and Sex Offenders* (New York, Oxford University Press), pp. 3-20;
- THORBURN, Malcom (2023): “Sexual Assault Law in Canada”, in HÖRNLE, Tatjana (a cura di): *Sexual Assault. Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, Oxford University Press), pp. 93-116;
- TUERKHEIMER, Deborah (1997): “Street Harassment as Sexual Subordination: The Phenomenology of Gender-specific Harm”, *Wisconsin Women's Law Journal*, 12(2), pp. 167-206;
- VESSICHELLI, Maria (1996): “Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del «patteggiamento»”, *Guida al diritto*, 9, pp. 21-26;
- VIGANÒ, Francesco (2002): *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza* (Milano, Giuffrè);
- VIGANÒ, Francesco (2016): “Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale”, *Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016, pp. 1-43;
- VIRGILIO, Maria (1997): *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto* (Ancona, Casa ed. Nuove Ricerche);

VIZZARDI, Matteo (2015): “Il reato di adescamento di minorenni (art. 609-*undecies*)”, *Diritto penale contemporaneo*, 18 settembre 2015, pp. 1-14;

VIZZARDI, Matteo (2017): “Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? Brevissime considerazioni critiche a tesi che...a volte ritornano”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, 57-66;

WEIGEND, Thomas (2022): “Germany”, in HOVEN, Elisa e WEIGEND, Thomas (a cura di): *Consent and Sexual Offenses. Comparative Perspectives*, (Baden-Baden, Nomos), pp. 183-196.

IL FOCUS SU...

EL ENFOQUE EN.....

FOCUS ON...

- 128 **Il suicidio assistito di nuovo al vaglio della giurisprudenza costituzionale: tra spinte in avanti e battute d'arresto**
El suicidio asistido nuevamente bajo el escrutinio de la jurisprudencia constitucional: entre avances y retrocesos
Assisted Suicide Once Again Under Scrutiny by Constitutional Case Law: Between Forward Drives and Setbacks
Fernanda Serraino
- 150 **Precetti, rimedi e sanzioni: la presunzione di innocenza dal d.lgs. n. 188 del 2021 alle "riforme Nordio"**
Preceptos, recursos y sanciones: la presunción de inocencia desde el decreto legislativo n° 188 de 2021 hasta las "reformas Nordio"
Rules, Remedies, and Sanctions: The Presumption of Innocence from Legislative Decree No. 188 of 2021 to the "Nordio Reforms"
Andrea Zampini
- 192 **Diritto penale preventivo e sicurezza sul lavoro: effettività della tutela e percorsi premiali**
Derecho penal preventivo y seguridad en el trabajo: eficacia de los mecanismos de protección y de justicia restaurativa
Preventive Criminal Law and Safety at Work: Effectiveness of Protection and Reward Measures
Riccardo Orlandi
- 218 **Paradigmi di responsabilità penale per l'esposizione a sostanze tossiche**
Paradigmas de responsabilidad penal por la exposición a sustancias tóxicas
Paradigms of Criminal Liability for Exposure to Toxic Substances
Francesco Contri

Il suicidio assistito di nuovo al vaglio della giurisprudenza costituzionale: tra spinte in avanti e battute d'arresto *

El suicidio asistido nuevamente bajo el escrutinio de la jurisprudencia constitucional: entre avances y retrocesos

Assisted Suicide Once Again Under Scrutiny by Constitutional Case Law: Between Forward Drives and Setbacks

FERNANDA SERRAINO

ORicercatrice di diritto penale nell'Università di Palermo
 fernanda.serraino@unipa.it

SUICIDIO ASSISTITO,
 DIRITTI FONDAMENTALI

SUICIDIO ASISTIDO,
 DERECHOS FUNDAMENTALES

ASSISTED SUICIDE,
 FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACTS

La disciplina del suicidio assistito introdotta dalla giurisprudenza costituzionale con le note pronunce relative al caso Fabo/Cappato è censurabile, secondo Trib. Firenze ord. 17 gennaio 2024 e Trib. Milano ord. 21 giugno 2024, per violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza, ex art. 3 Cost., nella parte in cui subordina la non punibilità dell'aiuto al suicidio del malato irreversibile e intollerabilmente sofferente alla condizione che egli «sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale». La Corte costituzionale con la sentenza n. 135/2024 dichiara infondata la questione di costituzionalità del “nuovo” art. 580 c.p., proponendo una interpretazione estensiva della nozione di “trattamento di sostegno vitale”, volta ad ampliare l'area dei soggetti legittimati ad accedere alle pratiche di suicidio assistito. L'Autore analizza l'iter argomentativo delle ordinanze di rimessione e le motivazioni di Corte cost. n. 135/2024, mostrando di condividere la tesi che propone di eliminare il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale dai presupposti della causa di non punibilità dell'aiuto al suicidio.

La regulación del suicidio asistido introducida por la jurisprudencia constitucional con las conocidas sentencias relativas al caso Fabo/Cappato es criticable, según el Tribunal de Florencia (ord. 17 de enero de 2024) y el Tribunal de Milán (ord. 21 de junio de 2024), por violar el principio de igualdad/razonabilidad, conforme al art. 3 de la Constitución, en la medida en que subordina la no punibilidad de la asistencia al suicidio de un enfermo irreversible y que sufre de manera intolerable a la condición de que este «sea mantenido con vida mediante tratamientos de soporte vital». La Corte Constitucional, con la sentencia n.º 135/2024, declara infundada la cuestión de constitucionalidad del “nuevo” art. 580 del Código Penal, proponiendo una interpretación extensiva de la noción de “tratamiento de soporte vital”, con el objetivo de ampliar el grupo de personas legitimadas a acceder a las prácticas de suicidio asistido. El autor analiza el desarrollo argumentativo de los autos de remisión y los fundamentos de la sentencia de la Corte Constitucional n.º 135/2024, mostrando su adhesión a la tesis que propone eliminar el requisito de la dependencia de tratamientos de soporte vital como presupuesto para la causa de no punibilidad de la asistencia al suicidio.

* Testo ampliato e riveduto della Relazione svolta il 19 giugno 2024 in occasione del Corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura dal titolo *Incolpazione preliminare e imputazione: il controllo giurisdizionale sull'attività di indagine*. Il saggio è destinato agli Scritti in memoria di Giuseppe Riccio.

According to Trib. Firenze, ord. 17 January 2024, and Trib. Milano, ord. 21 June 2024, the regulation of assisted suicide introduced by the constitutional case law in the well-known case “Fabo/Cappato” is unconstitutional for breaching the principle of equality/reasonableness, pursuant to Article 3 of the Italian Constitution, in the part which makes the non-punishability of aiding the suicide of the irreversibly and intolerably suffering patient subject to the condition that he ‘be kept alive by life-supporting treatment’. The Constitutional Court, with judgment No. 135/2024, declares the question of constitutionality of the ‘new’ Article 580 of penal code unfounded, proposing an extensive interpretation of the notion of ‘life-support treatment’, aimed at broadening the area of persons entitled to access assisted suicide practices. The paper analyzes the grounds of the two referring orders and of Constitutional Court No. 135/2024, supporting the argument of eliminating the requirement of dependence on life-support treatment from the pre-requisites of the cause of non-punishability of aid to suicide.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 17 gennaio 2024 sul caso di "Massimiliano" e l'ordinanza del Tribunale di Milano del 21 giugno 2024 sui casi di "Elena" e "Romano". – 3. L'interpretazione della causa di non punibilità del suicidio assistito prospettata dall'ordinanza del Tribunale di Firenze del 17 gennaio 2024. – 4. (*Segue*). La ricostruzione del requisito della "dipendenza da trattamenti di sostegno vitale" nelle vicende oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Firenze e dell'ordinanza del Tribunale di Milano. – 5. (*Segue*). L'interpretazione costituzionalmente orientata del "nuovo" art. 580 c.p. avanzata dalla Procura di Milano. – 6. (*Segue*). I motivi di censura del "nuovo" art. 580 c.p. nelle due citate ordinanze di rimessione del G.i.p. di Firenze e del G.i.p. di Milano. – 7. La sentenza della Corte costituzionale, 1 luglio 2024, n. 135. – 8. (*Segue*). L'interpretazione estensiva della nozione di "trattamento di sostegno vitale" proposta da Corte cost. 135/2024.

1.

Premessa.

La disciplina del suicidio assistito introdotta dalla giurisprudenza costituzionale con le note pronunce relative al caso Fabo/Cappato, sebbene ritenuta dalla dottrina prevalente meritevole di apprezzamento in quanto rappresenta una soluzione di equilibrato compromesso tra l'orientamento "pro-life" e quello "pro-choice", è stata fortemente criticata nella parte in cui subordina la non punibilità dell'aiuto al suicidio del malato irreversibile e intollerabilmente sofferente alla condizione che egli «sia tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale»¹.

Come è stato, infatti, da più parti rilevato, si tratta di una condizione che pone un limite arbitrario all'ammissibilità delle richieste di aiuto a morire, poiché l'eventualità che il paziente sia in atto sottoposto a presidi artificiali di sostentamento in vita dipende da fattori accidentali connessi alle caratteristiche cliniche della patologia da cui è affetto: per cui emerge con tutta evidenza una violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza ex art. 3 Cost., sotto il profilo di una possibile disparità di trattamento tra tipologie casistiche sostanzialmente equiparabili quanto alla irreversibilità e gravità del quadro morboso e alla insostenibilità delle sofferenze patite dal malato².

L'irragionevolezza di siffatto criterio di differenziazione è stata colta anche dalla giurisprudenza di merito, che ha elaborato un correttivo sul piano ermeneutico proponendo – nel noto caso *Trentini* – una interpretazione estensiva della nozione di "trattamento di sostegno vitale", riferibile a «qualsiasi tipo di trattamento sanitario, sia esso realizzato con terapie farmacologiche o con l'assistenza di personale medico o paramedico o con l'ausilio di macchinari medici»: trattamento senza il quale «si viene a innescare nel malato un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte»³.

Solo di recente, con ordinanza del 17 gennaio 2024, il G.i.p. di Firenze, chiamato a decidere nel giudizio per la morte assistita di Massimiliano, ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. chiedendo più radicalmente alla Corte costituzionale di espungere dal novero dei presupposti della scriminante procedurale il requisito in questione. Analoga questione è stata sollevata pochi mesi dopo anche dal G.i.p. di Milano, in data 21 giugno 2024, nell'ambito del procedimento penale instaurato contro Cappato per avere questi aiutato la sig.ra Elena, affetta da una malattia oncologica in fase terminale, e il sig. Romano, affetto da patologia neurodegenerativa, ad accedere alla pratica di suicidio medicalmente assistito presso una clinica svizzera.

La Corte costituzionale, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 135/2024 – che ci accingiamo a commentare – ha respinto le censure mosse al "nuovo" art. 580 c.p., prospettando tuttavia una lettura ampia della nozione di "trattamento di sostegno vitale" che si pone in linea con l'interpretazione estensiva già formulata da una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito.

Prima di esaminare le motivazioni di Corte cost. 135/2024, si ritiene utile prender le mosse da una breve disamina delle due ordinanze già citate, che, riproponendo in alcuni passaggi

¹ Siffatta condizione è indicata da Corte Cost. n. 242/2019 alla lett. c) all'interno del par. 2.3. del *Considerato in diritto*.

² In dottrina, evidenziano l'irragionevolezza della condizione della dipendenza del malato da "trattamenti di sostegno vitale", FIANDACA (2020), 273 s.; DONINI (2020), 224 s.; VALLINI, (2020), 460-461; LAZZERI (2019), 196 s.; BORSSELLINO (2020), 53 s.

³ C. Ass. Massa, 27 luglio 2020, Cappato e Schett, in *Sist. pen.*, 14 settembre 2020, con nota di LAZZERI (2020). Vedi anche il commento di MASSARO, (2020).

anche le osservazioni avanzate dalla dottrina penalistica sull'irragionevolezza del requisito *sub c)* della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, hanno formulato molteplici argomentazioni a sostegno di un ulteriore ampliamento dell'ambito di applicabilità del regime di non punibilità del suicidio assistito.

2.

Una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 17 gennaio 2024 sul caso di "Massimiliano" e l'ordinanza del Tribunale di Milano del 21 giugno 2024 sui casi di "Elena" e "Romano".

Come accennato prima, sia il G.i.p. di Firenze, nell'ordinanza del 17 gennaio 2024, sia il G.i.p. di Milano, nell'ordinanza del 21 giugno 2024, hanno sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., come modificato dalla sent. cost. n. 242 del 2019, «nella parte in cui richiede che la non punibilità di chi agevola l'altrui suicidio sia subordinata alla circostanza che l'aiuto sia prestato a una persona "tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale"»⁴.

In particolare, il caso che ha dato origine alla ordinanza del G.i.p. di Firenze ha ad oggetto la malattia di "Massimiliano", affetto da sclerosi multipla, che lo aveva condotto ad una invalidità progressiva, culminata nella pressoché totale immobilizzazione degli arti inferiori e superiori, e ciò malgrado, non ancora sottoposto a trattamenti di sostegno vitale nel momento in cui decideva di ricorrere, con l'aiuto di Marco Cappato, alla procedura di suicidio assistito presso una clinica svizzera.

I due casi, invece, oggetto della decisione del Tribunale di Milano sopra citata, riguardano l'uno la condizione della signora "Elena", affetta da un microcitoma polmonare, già diffuso all'epoca della prima diagnosi, e l'altro la malattia irreversibile del sig. Romano, identificata in un «Parkinson atipico»: entrambe le vicende si caratterizzano per la circostanza che i pazienti non risultano dipendenti da trattamenti vitali nel momento in cui accedono alla pratica di suicidio assistito in Svizzera, poiché hanno *sin dall'inizio* rifiutato i trattamenti salva-vita che gli erano stati proposti, in quanto ritenuti «inutili», «forieri di ulteriori sofferenze» fisiche e psichiche, ed espressivi di «accanimento terapeutico».

Si tratta di due provvedimenti meritevoli di essere attentamente analizzati perché prospettano argomentazioni condivisibili a favore di un ulteriore allargamento dell'area di liceità del suicidio assistito. Un allargamento che poggia sul medesimo impianto motivazionale che sorregge le due pronunce costituzionali sul caso Cappato, costituito dal principio di ragionevolezza/uguaglianza e dai principi di autodeterminazione individuale e dignità umana.

Si ritiene dunque opportuno esaminare congiuntamente il percorso motivazionale delle due ordinanze di rimessione, mettendone in evidenza i rispettivi presupposti logico-argomentativi e rilevando al contempo le differenti questioni trattate, tutte afferenti a varie problematiche emerse in sede di applicazione della disciplina costituzionale del fine vita alla casistica concretamente emergente nella prassi sanitaria.

A tal fine, potremmo suddividere in due parti l'*iter* argomentativo seguito dai giudici di merito per giungere alla richiesta di una nuova declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p.: in entrambe le ordinanze, la prima parte del ragionamento riguarda una approfondita verifica, nei casi *sub iudice*, delle quattro condizioni della non punibilità dell'aiuto al suicidio⁵, accompagnata da un'attenta disamina delle interpretazioni proposte in dottrina e in giurisprudenza in merito alla nozione di "trattamenti di sostegno vitale".

La seconda parte, invece, prende le mosse dall'accertata insussistenza del presupposto della dipendenza da trattamenti vitali nei casi concreti oggetto delle due ordinanze e si sofferma sui motivi per i quali la nuova disciplina dell'aiuto medico al suicidio deve essere considerata incostituzionale.

⁴ Cfr. G.i.p. Trib. Firenze, ord. 17 gennaio 2024, con commento di MASSARO e GROSSI (2024), 5 s.; G.i.p. Trib. Milano, ord. 21 giugno 2024.

⁵ Si fa riferimento alle quattro condizioni che concorrono a identificare – come statuito da Corte cost. n. 242/2019 – i casi in cui il suicidio assistito non è punibile: a) una patologia irreversibile; b) sofferenze fisiche o psichiche ritenute assolutamente intollerabili; c) dipendenza del malato da trattamenti di sostegno vitale; d) capacità di prendere decisioni libere e consapevoli.

Ciò premesso, la prima questione da sciogliere al fine di valutare l'applicabilità della causa di non punibilità ai casi oggetto dei due giudizi, attiene alla possibilità materiale per il giudice italiano di esaminare la legittimità di una procedura di accertamento medico dei requisiti richiesti (sia pure espletata in territorio estero, secondo la legge del luogo ove si è praticato il suicidio assistito, seguendo un *iter* simile a quello della scriminante procedurale disegnata dalla nostra Corte).

È sin da subito evidente infatti che non sarebbe possibile rispettare le due condizioni procedurali (indicate *sub* § 5 da Corte cost. n. 242/2019) della verifica medica a cura di «una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale» e della formulazione di un parere sulla vicenda da parte del «comitato etico territorialmente competente», organo collegiale terzo «munito di adeguate competenze» (chiamato a intervenire al fine di «garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità»).

Senza poterci in questa sede soffermare su tale profilo⁶, basti qui notare come sul punto il Tribunale di Firenze ritenga che l'applicazione della causa di non punibilità di cui al nuovo art. 580 c.p. anche alle pratiche di suicidio assistito di cittadini italiani svolte all'estero si possa giustificare sulla base di una valutazione delle condizioni fissate dalla nostra Corte costituzionale eseguita secondo un'«ottica sostanziale»: e cioè estendendo la c.d. «clausola di equivalenza», appositamente prevista nella sentenza n. 242/19 cit. per i fatti commessi anteriormente alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p., anche alle condotte di aiuto al suicidio «verificatesi interamente nel vigore della nuova disciplina», ma nell'ambito di una prestazione offerta da una struttura estera.

E la ragione principale addotta a sostegno di un simile approccio di tipo sostanziale nel giudizio sulla configurabilità della scriminante, è rappresentata dal rilievo secondo cui il rispetto delle condizioni richieste dalla Corte costituzionale «non era comunque esigibile nel caso concreto»: poiché la procedura *ad hoc* individuata dalla Consulta, sebbene già esistente al momento del fatto, «era di fatto inaccessibile al richiedente, che alla propria domanda avrebbe senz'altro visto opposto un diniego per il difetto della condizione sostanziale della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale»⁷.

Inoltre, per superare il problema del mancato rispetto formale dei passaggi procedurali costituiti dall'intervento di una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale e del Comitato Etico territorialmente competente, si afferma che «i requisiti in esame, sebbene generalmente considerati di natura “procedurale”, attengono in realtà alle condizioni sostanziali che rendono lecito l'aiuto al suicidio», poiché non sono solo finalizzati ad accertare la sussistenza di quest'ultime, «ma concorrono a crearne i presupposti, quantomeno con riferimento alla libertà e alla consapevolezza della decisione di morire» (e quindi non si tratterebbe di una procedura solo “dichiarativa”, ma “costitutiva”).

In breve, secondo il Tribunale di Firenze, ciò che rileva ai fini della validità di una procedura di verifica dei presupposti di liceità del suicidio assistito, nell'ottica adottata dalla Corte costituzionale, «è il carattere “medicalizzato” della procedura», la sua idoneità «a garantire la formazione di una autentica volontà di morire». È necessario, quindi, in base agli snodi essenziali della disciplina di cui agli artt. 1 e 2 della legge n. 219/17 (alla quale la stessa Corte costituzionale rinvia nella costruzione della scriminante procedurale), che i compiti del medico non si limitino «ad un mero accertamento», «ma in un'ottica collaborativa e sinergica», siano «funzionali ad assistere il paziente nell'esercizio della sua autodeterminazione, attraverso contributi qualificati di carattere informativo e tecnico» (come l'offerta di un «supporto psicologico», e di «un percorso di terapia del dolore e cure palliative»)». ⁸.

3. L'interpretazione della causa di non punibilità del suicidio assistito prospettata dall'ordinanza del Tribunale di Firenze del 17 gennaio 2024.

Superato l'ostacolo formale dell'esecuzione della pratica di suicidio assistito al di fuori del

⁶ Per una critica all'utilizzo della “clausola di equivalenza sostanziale” con riferimento a fatti commessi sotto la vigenza della nuova disciplina del suicidio assistito ma presso strutture straniere si rinvia alle puntuali osservazioni di MASSARO e GROSSI (2024), 10 s.

⁷ Trib. Firenze ord. 17 gennaio 2024, cit., 5.

⁸ Trib. Firenze 17 gennaio 2024 cit., 7.

territorio nazionale, il G.i.p. di Firenze si sofferma sulla interpretazione di ognuno dei quattro presupposti della non punibilità, dedicando particolare attenzione al requisito *sub c)* relativo alla dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, onde vagliarne la sussistenza nel caso concreto.

Pacificamente ammessa l'integrazione in concreto del requisito *sub a)* della patologia irreversibile, essendo la sclerosi multipla una malattia per la quale deve escludersi, «allo stato attuale delle conoscenze medico-scientifiche», una qualsivoglia possibilità di remissione, l'ordinanza citata accoglie coraggiosamente una interpretazione del requisito *sub b)* (relativo al patimento di sofferenze intollerabili) tesa ad attribuire «autonoma rilevanza sia alle sofferenze fisiche, sia a quelle esclusivamente psicologiche», in virtù della presenza nella descrizione del requisito della congiunzione disgiuntiva «o». E poiché è indubbio che il dato letterale deponga per una «valutazione circa l'intollerabilità delle sofferenze (fisiche o psicologiche)» ancorata ad un parametro soggettivo, costituito esclusivamente dal giudizio della persona malata, «senza che al suo giudizio possa essere sovrapposto quello di terzi soggetti (parenti, medici, giudici), chiamati al più a prenderne atto», in definitiva il presupposto in esame deve ritenersi connotato, in entrambi i casi di sofferenza fisica o psichica, «da un medesimo stato psichico: una percezione dolorosa»⁹.

Su questo punto, non possiamo non rilevare come l'eventuale accoglimento della questione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. sollevata dalle due ordinanze in esame, e quindi l'ipotetica eliminazione dalla causa di non punibilità del requisito *sub c)*, aprirebbe la strada della morte assistita a tutte le ipotesi di malati incurabili che, sebbene affetti da patologia irreversibile, comunque godano di buone condizioni di salute e, ciò malgrado, chiedano un aiuto a morire solo in ragione di una condizione di disagio psichico avvertito come insopportabile.

E la possibilità di configurare questo scenario rappresenterebbe un ulteriore passo in avanti verso il riconoscimento del c.d. «diritto di andarsene», ossia di un diritto assoluto di morire inteso come «diritto di scegliere quando e come morire», in piena coerenza con la propria «concezione di vita buona»¹⁰: prospettiva che però, come evidenziato dalle pronunce costituzionali sul caso Cappato, non sarebbe ammissibile allo stato della normativa vigente, dove resta ferma la tutela penale della vita, soprattutto dei soggetti deboli e vulnerabili, tra i quali certamente rientrano i malati, ma anche gli anziani, i depressi, i poveri, gli emarginati, e tutte le categorie di c.d. «fragili».

Peraltro, qualora si condividano le argomentazioni sviluppate dalla Corte costituzionale a sostegno della soluzione prospettata, l'opzione per un modello di non punibilità del suicidio assistito subordinato esclusivamente alla sussistenza dei tre presupposti della malattia, di sofferenze *anche solo psicologiche* e soggettivamente percepite come insopportabili e della volontarietà della scelta di morire, si scontrerebbe anche con un'altra consistente obiezione mossa da una parte della dottrina penalistica.

Si fa cioè riferimento alla opinione di chi ritiene di come sia di fatto impossibile, anche a parere degli stessi esperti di psicologia analitica, stabilire quando la scelta suicidaria dovuta a sofferenze meramente psichiche (alle c.d. «ferite dell'anima») esprima una decisione autenticamente libera e volontaria, sia cioè manifestazione «di un Sé libero e volontario»¹¹. E ciò in conformità ai risultati emersi da un'indagine sul fenomeno del suicidio condotta «nell'ambito di una scienza penale integrata» che – avvalendosi dell'apporto di altre discipline nello studio della tematica – avrebbe dimostrato come non sia possibile «formulare una serie di regole per stabilire se una scelta suicidaria sia realmente libera»¹².

Se questi dati sono attendibili, dovremmo allora concludere che in presenza di una deci-

⁹ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024 cit., 5.

¹⁰ Per l'impostazione, di matrice laica e liberale, tendente a riconoscere margini ben più ampi all'autodeterminazione nel fine vita, sino a configurare il c.d. «diritto di andarsene», si rinvia a FORNERO (2023). L'Autore mette in evidenza che l'approccio a favore del principio di disponibilità «assoluta» della vita umana, basato sul «modello dei diritti umani», contrapposto all'approccio dei «medici» (*human «rights approach vs. medical approach»*), difende, in linea con la concezione filosofica di R. Dworkin, «il diritto di ogni cittadino adulto e sano di mente (*sound mind*) a determinare in maniera *autonoma* modalità e tempistica del proprio fine vita»: e «ciò in maniera conforme alla propria idea di dignità e all'orizzonte valoriale a cui ci si è ispirati in vita» (FORNERO (2023), 287 s.). Nella dottrina penalistica italiana, per un orientamento favorevole a riconoscere maggiori aperture alla liceità della «morte volontaria assistita» della persona sofferente, secondo una prospettiva laica che valorizzi il principio dell'«*incoercibilità del vivere*», cfr. RISICATO (2019), 305 s.; RISICATO (2023), 1617 s.

¹¹ L'obiezione qui avanzata per mostrare i limiti di un eventuale modello di non punibilità del suicidio assistito fondato sui soli requisiti della autenticità della decisione di morire, della malattia irreversibile e delle sofferenze anche solo psicologiche si basa sulle considerazioni sviluppate da CANESTRARI (2020), 89, sebbene al diverso scopo di marcare la differenza tra il problema del «suicidio tradizionale» e quello del «suicidio medicalmente assistito».

¹² CANESTRARI (2020), *Ibidem*.

sione di morire motivata esclusivamente da sofferenze psicologiche, pur legate a una patologia irreversibile, non sussisterebbe alcuna garanzia in merito alla possibilità di stabilire se la richiesta di un aiuto medico a morire sia davvero frutto di una decisione libera, autonoma e responsabile.

Per tale ragione, se in futuro dovesse giungersi all'approvazione di una disciplina legislativa della morte volontaria medicalmente assistita, auspichiamo che, ove (come si reputa corretto) venga rimosso il vincolo dei trattamenti vitali, la non punibilità resti subordinata alla dimensione fisica della sofferenza connessa all'esistenza di una malattia inguaribile. Tale esigenza, al contrario, non si porrebbe, nell'eventualità in cui permanga la previsione della sottoposizione del paziente a trattamenti di sostegno vitale: trattamenti che, come si è visto, anche quando interpretati estensivamente, sono sempre accompagnati da sofferenze fisiche più o meno intense, non da tutti sopportabili.

Tornando ora alla disamina dei quattro requisiti contenuta nell'ordinanza G.i.p. Trib. Firenze 17 gennaio 2024 cit., in merito alla previsione che la decisione di darsi la morte sia stata presa in modo libero e consapevole, si afferma che questa condizione «assume un significato più pregnante rispetto sia alla mera capacità di intendere e di volere, sia al dato negativo dell'assenza di condizionamenti esterni», dato che, oltre a presupporre «tale duplice verifica», al contempo «implica un giudizio positivo sulla riferibilità della scelta di morire a un processo – libero, consapevole e stabile – di costruzione della volontà, che solo così può ritenersi autentica manifestazione di autodeterminazione».

Su questo punto, le parole dell'ordinanza sembrerebbero riecheggiare l'approccio filosofico del paternalismo *soft* di Feinberg secondo cui, in un ordinamento penale liberal-democratico, una interferenza dello Stato nelle azioni auto-dannose dell'individuo – ovvero nelle azioni lesive di terzi compiute con il suo consenso – sarebbe legittima solo quando tali azioni non siano sorrette da una scelta realmente libera e autenticamente volontaria, oppure quando sussista un dubbio, fondato e ragionevole, sul fatto che lo siano¹³.

In questa prospettiva dirimente per segnare il confine del penalmente lecito è l'individuazione dei criteri in base ai quali considerare la scelta di fine vita realmente autonoma, in quanto sufficientemente volontaria e autenticamente libera. Tali criteri, nella disciplina disegnata dalla Corte costituzionale, sono quelli indicati attraverso il rinvio alle «modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017», ai quali si aggiungono le condizioni procedurali della verifica da parte di una struttura sanitaria pubblica e del parere del comitato etico, che secondo il G.i.p. di Firenze concorrono a fondare i presupposti di una libera e consapevole decisione di morire.

Occorre peraltro notare che, se – come rilevato nell'ordinanza del Tribunale di Firenze – in definitiva la condizione in questione richiede una verifica che la decisione di morire non risulti «espressione di una deliberazione estemporanea», ma sia «il frutto di un percorso di crescente consapevolezza e stabilizzazione del volere», assume importanza centrale nell'ambito della «procedura medicalizzata» di assistenza al suicidio un altro profilo, non opportunamente valorizzato dal giudice di merito: ossia il pre-requisito dell'offerta al malato di un percorso di terapia del dolore e di cure palliative¹⁴. Ed infatti, l'esercizio consapevole di un'autentica libertà di scelta nelle decisioni di fine vita presuppone che al malato sia stata offerta un'adeguata assistenza sanitaria, comprensiva della terapia del dolore e di tutte le cure palliative praticabili, nonché di un adeguato supporto psicologico. E ciò poiché, come evidenziato da una parte della dottrina penalistica, questo ulteriore pre-requisito della scelta è espressione di un altro diritto umano fondamentale: «quello del paziente di ricevere nella fase finale della propria esistenza un effettivo supporto finalizzato al controllo della sofferenza nel rispetto della sua dignità»¹⁵.

A questo punto, prima di affrontare la questione dell'interpretazione del requisito della di-

¹³ FEINBERG (1986), 12 s.; per una impostazione che rielabora sostanzialmente la concezione di Feinberg dell'autonomia come sovranità assoluta su se stessi, v. MANIACI (2012), 76 s., secondo cui «il raggiungimento di un grado sufficiente di autonomia, sufficiente per determinare quando l'uso della coazione dello Stato non è giustificata», è subordinato alla sussistenza delle seguenti quattro condizioni: «razionalità» della scelta autodannosa, «sufficiente libertà da pressioni coercitive, conoscenza dei fatti rilevanti, stabilità nel tempo dei desideri»; nella dottrina penalistica italiana, aderisce all'impostazione di Feinberg, tra gli altri, CANESTRARI (2020), 87, secondo cui, «in un'ottica laica e liberale, l'accertamento della volontarietà della scelta deve porsi come priorità assoluta, con l'avvertenza che più la condotta è autodannosa, e rischiosa, più elevati debbono essere lo standard della volontarietà e lo standard dell'accertamento».

¹⁴ Vedi Corte cost. n. 242/19, par. 2.4. del *Considerato in diritto*. Sottolinea l'importanza di questo pre-requisito ai fini della procedura del suicidio assistito CANESTRARI (2020), 100 s.; CANESTRARI (2021), 46 s.

¹⁵ CANESTRARI (2020), 102.

pendenza da trattamenti di sostegno vitale, definite nei termini sin qui esposti le tre condizioni della malattia irreversibile, delle sofferenze fisiche o psichiche intollerabili e della capacità di prendere decisioni libere e consapevoli, il Tribunale di Firenze ne riscontra la configurabilità nella situazione clinica di “Massimiliano”, ritenendo altresì – sulla base del giudizio di equivalenza sostanziale in precedenza illustrato – correttamente espletata presso la clinica svizzera la procedura “medicalizzata” di accertamento della sua autentica volontà di morire: procedura ritenuta «più articolata e garantista di quella che dovrebbe essere eseguita in base alla legge italiana». In definitiva, quindi, l’opzione per il suicidio assistito compiuta da Massimiliano in territorio estero viene considerata «ragionevolmente “libera e consapevole”, sia alla luce di criteri medico-legali» (basati sui risultati dei controlli effettuati sul paziente dal personale della clinica svizzera nei mesi precedenti al decesso sino agli ultimi istanti di vita), «sia alla luce di un criterio normativo-sociale» (incentrato sulle testimonianze delle persone a lui più vicine e sui passaggi della equivalente procedura medicalizzata eseguita in Svizzera).

Nelle altre due vicende di suicidio assistito oggetto dell’ordinanza del Tribunale di Milano, il giudice rimettente non offre indicazioni sul modo di intendere i presupposti della non punibilità dell’aiuto al suicidio individuati da Corte cost. 242/19 alle lett. a) b) e d), soffermandosi piuttosto su una approfondita descrizione del quadro morboso dei due soggetti, attestante l’irreversibilità della patologia e l’insostenibilità di dolori, essenzialmente fisici.

Viene ritenuta altresì provata una «autonoma e libera formazione della decisione di morire» di entrambi i pazienti sulla base delle risultanze dell’attività istruttoria svolta dalla Procura. La signora Elena, dopo aver in più occasioni dichiarato «che non intendeva essere ricoverata e/o supportata nelle sue funzioni vitali da macchinari», depositate in Comune le DAT con espresso rifiuto di terapie salvavita, si era recata con l’aiuto di Cappato in Svizzera, dove si era sottoposta alla pratica di suicidio assistito. Il sig. Romano, acquisita la consapevolezza che nessuna terapia avrebbe potuto migliorare la sua condizione, aveva più volte «manifestato la sua intenzione di porre fine alla sua vita», rifiutando categoricamente l’ausilio di presidi come la PEG per l’alimentazione forzata e, al peggiorare della sua malattia neurodegenerativa, senza essere sottoposto a trattamenti vitali, era stato accompagnato da Cappato presso la clinica svizzera, dove era deceduto per auto-assunzione di un farmaco letale. Entrambi, dunque, «autonomamente», proprio in forza di una risoluzione di morire «irretrattabile», «avevano preso contatti con l’associazione Luca Coscioni» e con Cappato al fine di accedere alla procedura di morte assistita al di fuori dei confini nazionali.

4. *(Segue). La ricostruzione del requisito della “dipendenza da trattamenti di sostegno vitale” nelle vicende oggetto dell’ordinanza del Tribunale di Firenze e dell’ordinanza del Tribunale di Milano.*

Il problema cruciale ai fini della configurabilità della scriminante nei casi oggetto delle due pronunce di merito riguarda, però, come si è detto, la ricostruzione del requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale, in quanto sia il quadro clinico relativo al caso “Massimiliano” sia la situazione in cui si trovano “Elena” e “Romano” esulano dai confini di una possibile applicazione diretta del requisito.

A tal fine, il Tribunale di Firenze – nell’ottica di formulare una definizione quanto più possibile rispettosa del dato testuale – individua i tre elementi fondamentali che a suo giudizio dovrebbero entrare a comporre la nozione di “trattamento di sostegno vitale”: 1) «efficacia causale» del trattamento rispetto al mantenimento in vita del paziente; 2) «natura “sanitaria” del trattamento» praticato; 3) attualità dello stesso.

1) In merito al primo sotto-requisito, che riguarda il modo di intendere la funzione di “sostegno vitale”, viene accolta la lettura prospettata dalla Corte d’Assise di Massa nel caso Trentini, che aveva riferito tale locuzione a *qualsiasi* trattamento, volto a supportare funzioni vitali dell’organismo, senza il quale si verificherebbe la morte della persona anche in maniera non rapida o istantanea. E si afferma espressamente che il criterio da adottare per valutare l’efficacia “vitale” del trattamento si debba basare su un «giudizio condizionalistico controfattuale declinato in concreto». Questa definizione, ad avviso del giudice fiorentino, «permetterebbe di dare rilievo a trattamenti – artificiali, farmacologici o assistenziali – che, pur lungi dal ri-

velarsi curativi [...], potrebbero comunque ritardare la morte per un tempo sufficientemente apprezzabile».

2) Il secondo elemento, indicativo della natura “sanitaria” del trattamento, sebbene non espressamente previsto dalla Consulta, dovrebbe implicitamente potersi desumere dalla «genesi di tale condizione sostanziale nell’ambito dell’ordinanza e della sentenza costituzionale». Sul punto, viene valorizzata la presunta volontà del giudice costituzionale di far coincidere la sfera di operatività della causa di non punibilità del suicidio assistito con l’ambito di applicazione della legge n. 219/17, concernente tutti i trattamenti medici rifiutabili, nutrizione e idratazione artificiali inclusi. Al tal fine, quindi, nel ricostruire la portata del concetto in questione si dovrebbero utilizzare – «singolarmente e più spesso congiuntamente – indici quali la necessità di una previa valutazione medica, la prescrizione medica, il ricorso a dispositivi medici, il monitoraggio da parte del medico, etc.».

3) Il terzo sotto-requisito, dirimente per tracciare i confini della nozione, è quello dell’attualità del trattamento: dovendosi ritenere necessario, come risulta dalla formulazione letterale «chiara e non controvertibile» della disposizione vigente, che vi sia «non solo una situazione di bisogno (e dunque di appropriatezza medico-sanitaria), ma che vi sia una effettiva e attuale sottoposizione a tali trattamenti».

Ebbene, sulla base di questa più rigorosa interpretazione della nozione di “trattamento di sostegno vitale”, viene nettamente respinta dal Tribunale di Firenze quella lettura analogica del requisito *sub c)* finalizzata ad estenderne l’applicazione a tutte quelle situazioni in cui il paziente, per il soddisfacimento dei suoi bisogni essenziali, “dipenda” dall’aiuto di altre persone (anche solo familiari o soggetti privi di qualifiche e competenze specialistiche).

E ciò, innanzitutto, per l’evidente incompatibilità di questa estensione analogica con il secondo sotto-requisito costituito dalla natura “sanitaria” del trattamento: aspetto che non consente di ricondurre «l’assistenza prestata genericamente da terzi» (per accompagnare, ad esempio, il paziente in bagno o per agevolarlo nel mangiare) «all’insieme dei significati attribuibili alla parola trattamenti». Come si legge nell’ordinanza del 17 gennaio 2024 cit., «non ogni “aiuto a vivere” (sia pur congiuntamente agli altri requisiti) può, allo stato, giustificare la non punibilità delle condotte di “aiuto a morire”».

Da quanto affermato consegue che il termine “trattamento” «non evoca un qualsiasi mero intervento esterno» (sia pure volto a garantire la sopravvivenza del malato), «ma una più pregnante e qualificata ingerenza sul corpo e sulla salute del paziente» che presupponga l’esecuzione di prestazioni mediche (consistenti nella somministrazione di terapie farmacologiche o interventi sanitari di altro genere) o l’applicazione di presidi di carattere più o meno invasivo di supporto alle funzioni vitali.

In ogni caso, anche a voler riconoscere una «affinità sostanziale [...] tra le esigenze di tutela che connotano» le «situazioni di “dipendenza da trattamenti” e “dipendenza da persone”», il Tribunale di Firenze considera non ammissibile il ricorso a un procedimento di tipo analogico in ragione della «natura “eccezionale” della disposizione in esame». Tale norma sarebbe il frutto di delicatissimi bilanciamenti tra interessi che, una volta compiuti nelle sedi opportune «secondo le regole della democrazia costituzionale», non potrebbero «essere messi arbitrariamente in discussione per via di forzature ermeneutiche ad opera del singolo interprete, con effetti applicativi disomogenei e imprevedibili»¹⁶.

Pertanto, come rilevato anche da una parte della dottrina¹⁷, si tratterebbe di una “lacuna intenzionale”, in quanto tale non colmabile alla stregua dell’estensione analogica in *bonam partem* sopra ipotizzata: una simile operazione, ad avviso del G.i.p. di Firenze, non sarebbe corretta poiché «giungerebbe a includere situazioni non solo ignorate dalla Corte costituzionale, ma da questa verosimilmente considerate» e volutamente scartate. Per tali motivi, andrebbe quindi esclusa una dilatazione della portata del requisito in esame nei termini suddetti, poiché produrrebbe «un risultato non solo *praeter*, ma addirittura *contra legem*»¹⁸.

¹⁶ Questa affermazione del Tribunale di Firenze è però criticabile, se solo si osserva che le sentenze interpretative di accoglimento non vincolano i giudici di merito. Sul punto, si rinvia a LAMARQUE (2009).

¹⁷ Vedi LAZZERI (2020).

¹⁸ Trib. Firenze 17 gennaio 2024, cit., 11.

5. (Segue). L'interpretazione costituzionalmente orientata del “nuovo” art. 580 c.p. avanzata dalla Procura di Milano.

Ai fini della valutazione della sussistenza del requisito *sub c)* nei casi sopra menzionati, viene poi esaminato sia dal G.i.p. di Firenze, sia dal G.i.p. di Milano, l'ulteriore percorso ermeneutico che la Procura di Milano aveva posto a fondamento della sua richiesta di archiviazione per Cappato nel processo relativo alla morte di “Elena” e “Romano”.

Si tratta di una lettura che amplia ancora una volta l'area di liceità del suicidio assistito, sulla base di una asserita «interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. alla luce del disposto degli artt. 2 e 32 della Carta, della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale e del dettato della legge n. 219/2017».

Secondo questa ricostruzione, rientrerebbero nell'ambito della non punibilità anche le ipotesi in cui, al ricorrere degli altri requisiti, il paziente non sia tenuto in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale, qualora ciò dipenda dal fatto che (sebbene potenzialmente idonei a rallentare il processo patologico e ritardare la morte senza poterla impedire) egli stesso li abbia rifiutati, in quanto «futili o espressivi di accanimento terapeutico secondo la scienza medica, non dignitosi secondo la percezione del malato, e forieri di ulteriori sofferenze per coloro che lo accudiscono»¹⁹. In tali casi, infatti, secondo questa tesi, dovrebbe giudicarsi non punibile, perché inoffensiva, la condotta di agevolazione del suicidio del malato irreversibile e sofferente, che abbia manifestato coscientemente e lucidamente la volontà di porre fine alla propria vita, «e che rifiuti di sottoporsi a trattamenti di sostegno vitale *futili*, esercitando un diritto garantitogli dall'art. 32 Cost. e dalla legge n. 219/2017». Ciò, poiché nelle suddette situazioni la condotta del terzo agevolatore non violerebbe il bene giuridico protetto dall'art. 580 c.p., ma anzi consentirebbe «il concreto esercizio del diritto all'autodeterminazione [...] nei casi in cui il titolare del diritto non sia in grado di esercitarlo autonomamente»²⁰.

La lettura proposta viene espressamente incentrata «sulla equivalenza – scientificamente sostenuta – tra il *rifiuto* di un trattamento sanitario *in atto* e il *rifiuto*, *ab initio*, «di un trattamento sanitario *futile* o *inutile* in quanto espressivo di *accanimento terapeutico*»²¹.

L'assunto però, come si può subito notare, sembra frutto di un fraintendimento concettuale tra terapie di sostegno vitale interrotte e trattamenti rifiutati *ab initio* perché inutili, un'equiparazione respinta dal Tribunale di Milano sul rilievo di una «irriducibilità di fondo di due presupposti allo stato giuridicamente differenti»: ossia, l'esistenza di un trattamento sanitario vitale in atto, che il paziente ha rifiutato chiedendone l'interruzione, «*versus* la prospettazione di un trattamento sanitario futile o inutile mai iniziato»²².

Invero, le affermazioni contenute nella richiesta di archiviazione sembrerebbero motivabili non tanto sulla base di una supposta equivalenza, scientificamente fondata, tra le due fattispecie poste a confronto, né tantomeno sulla base di una loro possibile equiparazione giuridica (essendo in realtà – come vedremo – i concetti di “accanimento terapeutico” e di “trattamenti di sostegno vitale” riferibili a situazioni cliniche ben diverse tra loro). Piuttosto, la presunta analogia delle due ipotesi a raffronto riguarda esclusivamente una somiglianza giustificabile solo sotto il profilo etico che, come tale, non potrebbe fondare una soluzione giuridica, nemmeno sul piano ermeneutico del ragionamento analogico.

In proposito gioca un ruolo fondamentale la distinzione che è possibile tracciare, sulla base della stessa legge n. 219/2017 – interpretata anche alla stregua dell'art. 16 del codice di deontologia medica – tra i diversi concetti di “accanimento terapeutico e divieto di ostinazione irragionevole nei trattamenti sanitari”, da un lato, ed “eutanasia passiva”, dall'altro lato. Ed infatti, sia sotto il profilo giuridico, sia sotto il profilo medico-scientifico, sussiste una sostanziale linea di frattura tra i due fenomeni.

Sul piano giuridico, come ben evidenzia una parte della dottrina, l'accanimento terapeutico fa riferimento alla somministrazione di terapie su un paziente il cui quadro clinico consenta al medico di escludere *a priori* l'efficacia del suo intervento, da cui potrebbero discendere in base a un'analisi costi-benefici ulteriori rischi per la salute del malato o, in ogni caso, ulteriori

¹⁹ Trib. Milano 21 giugno 2024, cit., 5.

²⁰ *Ibidem*, pp. 5 e 6.

²¹ Trib. Milano 21 giugno 2024, cit., 16. Sul concetto di trattamento sanitario “*futile*”, seppur valutato con riferimento al caso specifico dei pazienti in stato vegetativo permanente cfr. VIGANÒ (2008), 1037 s.

²² Trib. Milano 21 giugno 2024, cit., 16.

sofferenze. Mentre, l'eutanasia passiva consensuale riguarderebbe le ipotesi in cui la morte del paziente si verifica in conseguenza dell'omissione, ovvero della interruzione, su sua richiesta, di quei trattamenti o terapie comunque necessari a garantire la sua sopravvivenza per un periodo apprezzabile di tempo²³. In altri termini, l'accanimento terapeutico configurerebbe un fenomeno opposto all'eutanasia passiva, perché consisterebbe «non nell'abbandono, ma nell'eccesso di terapie»: ossia nell'applicazione di terapie «sproporzionate» alla complessiva situazione clinica del paziente, quindi «inutili», «futili», e «ingiustificate», perché idonee soltanto a prolungare l'agonia e aggravare le sofferenze del malato terminale²⁴.

Ma, anche sotto il profilo medico-scientifico la distinzione è netta, come con tutta evidenza è emerso – nel giudizio per la morte assistita di Elena e Romano – dalle stesse risultanze della consulenza tecnica espletata, su incarico della Procura, in risposta al quesito relativo alla «definizione di “supporto vitale”» e alla individuazione dei «casi in cui tale trattamento non sia necessario in quanto *futile* e/o espressivo di *accanimento terapeutico*».

In sintesi, ai nostri fini può essere utile notare come i trattamenti di «supporto vitale» siano stati qualificati dai consulenti (tra i «massimi esperti di medicina d'urgenza») come quegli «interventi non curativi necessari al mantenimento in vita del paziente, la cui eliminazione porterebbe alla morte del paziente in un tempo relativamente breve (qual è il caso dei presidi di alimentazione e idratazione artificiali), nonché le forme di supporto vitale che si traducono nella sostituzione artificiale di alcune funzioni organiche (ventilazione meccanica, supporto per gli scambi gassosi, supporto alle funzioni renali, cardiache o epatiche): ossia, «l'insieme di tecniche (in continua evoluzione) che vicariano funzioni d'organo compromesse», senza le quali la vita non può essere mantenuta. Viceversa, come si legge nell'ordinanza del 21 giugno 2024 cit., l'ipotesi dei trattamenti «inutili, futili, e come tali qualificabili come “accanimento terapeutico”» ai sensi dell'art. 2, comma 2, l. n. 219/2017, ricorre o «quando il corpo del paziente sia ancora in grado di funzionare autonomamente, senza bisogno di aiuti esterni; oppure, all'opposto, si sia in presenza di condizioni pre-terminali», nelle quali «tali interventi non vengono normalmente neanche attivati»; oppure in presenza di «un terzo scenario», che riguarda un paziente già sottoposto a trattamento di supporto vitale, allorché il quadro morboso evolva in senso peggiorativo, «ragion per cui il mantenimento del trattamento si trasforma – da strumento terapeutico [...] – in una forma di accanimento che prolunga l'ultima agonia»²⁵.

Orbene, se questa è la spiegazione «sulla base di una considerazione squisitamente medica» delle due situazioni cliniche poste a raffronto, dalla quale sembra emergere una radicale *diversità* anche sul piano scientifico delle fattispecie assimilate (anziché un'asserita *identità* di *ratio*, come invece aveva sostenuto la procura milanese), non si comprende su quali basi possa giustificarsi l'ipotizzata analogia posta a fondamento della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p. che sorregge la richiesta di archiviazione per Cappato. Ed infatti, come condivisibilmente rilevato anche dal G.i.p. di Firenze per contestare la correttezza del ragionamento analogico prospettato dalla Procura, appare frutto di una presa di posizione arbitraria affermare che, quando non vi è in corso alcun trattamento di sostegno vitale poiché non ne

²³ Cfr. TIGANO (2020), 12. La base normativa della suddetta distinzione va individuata nell'art. 2 comma 2 legge n. 219/17, ove si prevede che «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati [...]». Tale norma va interpretata alla luce della disposizione contenuta nell'art. 16 del codice di deontologia medica («Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati»), secondo cui: «Il medico, tenendo conto delle volontà espresse dal paziente o dal suo rappresentante legale e dei principi di efficacia e di appropriatezza delle cure, non intraprende né insiste in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente inappropriati ed eticamente non proporzionati, dai quali non ci si possa fondatamente attendere un effettivo beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita».

Nell'interpretare l'art. 2 comma 2, l. n. 219/17 cit., anche al fine di definire la nozione di trattamento medico «futile», può essere utile prendere in considerazione le *Raccomandazioni SLAARTI per l'approccio alla persona morente* del 2018 (v. p. 6 e s., «La proporzionalità delle cure intensive»), secondo le quali «può essere definito “futile” un trattamento che non abbia nessuna ragionevole probabilità di ottenere un effetto che la persona malata possa percepire come un beneficio [...]. Una cura è “proporzionata”, e quindi legittima ed eticamente lecita, solo se oltre ad essere clinicamente appropriata è accettata consapevolmente dalla persona malata o, nel caso essa non sia più cosciente, si inserisca coerentemente nel progetto di vita della persona stessa, per quanto sia possibile ricostruirlo. L'appropriatezza clinica risponde alla ragionevole probabilità che quel determinato trattamento, in quella determinata persona, possa raggiungere l'obiettivo modificando positivamente la prognosi e prevedendo una prospettiva ragionevole di recupero. L'accettazione da parte del paziente risponde invece alla sua personale valutazione della qualità del possibile recupero, definita dal rapporto tra benefici e oneri psico-fisici che da quel trattamento, ancorché clinicamente appropriato, potranno derivare. Ogni trattamento clinicamente non appropriato o clinicamente appropriato ma non accettato da una persona e quindi non proporzionato non deve essere iniziato o deve essere sospeso con modalità tali da rispettare la dignità della persona e la sensibilità dei suoi familiari [...]».

²⁴ Così MANTOVANI (2006), 77.

²⁵ Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 19.

esistono di compatibili con la condizione di salute del paziente, tale situazione sia equiparabile a quelle incluse nell'area della non punibilità²⁶.

A ben vedere, attraverso l'argomento analogico qui criticato si è cercata una "scorciatoia" sul piano ermeneutico, al preciso scopo di evitare di censurare la costituzionalità del requisito *sub c*): di fatto ampliando a tal punto la nozione in esame (mediante un ragionamento stigmatizzato dal G.i.p. di Firenze nei termini di un «salto logico»), sino ad includervi i casi in cui il trattamento non sia stato mai eseguito, in quanto rifiutato dal paziente perché giudicato dagli stessi medici come *accanimento terapeutico*. E anche solo focalizzando l'attenzione sul riferimento fatto dalla Procura alla categoria dei trattamenti rifiutati «in quanto espressione di accanimento terapeutico [...]» potremmo obiettare come in definitiva si tratti di situazioni per le quali neppure vi sarebbe una indicazione medica al trattamento di sostegno vitale: ipotesi quindi che, in ragione di tale caratteristica, risultano del tutto disomogenee rispetto alla casistica presa in considerazione dalla Corte costituzionale ai fini dell'applicazione della causa di non punibilità.

Semmai un'assimilazione, in termini di parificazione assiologica, a nostro avviso, si potrebbe riconoscere tra la situazione di chi chiede di interrompere un trattamento invasivo di sostegno vitale perché non più tollerato, in quanto fonte di sofferenze fisiche o psichiche, e la situazione di chi rifiuta sin dall'inizio il medesimo trattamento di sostegno vitale perché, in ragione dello stato di avanzamento della patologia irreversibile, tale trattamento – sebbene non possa considerarsi, da un punto di vista medico, «futile» – non sarebbe risolutivo, nel senso che potrebbe di poco rallentare l'evoluzione del processo morboso, al costo però di ulteriori sofferenze e nuovi rischi per la salute del malato. Quest'ultima ipotesi è quella che sembra verificarsi nella vicenda del sig. «Romano», nel momento in cui decise di rifiutare un presidio di supporto invasivo come la PEG, che, sebbene medicalmente indicata, come è noto, comporta rischi ed effetti collaterali che possono anche ridurre le aspettative di vita del paziente (si pensi ai rischi di natura infettiva e meccanica legati alla presenza della stomia, o al posizionamento di questo presidio, intervento che comporta una procedura invasiva di «esofagogastroduodenoscopia»). Del resto, il giudizio di equivalenza sul piano etico-normativo da ultimo ipotizzato si porrebbe in linea con la legge n. 219 del 2017, che parifica *rifiuto* di cure e *rinuncia* a trattamenti medici di sostegno vitale *in atto*.

In ogni caso, ad una ricostruzione analogica della condizione *sub c*) che si basi sulla ipotetica assimilazione delle due ipotesi di «interruzione di trattamenti vitali in corso» e «mancata sottoposizione *ab origine* agli stessi», in quanto «futili» secondo la scienza medica, osterebbe il limite costituito dal sotto-requisito dell'*attualità* della dipendenza da trattamenti vitali, come inequivocabilmente risulta dal «dato letterale della causa di non punibilità introdotta con la sentenza 242/2019»²⁷.

In conclusione, anche questo diverso percorso ermeneutico, che attraverso il ricorso all'analogia in *bonam partem* tenta di ampliare l'area della non punibilità nei termini sin qui criticamente analizzati, deve essere respinto, perché si traduce di fatto in una «totale abrogazione per via interpretativa del requisito indicato dalla Corte costituzionale»²⁸.

Se è così, allora, l'unica strada che a nostro avviso potrebbe condurre ad estendere il regime di non punibilità anche alle condotte di assistenza al suicidio dei malati incurabili e intollerabilmente sofferenti, come i malati oncologici per i quali un trattamento di sostegno vitale è da giudicarsi «futile» sulla base di un parere medico, resterebbe quella intrapresa nelle due ordinanze di rimessione, che hanno chiesto alla Corte costituzionale di procedere alla rimozione del requisito *sub c*) dai presupposti di liceità del suicidio medicalmente assistito.

Tutto ciò premesso, questa la soluzione accolta nelle vicende rispettivamente oggetto dei due giudizi. Sia il G.i.p. di Firenze che il G.i.p. di Milano, una volta ricostruita la portata del requisito *sub c*) nei termini sopra evidenziati, ne hanno escluso la sussistenza in concreto: Massimiliano, infatti, nel momento in cui ha chiesto di essere aiutato a morire non era sottoposto a trattamenti di sostegno vitale, poiché, in quel momento, in relazione allo stato di avanzamento della sua malattia neurodegenerativa, questi non erano necessari per la sua condizione di salute. Semmai dipendeva da un'assistenza di terze persone nell'espletamento di attività quotidiane, circostanza che però, come si è detto, secondo Trib. Firenze 17 gennaio 2024 cit., non può rientrare nella nozione in questione.

²⁶ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 11.

²⁷ In tal senso Trib. Firenze, cit., 12.

²⁸ *Ibidem*.

Elena e Romano, invece, nel momento in cui accedevano alla pratica di suicidio assistito, non erano sottoposti ad alcuna terapia farmacologica vitale o antalgica, e non erano dipendenti da presidi artificiali di mantenimento in vita, perché li avevano sin dall'inizio rifiutati in quanto ritenuti «futili» rispetto allo stato di avanzamento delle rispettive patologie incurabili (la prima aveva rifiutato ulteriori cicli di chemioterapia e l'applicazione di una tecnica di ventilazione meccanica, mentre il secondo aveva rifiutato l'applicazione della PEG).

6. (Segue). I motivi di censura del “nuovo” art. 580 c.p. nelle due citate ordinanze di rimessione del G.i.p. di Firenze e del G.i.p. di Milano.

Passando all'esame della seconda parte dell'*iter* motivazionale delle due ordinanze, le principali argomentazioni poste a fondamento della questione di costituzionalità sono costituite dal contrasto del “nuovo” art. 580 c.p.: a) con l'art. 3 Cost., «per l'irragionevole disparità di trattamento che determina tra situazioni concrete sostanzialmente identiche»; b) con gli artt. 2, 3, 13 Cost., in rapporto alla violazione del «diritto di autodeterminarsi nella fase terminale della vita in modo rispettoso della propria dignità umana»; nonché c) con l'art. 117 Cost., quest'ultimo in riferimento agli artt. 8 e 14 della Convenzione EDU, per la compressione ingiustificata e discriminatoria della libertà del malato di essere aiutato a morire come aspetto del diritto convenzionale al rispetto della vita privata e familiare.

In merito al primo profilo, nell'ordinanza del Tribunale di Firenze, si mette in evidenza come, a parità di altre condizioni (ossia «irreversibilità della malattia», «intollerabilità delle sofferenze» e «capacità di autodeterminazione dell'interessato») sia del tutto irragionevole far dipendere la non punibilità dell'aiuto al suicidio da una condizione quale quella della dipendenza da trattamenti vitali che «appare il frutto di circostanze del tutto accidentali, legate alla multiforme variabilità dei casi concreti», che dipendono dalle «condizioni cliniche generali» del malato, dallo «stadio più o meno avanzato» della malattia da cui è affetto, oppure da una «sua progressione più o meno rapida», e ancora dalla «natura delle terapie disponibili in un determinato luogo e in un determinato momento», nonché «dalle scelte che lo stesso paziente abbia fatto (ad esempio, rifiutando fin dall'inizio qualsiasi trattamento)»²⁹.

Nello stesso senso, anche il Tribunale di Milano rileva come sia «discriminatoria» l'esclusione dalle pratiche di suicidio assistito di chi, pur affetto da patologia irreversibile e destinato a morte certa, non abbia in corso un trattamento vitale «in quanto futile o inutile»³⁰, poiché si tratta di un fattore del tutto fortuito che dipende dal tipo di malattia che caratterizza il singolo quadro clinico.

In breve, ad avviso del G.i.p. fiorentino, il criterio della dipendenza da trattamenti vitali risulterebbe «incapace di operare una selezione razionale tra situazioni simili»: e ciò perché si tratterebbe di un aspetto «irrilevante», sia «a livello concettuale» che «pratico», «per la sussistenza e per l'accertamento degli altri requisiti» più centrali ed essenziali costituiti dalla irreversibilità della malattia e dalle sofferenze intollerabili; e, «soprattutto», perché «la sussistenza o meno di tale requisito è irrilevante per la tutela dei diritti e dei valori che la Corte costituzionale ritiene essenziali nel bilanciamento di interessi sotteso alla regolazione della materia dell'aiuto a morire»³¹.

L'argomento che giustifica poi, nelle motivazioni delle due ordinanze, il giudizio di irragionevolezza della previsione relativa alla sussistenza di un trattamento di sostegno vitale è incentrato sulla considerazione delle conseguenze paradossali che ne deriverebbero: ed infatti, la regola che limita l'accesso al suicidio assistito ai soli pazienti sottoposti a trattamenti vitali potrebbe portare all'assurda tortuosa gincana per cui il malato, all'unico scopo di poter successivamente beneficiare in modo lecito di un aiuto medico a morire, sarebbe indotto a sottoporsi a un trattamento di sostegno vitale per poi, subito dopo, richiedere la procedura di morte

²⁹ Trib. Firenze, cit., 13.

³⁰ Trib. Milano, cit., 20.

³¹ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 13. In dottrina, per un'opinione contraria alla tesi del G.i.p. fiorentino, v. CANESTRARI (2020), 92, il quale afferma che il requisito della dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale abbia una sua utilità, in quanto consentirebbe di escludere dall'area della non punibilità «quelle malattie che si prestano per la loro natura ad un accertamento di estrema difficoltà in relazione alla capacità decisionale della persona malata».

assistita prevista dalla sentenza n. 242/19. Questa circostanza determinerebbe una evidente compressione della libertà del paziente condizionando «l'esercizio in modo perverso» e «trasformando l'autodeterminazione nel suo contrario»³².

In questa prospettiva, quindi, ad avviso del giudice di Firenze, la presenza di una situazione di dipendenza da trattamenti di sostegno vitale rappresenterebbe un criterio regolativo incostrutturale perché «inidoneo» e «sproporzionato» rispetto «all'obiettivo di tutela prefissato»: se infatti (secondo i principi affermati da Corte cost. n. 242/19) la liceità dell'aiuto al suicidio poggia sul bilanciamento tra la tutela della vita dei vulnerabili e la salvaguardia dell'autodeterminazione del malato, l'introduzione del requisito suddetto tra i presupposti della non punibilità risulterebbe razionalmente non giustificata, atteso che «la sua presenza non apporta alcuna rassicurazione in ordine alla autenticità (“libertà e consapevolezza”) della decisione di morire, o alla “vulnerabilità” della persona che la assume» e «non riveste», pertanto, «alcun valore realmente protettivo»³³.

La tesi della irragionevolezza del requisito in questione si espone però alle obiezioni di quella parte della dottrina che, condividendo un'interpretazione restrittiva dell'ambito di liceità del suicidio assistito, ne difende la legittimità, sul rilievo che la sussistenza di un trattamento di sostegno vitale costituisca «un chiaro indice della gravità o dello stadio di avanzamento della malattia», e denoti una situazione clinica di prossimità alla morte³⁴. Ed è per questa ragione che il requisito in parola avrebbe un «significato suo proprio» coerente con l'obiettivo di tutela delle persone deboli e vulnerabili che fonda il divieto penale di cui all'art. 580 c.p.³⁵.

Anche a voler condividere i rilievi di quanti individuano la *ratio* del requisito in esame nella sua funzione di filtro selettivo teso a garantire un preventivo controllo medico sul livello di gravità della malattia e delle sofferenze delle persone ammesse al suicidio assistito, l'incostituzionalità della disposizione censurata emerge con nettezza se si dà peso preponderante alla violazione del diritto di autodeterminazione individuale interpretato alla luce del principio della dignità umana.

Sul punto, le affermazioni contenute nelle due ordinanze meritano di essere sostanzialmente condivise poiché forniscono alla Corte costituzionale le coordinate di una diversa e più liberale disciplina del suicidio assistito, che sia il risultato di aggiustamenti incrementali a piccoli passi, opportunamente calibrati a seguito dell'impatto con la casistica concreta.

Più precisamente, sia nell'ordinanza del 17 gennaio 2024 cit., sia nell'ordinanza del Tribunale di Milano, 21 giugno 2024 cit., assume rilievo centrale «il profilo della dimensione temporale della morte»³⁶ quale aspetto specifico del diritto di autodeterminazione, che include la scelta non solo sul “come” ma anche sul “quando” morire in accordo con la propria visione della dignità umana. E così si afferma espressamente, con una considerazione inedita sul punto, che «l'area di liceità della fattispecie di suicidio assistito involge due direttrici: la morte (inesorabile) e il tempo (percepito troppo lento)»³⁷. A sostegno dell'assunto, il ragionamento si sviluppa lungo lo stesso tipo di argomentazione che aveva giustificato nelle motivazioni di Corte cost. ord. n. 207/18 cit. la primissima apertura all'ammissibilità di una circoscritta ipotesi di suicidio medicalmente assistito. In particolare – provando a cogliere il senso della riflessione del G.i.p. di Milano – per giustificare questo ulteriore “passo in avanti”, finalizzato ad ampliare la portata della scriminante procedurale anche al di fuori dei casi di dipendenza da trattamenti vitali, si osserva – sempre secondo le cadenze tipiche del giudizio di ragionevolezza/uguaglianza – che, se la *ratio* della legittimità dell'aiuto a morire è quella di evitare «un'attesa carica di sofferenza e dolore» derivante dall'interruzione di un trattamento *quoad vitam*, soprattutto laddove il soggetto rifiutasse la sedazione profonda, «analogia esigenza» sussisterebbe «nel caso in cui i trattamenti sanitari non sono attivi e non avrebbe alcuna utilità attivarli e pur tuttavia, per l'assenza del requisito», il paziente, ove «rifiuti le cure palliative e la sedazione profonda», in

³² Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 15. Nello stesso senso, Trib. Milano 21 giugno 2024, cit., 21-22. In dottrina, per questo argomento v. LAZZERI (2019), 200. Al rilievo sulle conseguenze “paradossali” cui conduce la previsione del requisito *sub c)* ROMANO (2022), 968, replica osservando come, nell'ipotesi considerata, «il trattamento di sostegno vitale che a quel punto diventasse necessario o medicalmente indicato segnerebbe in egual modo il livello di gravità raggiunto dalle condizioni del paziente» e ciò porterebbe a ritenere fondato il dubbio «se il trattamento debba per forza intendersi come già in corso» o se al requisito formale non possa ritenersi equivalente (come sembrerebbe l'A. stesso suggerire sul piano interpretativo) «una identica situazione sufficiente per attivarlo».

³³ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 13-14.

³⁴ Cfr. PIERGENTILI *et al.* (2024), 226.

³⁵ ROMANO (2022), 968.

³⁶ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 15.

³⁷ Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 22.

base alla disciplina oggi vigente «dovrebbe essere lasciato ad attendere la morte senza alcuna tutela per la sua dignità di uomo e per il carico di sofferenza che l'attesa comporta»³⁸.

Ora, sebbene nella stessa ordinanza in più passaggi il giudice milanese abbia ribadito che non esiste nel nostro ordinamento il diritto di morire come diritto generale e astratto a ottenere trattamenti terminali³⁹, è difficile non registrare un cambio di passo. Ed infatti, nelle motivazioni dell'ordinanza, la necessità di assecondare la richiesta di morte assistita del malato non dipendente da trattamenti vitali non sembra più giustificarsi semplicemente in base alla libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie (come aveva fatto Corte cost. n. 242/19). Piuttosto tale esigenza si fonda sull'esplicito riconoscimento del «diritto di autodeterminarsi nella fase terminale della vita *in modo rispettoso della propria dignità umana*»⁴⁰. È questa sottolineatura a fare la differenza.

Anche nella lettura accolta dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze assume una importanza centrale la violazione della dignità umana, sulla base dell'idea per cui «la prolungata attesa della morte» può comportare un «maggiore carico di sofferenza e di «pregiudizio» per i valori della persona», dovuto «alla «contemplazione ormai disperata della propria agonia» anche da parte dei propri cari»⁴¹. In proposito, sembrerebbe essere implicitamente evocata la concezione di Ronald Dworkin della dignità umana, laddove il giudice pone a fondamento dell'eccezione di costituzionalità una violazione dell'«interesse che il paziente può avere a lasciare di sé una certa immagine, coerente con l'idea che egli ha di sé»: interesse valorizzato come «forma di estrinsecazione della personalità», che troverebbe appunto un riconoscimento giuridico nella tutela della dignità umana, intesa «come rispetto della persona umana in quanto tale, nella sua dimensione soggettiva e nella dimensione della sua esperienza sensibile»⁴².

L'ultimo profilo di incostituzionalità della normativa censurata riguarda la sua non conformità al sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali della persona, rilevante come parametro interposto di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 Cost. Precisamente, si fa riferimento alla violazione degli artt. 2 e 8, nonché dell'art. 14, CEDU.

Ed infatti, per un verso, si rileva come una norma che subordini l'aiuto al suicidio di una persona capace di autodeterminarsi al requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale rappresenti «una compressione del diritto al rispetto della vita privata e familiare» ingiustificata, perché non «necessaria», rispetto «alla tutela del diritto alla vita», e sproporzionata, rispetto all'«interesse a morire della persona che abbia preso tale decisione in modo libero e consapevole»⁴³. Per altro verso, si afferma che una volta che la normativa statale ammetta, sia pure con i limiti indicati, la liceità del suicidio medicalmente assistito, «il godimento di tale libertà», ai sensi dell'art. 14 Cedu, dovrebbe essere «assicurato senza nessuna discriminazione»⁴⁴: tale dovendosi considerare quella derivante dalla previsione del requisito *sub c)*, integrato da una «condizione personale del tutto accidentale in quanto dipendente dalla tipologia di malattia»⁴⁵.

Orbene, a conclusione dell'articolato *iter* argomentativo sin qui analizzato, la giurisprudenza di merito tenta di compiere un ulteriore passo nel cammino ormai intrapreso verso la

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Vedi Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 9.

⁴⁰ Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 19 (corsivo aggiunto). In un altro passo dell'ordinanza, il G.i.p di Milano fa riferimento al diritto ad una «morte dignitosa» come aspetto del diritto ad una vita dignitosa, invocando espressamente l'insegnamento di Seneca, nelle Lettere a Lucillio: «*non vivere bonum est sed bene vivere*» (v. Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 10).

⁴¹ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 15.

⁴² Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 16. Cfr. DWORKIN (1994), 274 e 329 s. Sul punto, riteniamo opportuno evidenziare il fatto che il G.i.p. di Firenze ponga un argomento di matrice filosofica a sostegno dell'asserita violazione del principio di dignità ex art. 2 Cost. da parte della disciplina penale censurata. Il che conferma una tendenza riscontrabile con sempre maggiore frequenza nella prassi giurisprudenziale (soprattutto con riferimento a temi controversi della bioetica e del biodiritto) a «incorporare» nozioni di origine filosofica in argomentazioni giuridiche. Del resto, come ha ben illustrato FORNERO, (2023), 229, la complessa problematica del «fine vita», pur potendo essere studiata da una pluralità di angolazioni (giuridiche, sociologiche, politiche, biomediche, etc.), «non può fare a meno di incontrare l'etica e la bioetica e, a monte, la filosofia, che dell'etica e della bioetica costituisce la piattaforma teorica». Nello stesso senso, v. FIANDACA (2011), 1413, il quale esclude che discipline normative aventi ad oggetto materie eticamente sensibili possano mai presentare un carattere *neutrale*.

⁴³ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 17, in linea con l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, riconduce espressamente nell'ambito del «diritto al rispetto della vita privata» sancito dall'art. 8 Cedu anche «la libertà della persona di scegliere tempi e modi della propria morte». Nello stesso senso, v. Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 22, ove si afferma che «il diritto di scegliere di morire con dignità è ormai pacificamente considerato un aspetto della vita privata tutelato dall'art. 8 Cedu». Ed infatti, osserva il G.i.p. milanese, «secondo l'interpretazione evolutiva che ha determinato il progressivo ampliamento della portata dell'art. 8 Cedu, in linea con una graduale ma sempre più ampia affermazione del diritto di vivere nel modo più corrispondente alle proprie inclinazioni, per i giudici di Strasburgo le questioni di fine vita debbono più correttamente essere inquadrare invocando l'applicazione dell'art. 8 Cedu [...]».

⁴⁴ Trib. Firenze, 17 gennaio 2024, cit., 17.

⁴⁵ Trib. Milano, 21 giugno 2024, cit., 23.

liberalizzazione delle pratiche di fine vita, chiedendo al giudice costituzionale di aggiungere un altro tassello nella disciplina del suicidio assistito, al fine di correggerne le asimmetrie emerse nella prassi.

7.

La sentenza della Corte costituzionale, 1 luglio 2024, n. 135.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. come modificato dalla sentenza n. 242/19, è stata però dichiarata infondata dalla Corte costituzionale nella recentissima pronuncia n. 135 dell'1 luglio 2024, che ha respinto tutte le censure sollevate dal G.i.p di Firenze, con l'ord. del 17 gennaio 2024 cit., formulando tuttavia nel contempo una lettura estensiva della nozione di "trattamenti di sostegno vitale", idonea a ricomprendere una coorte di malati ammessi alle pratiche eutanasiche più ampia rispetto alla platea di soggetti originariamente ritagliata dalla Corte costituzionale in base al profilo tipologico di Fabiano Antoniani⁴⁶.

Dai passaggi più salienti della motivazione esce confermata la tesi interpretativa sul tema del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria espressa dalle precedenti decisioni sul caso Cappato e da Corte cost. n. 50 del 2022.

In particolare, Corte cost. n. 135/2024 prende le mosse da una "mappatura" del conflitto costituzionale, tracciando così l'orizzonte assiologico nel quale inquadrare la soluzione interpretativa accolta.

Per un verso, si mette in evidenza il valore apicale del diritto alla vita quale diritto fondamentale della persona, un diritto che occupa «nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata», in quanto appartiene «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» e rappresenta un «presupposto per l'esercizio di tutti gli altri diritti inviolabili»⁴⁷. Dal riconoscimento del valore preminente del diritto alla vita discende il corrispondente dovere dello Stato di assicurarne la tutela attraverso norme come l'art. 580 c.p., la cui *ratio* deve infatti essere ravvisata, anche secondo Corte cost. n. 135/24 cit. – come in precedenza rilevato dall'ord. n. 207/18 e dalla sent. n. 242/19 che vengono qui integralmente confermate – nella funzione di «proteggere la vita delle persone rispetto a scelte irreparabili che pregiudicherebbero definitivamente l'esercizio di qualsiasi ulteriore diritto o libertà, al fine di evitare che simili scelte», collegate a situazioni di difficoltà e sofferenza, «possano essere indotte [...] da terze persone, per le ragioni più diverse»⁴⁸.

Per altro verso, la Corte sottolinea come il nostro ordinamento costituzionale riconosca da tempo il diritto fondamentale del paziente, discendente dagli artt. 2, 13 e 32 comma 2 Cost., «a esprimere il proprio consenso informato a qualsiasi trattamento sanitario e, specularmente, a rifiutarlo», «e ciò anche quando» si tratti di «un trattamento necessario ad assicurare la sopravvivenza del paziente stesso». Tale diritto, «confermato altresì dall'art. 8 CEDU», ed espressamente tutelato a livello di legislazione ordinaria dall'«art. 1 della legge n. 219 del 2017», implica «la libertà di lasciarsi morire, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, mediante il rifiuto o la richiesta di interruzione» di trattamenti salva-vita⁴⁹.

Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale così delineato si reputa, dunque, irragionevole – secondo il giudizio già espresso dalle citate pronunce costituzionali sul caso Cappato e ribadito dalla stessa Consulta nella sentenza in esame – mantenere ferma l'operatività del divieto penale posto dall'art. 580 c.p. «anche nelle ipotesi di pazienti che abbiano già la possibilità – alla luce della legge n. 219 del 2017 – di porre termine alla propria esistenza attraverso il rifiuto delle cure necessarie per tenerli in vita»⁵⁰.

Questa la piattaforma in base alla quale la sentenza in esame respinge tutte le argomentazioni addotte dall'ordinanza del G.i.p di Firenze a sostegno dei quattro motivi di censura dell'art. 580 c.p. nella formulazione oggi vigente.

a) Innanzitutto, il primo profilo di incostituzionalità denunciato dal giudice *a quo*, verteva su una presunta violazione dell'art. 3 Cost. – derivante dalla previsione del requisito della dipendenza del malato da trattamenti di sostegno vitale – per l'irragionevole disparità di tratta-

⁴⁶ Corte cost. 1 luglio 2024, n. 135. In argomento, si veda DONINI, in corso di pubblicazione.

⁴⁷ Corte cost. n. 135/2024, *sub* § 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ V. Corte cost. n. 135/2024, *sub* § 6.1.

⁴⁹ Corte cost. n. 135/24, *sub* § 5.2.

⁵⁰ Corte cost. n. 135/2024, *sub* § 6.2.

mento cui sarebbero sottoposte situazioni di malattia e sofferenza sostanzialmente identiche.

Sul punto, la Corte rileva come la censura sia infondata perché in realtà «le due situazioni» poste a raffronto «sono differenti dal punto di vista della *ratio*: *ratio* che va ravvisata, ad avviso dei giudici costituzionali, nel fatto che «la Corte non ha riconosciuto un generale diritto di terminare la propria vita in ogni situazione di sofferenza intollerabile, fisica o psicologica, determinata da una patologia irreversibile, ma ha soltanto ritenuto irragionevole precludere l'accesso al suicidio assistito di pazienti che [...] già abbiano il diritto loro riconosciuto dalla legge n. 219 del 2017, in conformità all'art. 32, secondo comma, Cost., di decidere di porre fine alla propria vita, rifiutando il trattamento necessario ad assicurarne la sopravvivenza»⁵¹. Quindi, in altri termini, secondo la Corte, se tali soggetti non hanno quest'ultimo diritto, perché non sono tenuti in vita da trattamenti necessari per la loro sopravvivenza, non sarebbe giustificabile ammetterli al regime di non punibilità dell'assistenza medica al suicidio introdotto dalle sentenze costituzionali. Ecco perché «il requisito della dipendenza del paziente da trattamenti di sostegno vitale», ben lungi dal poter essere rimosso, «svolge, in assenza di un intervento legislativo, un ruolo cardine nella logica della soluzione adottata» dalla Consulta sul problema del suicidio assistito⁵².

Ebbene, quello sopra testualmente riportato rappresenta forse il passaggio più importante della motivazione di Corte cost. n. 135/24, in quanto espressivo della sua posizione di paternalismo moderato sul tema del fine vita: una posizione che, da un lato, nega esplicitamente l'esistenza di un diritto di morire del malato irreversibile e intollerabilmente sofferente e, dall'altro lato, giustifica la possibilità di una timida apertura al suicidio assistito – formalmente motivata da un rigoroso giudizio di irragionevolezza fondato sul *tertium* integrato dalla legge n. 219/2017 – soltanto per i pazienti «che già abbiano il diritto» di «lasciarsi morire semplicemente rifiutando» trattamenti *quoad vitam*⁵³.

b) Anche la seconda censura, rappresentata da una asserita violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente di cui agli artt. 2, 13 e 32 secondo comma Cost., viene respinta dalla Corte costituzionale, questa volta sul rilievo che il diritto fondamentale del paziente meritevole di tutela nelle situazioni di fine vita oggetto di sindacato costituzionale non si identificherebbe con la libertà di scegliere *come e quando* concludere la propria esistenza – come erroneamente ritenuto dal giudice rimettente, che ha invocato un più ampio concetto di autonomia della persona sulla propria esistenza – bensì costituirebbe più limitatamente pur sempre una proiezione, una specifica gemmazione, del diritto a rifiutare trattamenti medici, caratterizzandosi «primariamente come libertà “negativa” del paziente a non subire interventi indesiderati sul corpo e nel corpo, anche laddove tali interventi abbiano lo scopo di tutelare la sua salute e la sua stessa vita».

La sentenza costituzionale in commento lega quindi il tema del suicidio assistito a una nozione ristretta di “autodeterminazione terapeutica”, che risulta intimamente connessa «alla tutela della dimensione corporea della persona», e dunque della sua “integrità fisica”, «contro ogni ingerenza esterna non previamente consentita»⁵⁴. Da questa premessa consegue come risultati «eccessiva» e «costituzionalmente insostenibile» la compressione dell'autodeterminazione del paziente soltanto nella peculiare situazione connotata dai quattro requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale in materia.

Se questa, dunque, anche a parere della pronuncia in esame, rappresenta la soglia minima di tutela costituzionalmente imposta dei diritti fondamentali in gioco dinanzi ai problemi del fine vita, si comprende la conclusione cui perviene la sentenza secondo cui va escluso che «possa ravvisarsi, nella situazione normativa attuale, una violazione del diritto all'autodeterminazione» dei malati, dovendosi rimettere piuttosto all'esclusiva discrezionalità del legislatore, nell'ambito della cornice fissata dalla Consulta, «il compito di offrire una tutela equilibrata a tutti i diritti di pazienti che versino in situazioni di intensa sofferenza».

⁵¹ Corte cost. n. 135/2024, *sub* § 7.1.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ La soluzione compromissoria adottata dalla Corte costituzionale sul problema del suicidio assistito è considerata da DONINI (in corso di pubblicazione), espressiva di un atteggiamento di «cerchiobottismo», giustificato dalla necessità, sottolineata dalla stessa Corte, di rispettare le prerogative del Parlamento, al quale soltanto spetta il compito di individuare «il punto di equilibrio in astratto più appropriato» tra il diritto all'autodeterminazione del malato e le contrapposte istanze di tutela della vita umana.

⁵⁴ Corte cost. n. 135/24 cit., *sub* § 7.2.

c) In merito poi al terzo motivo di censura, relativo alla contrarietà al principio di tutela della dignità umana di una normativa che vieti di collaborare attivamente al suicidio di persone che, *sebbene non sottoposte a trattamenti vitali*, chiedano di morire, perché ugualmente afflitte da una malattia irreversibile carica di sofferenze intollerabili, la Corte sembrerebbe qui aver compiuto “un passetto indietro” rispetto alle conclusioni raggiunte nelle due pronunce sul caso Cappato.

Ed infatti, sebbene dichiarati di non essere insensibile alla nozione “soggettiva” di dignità cui si fa riferimento nell’ordinanza n. 207 del 2018, mette innanzitutto in evidenza l’esistenza di un nucleo “oggettivo” del concetto di dignità che di fatto coincide con il valore della vita umana e ne giustifica l’invulnerabilità: con le parole della Corte, «dal punto di vista dell’ordinamento, ogni vita è portatrice di una inalienabile dignità, indipendentemente dalle concrete condizioni in cui essa si svolga». In secondo luogo, critica apertamente l’interpretazione della nozione di dignità accolta nelle precedenti pronunce – le quali ne avevano valorizzato «senza equivoci» la «dimensione “soggettiva”», legata «alla visione del paziente relativa a ciò che rende una vita (ancora) degna di essere vissuta»⁵⁵ –, affermando che questa nozione di dignità finisca «per coincidere con quella di autodeterminazione della persona, la quale a sua volta evoca l’idea» (respinta invece dalla Corte in più passaggi della motivazione) «secondo cui ciascun individuo debba poter compiere da sé le scelte fondamentali che concernono la propria esistenza, incluse quelle che concernono la propria morte».

In breve, quindi, ove la dignità si identifichi, in linea con la suddetta interpretazione, con l’autodeterminazione personale, è necessario, ad avviso di questa Corte, che sia anch’essa sottoposta a «un bilanciamento a fronte del contrapposto dovere di tutela della vita umana»⁵⁶.

d) Infine, la Corte ha ritenuto infondato anche il quarto e ultimo motivo d’impugnazione dell’art. 580 c.p. incentrato sul rilievo, secondo cui l’opzione di condizionare la liceità del suicidio assistito al requisito *sub c)* comporterebbe una violazione dell’art. 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu, «implicando una interferenza nel diritto al rispetto della vita privata e familiare non funzionale, né tantomeno necessaria, alla tutela del diritto alla vita», e in ogni caso «non proporzionata rispetto all’obiettivo», e al contempo dando luogo a un regime giuridico tale da creare una discriminazione nel godimento di un diritto riconosciuto dalla Convenzione.

La risposta a quest’ultima censura è stata essenzialmente argomentata facendo leva sul «considerabile margine di apprezzamento» di cui dispongono gli Stati membri – come ribadito anche dalla recentissima sentenza, espressamente richiamata, della Corte EDU, Daniel Karsai contro Ungheria, del 13 giugno 2024 – in ordine al bilanciamento tra il diritto di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà, quale espressione del diritto al rispetto della propria vita privata, e le ragioni di tutela della vita umana. Ed è proprio questo margine di discrezionalità riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo a legittimare l’eventuale adozione da parte di uno Stato di «politiche restrittive, quanto alla regolamentazione di forme di assistenza al suicidio o di eutanasia»⁵⁷.

Inoltre, si osserva come le stesse motivazioni che avevano condotto la Corte costituzionale a respingere il primo profilo di incostituzionalità denunciato in merito all’art. 3 Cost., e incentrate sulla inesistenza della pretesa similitudine invocata dal giudice *a quo*, valgano a confutare le affermazioni su un presunto contrasto con il divieto di discriminazione posto dall’art. 14 CEDU: e ciò appunto perché, dovendosi riscontrare una *diversità sostanziale* tra le situazioni in cui è ammesso e quelle in cui è precluso l’accesso alla procedura del suicidio assistito, la limitazione dell’area di liceità dell’aiuto materiale al suicidio non può essere considerata né irragionevole, né discriminatoria.

⁵⁵ Così VIGANÒ (2022), 64.

⁵⁶ Corte cost. n. 135/24, cit., *sub* § 7.3. del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Cfr. Corte cost. n. 135/24, cit., § 7.4. del *Considerato in diritto*.

8. (Segue). L'interpretazione estensiva della nozione di "trattamento di sostegno vitale" proposta da Corte cost. 135/2024.

Queste dunque le argomentazioni principali che sorreggono la sentenza interpretativa di rigetto in esame, che, in fin dei conti, si limita sostanzialmente a confermare la tesi sul suicidio assistito accolta nelle precedenti decisioni costituzionali sul caso Cappato, allineandosi altresì, in merito al bilanciamento dei principi costituzionali confliggenti, all'atteggiamento estremamente cauto di *self-restraint* manifestato di recente dalla medesima Corte costituzionale nella sentenza n. 50 del 2022.

Se quindi non è rintracciabile alcuna affermazione di rilievo che non fosse già stata compiuta dalla Corte nelle precedenti pronunce (e semmai solo puntualizzazioni finalizzate a meglio illustrare e chiarire la posizione complessivamente assunta dalla nostra Consulta sul problema dell'aiuto a morire), la novità più rilevante della sentenza è invece rappresentata dall'adozione di una lettura estensiva della nozione di «trattamento di sostegno vitale», che ha come immediata conseguenza un parallelo ampliamento dell'area dei soggetti che potranno accedere al suicidio assistito.

Ed infatti, come si legge nel § 8 della sentenza, si possono definire «trattamenti di sostegno vitale, ai fini dell'applicazione dei principi statuiti dalla sentenza n. 242 del 2019», tutti quei trattamenti che si rivelino «in concreto necessari ad assicurare l'espletamento di funzioni vitali del paziente, al punto che la loro omissione o interruzione determinerebbe prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo»⁵⁸. Al pari dell'idratazione, dell'alimentazione o della ventilazione artificiali può dunque essere legittimamente rifiutato dal paziente (e quindi integrare la condizione *sub c*) della causa di non punibilità dell'aiuto al suicidio) «ogni trattamento sanitario praticato sul proprio corpo, indipendentemente dal suo grado di complessità tecnica e di invasività».

Sebbene la Corte non si esprima sulla possibilità di inquadrare come "trattamento di sostegno vitale" anche la semplice somministrazione di *terapie farmacologiche salvavita*, a nostro avviso, sembrerebbe implicito nella definizione che viene fornita un riferimento alla sotto-fattispecie del malato tenuto in vita grazie a un trattamento farmacologico, il cui dosaggio viene opportunamente calibrato sulla sua specifica condizione clinica (ipotesi che si verificava nel caso *Trentini*, nel quale una variazione pur se lieve del dosaggio anche di uno solo dei diversi farmaci somministrati avrebbe provocato la sua morte, o per arresto respiratorio, o per scompenso cardiaco).

Una importante puntualizzazione contenuta nella sentenza estende la nozione fino ad includere tutte «quelle procedure che sono normalmente compiute da personale sanitario [...]», ma che potrebbero essere svolte «anche da familiari o "caregivers" che si facciano carico dell'assistenza del paziente» e, a tal fine, apprendano le specifiche competenze richieste per l'espletamento di tali procedure. A titolo esemplificativo sono menzionate procedure come «l'evacuazione manuale dell'intestino del paziente, l'inserimento di cateteri urinari o l'aspirazione del muco dalle vie bronchiali», purché in concreto necessarie a garantire lo svolgimento delle funzioni vitali del malato⁵⁹.

Ora, la puntuale definizione di "trattamento di sostegno vitale" qui formulata consente sicuramente di includere nella nozione i casi in cui il malato dipenda dall'assistenza prestata da altre persone attraverso procedure mediche o paramediche, anche solo parzialmente invasive, del tipo di quelle espressamente indicate dalla Corte a mezzo degli esempi concreti riportati, mentre porterebbe ad escludere dalla portata del requisito i casi nei quali l'assistenza consista nell'offrire un aiuto fisico a deambulare (cioè nel sorreggere in piedi il malato che tenta di camminare) o a mangiare, perché in queste ipotesi non sarebbe possibile riscontrare una procedura «la cui esecuzione richiede particolari competenze, oggetto di specifica formazione professionale», che potrebbero anche essere «apprese da familiari o caregivers».

In proposito, una parte della dottrina rileva come si possa cogliere una «contraddizione

⁵⁸ Corte cost. n. 135/24, cit., § 8 del *Considerato in diritto*. Sul punto, la Corte costituzionale sembrerebbe recepire la tesi di ROMANO (2022), 966-967, secondo cui i giudici costituzionali, nella sentenza n. 242/2019, «avendo a mente, in particolare, le conclusioni di dolorose vicende del recente passato», con la locuzione "trattamenti di sostegno vitale" avrebbero fatto riferimento «a trattamenti sanitari indispensabili per garantire la sopravvivenza del paziente, cioè per assicurarne le funzioni vitali, ossia a macchinari, strumentazioni o farmaci, il cui venir meno provocherebbe il decesso in tempi, se non immediati, almeno brevi».

⁵⁹ Corte cost. n. 135/24, cit., § 8.

interna alla motivazione» della Consulta in merito al ruolo riconosciuto al requisito dei trattamenti di sostegno vitale nella logica del regime di non punibilità introdotto dalla sentenza n. 242/19. Ed infatti, da un lato, si attribuisce al presupposto in questione la funzione di «parametro restrittivo» dell'area della non punibilità dell'aiuto al suicidio, al fine di arginare una «ingerenza paralegislativa» della Corte nella materia del fine vita; dall'altro lato, si propone però una lettura della nozione di trattamento di sostegno vitale (che come si è detto include persino il semplice impiego di cateteri urinari) talmente estesa da legittimare il sospetto che, in realtà, la vera *ratio* giustificatrice della soluzione complessivamente adottata sia una esigenza non più differibile di «protezione di diritti fondamentali del malato»⁶⁰.

Si ritiene poi che la Consulta abbia fatto un altro «passetto in avanti»⁶¹, quando afferma l'equivalenza tra la situazione del paziente già sottoposto a trattamenti di sostegno vitale di cui può pretendere l'interruzione e quella di chi rifiuti *a priori* simili trattamenti, giudicati in base a valutazioni mediche necessari a garantirne la sopravvivenza: in entrambe le ipotesi, alla stregua dei principi costituzionali e della legge n. 219 del 2017, il «malato ha il diritto di scegliere di congedarsi dalla vita con effetti vincolanti nei confronti dei terzi» e ha il diritto di accedere alla pratica del suicidio assistito⁶².

Viene così respinta anche l'obiezione relativa a una presunta limitazione della libertà del paziente, come conseguenza «paradossale» della disciplina introdotta dalla sentenza n. 242/19, che avrebbe indotto il malato ad accettare di sottoporsi a trattamenti di sostegno vitale – pur volendoli rifiutare perché invasivi – al solo fine di creare le condizioni per l'accesso al suicidio assistito. La risposta della Corte sul punto quindi chiarisce che ciò che conta ai fini della sussistenza del requisito *sub c*) è che il malato si trovi in una condizione clinica per la quale è medicalmente indicata, sulla base di una valutazione diagnostica, l'applicazione di un trattamento di sostegno vitale, a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia già stato concretamente predisposto al momento della richiesta di assistenza al fine vita.

Conclusivamente, alla luce del percorso argomentativo sin qui illustrato nei suoi passaggi essenziali, e guardando alla complessiva evoluzione della recente giurisprudenza costituzionale sul tema del fine vita, emerge come la Corte costituzionale abbia sostanzialmente confermato nella sentenza n. 135/2024 l'orientamento in tema di suicidio assistito accolto nelle sue precedenti pronunce ma, nel contempo, procedendo secondo la logica di progressivi aggiustamenti incrementali, sia riuscita a realizzare un ulteriore (sia pur esiguo) ampliamento dell'area di liceità dell'aiuto a morire, mostrando così una sensibilità favorevole ad accogliere rivendicazioni di libertà provenienti da malati afflitti da sofferenze insopportabili che vivono in condizioni avvilenti e degradanti.

Non appare infondata, dunque, l'impressione che l'atteggiamento complessivamente assunto sul problema del fine vita, sotto le apparenze di una formale apertura verso istanze di matrice liberale vicine a concezioni ispirate a un antipaternalismo moderato, mascheri in realtà prevalentemente reazioni emotive di compassione verso la categoria dei soggetti che aspirano alla pratica del suicidio assistito.

Quali che siano le vere ragioni alla base della posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale, il dato che si ritiene opportuno evidenziare è che, in definitiva, dalla lettura di tutti i pronunciamenti costituzionali sembrerebbe potersi evincere l'abbandono del paradigma della indisponibilità tendenzialmente assoluta della vita umana e la graduale accettazione di un principio di disponibilità «relativa» e «condizionata», subordinata cioè a determinate condizioni legate a un preciso contesto di malattia e sofferenza.

Se si condivide questa affermazione e se, come ha ben messo in evidenza una parte della dottrina, «il vero fondamento» dell'uso di «poteri paralegislativi» da parte della Consulta sul problema del fine vita è individuabile nella protezione di diritti fondamentali del malato – tra i quali riveste una posizione preminente il «diritto di essere liberato dalle sofferenze»⁶³ e di autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche relative alla fase terminale in modo conforme alla propria visione della dignità nel morire – l'unica opzione costituzionalmente accettabile, sulla base delle stesse ragioni che hanno via via guidato i «passi» già compiuti dalla Corte, dovrebbe, anche a nostro avviso, essere quella di eliminare il requisito della dipendenza da trattamenti di sostegno vitale dal novero dei presupposti della causa di non punibilità del suicidio assistito.

⁶⁰ Il rilievo è di DONINI, in corso di pubblicazione.

⁶¹ L'espressione è di PUGIOTTO (2024), 8.

⁶² Cfr. Corte cost. n. 135/24, cit., § 7.2.

⁶³ Cfr. DONINI, in corso di pubblicazione.

Bibliografia

BORSELLINO, Patrizia (2020), “La sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019: presupposti, punti fermi e questioni aperte”, in D’ALESSANDRO, Giovanni e DI GIOVINE, Ombretta (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (Torino, Giappichelli), pp. 39-58.

CANESTRARI, Stefano (2020), “Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell’art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale”, in D’ALESSANDRO, Giovanni e DI GIOVINE, Ombretta (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (Torino, Giappichelli), pp. 77-103.

CANESTRARI, Stefano (2021), *Ferite dell’anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale* (Bologna, Bononia University Press).

DONINI, Massimo (2020), “Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male”, in D’ALESSANDRO, Giovanni e DI GIOVINE, Ombretta (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (Torino, Giappichelli), pp. 205-236.

DONINI, Massimo, “Cerchiobottismo e aperture flessibili per le anime prigioniere”, *in corso di pubblicazione*.

DWORKIN, Ronald (1994), *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia, e libertà individuale* (Milano, Edizioni di Comunità).

FEINBERG, Joel (1986), *The Moral limits of the Criminal Law*, vol. III, *Harm to self* (New York-Oxford, OUP).

FIANDACA, Giovanni (2011), “I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1383-1414.

FIANDACA, Giovanni (2020), “Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?”, in D’ALESSANDRO, Giovanni e DI GIOVINE, Ombretta (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (Torino, Giappichelli), pp. 265-284.

FORNERO, Giovanni (2023), *Il diritto di andarsene. Filosofia e diritto del fine vita tra presente e futuro*, (Milano, Utet).

LAMARQUE, Elisabetta (2009), “La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni”, in *www.astrid-online.it*, pp. 1-16.

LAZZERI, Francesco (2019), “La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio “medicalizzato”. La tutela del malato irreversibile e sofferente nell’ord. 207/2018 e le ragioni per un’ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)”, in MARINI, Francesco Saverio, e CUPELLI, Cristiano (eds.), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 181-204.

LAZZERI, Francesco (2020), “A che punto è la notte? La liceità dell’aiuto al suicidio, oltre Dj Fabo: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini”, in *Sistema penale*, 14 settembre 2020.

MANIACI, Giorgio (2012), *Contro il paternalismo giuridico* (Torino, Giappichelli).

MANTOVANI, Ferrando (2006), “Biodiritto e problematiche di fine della vita”, in *Criminologia*, pp. 57-90.

MASSARO, Antonella e GROSSI, Lorenza (2024), “La progressiva “destrutturazione giurisprudenziale” del suicidio medicalmente assistito: una nuova questione di legittimità costituzionale sull’art. 580 c.p.”, in *Sistema penale* 3/2024, pp. 5-30.

MASSARO, Antonella (2020), “La dipendenza da trattamenti di sostegno vitale nelle procedure di suicidio medicalmente assistito: ridescrizione o interpretatio abrogans? Note a margine della sentenza di assoluzione di Marco Cappato e Mina Welby nel caso Trentini”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 9, pp. 1-13.

PIERGENTILI, Francesca, RUGGERI, Antonio, VARI, Filippo (2024), “Verso una “liberalizzazione” del suicidio assistito? (Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze)”, in *Dirittifondamentali.it*, Fasc. 1, pp. 219-239.

PUGIOTTO, Andrea (2024), “Il passetto della Consulta? Ma la libertà è un'altra cosa”, ne *l'Unità*, 20 luglio 2024, p. 8.

RISICATO, Lucia (2019), “L'incostituzionalità “differita” dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato”, in MARINI, Francesco Saverio, e CUPELLI, Cristiano (eds.), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 289-306.

RISICATO, Lucia (2023), “La scelta di morire come atto di libertà. Leggendo “Il diritto di andarsene” di Giovanni Fornero”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1617-1628.

ROMANO, Mario (2022), “Fine vita e suicidio assistito. Dalla Corte costituzionale a una disciplina legislativa. Il disegno di legge n. 2553”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 949-973.

TIGANO, Vincenzo (2020), “Il divieto di accanimento terapeutico nella sfera del diritto penale: obblighi di garanzia del medico, autodeterminazione del paziente e rischio consentito”, in *Consulta Online*, fasc. I, pp. 12-33.

VALLINI, Antonio (2020), “Il tempo giusto del saluto. La Consulta, la libertà di suicidarsi, la vulnerabilità del suicida, i limiti del diritto penale”, in D'ALESSANDRO, Giovanni e DI GIOVINE, Ombretta (eds.), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani* (Torino, Giappichelli), pp. 447-462.

VIGANÒ, Francesco (2008), “Riflessioni sul caso di Eluana Englaro”, in *Diritto penale e processo*, pp. 1035-1041.

VIGANÒ, Francesco (2022), “Il principio di laicità e le recenti sentenze della Corte costituzionale in materia di aiuto al suicidio e favoreggiamento della prostituzione”, in CADOPPI, Alberto, et al. (eds.): *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale* (Bologna, Bologna University Press), pp. 51-72.

Precetti, rimedi e sanzioni: la presunzione di innocenza dal d.lgs. n. 188 del 2021 alle “riforme Nordio”

Preceptos, recursos y sanciones: la presunción de inocencia desde el decreto legislativo nº 188 de 2021 hasta las “reformas Nordio”

Rules, Remedies, and Sanctions: The Presumption of Innocence from Legislative Decree No. 188 of 2021 to the “Nordio Reforms”

ANDREA ZAMPINI

*Assegnista di ricerca in procedura penale presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Assistente di studio presso il Consiglio superiore della magistratura
 andrea.zampini@uniurb.it*

PRESUNZIONE DI INNOCENZA, DIRITTI
 PROCESSUALI FONDAMENTALI

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA,
 DERECHOS PROCESALES
 FUNDAMENTALES

PRESUMPTION OF INNOCENCE,
 FUNDAMENTAL PROCEDURAL RIGHTS

ABSTRACTS

La presunzione di innocenza rappresenta un principio cardine del sistema penale, garantito – tra le altre fonti superprimarie – dall’art. 27, comma 2, Cost. e dall’art. 6 § 2 CEDU. Tale principio impone che nessun individuo sia considerato colpevole fino alla condanna definitiva, il che ha effetti non solo nelle dinamiche processuali penali, ma anche in quelle sociali. Il d.lgs. n. 188 del 2021, recependo in “prima battuta” la direttiva UE/2016/343, ha vietato indicazioni pubbliche di colpevolezza da parte delle «autorità pubbliche», imponendo rettifiche obbligatorie e prevedendo rimedi animati dalla volontà di “ripristinare” la presunzione. Le recenti “riforme Nordio” – la l. n. 114 del 2024, e il d.lgs. n. 198 del 2024, in “seconda battuta” attuativo della direttiva UE/2016/343 – hanno limitato la divulgazione di alcuni atti del procedimento, nella convinzione che ciò aumenti gli standard di tutela per la presunzione di innocenza. In questo panorama, il ruolo dei *media* e il bilanciamento con il diritto all’informazione restano temi controversi. Questo studio analizza la disciplina vigente, i rimedi approntati e le prospettive future della presunzione, sottolineando l’importanza di un adeguato equilibrio tra la tutela dell’imputato e il credibile operato del sistema giudiziario.

La presunción de inocencia es un principio fundamental del sistema penal, garantizado –entre otras fuentes primarias– por el artículo 27, § 2, de la Constitución italiana y el artículo 6 § 2 del CEDH. Este principio establece que ninguna persona puede ser considerada culpable hasta que haya sido condenada de manera definitiva, lo cual produce efectos no solo dentro del proceso penal, sino que también en la sociedad. El Decreto Legislativo n.º 188 de 2021, al implementar en primera instancia la Directiva (UE) 2016/343, prohibió las manifestaciones públicas de culpabilidad por parte de funcionarios públicos, imponiendo rectificaciones obligatorias y estableciendo recursos para restablecer la presunción de inocencia. Las recientes “reformas Nordio” – la Ley n.º 114 de 2024 y el Decreto Legislativo n.º 198 de 2024, este último presentado como una medida de desarrollo de la Directiva UE 2016/343 – han restringido la divulgación de actuaciones judiciales, bajo la convicción de que esto refuerza los estándares de protección de la presunción de inocencia. En este contexto, el papel de los medios de comunicación y el equilibrio con el derecho a la información siguen siendo temas controvertidos. Este estudio analiza la normativa vigente, los recursos disponibles y las perspectivas futuras de la presunción de inocencia, subrayando la importancia de un equilibrio entre la protección de la persona imputada y la credibilidad del sistema judicial.

The presumption of innocence is a cornerstone principle of the criminal justice system, enshrined – among other primary sources – in Article 27, § 2, of the Italian Constitution and Article 6, § 2 of the ECHR. It mandates that no individual can be considered guilty until a final conviction, producing effects not only within criminal proceedings but also in society. Legislative Decree No. 188 of 2021, which initially implemented EU Directive 2016/343, prohibits public officials from making statements that suggest guilt, while imposing mandatory corrections and establishing remedies aimed at restoring the presumption of innocence. The recent “Nordio reforms” – Law No. 114 of 2024, and Legislative Decree No. 198 of 2024, the latter serving as a second step in the implementation of EU Directive 2016/343 – have restricted the disclosure of certain procedural documents, on the assumption that this will enhance protection standards for the presumption of innocence. In this context, the role of the media and the balance with the right to information remain contentious issues. This paper examines the current legal framework, available remedies, and future perspectives of the presumption of innocence, emphasising the importance of balancing the protection of the accused with the credibility of the judicial system.

SOMMARIO

1. La presunzione di innocenza come regola per il “trattamento sociale” dell’imputato. – 2. Le dichiarazioni pubbliche delle autorità pubbliche. – 3. Le dichiarazioni del pubblico ministero: divieti... – 4. (segue) ed effetti collaterali della legge Nordio? – 5. Le dichiarazioni del pubblico ministero: norme pedagogiche. – 6. I rimedi contro le dichiarazioni “colpevoliste” delle autorità: la richiesta di rettifica. – 7. La tutela cautelare d’urgenza. – 8. I provvedimenti “colpevolisti” dell’autorità giudiziaria. – 9. (segue) I rimedi. – 10. Le conseguenze dell’iscrizione nel registro delle notizie di reato. – 11. Riflessi deontologici e disciplinari per i magistrati. – 12. Il ruolo del sistema dell’informazione. – 13. Limiti alla divulgazione degli atti. – 14. Bilanci e prospettive.

1.

La presunzione di innocenza come regola per il “trattamento sociale” dell’imputato.

L’etimologia del termine “considerare” suggerisce una valutazione di ampio respiro: l’osservazione degli astri fatta per trarre auspici – *cum sideris* – implica l’esame di qualcosa nel suo in sé e nella sua relazione col resto del mondo¹. In questo senso, nell’art. 27, comma 2, Cost. l’imputato non è *considerato* colpevole sino alla condanna definitiva.

Certo, l’immediato obiettivo dei Costituenti risiedeva nella creazione di una fondamentale regola di trattamento per l’ordinamento processuale penale². L’aggettivo utilizzato dall’art. 27 Cost. postula che nessuna anticipazione di pena è ammissibile nei confronti di chi non abbia visto la propria colpevolezza irrevocabilmente accertata.

Certo, l’art. 27, comma 2, Cost. indica allo stesso tempo una regola di giudizio³. Presumere l’innocenza implica che l’ipotesi da verificare sia la colpevolezza e che il rischio della mancata prova al di là di ogni ragionevole dubbio resti a carico del pubblico ministero, il quale assume l’iniziativa di dimostrare l’esistenza di un fatto di reato tipico, antiggiuridico, colpevole e punibile⁴.

Ma il precetto dovrebbe essere letto nel senso di non ritenere colpevole un indagato o un imputato anche oltre i confini segnati dal rito penale, affermando una vera e propria regola di “trattamento sociale”⁵.

Una simile sintonizzazione interpretativa ha, peraltro, la stessa lunghezza d’onda delle fonti sovranazionali che si interessano della materia⁶. L’art. 6 § 2 C.e.d.u. afferma che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». Come chiarito a più riprese dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la presunzione in parola rientra nel più ampio concetto di “equo processo” rilevante ai sensi dell’art. 6 C.e.d.u.⁷. Una formulazione affine a quella dell’art. 14 § 2 Patto internazionale sui

¹ Si tratta di un’etimologia dibattuta. Molto popolare, suggestiva e coerente con l’importanza dell’astrologia nell’antichità è la ricostruzione che fa derivare il lemma dal binomio *cum-sideris* (ablativo di *sidus*, “stella”), con il significato originario di “osservare gli astri” per trarne auspici (*Oxford English Dictionary*, alla voce «consider: «a. F. considérer (14th c. in Littré), ad. L. considerare to look at closely, examine, contemplate, f. con- + a radical (found also in de-siderare: to miss, desire), according to Festus, derived from sidus, sider- star, constellation. The vb. might thus be originally a term of astrology or augury, but such a use is not known in the Lat. writers»). Altri approcci mettono in discussione questa ipotesi, suggerendo una connessione con il lessico della caccia: *considerare* potrebbe significare “dirigere il proprio dardo verso un bersaglio” (dal protoitalico *sīpos*, “segno, obiettivo”: de Vaan, *Dictionary of Latin and the other Italic Languages*, Brill, 2008).

² FERRAJOLI (2011), p. 559.

³ Si tratta di un principio che “fonda” il processo *adversarial*, in cui «non v’è, come per la metodologia di tipo inquisitorio, il problema della verifica della tesi della colpevolezza, in quanto tesi preconcepita, di partenza, ma tutt’al’opposto, un problema di accertamento, attraverso la dialettica del contraddittorio, che ha un passaggio obbligato e un ostacolo fondamentale, nel senso che la condanna può seguire soltanto al superamento, sul piano delle valutazioni probatorie, della presunzione di non colpevolezza», così PISANI (1965), p. 1. Che «il fine supremo della procedura penale» sia «la punizione del reo e ad un tempo la pace e la sicurezza dell’innocente» è sostenuto da STOPPATO (1893), pp. 319 e 321. Per una ricostruzione complessiva delle variegate posizioni primonovecentesche sul principio, v. MILETTI (2019), p. 199 ss.; ORLANDI (2006), p. 293 ss.; CATERINI (2017), pp. 101-103.

⁴ ILLUMINATI (1979), p. 87.

⁵ VIGONI (2023), p. 230, parla di «consapevolezza del valore sociale della presunzione, e della sua potenza espansiva anche all’esterno del processo penale, nella direzione di scongiurare condizionamenti nell’opinione pubblica derivanti dal credere nella colpevolezza della persona indagata o imputata ed evitare il riflesso pregiudizio che ne deriva anche nel processo».

⁶ Oltre a quelle richiamate, di seguito, in testo, merita di essere ricordato l’art. 66 § 1 Statuto della Corte penale internazionale del 1998, secondo cui «chiunque è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia dimostrata dinanzi alla Corte, in conformità con la legislazione applicabile», collegando tale previsione anche allo spostamento dell’onere probatorio sul procuratore, previsto al § 2, e al principio del ragionevole dubbio, stabilito nel § 3.

⁷ Corte eur., Deweer c. Belgio, 27 febbraio 1980, § 56; Corte eur., Minelli c. Svizzera, 25 marzo 1983, § 27; Corte eur., Allenet de Ribemont c. Francia, 10 febbraio 1995, § 35; Corte eur., Worm c. Austria, 29 agosto 1997, § 50; Corte eur., Daktaras c. Lituania, 10 ottobre 2000, § 41; Corte eur., Poncelet c. Belgio, 30 marzo 2010, § 49; Corte eur., Garycki c. Polonia, 6 febbraio 2007, § 66.

diritti civili e politici del 1966, dell'art. 11 § 1 Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 e dell'art. 48 della Carta di Nizza secondo cui, rispettivamente, «ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente», «ogni individuo accusato di un reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie necessarie per la sua difesa», «ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata»⁸.

Le locuzioni adottate dalle fonti internazionali e dalla Costituzione implicano valutazioni non perfettamente coincidenti: l'una è positiva, l'altra è negativa⁹. In linea teorica, «altro è dire che l'accusato non si deve ritenere colpevole, altro è dire che lo si deve presumere innocente»¹⁰. Peraltro, la negazione utilizzata dalla Costituzione è passiva¹¹; il che legittima letture differenziate dei concetti di «non considerare colpevole» e «considerare non colpevole»¹²: «nel primo caso l'ordinamento sospende qualsiasi valutazione in attesa dell'esito del processo, mentre nel secondo compie una valutazione negativa, benché provvisoria»¹³.

Sotto diverso profilo, poi, la colpevolezza «provata legalmente» ai sensi dell'art. 6 C.e.d.u. potrebbe essere rappresentata da una decisione ancora «provvisoria», mentre la Costituzione si riferisce inequivocabilmente alla condanna irrevocabile¹⁴.

Dal punto di vista ermeneutico, attraverso una lettura congiunta delle fonti superprimarie, si impone oggi di avere riguardo alla disposizione che segna il perimetro di tutela più ampio¹⁵. Così, l'art. 6 § 2 C.e.d.u. determina un punto di non ritorno interpretativo della clausola presente all'art. 27, comma 2, Cost., e viceversa. È l'innocenza a dover essere presunta (art. 6 C.e.d.u.) fino al sopraggiungere di una condanna definitiva (art. 27, comma 2, Cost.)¹⁶.

D'altronde, proprio alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si deve il rinnovato interesse per un tema che, almeno nel nostro ordinamento, aveva perso d'attualità. I giudici di Strasburgo hanno elaborato nel tempo un *corpus* giurisprudenziale che definisce il significato e la portata della presunzione di innocenza sancita dall'art. 6 § 2 C.e.d.u.

Oltre alle decisioni che hanno precisato aspetti squisitamente processuali¹⁷ e «ordinamen-

⁸ Per un riferimento specifico al rapporto tra presunzione di innocenza e mondo dell'informazione si rinvia alla Raccomandazione Rec(2003)13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (su cui v. SACCUCCI (2003), p. 1314 ss.), che al principio 2 sancisce che «il rispetto del principio della presunzione di innocenza costituisce parte integrante del diritto ad un giusto processo. Ne consegue che pareri e informazioni relativi a procedimenti penali in corso dovrebbero essere comunicati o diffusi dai mezzi di comunicazione soltanto se ciò non pregiudica la presunzione di innocenza della persona sospettata o imputata di un reato». Sul punto v. anche SAMMARCO (2021), p. 944.

⁹ Nella seduta del 17 settembre del 1946, la I sottocommissione aveva approvato un testo diverso, che faceva espressamente riferimento ad una «presunzione d'innocenza», attraverso una formula positiva che fu poi il comitato di redazione, per motivi non documentati, a modificare nei termini che oggi leggiamo (cfr. i lavori della I Sottocommissione della Commissione dei Settantacinque, seduta 17 settembre 1946, consultabili in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Camera dei Deputati, p. 360 ss.). In dottrina, alcune voci autorevoli considerano sostanzialmente equivalenti le locuzioni: CORDERO (2012), p. 471, ritiene si tratti di «pura questione d'enfasi: «innocente» equivale a «non colpevole»; in termini analoghi v. VIGONI (2023), p. 232. Ritengono sostanzialmente sovrapponibile la portata delle locuzioni anche PAULESU (2009), p. 57, secondo cui «la natura sostanzialmente «ideologica» della presunzione la pone al riparo da interpretazioni troppo legate al dato testuale e che rischiano di indebolirla»; e GAROFOLI (1998), p. 1168 ss. DOMINIONI (1991), pp. 193-194, analizza i lavori della Costituente rilevando che anche dopo l'approdo alla formulazione attuale «in tutti gli interventi si continua a parlare di «presunzione di innocenza» e chi si dichiara contrario al principio non esita a riconoscere l'equivalenza di significato delle due formule [non colpevolezza e innocenza, n.d.a.]; inoltre, ed è quel che più conta, l'individuazione delle conseguenze pratiche del principio è orientata, semmai, sulla sua più intensa esplicazione». Sul dibattito in Assemblea Costituente relativo alla formula da utilizzare v. anche NOBILI (1978), p. 846; MARZADURI (2010), p. 311.

¹⁰ Già Ludovico Mortara distingue in tal senso, in un discorso al Senato del 5 marzo 1912. Secondo alcuni, infatti, la «non colpevolezza» disegna un perimetro comprensivo anche della sussistenza di cause di giustificazione o dell'insussistenza dell'elemento psicologico del reato, non ricomprese nell'«innocenza» (FIORIO (2007), p. 127; GIUNCHEDI (2007), p. 65).

¹¹ Di «imprecisione del segno normativo» e di «un'inconcludente enunciazione retorica» parla ILLUMINATI (1979), p. 12 e p. 21.

¹² FERRUA (1999), p. 227, nt. 110. V. anche: PAULESU (2009), p. 59; GHIARA (1974), p. 72 ss.; GAROFOLI (1998), p. 1169.

¹³ PASCUCCI (2023), p. 3.

¹⁴ A sottolineare come la Costituzione sia più nitida nell'individuare la *deadline* della presunzione è ORLANDI (2022), p. 634 ss.

¹⁵ PAULESU (2009), p. 57; MAZZA (2019), p. 2; da ultimo, v. PASCUCCI (2023), p. 2, il quale a nt. 8 rileva come i concetti di innocenza e non colpevolezza sono utilizzati come sinonimi nelle traduzioni ufficiali di alcune fonti normative europolitane, nonché VIGONI (2023), p. 233: «un'interpretazione restrittiva volta a ridurre l'ambito applicativo della presunzione non potrebbe essere accreditata nel nostro ordinamento dato l'esplicito tenore letterale dell'art. 27, comma 2, Cost. e stante la clausola di non regressione espressa nell'art. 13 della direttiva». *Contra*, FERRUA (2021).

¹⁶ Peraltro, conviene ricordare che a mente dell'art. 53 C.e.d.u. nessuna disposizione della Convenzione «deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

¹⁷ Oltre alle decisioni citate *supra*, nt. 7, in Corte eur., 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, la Corte ha ribadito due principi fondamentali del giusto processo: l'onere della prova gravante sull'accusa e l'*in dubio pro reo*. La connessione con la presunzione di innocenza si deve alle violazioni relative al pregiudizio di colpevolezza del giudice e al suo atteggiamento parziale nella valutazione delle prove. Si tratta di conclusioni poi confermate da copiosa giurisprudenza convenzionale.

tali¹⁸ della presunzione, un importante riflettore è stato acceso dalla Corte europea sul ruolo delle dichiarazioni pubbliche delle autorità “statali”¹⁹. Si tratta di un filone giurisprudenziale nel tempo arricchitosi nella casistica, ma rimasto coerente nella sostanza: le autorità pubbliche non possono esprimere giudizi di colpevolezza prima di una sentenza di condanna definitiva²⁰.

Che il principio non permei soltanto la materia penale in senso stretto è confermato, poi, dalle decisioni che ritengono lesiva dell’art. 8 C.e.d.u. la condotta di chi – fuori dal procedimento penale e privo di responsabilità istituzionali – postuli la colpevolezza dell’imputato in assenza di uno stabile approdo giudiziario²¹.

E il legislatore europeo si è mosso sulla strada battuta dalla Corte di Strasburgo nell’approvare la direttiva 343/2016/UE.

È da questo panorama di norme costituzionali e sovranazionali che ricaviamo la regola aurea da adottare nella discussione pubblica intorno alle vicende criminali: non solo è necessario evitare un prematuro giudizio di colpevolezza, ma è doveroso presumere effettivamente l’innocenza. Nel rispetto delle coordinate appena considerate, essa può essere declinata in modo differente a seconda dei contesti interessati.

I soggetti del procedimento penale e le autorità pubbliche, espressione dell’autorità statale, dovrebbero essere vincolati alla rigida osservanza della presunzione di innocenza sino alla soglia fissata dall’art. 27 Cost. Del pari, altri soggetti chiamati professionalmente a dare conto di un procedimento penale dovrebbero rispettare il principio sino allo stesso traguardo, e dovrebbero essere costretti alla rettifica e sanzionati là dove trasgrediscono.

Non si tratta, crediamo, di una visione “idealizzata” della presunzione, ma di una fondamentale questione di civiltà²². Accogliere linee di indirizzo differenti crea intollerabili ripercussioni nei confronti di chi, secondo le modalità inderogabilmente fissate dall’ordinamento, sarà ritenuto autore di un reato; ma soprattutto nei confronti di chi uscirà indenne dall’accertamento processuale, considerato con Adrien Decourcelle che l’inchiesta è «un bagno che talvolta lava un colpevole, ma che sempre macchia un innocente»²³.

In fondo, sul versante processuale, nessun accertamento cui l’imputato non intenda rinunciare è superfluo, nessuna ipotesi accusatoria è fatalmente destinata a cristallizzarsi nel giudicato. Per lo stesso motivo, sul versante sociale, ogni valutazione sulle vicende ancora oggetto di scrutinio giudiziario deve attenersi alla massima prudenza nelle valutazioni.

Come tutte le presunzioni legali, anche quella di innocenza comporta l’inferenza di un fatto (l’innocenza, appunto) al ricorrere di una condizione obiettiva (l’assenza di un giudicato di condanna). Dal punto di vista sociale, perché questa presunzione non tramodi in ipocrisia, è cruciale che la collettività vi creda. Affinché ciò avvenga è essenziale che la regola sia rispettata in primo luogo dalle istituzioni e dagli operatori dell’informazione.

Un simile approccio, in alcuni casi, ha ricadute controintuitive²⁴. La mancata archiviazio-

¹⁸ In Corte eur., Grande Camera, 12 giugno 2013, *Allen c. Regno Unito*, la Corte ha stabilito che la presunzione di innocenza continua a proteggere anche il prosciolto, in procedimenti successivi e diversi da quello penale, come quelli relativi alle richieste di riparazione per ingiusta detenzione. In particolare, si è ritenuta incompatibile con l’art. 6 § 2 C.e.d.u. la negazione del risarcimento in base all’insinuazione che la richiedente fosse comunque “probabilmente colpevole”. In Corte eur., Grande Camera, 11 giugno 2024, *Nealson e Hallam c. Regno Unito*, si è riaffermata l’illegittimità del diniego della riparazione in base alla mancata dimostrazione della “completa innocenza” dei richiedenti. Né va dimenticato che il principio si applica anche nei procedimenti amministrativi e civili legati a fatti penalmente rilevanti: Corte eur., Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia*, ha ritenuto che la confisca disposta in assenza di una condanna violi la presunzione di innocenza.

¹⁹ Nel caso *Alenet de Ribemont v. Francia* (1995), i giudici della Convenzione hanno ritenuto che le affermazioni pubbliche di un alto funzionario di polizia in relazione alla responsabilità di un sospetto mandante di un omicidio – addirittura prima della celebrazione del processo – costituissero una violazione dell’Articolo 6 § 2, C.e.d.u. Sul tema, in generale, v. CASIRAGHI (2008), p. 209 ss.; CHIAVARIO (2000), c. 209 ss.; TAMIETTI (2002), p. 377 ss.; PULITO (2022), p. 125 ss.

²⁰ Si rinvia alla giurisprudenza citata *infra*, § 2.

²¹ Corte eur., 24 aprile 2008, *Ismoilov e altri c. Russia*, § 160. Corte eur., 7 maggio 2019, *Mityanin e Leonov c. Russia*, §§ 102 e 105, dove la Corte afferma che nel caso in cui vengano in rilievo dichiarazioni contrastanti con la presunzione di non colpevolezza da parte di giornalisti, in virtù dell’art. 8 C.e.d.u. graverebbe sullo Stato un obbligo positivo di garantire, anche attraverso l’adozione di misure idonee allo scopo, la tutela e il rispetto della vita privata e familiare dell’individuo da indebite ingerenze esterne, venendo nel caso in rilievo l’assenza di efficaci rimedi a tal fine nell’ordinamento. Su questa scia, anche la Corte costituzionale ha di recente affermato la «portata non strettamente endoprocessuale» del principio (Corte cost., 30 luglio 2021, n. 182).

²² «Mentre il principio d’innocenza era di natura romantica, il principio attuale costituisce un’espressione di alcune esigenze concrete», afferma Giovanni Leone (seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, vol. I, Camera dei Deputati, p. 212).

²³ DECOURCELLE (1868), sotto la voce «enquête». Tra i maestri della nostra disciplina, GIOSTRA (2022), p. 13, rileva che «la vita di una persona è devastata più dall’ostracismo e dall’esecrazione sociale derivanti da un’indagine che non da una condanna in sede giudiziaria».

²⁴ In un interessante saggio, la presunzione di innocenza è qualificata come “controfattuale”, lemma inteso nel quale «*epistemological concept*: it concerns the way in which we gain a certain cognitive access to reality. In the case of law, counterfactuality concerns the awareness of the

ne, l'applicazione di una misura cautelare²⁵ e ancor di più il mancato non luogo a procedere – con una valutazione che si rafforza alla luce dei nuovi parametri valutativi e decisorii imposti, rispettivamente, dagli artt. 408 e 425 c.p.p. nella versione novellata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 – segnano fisiologicamente una presa di posizione in senso “colpevolista” da parte dell'autorità giudiziaria. Addirittura, là dove il codice di rito consente la immediata citazione a giudizio dell'imputato in ragione dello stato di flagranza o dell'“evidenza della prova”, l'innocenza supposta arretra vistosamente. Persino insistere nel considerare innocente un soggetto condannato con sentenza non definitiva può apparire, a prima vista, un'«assurdità teorica»²⁶.

In effetti, la dimensione pubblica della presunzione di innocenza dipende proprio dall'esito di un delicato bilanciamento. Il nucleo principale dei valori costituzionali in gioco è quello in cui si fronteggiano interessi di matrice collettiva – qual è la repressione dei reati – e la tutela dei diritti individuali di chi si affaccia sul palcoscenico processuale da protagonista. Essere coinvolto in un'indagine, perquisito, intercettato o assoggettato ad altri mezzi di ricerca della prova, sottoposto a misura cautelare, rinviato a giudizio, condannato in primo o in secondo grado, implica la sussistenza di valutazioni giuridiche diverse: la mera “prossimità” al reato, l'esistenza di gravi indizi di colpevolezza, di una ragionevole sussistenza della responsabilità o la sussistenza di una responsabilità ancora “provvisoria”. All'accrescersi della “qualità” dell'accertamento, si assiste ad un fisiologico arretramento della percezione della presunzione di innocenza.

Tutte le evenienze appena descritte possono finire per entrare nel dibattito pubblico, locale o nazionale a seconda della risonanza dei fatti. Ed è bene che sia così, considerati la libertà di opinione (art. 21 Cost.) – nella sua espressione “qualificata” del diritto di informare ed essere informati – e il necessario controllo del popolo sull'amministrazione della giustizia (art. 101 Cost.). Sarebbe dunque costituzionalmente repressibile, oltre che velleitario, pretendere che la discussione pubblica resti impermeabile alle vicende criminali, almeno fino al sopraggiungere di un verdetto irrevocabile, pur col meritorio intento di rispettare appieno la presunzione di innocenza dell'imputato. E sarebbe altrettanto impensabile “silenziare” le autorità pubbliche, le quali partecipano a quel dibattito in posizione di supremazia e, se vogliamo, con funzioni di indirizzo.

Altra cosa è, invece, mirare ad un accettabile equilibrio tra diritti fondamentali attraverso l'imposizione di regole e limiti ai contenuti e alle modalità di comunicazione delle autorità pubbliche e ai soggetti chiamati a informare la collettività.

Per queste ragioni, l'introduzione di norme “pedagogico-procedimentali” sulla rappresentazione mediatica delle persone “accusate” pare condivisibile. L'occasione per intervenire in materia, benché sul solo versante della comunicazione “istituzionale”, si è presentata proprio attraverso il tardivo recepimento della direttiva 343/2016/UE²⁷. Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, ha tuttavia spesso trasposto nell'ordinamento interno le disposizioni della direttiva – peraltro già di per sé tecnicamente non inappuntabile²⁸ – in maniera passiva, sbrigativa e goffa. A qualche anno di distanza dalla sua entrata in vigore, il legislatore ha continuato a varare provvedimenti dichiaratamente volti a rafforzare la tutela della presunzione di innocenza. Si annovera in tale categoria il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (principale veicolo della riforma Cartabia), il quale ha introdotto l'art. 335-bis c.p.p., mirante a limitare l'efficacia dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato a fini civili e amministrativi; così come il d.lgs. 10 dicembre 2024, n. 198, che vieta la pubblicazione integrale dell'ordinanza applicativa di misura cautelare personale. In un certo senso, sembra collocarsi in questo solco anche la volontà di proteggere la reputazione dell'indagato e delle altre persone coinvolte nelle attività di captazione attraverso la massima limitazione della circolazione delle intercettazioni, su cui da ultimo è intervenuta la l. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio).

Pare, quindi, opportuno valutare complessivamente la portata applicativa del *corpus* normativo oggi posto a tutela della presunzione di innocenza, verificando se e in che misura esso abbia favorito «la fioritura del principio stabilito dall'art. 27 Cost. al di fuori del cortile del

fact that appearances can be deceiving» (DE JONG-VAN LENT (2016), p. 41-42).

²⁵ Sul punto, v. di recente VIGONI (2023), p. 233 ss.

²⁶ MANZINI (1912), p. 54. Per scongiurare questa sorta di paradosso, FERRUA (2017), p. 737, ritiene che dopo una sentenza non definitiva di condanna si dovrebbe parlare di “non considerazione di colpevolezza”, anziché di presunzione di innocenza.

²⁷ L'art. 14 direttiva 343/2016/UE stabiliva un obbligo di conformazione entro il 1° aprile 2018.

²⁸ Cfr. GIOSTRA (2022), p. 15, che le attribuisce una «prospettiva scotomizzata», poi mantenuta dal legislatore interno. V. anche LONATI (2022), p. 62 ss.

processo penale»²⁹.

2.

Le dichiarazioni pubbliche delle autorità pubbliche.

L'art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021 vieta alle autorità pubbliche di «indicare pubblicamente come colpevole la persona sottoposta a indagini o l'imputato fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili».

Sacrosanto l'enunciato normativo, secondo cui non è possibile additare *coram populo* quale colpevole la persona accusata di un reato sino a che non sia raggiunto il traguardo costituzionalmente fissato dall'art. 27, comma 2, Cost. e convenzionalmente ribadito dall'art. 6 § 2 C.e.d.u. Si tratta di una regola funzionale, peraltro, ad attenuare gli impropri condizionamenti mediatici del giudizio nei casi di maggiore risonanza pubblica³⁰. Per certi versi meramente «attuativa» del precetto costituzionale, ancor prima che della direttiva³¹, la disposizione presta tuttavia il fianco ad alcuni rilievi critici.

A fronte di un contenuto precettivo chiaro, alquanto incerta è l'individuazione del novero di soggetti coinvolti.

Dal punto di vista «passivo», l'art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021 evoca la persona sottoposta ad indagini e l'imputato. Si tratta di *status* processualistici ben noti: il primo si acquisisce con l'avvenuta iscrizione nel registro *ex art.* 335 c.p.p.³²; il secondo si assume a seguito dell'esercizio dell'azione penale. L'adozione di categorie formalistiche, tuttavia, rischia di tagliare fuori dall'ambito di operatività della norma soggetti raggiunti da sospetti o dalle indagini, eppure non ancora iscritti (per ragioni fisiologiche, come nel caso dell'avvenuto fermo o arresto; come pure per patologici ritardi ascrivibili al pubblico ministero). In questo senso, è dunque ragionevole fare ricorso ad una nozione ampia di «sospettato», in grado di offrire protezione ad un più corposo novero di situazioni soggettive³³.

Sul versante «attivo», la disposizione si riferisce genericamente alle «autorità pubbliche». Dato che la locuzione adoperata dal legislatore riprende pedissequamente l'art. 4 § 1 dir. 343/2016/UE, si può tentare di rinvenire addentellati interpretativi nel testo della direttiva e nei suoi Considerando. In particolare, il Considerando n. 17 specifica che «per «dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche» dovrebbe intendersi qualsiasi dichiarazione riconducibile a un reato e proveniente da un'autorità coinvolta nel procedimento penale che ha ad oggetto tale reato, quali le autorità giudiziarie, di polizia e altre autorità preposte all'applicazione della legge, o da un'altra autorità pubblica, quali ministri e altri funzionari pubblici, fermo restando che ciò lascia impregiudicato il diritto nazionale in materia di immunità». Anche dalla fonte originaria, dunque, è difficile trarre indicazioni univoche, stante la clausola di chiusura che fa riferimento alle «altre autorità pubbliche», cui segue un elenco dalla natura meramente esemplificativa (che, peraltro, ha in sé valore di mera suggestione interpretativa, comprendendo in una parte non precettiva dell'atto).

Nella perimetrazione della categoria può essere utile ricorrere alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che da decenni adotta una simile locuzione nelle sue decisioni in tema di presunzione di innocenza. In ambito convenzionale si considerano destinatarie dell'obbligo di rispettare la presunzione di innocenza non solo le autorità pubbliche «giudiziarie», cioè connesse all'accertamento processuale della colpevolezza, ma le autorità pubbliche in generale. D'altronde, il recepimento nel diritto interno di locuzioni note alla giurisprudenza convenzionale, «ben lungi dal dare adito a formule astratte o retoriche, realizza al contrario una sorta di «breviloquente codificazione» degli approdi»³⁴. La casistica convenzionale è or-

²⁹ MELZI D'ERIL (2022), p. 21.

³⁰ Evidenzia questo profilo GALLUZZO (2021), p. 519; per alcune considerazioni sull'influenza negativa del processo mediatico anche sulla presunzione di innocenza, v. *infra*, § 13.

³¹ ALBAMONTE (2022), ritiene «eccessivo e sovrabbondante un precetto normativo che giunge all'esito di una pratica già ampiamente condivisa», destinato a «sancire l'esistente».

³² Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sullo schema di decreto legislativo – Pratica num. 38/PA/2021*, disponibile sul sito istituzionale, p. 5. BACCARI (2022), p. 160, ritiene che la disciplina, a causa del «riferimento esplicito all'indagato o all'imputato, non pare applicabile ai casi in cui sia indicata *coram populo* come colpevole una persona non ancora sottoposta a procedimento penale».

³³ Così l'Ufficio del Massimario, *Relazione sul d.lgs. n. 188 del 2021*, 18 gennaio 2022, disponibile sul sito istituzionale, p. 7, richiamando numerose decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla natura sostanziale dello *status* di accusato, a prescindere dall'avvenuta iscrizione in registri o dalla formale contestazione di accuse.

³⁴ *Ivi*, p. 17.

mai vasta e annovera tra le "autorità" Capi di Stato e di governo³⁵, ministri³⁶, presidenti delle camere³⁷, parlamentari³⁸, nonché dei rispettivi capo ufficio stampa e portavoce³⁹. La Corte europea si orienta nel ritenere che l'art. 6 § 2 C.e.d.u. proibisca dichiarazioni da parte delle pubbliche autorità «su procedimenti penali in corso che possano indurre il pubblico a credere che il sospettato sia colpevole e che possano pregiudicare la valutazione dei fatti da parte delle autorità giudiziarie competenti»⁴⁰.

Una certa impalpabilità definitoria, quindi, permane. D'altronde, si è correttamente sostenuto, la necessità di ricorrere a espressioni generiche è insopprimibile tanto per gli organi dell'Unione europea, quanto per quelli della Convenzione⁴¹: rivolgersi a ordinamenti giuridici dalle tradizioni a volte assai differenti impone un linguaggio giuridico "ecumenico". Nella materia in esame, questa necessità può assurgere a virtù: anche nella trasposizione interna, selezionare tassativamente all'interno del novero delle «autorità pubbliche» quelle tenute all'osservanza del divieto sarebbe improbo. Certo, alcune autorità pubbliche più di altre sono coinvolte nella trattazione delle vicende penali e – per ragioni di prossimità – implicate nella loro comunicazione, rischiando così di ledere la presunzione di innocenza. Ma perché imporre tale onere a giudici, procuratori, questori e non anche a ministri, parlamentari, sindaci? D'altronde, «la finalità dell'innovazione normativa è inibire e sterilizzare gli influssi pregiudizievoli sullo *status* dell'indagato e dell'imputato che possono provenire da soggetti istituzionali a vario titolo dotati di autorità pubblica e operanti in posizione di preminenza rispetto alla generalità dei cittadini»⁴².

Per questo, scartata per inadeguatezza la tipizzazione legislativa delle autorità pubbliche, non resta che interpretare la generale locuzione⁴³. In via di prima approssimazione, sembra di poter distinguere le autorità pubbliche che operano quali parti/soggetti all'interno del procedimento penale dalle altre. In questo senso, giudice, pubblico ministero e polizia giudiziaria dovranno attenersi a modalità comunicative conformi alla presunzione di innocenza, date l'estrema prossimità funzionale rispetto all'accertamento penale e l'evidente posizione di supremazia procedimentale.

Più complesso individuare puntualmente le altre autorità pubbliche tenute ad osservare la disciplina sulla tutela della presunzione di innocenza. Infatti, alle figure che possono pacificamente essere considerate autorità pubbliche (parlamentari, ministri, sindaci, questori, vertici degli apparati ministeriali e di governo del territorio) si affiancano categorie meno univocamente qualificabili. Partendo dal significato letterale della locuzione "autorità pubblica", può dirsi che rivestono la qualifica tutti coloro che «esercitano un potere legittimo» o appartengono «agli organi che svolgono determinate funzioni pubbliche»⁴⁴. Tuttavia, se il novero fosse davvero così ampio, la "latitudine" applicativa della disciplina risulterebbe sconfinata⁴⁵ e finirebbe per inglobare anche le più basse gerarchie dell'amministrazione pubblica. Sembra, così, preferibile adottare quale criterio selettivo la *capacità rappresentativa* delle istituzioni nel momento in cui si rende la dichiarazione. Con ciò non si intende, peraltro, limitare l'operatività della disciplina ai soli vertici amministrativi in grado di vincolare giuridicamente l'ente verso l'esterno; dovrebbero essere, invece, attratti nell'orbita applicativa tutti quei soggetti capaci di

³⁵ Per il capo dello Stato (Corte eur., Peša c. Croazia, 8 aprile 2010, § 149); per il primo ministro (Corte eur., Gutsanovi c. Bulgaria, 15 ottobre 2013, §§ 194-198).

³⁶ Corte eur., 31 gennaio 2019, Maslarova c. Bulgaria; Corte eur., Konstas c. Grecia, 24 maggio 2011, §§ 43 -45.

³⁷ Corte eur., Butkevicius v. Lituania, 26 marzo 2002, § 53.

³⁸ Corte eur., 31 gennaio 2019, Maslarova c. Bulgaria, in cui la Corte ha riconosciuto una lesione della presunzione dovuta alle parole del vicepresidente di una commissione parlamentare poiché si sono spinte al di là della semplice descrizione delle circostanze fattuali, potendo essere interpretate dal pubblico come una categorica affermazione di responsabilità penale.

³⁹ Corte eur., Huseyn e altri c. Azerbaijan, 26 luglio 2011; Corte eur., 29 gennaio 2019, Stirmanov c. Russia; Corte eur., 31 gennaio 2019, Maslarova c. Bulgaria. Le ultime due decisioni sono commentate da VASTA, (2019), p. 1061.

⁴⁰ In questi termini si è più volte espressa la Corte europea. Tra le numerose sentenze sul punto, v. per questo orientamento letterale Corte eur., Ismoilov e altri c. Russia, 28 aprile 2008, § 161; nonché Corte eur., Butkevicius c. Lituania, 26 marzo 2002, § 53.

⁴¹ Così Rossi (2021), § 4.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Per BACCARI (2022), p. 161, «il legislatore delegato ha preferito mantenere espressioni di tipo generico, al fine di ampliare al massimo la portata applicativa di tale divieto di carattere generale». Più possibilista, in tema di tipizzazione legale, è l'Ufficio del Massimario, *Relazione*, cit., p. 27, «avrebbe potuto, forse, essere opportuno un tentativo di definizione da parte del legislatore interno». Anche le *Note dell'Unione Camere Penali Italiane sullo schema di decreto legislativo*, in *Diritto di difesa*, 2021, p. 1046 «andrebbe inserito un elenco, almeno indicativo, di tali autorità».

⁴⁴ Così la voce "autorità" del dizionario *online* Treccani.

⁴⁵ ALBAMONTE (2022), rileva che «non risulta percepibile quanto sia ampio il precetto posto dal legislatore ed in particolare quale sia la sua latitudine». Della medesima opinione è PORCU (2021), p. 4.

“impegnare pubblicamente” l’istituzione attraverso le proprie esternazioni⁴⁶.

Un simile parametro interpretativo consentirebbe di circoscrivere adeguatamente la portata applicativa del divieto, rispondendo alla *ratio* della disciplina, che vuole evitare condizionamenti colpevolisti operati da chi riveste un ruolo istituzionale. Così, sebbene entrambi incardinati presso la stessa amministrazione pubblica, un giovane ricercatore intervistato su una indagine che interessa un suo collega non sarebbe tenuto ad attenersi ai precetti del d.lgs. n. 188 del 2021; al contrario, violerebbe il precetto un preside di facoltà che si lasciasse andare a considerazioni pubbliche affermative della responsabilità penale altrui sulla medesima vicenda.

Oltretutto, leggere la locuzione in base alla capacità del dichiarante di “rappresentare” i pubblici poteri consente di estendere la portata applicativa della disciplina sulla tutela della presunzione di innocenza anche a soggetti che formalmente potrebbero non appartenere ai ranghi della pubblica autorità, ma che per essa “parlano”. È il caso dei portavoce e degli staff addetti alla comunicazione. Questi ultimi, soprattutto sui *social network*, hanno il controllo della comunicazione delle autorità pubbliche, e non di rado sono soliti firmare post e tweet con sigle che attribuiscono loro la paternità del contenuto (ad esempio, «staff» o «ST»). In questi casi, a prescindere da chi sia l’autore materiale della condivisione, la sua comparsa sul profilo sociale di un’autorità pubblica sembra sufficiente a determinare l’applicazione del d.lgs. n. 188 del 2021.

Ancor più delicata la posizione di chi ricopre un ruolo pubblico in ragione dell’appartenenza alle gerarchie di un partito politico⁴⁷. Benché fondamentali organi di rappresentanza e benché dotati di rilievo costituzionale, non è agevole considerare i partiti quali espressioni della pubblica autorità. Ed è altrettanto vero che – a differenza delle gerarchie di governo e degli organi della pubblica amministrazione – chi opera esclusivamente nel contesto movimentista può considerarsi svincolato dal contegno e da quello standard minimo di formale imparzialità che dovrebbe impegnare gli uomini delle istituzioni. Ciò implica che le dichiarazioni dei membri di un movimento politico, se irrispettose della presunzione di innocenza, non rientrano nell’ambito applicativo del d.lgs. n. 188 del 2021, né sono riconducibili alla locuzione adottata dalla direttiva 343/2016/UE. A suffragio di questa interpretazione si colloca una decisione della Corte europea, secondo cui non può essere considerato una pubblica autorità il leader del principale partito di opposizione che non «ricopra cariche pubbliche o che non eserciti autorità pubblica»; in assenza di questi requisiti “formali” le dichiarazioni di chi riveste simili *status* devono considerarsi come pronunciate da «un privato cittadino al vertice di un partito politico legalmente e finanziariamente indipendente dallo Stato»⁴⁸.

Si tratta di un perimetro che sconta un margine di indeterminatezza e che andrà verificato caso per caso. Ma si tratta anche di un perimetro che limita l’applicazione della disciplina a chi incarna un pubblico potere a livelli in grado di “impegnare” l’istituzione, realizzando così un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di determinatezza del quadro normativo e quelle di tutela della presunzione di innocenza.

Non va trascurato il rischio che possano innestarsi meccanismi patologici se l’opinione pubblica fatica a individuare con precisione il ruolo e le responsabilità dei propri rappresentanti. Secondo una analisi demoscopica in Italia un cittadino maggiorenne su tre non è consapevole del funzionamento delle istituzioni repubblicane e ritiene, ad esempio, che le elezioni politiche siano funzionali all’elezione del capo del Governo o del capo dello Stato⁴⁹. In tale contesto, la veste non “istituzionale” di una figura pubblica non elide il pericolo che la collettività possa essere influenzata da una sua dichiarazione lesiva della presunzione di innocenza. E ciò vale soprattutto per chi ricopre ruoli di vertice in grandi partiti politici e gode – pur nella sua dichiarata parzialità – di credito presso una fetta non trascurabile dell’opinione pubblica.

⁴⁶ Rossi (2021), § 4. che ritiene ragionevole sostenere che il divieto riguardi tanto le dichiarazioni contenute negli atti (risoluzioni, delibere, mozioni, ordini del giorno) degli organi collegiali delle agenzie e degli enti pubblici quanto le dichiarazioni dei loro organi monocratici e dei dirigenti di uffici aventi rilevanza esterna. Si pensi ad esempio a pubbliche dichiarazioni “colpevoliste” di esponenti dell’Agenzia delle Entrate nei confronti di un indagato o imputato per reati tributari o di dirigenti Consob nei confronti di un imputato dei reati di *insider trading* o di *market abuse*.

⁴⁷ Come nota anche ALBAMONTE (2022), «si tratta di un ambito dai confini non facilmente definibili, ad esempio quando il ministro assuma anche la qualifica di parlamentare o di leader politico; circostanza che rende certamente meno facile la distinzione tra le dichiarazioni assunte nell’una o nell’altra veste».

⁴⁸ Corte eur., Mulosmani c. Albania, 8 ottobre 2013, § 141.

⁴⁹ V. un’indagine demoscopica sulla conoscenza del sistema politico e costituzionale condotta da YouTrend, disponibile sul sito web www.youtrend.it.

Ci si rende conto, tuttavia, che la soluzione rispetto a simili pericoli non può essere costruita su piani diversi da quello culturale, attraverso la formazione di una cittadinanza consapevole.

Infine, giova ricordare che le dichiarazioni “censurabili” in base al d.lgs. n. 188 del 2021 non vanno apprezzate esclusivamente in ragione dello *status* ricoperto, ma anche in base alla tipologia comunicativa adottata. La disciplina proibisce le sole premature “indicazioni pubbliche” di colpevolezza: dichiarazioni alla stampa o comunque rilasciate pubblicamente, comunicati e post sui *social network*. Ogni esternazione privata resta al di fuori dell’ambito operativo del d.lgs. n. 188 del 2021 ed è inidonea ad attivare i relativi meccanismi di tutela. Si tratta di una delimitazione ragionevole: le autorità pubbliche sono tenute alla pedissequa osservanza delle disposizioni che tutelano la presunzione di innocenza quando comunicano in rappresentanza delle istituzioni. Eppure, le dichiarazioni carpite clandestinamente o apprese *de relato*, se propagate attraverso i *media* assumono una valenza “pubblica” che mette in pericolo il rispetto della presunzione di innocenza. In casi come questi, stante l’inoperatività dei rimedi approntati dal legislatore, è quantomai opportuno che le autorità coinvolte abbiano cura di rettificare o contestualizzare le dichiarazioni “private” divenute di pubblico dominio. A differenza dell’art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021, l’art. 27 comma 2 Cost. non discrimina in base all’origine “pubblica” o “privata” della dichiarazione pubblica lesiva della presunzione di innocenza; quando essa proviene da chi riveste cariche pubbliche è “socialmente” imperativo rimediare – per quanto possibile – al danno prodotto.

3. Le dichiarazioni del pubblico ministero: divieti.

«I magistrati che hanno diretta responsabilità nella conduzione del processo o nella relative decisioni, nonché le altre persone investite di responsabilità pubbliche nell’amministrazione della giustizia» sono «gravati da un particolare onere di riserbo, contro i rischi di formulazioni di giudizi di colpevolezza rispetto al suo legale accertamento»⁵⁰. Tra questi, il pubblico ministero ha evidentemente un ruolo cruciale, poiché le sue comunicazioni intervengono, di solito, «nella fase preliminare dove la presunzione di innocenza è massimamente vulnerabile»⁵¹. Non a caso, è l’unico ad essere destinatario di specifiche regole sulla modalità di gestione della comunicazione istituzionale relativa alle vicende criminali⁵², trovandosi così ad essere «il principale destinatario della novella» del 2021⁵³.

L’autorità giudiziaria che in fase di indagine sovrintende all’esecuzione dei provvedimenti cautelari – di cui è promotrice – e di atti di indagine incisivi dei diritti dei cittadini è “naturalmente” chiamata confrontarsi con l’impatto che simili provvedimenti hanno sui loro destinatari e sulla collettività. Tant’è che il d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, disciplinava già specificamente la “comunicazione” del pubblico ministero. Dal punto di vista prescrittivo, l’art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006 dispone, infatti, l’“accentramento” dei rapporti con gli organi di stampa nelle mani del procuratore della Repubblica o di un magistrato delegato (comma 1)⁵⁴; *en pendant*

⁵⁰ CHIAVARIO (1984), p. 18.

⁵¹ MANES (2022), p. 134.

⁵² Oltre alle fonti propriamente normative, particolarmente interessanti sono le *Linee-guida per l’organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale adottata a compimento di un’attività di studio affidata a una commissione mista di giuristi e di esperti della comunicazione*, deliberate dal C.S.M. nel luglio del 2018 (su cui v. BRUTI LIBERATI (2018b), SPATARO (2018), CONTI (2022), CANZIO, (2021)). Il documento riconosce la necessità di fornire ai cittadini una comprensione chiara e tempestiva delle decisioni giudiziarie attraverso un approccio proattivo nella comunicazione istituzionale, con procedure uniformi e codici di buona prassi. Secondo il C.S.M., la comunicazione dev’essere gestita in modo “centralizzato” dai vertici degli uffici o da loro delegati, attraverso linee di indirizzo su cosa può essere comunicato – definendo in via generale l’interesse pubblico – e su cosa evitare per rispettare riservatezza e diritti delle persone coinvolte nelle indagini. Non trascurabile, poi, la necessità di formazione specifica e obbligatoria per magistrati e personale amministrativo, focalizzata su etica, linguaggi dei *media* e nuove tecnologie (su cui v. GIORGI, (2018)).

⁵³ GABRIELLI (2022), § 2.

⁵⁴ Il C.S.M. con deliberazione 10 settembre 2008, ha risposto al quesito di un procuratore della Repubblica di un ufficio di grandi dimensioni, il quale lamentava che «una informazione veicolata attraverso canali centralizzati rischia di ingenerare, seppur involontariamente, distorsioni conoscitive, pregiudizi ingiustificati in danno di soggetti coinvolti, allarmismi ed inappropriate emotività. [...] Una sola fonte, sia essa il procuratore capo o un solo magistrato a ciò delegato, anche qualora fosse distolta da ogni altro incombente, non potrebbe far fronte con precisione e completezza ad una tale ampia richiesta (di tempestive notizie), nei tempi brucianti della comunicazione mass mediatica. Il risultato sarebbe insoddisfacente e rischierebbe di frustrare ogni ambizione alla trasparenza delle fonti e dei canali informativi e favorire un repentino ritorno alle prassi comportamentali che la norma vorrebbe superare». Il C.S.M., in difficoltà vista la stringente formulazione dell’art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006, si è limitato a ritenere compatibile con il precetto la delega, anche in via permanente, in favore dei soli procuratori aggiunti, nelle materie di loro competenza; dunque, è proibita la partecipazione alle conferenze stampa del magistrato titolare del procedimento, salva la possibilità di collaborare alla preparazione della stessa (in questi termini BRUTI LIBERATI (2018a), p. 7).

con tale norma, si prevede il divieto per i magistrati dell'ufficio «di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio» (comma 3). Infine, nelle comunicazioni è fatto obbligo di attenersi ad un registro “impersonale”, «escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento» (comma 2).

A ben vedere, fino agli interventi operati con il d.lgs. n. 188 del 2021, la disciplina si preoccupava – non senza controindicazioni⁵⁵ – di scongiurare il protagonismo dei pubblici ministeri, più che di imporre sobrietà nelle forme e nei contenuti della comunicazione istituzionale.

Oggi, invece, le strategie di intervento per proteggere la presunzione di innocenza si muovono su un duplice livello. Uno ha natura diretta e ristretta all'ambito linguistico – di cui si dirà nel prossimo paragrafo –, l'altro ha natura indiretta e sistemica.

Su quest'ultimo versante, quello *indiretto*, il legislatore si è mosso tentando di stringere la cinghia della comunicazione giudiziaria del pubblico ministero, confermando il *modus operandi* secondo cui, quando si è impossibilitati a (o incapaci di) regolare un fenomeno, si cerca di proibirlo. Traduzione normativa di tale intendimento sono le modifiche apportate all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 106 del 2006: secondo la nuova disciplina, al procuratore della Repubblica sono imposte le modalità da adottare nell'intrattenere i suoi rapporti – che già in precedenza si svolgevano in regime di monopolio – con gli organi di informazione. La lettera della legge è perentoria nel regolare il *quomodo*: il transito delle notizie può avvenire «esclusivamente» mediante comunicati stampa ufficiali oppure – ma solo «nei casi di particolare rilevanza pubblica dei fatti» – tramite conferenza stampa⁵⁶. Il rapporto tra regola (comunicato stampa) ed eccezione (conferenza stampa), è confermato dal fatto che per ricorrere alla seconda il procuratore dovrà adottare un provvedimento motivato, dando conto delle specifiche ragioni di interesse pubblico che giustificano la scelta. Un simile approccio nasce dalla convinzione che «l'uso delle conferenze stampa, da parte degli inquirenti – autorità di polizia e magistrati del pubblico ministero – pare essere un richiamo della giungla»⁵⁷, esempio di modalità divulgativa da disincentivare a causa delle ombre eccessive che getta sull'innocenza presunta⁵⁸ e per il protagonismo che rischia di alimentare tra gli inquirenti.

Il precetto non è espressamente diretto a regolare i soli rapporti con gli organi di informazione relativi a procedimenti penali. Tuttavia, un così serrato restringimento dei cordoni comunicativi non pare sensato là dove riferito alle attività non giurisdizionali. Sarebbe difficile giustificare il contingentamento delle comunicazioni inerenti alle attività di “terza missione” (protocolli e intese raggiunti con altri enti pubblici o professionali, “bilancio sociale” stilato dal vertice della procura) o relativi a cerimonie ufficiali (interventi a margine dell'inaugurazione dell'anno giudiziario o altri eventi pubblici). Arduo comprendere perché queste notizie debbano essere veicolate soltanto tramite comunicati o conferenze stampa, precludendo così, ad esempio, la possibilità del procuratore di rilasciare un'intervista su temi che nulla hanno a che vedere con la concreta tutela della presunzione di innocenza. Neppure è agevole comprendere perché il presidente del tribunale possa concedere un'intervista sui risultati raggiunti in termini di abbattimento dell'arretrato, mentre il procuratore della repubblica non possa fare lo stesso.

Ma criticità ancora maggiori emergono quando si analizza la *ratio* “non dichiarata” della nuova disciplina, mirante a demolire il reticolo carsico di rapporti che legano pubblici ministeri e organi di informazione, il «notizie-dotto» che collega l'ufficio inquirente alle testate giornalistiche⁵⁹. L'“istituzionalizzazione coatta” dei rapporti tra procure e organi dell'informazione prosegue il cammino già iniziato con l'assegnazione al solo procuratore o a un suo delegato dei rapporti con la stampa, salva facoltà di delega. Tale limitazione risponde alla rinnovata volontà

⁵⁵ MELZI D'ERIL (2022), p. 26: «è per lo meno dubbio che il capo dell'ufficio possa sul punto assumere una decisione più ponderata, rispetto al sostituto procuratore assegnatario del procedimento; chi meglio di quest'ultimo sa quali siano le necessità dell'indagine e conosce gli atti così da poter valutare se esista un peculiare interesse pubblico?».

⁵⁶ Una soluzione che sembra essere stata auspicata, in passato, da FUZIO (2007), c. 75.

⁵⁷ VALENTINI (2016), p. 193, sul punto è assai critica: «un intero complesso di circostanze concorre a rendere irresistibile il concetto stesso di conferenza stampa: pubblici ministeri e investigatori che sciorinano nomi di arrestati, esiti delle indagini, pacchetti di stupefacenti e armi esposti a lustro del genio inquirente di turno; tutto ciò comunque solo il contorno del piatto centrale, rappresentato dalla possibilità di parlare senza interlocuzioni, senza contraddittorio con qualcuno che smentisce o rettifica; è il fascino della vittoria senza tema di concorrenti, illuminata a giorno dalle luci dei riflettori»; parimenti critico è SAMMARCO (2021), p. 948. ROMBI (2022), p. 585, associa alla preferenza legislativa accordata al comunicato la volontà di «assicurare una maggiore ponderazione nella scelta delle notizie oggetto di diffusione mediatica e a garantire sobrietà e continenza nei rapporti con gli organi dell'informazione».

⁵⁸ BACCARI (2022), p. 164, evoca la «sapiente scenografia allestita (armi, droga e banconote distesi sul tavolo)» che induce «nell'opinione pubblica la convinzione di un quadro probatorio schiacciante, benché la fase preliminare sia ancora agli inizi».

⁵⁹ La felice espressione è di GIOSTRA (2022), p. 11.

di interrompere ogni prassi di familiarità nei rapporti con la stampa⁶⁰, cercando per un verso di soffocare ogni connessione personale tra magistrati e giornalisti e per altro verso di stroncare il fenomeno delle interviste o dichiarazioni rilasciate *en passant*, denotative di una forma di giornalismo “d’assedio” che l’autorità giudiziaria non dovrebbe compiacere⁶¹.

Viene da dubitare, però, che le soluzioni offerte dal d.lgs. n. 188 del 2021 sul punto siano risolutive, o anche solo ragionevoli. Persino là dove si ritenesse che l’unico modo per assicurare trasparenza nei rapporti con gli organi di informazione risieda nella limitazione delle modalità di comunicazione dell’ufficio del pubblico ministero, infatti, ad essere censurabile sarebbe la nuova disposizione che prescrive limitazioni nell’*an* della comunicazione giudiziaria.

Cuore della nuova disciplina è il primo periodo del comma 2-*bis* dell’art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006, secondo cui «la diffusione di informazioni sui procedimenti penali è consentita solo quando sia strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o ricorrono altre specifiche ragioni di interesse pubblico». Diverso, ma speculare, profilo è quello relativo alla possibilità che nei casi di cui al comma 2-*bis*, il procuratore della Repubblica autorizzi – con decreto motivato in ordine alle specifiche ragioni di interesse pubblico che ne giustifichino l’intervento – gli ufficiali di polizia giudiziaria a fornire, tramite comunicati ufficiali oppure tramite conferenze stampa, informazioni sugli atti di indagine compiuti o ai quali hanno partecipato (comma 3-*bis* dell’art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006, il quale prevede anche l’applicazione delle disposizioni di cui ai commi 2-*bis* e 3).

La nuova disciplina configura come facoltativa l’informazione sui procedimenti penali in corso e la subordina al ricorrere di condizioni precise. La prima, in sé ragionevole, attiene alla «prosecuzione delle indagini». Si fa qui riferimento a un interesse che – in astratto – certamente giustifica la divulgazione di informazioni inerenti a un procedimento penale. Ogni previsione di senso opposto sarebbe, peraltro, incompatibile con il potere di de-segretazione attribuito al pubblico ministero dall’art. 329 comma 2 c.p.p.

Assai opinabile è, invece, il presupposto incarnato dalle «specifiche ragioni di interesse pubblico»⁶². Si tratta di una locuzione per certi versi migliore di quella contenuta nella bozza originaria del decreto, in cui si parlava di «rilevanti ragioni» di interesse pubblico: il concetto di “specificità”, almeno nel suo significato generico, evoca il concetto di distinguibilità, così da far pensare ad una indicazione qualitativa; mentre quello di “rilevanza” rinvia ad una connotazione quantitativa. Soprattutto quando parliamo di un interesse pubblico “limitato” ad alcuni ambiti (territoriale o sociale), il riferimento alla specificità agevola la legittimazione della conferenza stampa anche a fronte di procedimenti non di “rilievo”. Ad esempio, comunicare gli esiti di un’indagine relativa all’imbrattamento di edifici potrebbe non avere particolare rilievo pubblico, ma rispondere a specifiche esigenze di interesse pubblico, là dove finalizzata a sensibilizzare l’opinione pubblica sul fenomeno.

Nonostante ciò, la nitida affermazione secondo cui l’interesse pubblico sussisterebbe in relazione a ciascun procedimento penale⁶³ – non foss’altro per l’esigenza di assicurare il controllo collettivo sull’amministrazione della giustizia imposto dall’art. 101 Cost. – è offuscata dalla disposizione di nuovo conio, che attraverso la richiesta di “specificità” impone un interesse pubblico “qualificato” alla conoscenza del procedimento e dei suoi accidenti⁶⁴.

⁶⁰ AMATO (2021), p. 44.

⁶¹ In tal senso, PORCU (2021). Anche l’Ufficio del Massimario, *Relazione*, cit., p. 31-32, rileva che «previsioni dell’art. 3 del decreto producono pacificamente l’effetto di circoscrivere modo deciso le occasioni in cui magistrati dell’ufficio del pubblico ministero sono abilitati a rilasciare dichiarazioni in ordine sia a procedimenti pendenti sia, per vero, finanche a procedimenti definiti con pronuncia irrevocabile».

⁶² Anche la Corte di Strasburgo ha a lungo affermato che l’interesse pubblico delle informazioni trasmesse alla collettività è massimo quando riguarda politici e amministratori pubblici, indipendentemente dalle modalità di acquisizione delle notizie. Ciò posto, la Corte ha anche ribadito che l’interesse pubblico non è integrato soltanto da notizie di rilevanza nazionale, ma può riguardare anche piccole comunità, come in *Banaszczyk c. Polonia*, 21 dicembre 2021, in cui si è sancita la violazione dell’art. 10 C.e.d.u. a causa della condanna di un giornalista che aveva denunciato un caso di malasanità locale. Allo stesso modo, in *Brisic c. Romania*, 11 dicembre 2018, la Corte ha osservato che la diffusione di informazioni su indagini di interesse locale non deve essere automaticamente considerata una violazione della reputazione individuale. Per approfondite considerazioni sulla giurisprudenza convenzionale in tema di interesse pubblico, v. CASTELLANETA (2022), p. 87 ss.

⁶³ V. il §19 della Raccomandazione Rec(2010)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa agli Stati membri, sul tema dell’indipendenza, efficacia e responsabilità dei giudici, adottata il 17 novembre 2010: «i procedimenti giudiziari e le questioni relative all’amministrazione della giustizia sono di pubblico interesse. Il diritto all’informazione in materia deve però essere esercitato tenendo conto delle limitazioni imposte dall’indipendenza della magistratura. Deve essere incoraggiata la creazione di posti di portavoce giudiziario o di servizi stampa e comunicazione sotto la responsabilità dei tribunali o sotto il controllo dei consigli superiori della magistratura o di altre autorità indipendenti. I giudici devono dar prova di moderazione nei loro rapporti con i *media*». Sul punto v. GIOSTRA (2022), p. 12; MELZI D’ERIL (2022), p. 26; PORCU (2021), p. 8.

⁶⁴ MELZI D’ERIL (2022), p. 26, pensa, invece che la norma si limiti a richiedere un interesse “non generico”: «una disposizione, quindi, sostanzialmente inutile». In realtà, anche le *Linee guida dell’11 luglio 2018 adottate dal Consiglio Superiore della Magistratura per l’organizzazione*

E questa specificità non potrà che essere valutata – insindacabilmente, dal punto di vista giuridico – dagli organi dell'accusa, «messi in grado di manovrare *ad libitum* il rubinetto delle notizie riguardanti il procedimento penale»⁶⁵. Numerose le potenziali ripercussioni negative. Per un verso, la formulazione normativa rischia di sostituire all'«arbitrio della parola» un «arbitrio del silenzio»⁶⁶, legittimando il pubblico ministero a occultare alla collettività gli sviluppi dei procedimenti penali che rischiano di minarne la credibilità o, peggio, la popolarità. Ciò può operare a detrimento della presunzione di innocenza: si pensi al caso in cui il magistrato provveda – nei modi in cui gli è consentito – ad informare l'opinione pubblica in una fase del procedimento da cui emergano elementi sfavorevoli all'indagato e poi, là dove ne sopraggiungano a discarico e in grado di mettere in crisi la ricostruzione accusatoria, decida di non darne comunicazione pubblica. O ritenga di procedere con modalità comunicative meno incisive di quelle adottate in precedenza.

In senso opposto, poi, la discrezionalità attribuita al fine di salvaguardare la presunzione di innocenza potrebbe legittimare condotte improntate alla sopravvalutazione di quell'interesse pubblico che il legislatore vuole «specifico».

In definitiva, le nuove disposizioni finiranno per ingessare la comunicazione sulle vicende giudiziarie là dove applicate da procuratori della Repubblica rigidamente osservanti della lettera della legge; mentre permetteranno di manipolare l'informazione giudiziaria proveniente dall'ufficio se interpretate da procuratori della Repubblica interessati all'acquisizione di visibilità⁶⁷. Una situazione non troppo diversa da quella precedente alla novella.

Di fronte a tali criticità è necessario permettere alla stampa di realizzare un controllo ad ampio spettro sull'amministrazione della giustizia⁶⁸, in particolare sulla fase governata dalla parte pubblica. Per giungere all'«eradicazione del malsano traffico» che collega «uffici giudiziari e testate giornalistiche di fiducia»⁶⁹, è necessario espandere le prassi virtuose nell'interpretazione dell'art. 116 c.p.p., in base al quale «durante il procedimento chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti»⁷⁰.

Ad avallarne una interpretazione estensiva è stata per prima la Procura della Repubblica di Napoli⁷¹, secondo cui «gli atti considerati dall'art. 116 c.p.p.» devono essere rilasciati «anche a soggetti diversi da quelli titolari di diritti processuali e, fra essi, al giornalista, allorché il suo accesso agli atti di indagine possa valutarsi strumento di una funzione professionale essenziale alla tutela della libertà di informazione, sempre che l'esercizio di tale libertà non entri in inconciliabile tensione con altri valori costituzionali e, segnatamente, con le parimenti fon-

degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale, prevedono che gli uffici comunichino notizie di «effettivo interesse pubblico»: «da un lato, i casi e le controversie di obiettivo rilievo sociale, politico, economico, tecnico-scientifico; dall'altro, i provvedimenti organizzativi rilevanti per gli avvocati, i giornalisti, i giuristi, i cittadini». Nella prassi si riconosce che «che il mero interesse della collettività alla conoscenza di vicende giudiziarie non possa rientrare nell'aggettivazione di specifiche ragioni di interesse pubblico», tuttavia «una tale interpretazione appare eccessivamente compressiva del diritto, costituzionalmente garantito, alla informazione, potendosi affermare che sussiste sempre l'interesse della opinione pubblica ad essere informata di atti di indagine, anche di non eccezionale rilievo, ma che interessino la vita della collettività, e dovendosi evitare che possano essere sottratte alla conoscenza della opinione pubblica informazioni di interesse» (*Linee Guida della Procura della Repubblica di Forlì inerenti il Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188*, 21 dicembre 2021, reperibili sul sito web istituzionale); altri uffici requirenti evocano parametri diversi, tra cui «il territorio ove si cala la notizia, con riguardo al tasso di criminalità del territorio ed all'attenzione mediatica per particolari aspetti sociali, oltre che nella doverosa considerazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, individuati dal Procuratore della Repubblica nel Progetto Organizzativo» (*Linee Guida della Procura Generale della Repubblica di Perugia*, 3 marzo 2022, reperibili sul sito web istituzionale); più di recente, v. anche il *Documento di intesa in materia di informazione giudiziaria stipulato tra Tribunale Ordinario di Milano, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Ordine degli Avvocati di Milano, Camera Penale di Milano e Ordine dei Giornalisti di Milano del 9 dicembre 2024* (reperibile sul sito web del Tribunale di Milano), secondo cui «l'interesse pubblico che consente al Procuratore della Repubblica di divulgare informazioni sui procedimenti penali (o di autorizzare la Polizia Giudiziaria a fornire informazioni tramite comunicati stampa) è connesso alle esigenze del procedimento penale o alla particolare gravità del fatto reato».

⁶⁵ GIOSTRA (2022), p. 12; anche le *Note dell'Unione Camere Penali Italiane sullo schema di decreto legislativo*, cit., p. 1047, rilevano una «pericolosa» concentrazione di «figure che dovrebbero essere contrapposte»; ROMBI (2022), p. 586, registra un «parametro a maglie molto larghe», potendosi ritenere che sussista sempre un interesse della collettività a verificare come viene amministrata la giustizia».

⁶⁶ Così ROSSI (2021), § 5.

⁶⁷ Secondo BRUTI LIBERATI (2018b), § 1, anche i procuratori potrebbero essere «spinti dal desiderio di mettere in luce il lavoro dell'ufficio». In questo senso v. anche MANTOVANI (2011), p. 319.

⁶⁸ Che la trasparenza sia fondamentale non solo riguardo alla comunicazione sui procedimenti penali, ma anche a questioni istituzionali ed organizzative è sostenuto anche da MELILLO (2021), § 6.

⁶⁹ GIOSTRA (2022), § 5. V. anche MELZI D'ERIL (2022), p. 31.

⁷⁰ Sul punto, TRIGGIANI (2022), p. 44, osserva che sarebbe «auspicabile una tendenziale abolizione della differenza tra segreto e divieto di pubblicazione degli atti, nel senso di prevedere che tale divieto, almeno di regola, debba cadere contestualmente al venir meno del «segreto interno» ex art. 329 c.p.p. – salvaguardando, peraltro, il diritto alla riservatezza dell'indagato/imputato e degli altri soggetti coinvolti nel procedimento – e rendendo direttamente accessibili ai giornalisti gli atti divulgabili».

⁷¹ *Criteri e modalità di rilascio di copia dei provvedimenti giudiziari agli organi di informazione*, in *Il penalista*, 14 novembre 2019, p. 2.

damentali istanze di protezione dei diritti della persona», seguita poi da altri uffici giudiziari⁷².

Oggi, tuttavia, visto l'irrigidimento delle modalità comunicative, esiste il rischio che si rafforzi l'orientamento tradizionale e restrittivo sull'art. 116 c.p.p.: se le informazioni possono essere divulgate esclusivamente mediante comunicati e conferenze stampa, si avrà buon gioco nel proibire al giornalista di accedere alla miniera di notizie contenuta negli atti non più segreti. Una simile prassi, in effetti, può indebolire le precauzioni adottate dal legislatore. Si pensi ad un procuratore della Repubblica che non voglia esporsi indicando una conferenza stampa o diramando un comunicato, o che non voglia assumersi la responsabilità di qualificare come di "specifico" interesse pubblico un procedimento. Quel procuratore potrebbe sollecitare un giornalista a formulare un'istanza ai sensi dell'art. 116 c.p.p.

Di fianco a questa opzione "patologica", tuttavia, si colloca quella "fisiologica", che affida alla serietà professionale del cronista giudiziario il compito di far emergere una notizia di interesse pubblico. Già questa evenienza pare giustificare l'accettazione del rischio che possano verificarsi deviazioni dai sentieri legalmente prescritti, che restano comunque sanzionabili quantomeno in via disciplinare, come si dirà⁷³. Ma soprattutto, dal punto di vista interpretativo, l'accesso del giornalista agli atti del procedimento non è equiparabile ad una ipotesi di comunicazione da parte delle autorità. Benché entrambe le operazioni siano dirette alla comunicazione di notizie sul procedimento, è il verso a mutare: le informazioni non sono diffuse per iniziativa dell'autorità pubblica, ma è la stampa a "scavare" tra gli atti di indagine non più segreti e divulgabili.

4. (segue) ed effetti collaterali della legge Nordio?

Da ultimo, a suggerire la perdurante percorribilità di un'interpretazione che consenta l'accesso del giornalista agli atti di indagine non più segreti si colloca la modifica che la l. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio), ha apportato all'art. 116 c.p.p. La novella ha introdotto un nuovo periodo al comma 1 della disposizione, per precisare che «non può comunque essere rilasciata copia delle intercettazioni di cui è vietata la pubblicazione ai sensi dell'articolo 114, comma 2-bis, quando la richiesta è presentata da un soggetto diverso dalle parti e dai loro difensori, salvo che la richiesta sia motivata dalla esigenza di utilizzare i risultati delle intercettazioni in altro procedimento specificamente indicato».

È difficile comprendere la ragione dell'innesto: il materiale delle intercettazioni a cui la disposizione si riferisce è quello non più segreto ai sensi dell'art. 269 comma 1 c.p.p., eppure non pubblicabile perché non selezionato secondo le modalità previste dalla legge⁷⁴. Del materiale in questione è già espressamente preclusa l'estrazione in copia, ma garantita la messa a disposizione delle "parti" nell'archivio digitale (art. 89-bis disp. att. c.p.p.). Plausibile che si voglia pleonasticamente ribadire l'impossibilità di rilasciare copia delle intercettazioni non segrete e non pubblicabili a soggetti che non devono in alcun modo conoscerle, per impedirne la fuoriuscita dall'archivio⁷⁵.

Tuttavia, la precisazione relativa all'esclusione delle intercettazioni non pubblicabili dal materiale di cui è vietato il rilascio in copia depono indirettamente per una interpretazione "estensiva" dell'art. 116 c.p.p. Il «chiunque vi abbia interesse» menzionato dalla disposizione assume un significato univoco se letto insieme alla espressa possibilità che l'istanza possa essere presentata da «un soggetto diverso dalle parti e dai loro difensori». Se l'indicazione delle

⁷² Procura della Repubblica di Perugia, linee guida del 1° giugno 2022, reperibili sul sito web istituzionale; cfr. gli *Orientamenti in materia di comunicazione istituzionale su procedimenti penali* emanati dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione l'8 aprile 2022 (in *Sistema penale*, 19 aprile 2022), in cui si aprono le porte alla configurazione di un legittimo interesse dei giornalisti ad ottenere copie di atti processuali non più coperti dal segreto, sia pure con le necessarie cautele a tutela dei terzi interessati. Più di recente, v. l'interessante *Documento di intesa in materia di informazione giudiziaria* stipulato tra Tribunale Ordinario di Milano, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Ordine degli Avvocati di Milano, Camera Penale di Milano e Ordine dei Giornalisti di Milano del 9 dicembre 2024 (reperibile sul sito web del Tribunale di Milano).

⁷³ *Infra*, § 11.

⁷⁴ La l. n. 124 del 2024 ha modificato anche l'articolo 114, comma 2-bis, sostituendo le parole «non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415-bis o 454» con le seguenti: «se non è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento». In tal senso, quindi, si assiste ad una drastica riduzione della possibilità di pubblicare i brogliacci delle intercettazioni.

⁷⁵ ILLUMINATI (2023) p. 2, secondo cui la disposizione «chiude l'unica via legittima di conoscenza delle intercettazioni – si intende, se non più coperte da segreto – rappresentata dalla richiesta di copia degli atti del procedimento a norma dell'art. 116 c.p.p.». Sul punto, è critico BRONZO (2024), p. 3, secondo cui «gli organi dell'informazione sarebbero costretti ad esercitare il loro controllo istituzionale soltanto sulle intercettazioni usate dai soggetti che essi hanno il compito di "controllare"».

“parti” va riferita ad uno dei soggetti del procedimento, a prescindere dalla formale costituzione, che presuppone l’instaurazione della fase processuale, non si vede perché non riconoscere anche al giornalista la legittimazione a chiedere l’accesso agli atti. In altri termini, la regola che il legislatore ha da poco licenziato sottintende un ragionamento a cui è difficile sfuggire: se un interessato diverso dalle “parti” non può ottenere copia delle intercettazioni non “acquisite” ai sensi dell’art 114 comma 2-*bis* c.p.p.⁷⁶, allora può ottenere copia del *resto* (intercettazioni “acquisite” e altri atti non segreti contenuti nel fascicolo)⁷⁷. In questo senso, dunque, si assisterebbe ad una curiosa – e positiva – eterogeneità dei fini là dove una norma che crediamo pensata per limitare la divulgazione degli atti finisce per divenire un appiglio interpretativo per consentire ai giornalisti di accedere a quasi tutto ciò che non è più segreto.

5. Le dichiarazioni del pubblico ministero: norme pedagogiche.

Sul fronte della protezione *diretta* della presunzione di innocenza operano alcuni istituti volti a mantenere entro confini equilibrati il contenuto delle informazioni comunicate alla stampa. Il secondo periodo del nuovo comma 2-*bis* d.lgs. n. 106 del 2006, innanzitutto, dispone che «le informazioni sui procedimenti in corso sono fornite in modo da chiarire la fase in cui il procedimento pende e da assicurare, in ogni caso, il diritto della persona sottoposta a indagini e dell’imputato a non essere indicati come colpevoli fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili». In questo senso, oltre a ribadire nella speciale disciplina che riguarda il pubblico ministero la regola generale sul divieto di indicare come colpevole un indagato o un imputato, il legislatore impone di precisare sempre in modo chiaro la *fase* in cui si trova il procedimento⁷⁸. Come a dire: alla protezione offerta alla presunzione di innocenza attraverso il divieto di additare l’accusato come colpevole, si aggiunge quella relativa alla natura fisiologicamente precaria dell’accertamento in corso. Il fatto che a carico della persona sottoposta a procedimento esistano solo degli embrioni imputativi, nel caso in cui sia applicata una misura cautelare durante le indagini, o solo una imputazione da vagliare nelle fasi processuali, nel caso in cui ci si trovi in udienza preliminare o in giudizio, o ancora “soltanto” una sentenza soggetta ad impugnazione rafforza una rappresentazione in cui le accuse sono ancora “da provare” e al vaglio del sistema processuale.

Altra innovazione risiede nel divieto di assegnare alle operazioni e ai procedimenti in corso «denominazioni lesive della presunzione di innocenza», sancito dall’art. 5 comma 3-*ter* d.lgs. n. 106 del 2006, che vuole porre fine alle mai abbastanza censurate operazioni di “marketing giudiziario”⁷⁹.

Si tratta di rimedi da accogliere positivamente perché tentano di realizzare una «operazione culturale di “ecologia” dell’informazione giudiziaria, essenziale per restituire consapevolezza a un’opinione pubblica abituata da una comunicazione mediatica di scadente fattura»⁸⁰. Ma la “bonifica” della comunicazione giudiziaria del pubblico ministero, pienamente compatibile con gli obiettivi perseguiti dal legislatore, non sgombra il campo da tutte le criticità esistenti. Certo, l’impossibilità di denominare suggestivamente le indagini impedisce alle autorità pubbliche di minare “a monte” la presunzione di innocenza: fosse stata vigente nel 2018, la disposizione avrebbe probabilmente impedito che si parlasse dell’inchiesta “Angeli e demoni”. O meglio, avrebbe impedito che se ne parlasse con il nome infaustamente attribuito degli

⁷⁶ Una disposizione parimenti oggetto della novella, considerato che l’art. 116 c.p.p. ha sostituito il comma 2-*bis* dell’art. 114 c.p.p. che oggi proibisce la divulgazione delle intercettazioni: «se non è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento».

⁷⁷ A segnalare che la disposizione andrebbe formulata in modo che «anche gli organi di informazione possano eventualmente richiedere, con formali istanze, l’accesso agli atti, in tempi e modalità connesse alle varie fasi del processo (e con esclusione delle conversazioni “stralciate”)», è anche SPATARO nell’audizione alla Commissione Giustizia del Senato, reperibile in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2024.

⁷⁸ Alcune risalenti sentenze di legittimità hanno condivisibilmente ritenuto che «ogni notizia idonea a indurre l’opinione pubblica ad attribuire – prima della condanna – un reato a una persona (come le notizie relative a denunce, querele, rapporti, arresti e simili), deve, per essere lecitamente pubblicata, non soltanto essere vera, ma anche avere un contenuto ed una forma tali da rendere quanto più possibile avvertito il pubblico che la colpevolezza dell’accusato non può ancora ritenersi acquisita come fatto certo, evitandosi quindi tutti quei fatti e particolari, non ancora sicuramente accertati, e tutte quelle espressioni non strettamente indispensabili che tale certezza possano già creare nell’animo dei più» (Cass. civ., sez. I, 7 marzo 1975, n. 841, in *Giur. it.*, 1976, f. 1, p. 304 ss. con nota di VOENA).

⁷⁹ Parla di “marketing giudiziario” il deputato Enrico Costa (www.illfoglio.it). Nota MELZI D’ERIL (2022), p. 25, che «per evitare che la fantasia degli inquirenti violi la presunzione di innocenza, col rischio di lasciarsi trasportare oltre il decoro, va applaudita una “raccomandazione” alla sobrietà».

⁸⁰ GABRIELLI (2022), § 3.

investigatori.

Tuttavia, non si ignora che l'innocenza presunta degli indagati rischia di essere minata, "a valle", dalla stampa attraverso titoli sensazionalistici dal sapore colpevolista. Ai giornalisti, infatti, non è precluso – dal punto di vista legislativo, ma "solo" da quello deontologico-disciplinare e della responsabilità civile – di adottare denominazioni lesive della presunzione. Di più: nell'era del *clickbaiting* il sensazionalismo è condizione essenziale per la diffusione, e quindi per la monetizzazione, delle notizie; cosa è più accattivante di *un* colpevole inchiodato alle trenta battute di un titolo, di una operazione dal nome altisonante?

Ancora una nota sull'immutato comma 4 dell'art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006, a mente del quale il procuratore della Repubblica «ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario, per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3». Secondo alcune voci, le nuove norme avrebbero suggerito l'aggiornamento della disposizione, in modo da inglobare le nuove previsioni⁸¹. In realtà, l'occasione avrebbe dovuto essere colta per abrogare la disposizione, la quale altro non è che l'inutile demagogica replica dell'art. 16 comma 4 r.d.lgs. n. 511 del 1946: il dovere di sorveglianza e di segnalazione dei capi degli uffici sussiste in generale e non ha alcun bisogno di essere ribadito in questa sede.

6. I rimedi contro le dichiarazioni "colpevoliste" delle autorità: la richiesta di rettifica.

A salvaguardia della presunzione di innocenza, l'art. 10 direttiva 343/2016/UE si preoccupava di stabilire che gli Stati avrebbero dovuto mettere a disposizione degli indagati e degli imputati «un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti».

Il legislatore interno si è adoperato per dare seguito alle sollecitazioni europee. Nel caso delle dichiarazioni delle autorità pubbliche – giudiziarie e non – che violino l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 188 del 2021, i successivi commi della disposizione disegnano un meccanismo a "tutele progressive" che non pregiudica «l'applicazione delle eventuali sanzioni penali e disciplinari, nonché l'obbligo di risarcimento del danno».

Il primo *step* risiede nella possibilità di richiedere direttamente all'autorità autrice delle «manifestazioni di convinzioni colpevoliste»⁸² di operare una rettifica (comma 2). Il legislatore si è ispirato, con tutta evidenza, al meccanismo disegnato dalla legge sulla stampa e sulla radiotelevisione⁸³. Nel caso in cui tale richiesta sia accolta, l'autorità procede «immediatamente e, comunque, entro quarantotto ore» a rettificare con le medesime modalità adoperate per la dichiarazione – o, qualora ciò non sia possibile, con modalità tali da «garantire il medesimo rilievo e grado di diffusione della dichiarazione oggetto di rettifica» –, dandone avviso all'interessato (commi 3 e 4).

Qualora la richiesta di rettifica non sia accolta, ovvero quando sia accolta senza rispettare le modalità prescritte, l'interessato può chiedere al tribunale, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., che sia ordinata la pubblicazione della rettifica secondo le modalità previste dal decreto legislativo (comma 5).

La dottrina non ha mancato di sottolineare come il primo passaggio del rimedio rischi di avere scarso successo. Per un verso, difficilmente l'organo che ha rilasciato la dichiarazione sarà disposto a procedere alla rettifica, anche considerato che lo strumento «è funzionale a correggere un enunciato fattuale suscettibile di una verifica attraverso il giudizio di verità-falsità; mentre qui la rettifica viene prevista per verificare se una dichiarazione di carattere valutativo integra una lesione al principio di presunzione di innocenza dell'imputato»⁸⁴. Per altro verso, sono sorte perplessità in ordine alla indisponibilità nelle mani dell'amministrazione di mezzi che assicurino l'effettiva circolazione della rettifica⁸⁵.

A ben guardare, tuttavia, esistono anche ragioni di ottimismo nella normativizzazione così

⁸¹ Così le *Note dell'Unione Camere Penali Italiane sullo schema di decreto legislativo*, cit., p. 1048.

⁸² CHIAVARIO (2001), p. 220.

⁸³ V. *infra*, § 12. Il riferimento è all'art. 35 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, che ha riordinato la disciplina del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177.

⁸⁴ BACCARI (2022), p. 162; sulle stesse posizioni cfr. PORCU (2021), p. 6; ROMBI (2022), p. 587.

⁸⁵ CANESCHI (2021), p. 15. Secondo TRIGGIANI (2022), p. 40, «la rettifica dell'autorità non sembra produrre un correlato onere di rettifica per gli organi di informazione che, riportando la dichiarazione, si saranno limitati ad esercitare il diritto di cronaca».

puntuale della richiesta di rettifica. In primo luogo, la rettifica «proveniente dalla stessa autorità pubblica che ha reso la “dichiarazione accusatoria”» ha «effetti “riabilitanti” dell’interessato verso l’intera collettività più di quanto possa fare un’imposizione “dall’alto” ordinata da un organo giurisdizionale»⁸⁶.

Inoltre, la “messa in mora” dell’autorità pubblica rispetto alla necessità di ripristinare la presunzione potrebbe avere ulteriori effetti positivi. Il primo è la deterrenza rispetto al perseverare nella violazione. Non va dimenticato che il mancato accoglimento di una richiesta fondata produce conseguenze, perché potrebbe essere attivato il vaglio giurisdizionale sulla dichiarazione “colpevolista”. In altri termini, l’autorità coinvolta dovrebbe ben guardarsi dal convalidare di fatto una dichiarazione non rispettosa della presunzione di innocenza col rischio di essere smentita, di lì a breve, da un giudice. Il secondo effetto positivo è la deterrenza rispetto a correttivi infedeli. Il fatto di aver previsto con dovizia di particolari anche le modalità con cui la rettifica deve avvenire allontana il pericolo che l’autorità possa mettere in scena delle “quasi-rettifiche”. Si allude alla artificiosa precisazione della dichiarazione precedente, in modo tale che al mutare delle forme non corrisponda il mutamento di significato; si pensa alle ritrattazioni vere e proprie, ma realizzate attraverso canali meno efficaci di quelli utilizzati per affermare prematuramente la colpevolezza dell’indagato o dell’imputato (ad esempio, utilizzare un comunicato stampa invece di una conferenza stampa o una “diretta” su un canale *social*). Ed è, poi, ben possibile assistere ad una combinazione dei due fenomeni.

Un altro – finora ignorato – vantaggio del rimedio risiede nella possibilità che alla rettifica si addivenga in via gerarchica, per autotutela. D’altronde, l’apparato burocratico in cui in via tendenziale si articolano le autorità pubbliche è improntato a principi verticistici, che si esprimono nell’esercizio di poteri non solo di direzione, ma anche di supplenza o sostituzione in caso di inerzia dell’organo subordinato. Tant’è vero che la gerarchia trova applicazione anche nel sistema di tutela amministrativa: il ricorso gerarchico all’autorità superiore dell’organo che ha adottato un atto amministrativo consente al destinatario dell’atto asseritamente viziato di chiederne l’annullamento, sia per motivi di legittimità che di merito.

Il medesimo schema potrebbe trovare applicazione nella materia che ci occupa. In primo luogo, i vertici dell’amministrazione sono in condizione di imporre a chi è sottoposto di rettificare quanto affermato in violazione della presunzione di innocenza. E, qualora l’organo subordinato sia indisponibile a tornare sui suoi passi, gli effetti riabilitativi connessi alla rettifica potrebbero essere raggiunti attraverso la formale censura operata da un organo sovraordinato, ripristinando così un corretto approccio istituzionale alla presunzione di non colpevolezza. Resterebbe poi questione “interna” all’istituzione pubblica la risoluzione della frattura creatasi nel suo organigramma, mediante l’esercizio del potere disciplinare o attraverso operazioni più squisitamente politiche. Si pensi, rispettivamente, ad un vice-questore censurato disciplinarmente dal questore o ad un viceministro cui sia chiesto dal ministro di rimettere le deleghe.

Non tutte le autorità pubbliche, tuttavia, sono rigidamente organizzate secondo criteri gerarchici. Le cose si complicano, ad esempio, se a dichiarare è un magistrato; soggetto che in alcuni frangenti non è neppure legittimato a farlo: l’art. 2 lett. *v* d.lgs. n. 109 del 2006 proibisce di rendere «pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, *quando* sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui»⁸⁷. Tuttavia, al di fuori di questo perimetro, i magistrati possono commentare ciò che avviene nel corso del procedimento.

L’autonomia e l’indipendenza della magistratura sancite dall’art. 104 Cost. escludono che quanto affermato da un togato possa essere “rettificato gerarchicamente” dal ministro della giustizia, a nulla valendo che il magistrato sia inserito, dal punto di vista amministrativo, in un organigramma ministeriale. Certo, è consentito al guardasigilli di intervenire con dichiarazioni pubbliche di senso contrario a quelle del magistrato, così come gli è consentito di avviare l’azione disciplinare, ai sensi dell’art. 14 d.lgs. n. 109 del 2006. Eppure, non può ritenersi che esse siano sufficienti ad assicurare la massima reintegrazione possibile nel diritto leso.

Che possano essere altri magistrati a rettificare le dichiarazioni di un collega? In particolare, chi ricopre incarichi direttivi o semidirettivi può correggere le dichiarazioni di un giudice o di un pubblico ministero dell’ufficio? Certo, i magistrati titolari di “ruoli dirigenziali” eser-

⁸⁶ MALACARNE (2022), § 2.

⁸⁷ Sul versante disciplinare, v. specificamente § 8.

citano funzioni di sorveglianza ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 r.d.lgs. n. 511 del 1946. Eppure, coerentemente col disposto dell'art. 107, comma 3, Cost., secondo cui «i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni», tale potere non conferisce ai dirigenti un ruolo gerarchicamente sovraordinato in senso stretto, ma soltanto la responsabilità di vigilare sul comportamento professionale ed extraprofessionale dei colleghi, essendo tenuti a segnalare agli organi competenti eventuali condotte rilevanti sul piano penale, disciplinare o anche semplicemente importanti ai fini delle valutazioni sulla compatibilità ambientale o delle altre valutazioni ordinamentali operate dal C.S.M.⁸⁸.

Neppure sembra percorribile la correzione gerarchica negli uffici di procura. I magistrati inquirenti, per la verità, non possono intrattenere rapporti con la stampa a meno che non rivestano un ruolo apicale nell'ufficio o che non siano appositamente delegati (art. 5 d.lgs. n. 106 del 2009), pena l'integrazione dell'illecito disciplinare previsto dall'art. 2 lett. v d.lgs. n. 109 del 2006. Tuttavia, proprio perché la disciplina sulla rettifica non preclude «l'applicazione delle eventuali sanzioni penali e disciplinari, nonché l'obbligo di risarcimento del danno», il piano disciplinare e quello "sociale" rappresentato dalla rettifica sono distinti. Da ciò discende che potrebbe presentarsi il caso in cui un pubblico ministero renda dichiarazioni "colpevoliste" alla stampa, a prescindere dal fatto che sia "abilitato" a rapportarsi con gli organi di informazione. In questo contesto, l'articolazione "verticistica" degli uffici inquirenti potrebbe indicare che il procuratore generale o il procuratore possano rettificare quanto affermato dai magistrati dei loro uffici⁸⁹.

Eppure, tali circostanze non paiono idonee a superare il dettato costituzionale secondo cui i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni (art. 107, comma 3, Cost.). In questo senso si collocano alcune decisioni che escludono l'esistenza di una vera e propria "scala gerarchica" negli uffici della magistratura⁹⁰. Allo stato, dunque, non sembra che l'intervento di un titolare di incarico direttivo o semidirettivo abbia le "carte in regola" per rappresentare una rettifica ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021.

Più che altro, le perplessità suscitate dalla disciplina si collocano sul piano dell'effettività. Come alcuni hanno notato, quando l'autorità cui si chiede di rettificare è quella giudiziaria, «qualunque iniziativa correrebbe il rischio di inasprire i rapporti», in particolare in prossimità dell'esercizio dell'azione penale, se «l'asimmetria informativa, a causa della segretezza degli atti, è maggiore e l'interessato è certamente il "vaso di coccio" tra "vasi di ferro"»⁹¹.

Altra questione, non meno delicata, è relativa alle autorità pubbliche espressione di organi elettivi: parlamentari, consiglieri regionali e comunali, membri del C.S.M. Questi soggetti rendono dichiarazioni nella veste di uomini delle istituzioni, ma parlano a titolo personale e – compatibilmente con le immunità assicurate dall'ordinamento – risponderanno personalmente delle proprie parole⁹².

Pure con le difficoltà interpretative derivanti dal confronto della normativa con la complessità del reale, va detto che le capacità di incidere positivamente sulla tutela della presunzione di innocenza proprie della richiesta di rettifica presentano un "costo" tutto sommato contenuto. Nel caso in cui alla richiesta non sia dato seguito, o ancora quando questa abbia incontrato una risposta non conforme alle aspettative dell'istante, la presunzione di innocenza deve "patire" un'incisione ulteriore di – al massimo – quarantotto ore rispetto a quella che subirebbe comunque; si tratta delle quarantotto ore che separano la presentazione della richiesta

⁸⁸ Come valutazioni di professionalità o conferme nelle funzioni direttive o semidirettive.

⁸⁹ Peraltro, il procuratore generale presso la corte d'appello è titolare del potere processuale di avocazione, in caso di inerzia dei magistrati che procedono presso l'ufficio giudiziario di primo grado (art. 412 comma 1 c.p.p.).

⁹⁰ In base alle disposizioni degli artt. 234 e 392 c.p.p., il Procuratore generale presso la Corte d'appello ha il potere – alternativo o sostitutivo – di esercitare la facoltà attribuita al procuratore della Repubblica dall'art. 232 c.p.p. in materia di atti di polizia giudiziaria o di procedere egli stesso ad istruzione sommaria ovvero, avocando a sé l'istruzione, di sostituirsi al procuratore della Repubblica, ma non può impartire a questo ordini o direttive ovvero richiederli, con effetto vincolante, il compimento di attività processuali. Infatti, anche se ha un potere di sorveglianza sui magistrati e sugli affari della procura, il Procuratore generale non è superiore gerarchico del procuratore della Repubblica (Cosi Cass., sez. I, 19 gennaio 1983, n. 98, in *CED Cass.*, n. 157445).

Più di recente, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'art. 16 r.d.lgs. n. 511 del 1946 consenta al Procuratore generale presso la Corte di appello di esercitare la sorveglianza sui magistrati e sugli uffici delle Procure della Repubblica presso i tribunali ordinari senza ciò consenta di affermare che il Procuratore generale è il superiore gerarchico del Procuratore della Repubblica, in quanto tale abilitato ad impartire ordini o direttive (T.A.R. Napoli, sez. I, 20 gennaio 2005, n. 266).

⁹¹ MELZI D'ERIL (2022), p. 27, che aggiunge: «chi conosce le regole e le prassi del processo penale sa che il privato, pur in presenza dei presupposti di legge, non azzarderà una simile istanza. Il giudice, poi, soprattutto se si dovesse trattare di un proprio provvedimento (ma anche di uno del collega dell'accusa) difficilmente arretrerà».

⁹² ROSSI (2021), § 4; GALLUZZO (2021), p. 520.

dalla mancata o negativa o non integralmente soddisfacente risposta dell'autorità.

7.

La tutela cautelare d'urgenza.

L'*extrema ratio* è, invece, rappresentata dalla tutela giurisdizionale. Il legislatore ha scelto di offrire all'additato colpevole uno strumento ben noto al processo civile, già adottato in tema di rettifica "coatta" dalla legislazione sulla stampa⁹³: la procedura di cui all'art. 700 c.p.c.

Quale procedimento "di chiusura" della tutela d'urgenza, esso è destinato a «chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per fare valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile». A tali soggetti è così permesso «chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito».

Anche la soluzione cautelare di matrice civilistica ha ricevuto critiche in dottrina⁹⁴ e nel mondo dell'avvocatura associata, la quale avrebbe preferito la creazione di un'autorità garante, autonoma ed indipendente, che avrebbe potuto rispondere in maniera più celere ed efficace alle violazioni⁹⁵.

Inoltre, come sottolineato dal Parere reso dal C.S.M. rispetto allo schema di decreto legislativo, la disciplina non chiarisce se la legittimazione passiva incomba sull'autorità pubblica-persona fisica o sull'autorità pubblica-ufficio; circostanza che si fa interessante soprattutto nel caso delle nuove modalità di comunicazione delle procure della Repubblica, quando sia designato un magistrato responsabile della comunicazione⁹⁶. Ma si tratta di una questione forse risolvibile secondo le coordinate generali dell'ordinamento. In fondo, l'autorità pubblica è articolata in uffici che rispondono ad una gerarchia e che, sempre, stanno in giudizio per mezzo del legale rappresentante. Dunque, il vertice amministrativo assumerà la legittimazione passiva in giudizio. Una simile ricostruzione genera criticità per le "amministrazioni" che godono di autonomia o che in radice non rispondono a schemi gerarchici: ancora una volta parliamo della magistratura e degli organi elettivi. Nel primo caso, dal punto di vista processuale, pare configurabile la legittimazione passiva del ministero della giustizia; mentre la natura peculiare delle funzioni dei consessi elettivi sembra far propendere per la legittimazione passiva del singolo parlamentare, consigliere regionale o comunale, membro del C.S.M.

Questioni intricate emergono anche dall'individuazione del giudice competente. Non si tratta, però, di grovigli interpretativi dovuti a questioni di fondo. Dando per scontato che il ricorso sia *ante causam*, il giudice da adire è quello competente a conoscere della controversia in via ordinaria (art. 669-ter c.p.c.); e la presunta innocenza è lesa nel momento e nel luogo in cui è pronunciata la dichiarazione pubblica. I problemi sorgono, tuttavia, quando si considera che la disciplina potrebbe essere invocata per ottenere la rettifica di dichiarazioni di magistrati, soprattutto pubblici ministeri. Il fatto che le deroghe alla competenza territoriale dovute al coinvolgimento di un magistrato siano connesse al suo essere *parte* in un procedimento civile consente in astratto al contenzioso di radicarsi dinnanzi ad un giudice che condivide la sede con il magistrato che ha leso la presunzione di non colpevolezza. Si tratta, insomma, di un meccanismo da correggere, eventualmente facendo riferimento al sistema tabellare di cui all'art. 11 c.p.p.

Sotto diverso profilo, poi, il DNA dell'art. 700 c.p.c. sembra aver subito mutazioni a seguito dell'inserimento nel sistema di tutela offerto alla presunta innocenza degli indagati e degli imputati, giacché si assiste ad «una rimodulazione del modello legale di riferimento»⁹⁷.

In primo luogo, solo uno dei presupposti che caratterizzano il rito sembra conservare attualità. Se la valutazione del *fumus boni iuris* resta essenziale elemento della domanda e della

⁹³ V. *infra*, § 12.

⁹⁴ GALLUZZO (2021), p. 525, nota che tali rimedi, «da un punto di vista della strategia difensiva, rischiano di risolversi in un "boomerang" laddove, di fatto, si porrebbe l'accento su valutazioni anticipatorie del merito che, nel corso del procedimento, ben potrebbero essere poi tralasciate».

⁹⁵ Nelle *Note dell'Unione Camere Penali Italiane sullo schema di decreto legislativo*, cit., p. 1046, si legge che «l'autorità a cui chiedere di ordinare la pubblicazione della rettifica potrebbe essere individuata nell'Autorità Garante per le comunicazioni – le cui competenze andrebbero estese – per i casi nei quali non è prevista una autorizzazione da parte del pubblico ministero precedente, in difetto la competenza dovrebbe essere del giudice delle indagini o del processo, e non del giudice civile». Le stesse note, poi, suggeriscono la creazione di una «autorità garante esterna, indipendente, collegiale, composta da esperti in tante materie».

⁹⁶ Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere*, cit., p. 7

⁹⁷ *Ibidem*.

valutazione del giudice, il *periculum in mora* sembra inverato *in re ipsa*: una volta allegata la dichiarazione “colpevolista” e dimostrato lo *status* di indagato o di imputato, al giudice non resta che verificare la fondatezza della domanda. In fin dei conti, se la tutela della presunzione di innocenza dovesse attendere l’esito di un giudizio civile di merito, non residuerebbe alcun apprezzabile margine “ripristinatorio” della presunzione; al contrario, si correrebbe il rischio di veder concludere il procedimento penale prima di quello civile.

Inoltre, stando alla lettera della legge, la decisione del giudice sembra “vincolata” dal legislatore: o rigetta la domanda o, a mente del comma 5 dell’art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021, ordina la «pubblicazione della rettifica secondo le modalità di cui al comma 4». In tal senso, la cautela assume fisionomia «idonea a concretizzare la tutela effettiva e definitiva a cui ambisce l’interessato» più che una natura meramente anticipatoria⁹⁸. Tuttavia, il procedimento finalizzato alla salvaguardia della presunzione di innocenza non è eccentrico rispetto alla sua forma “canonica”. D’altronde, come usualmente avviene nel caso in cui sia necessario offrire tutela ad un diritto assoluto della persona – salute, onore, reputazione – la domanda cautelare può far conseguire il medesimo livello di protezione che l’ordinamento assicurerebbe attraverso la cognizione ordinaria. E, grazie alla c.d. strumentalità attenuata che caratterizza il provvedimento d’urgenza⁹⁹, non è neppure necessario che si instauri un procedimento di merito per conservare gli effetti prodotti dalla cautela. D’altronde, una causa di merito forse non sarà mai avviata e, là dove avviata, potrebbe avere un oggetto più ampio (non va dimenticato che, oltre alle responsabilità penali e disciplinari, il decreto fa anche salvo il diritto al risarcimento del danno).

La nuova disciplina consente, poi, di sfruttare l’estrema duttilità del ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, che può operare sotto profili ulteriori rispetto a quelli richiamati dal d.lgs. n. 188 del 2021. D’altronde, il ricorso introduttivo potrebbe ben contenere diversi *petita*, eventualmente interconnessi. Per esemplificare, immaginiamo il caso in cui l’autorità pubblica non faccia spontaneamente ossequio al titolo immediatamente esecutivo rappresentato dall’ordinanza urgente. Per prevenire o scoraggiare condotte elusive, che imporrebbero un ulteriore passaggio giudiziario e frustrerebbero ancora una volta la presunzione di innocenza, alla richiesta di ordinare la pubblicazione della rettifica potrebbe affiancarsi – ricorrendo all’art. 700 c.p.c. nella sua “purezza” – la richiesta di condannare l’autorità pubblica, a partire da un termine fissato dal giudice, al pagamento di una somma di danaro per ogni giorno di ritardo nell’adeguamento all’ordine imposto; oppure, sempre alla scadenza di un termine, è ipotizzabile che l’istante ottenga l’autorizzazione a procedere a spese dell’intimato alla pubblicazione dell’ordinanza del giudice su quotidiani nazionali o *media* equivalenti.

Una volta sciolti questi nodi, il rimedio civilistico presenta potenzialità interessanti. Tuttavia, la maggior parte degli effetti “positivi” di un ben funzionante meccanismo rettifica-ricorso al giudice presuppongono istituzioni sane, democraticamente salde, e un buon livello di civiltà nei toni e nei contenuti della discussione pubblica. Guardandosi intorno, viene il dubbio che qualcosa possa andare diversamente. Il pericolo, in uno Stato che non può contare su questi standard di qualità, è che l’autorità pubblica decida scientemente di trincerarsi dietro la prima, infelice dichiarazione, non perché la non-contraddizione sia il suo fine ultimo. Essa potrebbe più subdolamente attendere la condanna del giudice a rettificare per indire una crociata secondo il tristemente noto schema “magistratura contro politica”, così polarizzante e purtroppo elettoralmente appagante negli ultimi trenta anni di vita pubblica del nostro Paese.

8.

I provvedimenti “colpevolisti” dell’autorità giudiziaria.

Se l’art. 3 d.lgs. n. 188 del 2021 si dedica alle modalità con cui i pubblici ministeri possono informare la collettività, l’art. 4 d.lgs. n. 188 del 2021 si concentra sulle forme e sui contenuti degli atti processuali attraverso l’introduzione nel codice di procedura penale dell’art. 115-*bis*¹⁰⁰.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ A partire dalla novellazione dell’art. 669-*octies* c.p.c.

¹⁰⁰ La Cassazione ha già avuto modo di confermare che gli unici atti emendabili ai sensi dell’art. 115-*bis* c.p.p. sono quelli giudiziari: in tema di violazione della garanzia della presunzione di innocenza, la richiesta di correzione può riguardare solo gli atti dell’autorità giudiziaria e non anche quelli della polizia giudiziaria o articoli di stampa (così Cass., sez V, 27 aprile 2022, n. 19543, in *CED Cass.*, n. 283217, annotata da CARCHIETTI (2022)). Sotto un diverso profilo, i giudici di legittimità hanno affermato che l’introduzione dell’art. 115-*bis* c.p.p. non impedisce al giudice che deve decidere sulla concessione della sospensione condizionale della pena (art. 164 c.p.) di fondare il giudizio prognostico sulla

In particolare, il legislatore ha predisposto due discipline differenti, complicando oltremodo la formula adottata dall'art. 4 della direttiva 343/2016/UE 101. L'una è relativa ai «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale» (comma 1); l'altra attiene ai «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza» (comma 2).

Nella prima categoria di atti si fa divieto di indicare l'indagato o l'imputato come colpevole «fino a quando la colpevolezza non è stata accertata con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili», con la precisazione che la disposizione «non si applica agli atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato». Nella seconda, «l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento».

Nel tentativo di individuare la via d'uscita in questa disorientante scala di Penrose, è utile ricostruire il macro-sistema di riferimento.

Innanzitutto, si ricava implicitamente dal dettato normativo che nei provvedimenti sulla responsabilità penale – categoria che deduciamo in negativo dalla lettura delle nuove disposizioni: «provvedimenti diversi» – è ovviamente possibile indicare l'imputato come colpevole senza limitazioni di sorta. Alcuni problemi può porre, tuttavia, l'individuazione esatta del novero di atti cui la disposizione fa riferimento. A leggere con rigore il significato della locuzione, essa sembra riferirsi alle decisioni “in merito al merito”, se per “responsabilità penale” intendiamo la domanda repressiva compendiata nell'imputazione¹⁰². Così ragionando, vanno considerati soltanto quei provvedimenti che affrontano «fatti idonei a costituire oggetto di un accertamento giudiziale (...) intorno al dovere di punire»¹⁰³, e non anche le sentenze a contenuto meramente processuale, come quelle che accertano l'improcedibilità dell'azione penale. Parliamo, allora, dei provvedimenti che decidono questioni “di merito”: sentenza di condanna, decreto penale di condanna e sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione¹⁰⁴. Da tale novero sarebbe bene non escludere tutte le sentenze liberatorie, considerato che

capacità a delinquere dell'imputato desunta anche dai precedenti giudiziari *ex art. 133, comma 2, n. 2, c.p.*, afferendo i medesimi alla condotta e alla vita del reo antecedenti al reato, indipendentemente dall'essersi tradotti in una condanna definitiva (Cass., sez. VII, ord. 7 giugno 2023, n. 30345, in *CED Cass.*, n. 285098).

¹⁰¹ L'art. 4 della direttiva 343/2016/UE distingue tra «le decisioni giudiziarie sulla colpevolezza, che necessariamente intervengono al termine del procedimento penale» e gli «atti procedurali diversi, come gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale». Secondo l'Ufficio del Massimario, *Relazione*, cit., p. 42, il legislatore interno ha peccato nel trasporre una formulazione «improntata tuttavia ad un tipico linguaggio internazionalistico in funzione armonizzatrice, senza un minimo di adattamento terminologico, che, alla luce delle note peculiarità dell'ordinamento processuale italiano, avrebbe certamente giovato ad una migliore determinazione degli atti e dei concetti involti».

¹⁰² In termini analoghi, BACCARI (2022), p. 166, secondo cui si tratta delle «pronunce giurisdizionali, suscettibili di impugnazione, aventi ad oggetto l'imputazione formulata dal pubblico ministero».

¹⁰³ CORDERO (1985), p. 149.

¹⁰⁴ In generale, il processo, «pur essendo in posizione strumentale rispetto al diritto sostantivo», può «essere fonte di situazioni giuridiche (processuali) idonee a costituire oggetto di accertamento giurisdizionale». Esso, invero, talora si conclude con una pronuncia che, dando applicazione ad una norma processuale, rileva la «presenza di un ostacolo a che si addivenga ad una qualsiasi decisione in ordine alla punibilità dell'imputato» (DOMINIONI (1974), p. 6). Cfr. CORDERO (1964), p. 579, secondo cui l'assenza di una condizione di procedibilità «si risolve nell'invalidità del processo, esclude la possibilità di un'assoluzione non meno che d'una condanna e, infine, esige una neutrale pronuncia di non doversi procedere; qui non si coglie traccia d'una valutazione in termini di dovere di punire. Il tema di fondo del giudizio non è neppure sfiorato; il processo ripiega su se stesso e, verificata l'inesistenza delle proprie condizioni di validità, approda ad una pura e semplice *absolutio ab instantia*».

Lo stesso non sembra potersi dire in relazione alla sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, che rappresenta l'accertamento negativo della punibilità; per cui, «se anche il reato esistesse, il reo non potrebbe essere punito». Così, pur non confrontandosi con il “fatto”, tale decisione rientra nel novero di quelle che «accertano una situazione di diritto sostanziale» (CORDERO (1962), rispettivamente a p. 670 e 677). D'altronde, nel caso del reato estinto suona male “non doversi procedere” (formula passata agli artt. 469 e 531 dalla vecchia nomenclatura); il processo era ben instaurato e niente osta all'assoluzione, quando ne emergano i requisiti (art. 129); ma essendo estinto l'ipotetico reato, il giudice lo dichiara tale, se mai fosse stato commesso» (CORDERO (2012), p. 976; cfr. S. RUGGERI (2021), p. 8 ss.). Invero, MORELLI (2010), p. 339, afferma che l'estinzione del reato presuppone «l'integrazione dell'illecito, il quale, però, perde effetti; quindi, una pronuncia di questo tenore si potrà adottare solo ove il processo abbia rivelato un fatto tipico, antigiuridico, colpevole e punibile»; e quando, per effetto dell'art. 129 c.p.p., la prescrizione debba essere dichiarata in una fase anticipata rispetto alla conclusione del dibattimento e, dunque, in un momento in cui potrebbe non essersi ancora affrontato il merito dell'accusa, «la via per guadagnare un repentino approdo alla decisione (...) è quella di ritenere sussistente il reato solo “in ipotesi”». Sul punto, v. anche MARZADURI (1991), p. 533; nonché FERRUA (2022), secondo cui «all'obbligo di decidere nel merito non deroga in alcun modo la prescrizione sostanziale: ovvio, infatti, che, se sopraggiunge una causa estintiva del reato, l'azione penale perda fondamento e l'imputato sia prosciolto dall'accusa con una sentenza di merito, essendo per l'appunto estinto il reato». *Contra*, MAZZA (2023), p. 1, sostiene che è «la presunzione costituzionale di non colpevolezza a rendere impossibile la ricostruzione che vorrebbe estinguersi il reato prima del suo accertamento. Se nessuno può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva (art. 27 comma 2 Cost.), ciò significa, logicamente e giuridicamente, che fino al termine del processo il reato e la conseguente colpevolezza

i proscioglimenti disposti per particolare tenuità del fatto e per vizio totale di mente danno per presupposta la “colpevolezza” dell'imputato.

In tutti gli *altri* provvedimenti, poi, bisogna discriminare in base ad ulteriori elementi, al ricorrere dei quali è necessario escludere o limitare i riferimenti alla colpevolezza. L'esclusione dei riferimenti dovrebbe riguardare «quei provvedimenti nei quali il presupposto [della colpevolezza] non sia necessario»; diversamente, la limitazione dei riferimenti troverebbe applicazione quando da «un certo grado di colpevolezza non si possa prescindere»¹⁰⁵.

In via generale, la categoria dei “provvedimenti” diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità – evocata dai primi due commi dell'art. 115-*bis* c.p.p. – crea alcune perplessità. Se rigidamente inteso, il lemma va riferito ad atti a contenuto decisorio. Il principale referente interpretativo è l'art. 125 c.p.p., che tipizza i provvedimenti del giudice: sentenza, ordinanza, decreto. Tuttavia, una simile perimetrazione non risponde alla *ratio* complessiva della riforma: ad esempio, non sono provvedimenti a carattere “decisorio” la richiesta di intercettare le comunicazioni e l'appello cautelare; eppure, in simili ipotesi la prospettazione fornita dal magistrato dell'accusa ben si presta a ricostruzioni in cui attribuire responsabilità penali prima del sopraggiungere della condanna irrevocabile. A dimostrazione che il lemma vada letto in base ad una interpretazione estensiva, soccorre l'ultimo periodo dell'art. 115-*bis* comma 1 c.p.p., che sottrae alcuni «atti» del pubblico ministero all'applicazione della regola generale. Il tenore della deroga suggerisce che il legislatore abbia utilizzato la locuzione di cui al primo periodo lasciandosi travisare dalla formulazione “in negativo”: i provvedimenti volti alla decisione in merito alla responsabilità sono *tutti* propriamente decisori, mentre i “provvedimenti” diversi da questi formano un novero molto più ampio. Per questo, la locuzione «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità» andrebbe intesa come «atti diversi dai provvedimenti volti alla decisione in merito alla responsabilità».

Così definito l'ambito operativo delle nuove norme, la categoria di atti di cui si interessa la prima parte del comma 1 – ovvero gli *atti* «diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato» – rappresenta un macro insieme a cui afferiscono tutti gli atti dei soggetti “pubblici” del procedimento (autorità giudiziaria, ma anche polizia giudiziaria), a cui non appartengono soltanto le decisioni “di merito” sulla colpevolezza¹⁰⁶.

Non è di agevole analisi il “sotto insieme” degli atti che implicano «la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza» (comma 2). In questi casi, è possibile additare l'indagato-imputato come colpevole, ma con l'accortezza di limitarsi al soddisfacimento dei presupposti dell'atto, senza eccedere nelle forme espositive¹⁰⁷.

Alcune perplessità derivano dagli eterogenei concetti evocati: prove, elementi di prova e indizi di colpevolezza; come se gli “indizi di colpevolezza” fossero – alla stregua delle prove e degli elementi di prova – l'*oggetto* della valutazione, e non l'*esito* di una valutazione, come se fossero *evidence* e non *proof*. D'altronde, in alcuni contesti procedurali la nozione di “indizio” costituisce una «specifica categoria di prova, ma per designare un insieme di fatti da provare al fine dello svolgimento di determinate attività procedurali»¹⁰⁸. È il caso degli indizi “di colpevolezza” – che l'art. 273 c.p.p. vuole gravi ai fini dell'applicazione di una misura cautelare –, che di per sé costituiscono un output decisionale. Meglio avrebbe fatto, quindi, il legislatore a riferirsi *tout-court* alla categoria dell'indizio ai sensi dell'art. 192, comma 2, c.p.p.

Al netto di questa sgrammaticatura, la categoria che cerchiamo di definire comprende gli atti di indagine che si articolano in un meccanismo di richiesta-autorizzazione (intercettazioni, prelievo coattivo di campioni biologici; acquisizione dei tabulati telefonici e telematici); gli atti di indagine rimessi alla sola iniziativa del pubblico ministero; il decreto che dispone il

non esistono. Quello che regge tutta la fase dell'accertamento è l'ipotesi di reato consacrata nell'azione. A conferma di ciò, la decisione che accerta l'estinzione del reato per prescrizione è, non a caso, una sentenza di non doversi procedere (o di non luogo a procedere all'udienza preliminare)».

¹⁰⁵ SPANGHER (2021), p. 38.

¹⁰⁶ Un novero assai vasto. Conviene notare, tuttavia, che BONTEMPELLI (2022), p. 36, vi riconduce le decisioni sulle impugnazioni ai soli effetti civili *ex art.* 578 c.p.p.

¹⁰⁷ L'Ufficio del Massimario, *Relazione*, cit., p. 44, afferma che in materia è opportuno fare riferimento agli approdi convenzionali, in cui «le autorità giudiziarie tutte, quindi giudici compresi» sono richiamati «ad un linguaggio consono alla funzione del redigendo atto, strettamente commisurato agli elementi di fatto e di diritto che le norme di legge richiedono di esaminare e, sia consentito di così dire, continente, equilibrato e pacato, in modo, non solo da non attribuire, ma neanche da non adombrare un'affermazione di penale responsabilità». CARCHIETTI (2022), *Tutela endoprocedimentale della presunzione*, cit., afferma la disposizione costituisce, «sotto il profilo interpretativo, un veicolo di più ampia protezione dei diritti dell'indagato (o dell'imputato), introducendo una sorta di “dovere di continenza” in capo al giudice o al pubblico ministero».

¹⁰⁸ DANIELE (2017), p. 510, cui si rinvia per una compiuta disamina.

giudizio; la richiesta di archiviazione, soprattutto là dove si abdichi dall'esercizio dell'azione penale per ragioni che lasciano spazio a speculazioni sulla possibile responsabilità penale, cioè a dire quelle diverse dall'infondatezza della notizia di reato, così come i provvedimenti con cui il g.i.p. ordina ulteriori indagini, l'iscrizione nel registro degli indagati o l'imputazione coatta; le sentenze di non doversi procedere diverse da quelle che dichiarano l'estinzione del reato¹⁰⁹; gli atti del procedimento *de libertate* (richiesta, ordinanza cautelare, eventuali provvedimenti del riesame o dell'appello); i provvedimenti di convalida di arresto e fermo; l'ordinanza che proroga le indagini o di quella con la quale vengono ammesse le prove¹¹⁰; i provvedimenti che dispongono l'ammissione a un giudizio speciale; la richiesta e l'ordinanza cautelari. In alcuni dei casi menzionati, è evidente che il riferimento all'implicata colpevolezza costituisce cuore pulsante dell'atto; ne sono esempio l'argomentazione in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in materia cautelare, la motivazione in ordine alla prognosi favorevole sulla non commissione di ulteriori reati di cui deve farsi carico il giudice che disponga la messa alla prova, la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, tra le altre, si presta particolarmente a speculazioni sulla responsabilità dell'indagato.

Potrebbe soddisfare la *ratio* della nuova normativa l'adozione di formule condizionali¹¹¹: se gli elementi *x, y, z*, fossero confermati ne deriverebbe la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza nell'incidente cautelare. Dagli elementi provvisoriamente raccolti *x, y, z*, emerge la commissione di un reato, e ciò funge da premessa per: l'*outlook* favorevole al fine di disporre la messa alla prova, la sussistenza dei gravi indizi di reato in materia di intercettazioni o la fondatezza delle ragioni che sostengono il decreto di rinvio a giudizio, eccetera. Come si è autorevolmente sostenuto in materia di misure cautelari, d'altronde, i gravi indizi di colpevolezza non postulano una valutazione di colpevolezza (foss'anche a un "grado" inferiore rispetto a quello dell'assenza di ogni ragionevole dubbio), ma una valutazione di probabile colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio¹¹². Applicando questa ricostruzione ai giudizi che ci interessano, potremmo quindi dire che il loro oggetto non è mai la colpevolezza, ma la probabilità della colpevolezza.

Altro caso è relativo agli atti strumentali al pubblico ministero per «dimostrare la colpevolezza» (comma 1, ultimo periodo). Come si accennava, tali atti derogano all'applicazione dell'art. 115-*bis*, comma 1, c.p.p., ed è quindi possibile presentarvi l'accusato come colpevole. Si tratta di una disposizione dal significato non chiaro nella misura in cui tende a confondere il suo perimetro applicativo con quello del comma 2. Quest'ultimo – che dovrebbe prevalere in ragione della clausola di salvezza di cui al comma 1 –, per gli atti cui si riferisce, individua il destinatario del precetto per mezzo del «nome collettivo»¹¹³ autorità giudiziaria, includendovi quindi il pubblico ministero. Dunque, ci troviamo di fronte a un magistrato dell'accusa che può additare l'imputato o l'indagato come colpevoli nella misura strettamente necessaria a soddisfare i presupposti dell'atto che non decide nel merito quando si debbano valutare prove, elementi di prova o indizi (comma 2); e che può presentarlo come colpevole in uno degli altri atti che non decidono nel merito, ma che sono volti a dimostrare la colpevolezza (comma 1, ultimo periodo).

Apparentemente, la regola del comma 1 fagocita quella del comma 2: quali sono gli atti del pubblico ministero che non presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi e che sono allo stesso tempo funzionali a dimostrare la colpevolezza dell'imputato? In altri termini, quali atti dell'organo dell'accusa possono indicare l'accusato come colpevole *no-limits*? A pensarci, vengono in mente l'imputazione (e quindi agli atti di promovimento dell'azione penale) o la quasi-imputazione contenuta nell'avviso di conclusione delle indagini, gli atti di impugnazione¹¹⁴, le conclusioni formulate in udienza preliminare, in giudizio e in

¹⁰⁹ V. *supra*, nt. 104.

¹¹⁰ TRIGGIANI (2022), p. 43.

¹¹¹ Sulla cautela linguistica da adottare nei provvedimenti, v. alcune considerazioni critiche di NICOLICCHIA (2024), pp. 241-241, secondo cui esiste «un potere quasi taumaturgico della parola che rischia paradossalmente di relegare in secondo piano, di fatto fagocitandola, l'essenza più profonda della regola trattamentale imposta dalla presunzione, da intendersi innanzitutto quale divieto di punire colui che non è stato destinatario di un accertamento di responsabilità cristallizzato in un formale giudicato di condanna».

¹¹² Tra le molte sedi in cui la tesi è sostenuta, v. FERRUA (2021b), p. 559; FERRUA (2010), p. 357, il quale precisa che tutto ciò «può sembrare un gioco di parole, ma non lo è perché, se vi fossero elementi che inducono ragionevolmente a dubitare della probabile colpevolezza, la misura coercitiva sarebbe illegittimamente disposta» per cui la regola di giudizio dev'essere la medesima del dibattito, pur variandone «l'esito al variare dell'oggetto su cui verte la prova».

¹¹³ CORDERO (2012), p. 824.

¹¹⁴ CARCHIETTI (2022), nota come il Considerando nr. 16 della Direttiva esemplifica affermando che tali sono gli atti della pubblica accusa che mirano a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato, come l'imputazione. In buona sostanza, il legislatore «pensava all'imputazione

appello (artt. 421, 523 e 604 c.p.p.), o la requisitoria ancora prevista all'esito del dibattimento di legittimità (art. 614 c.p.p.)¹¹⁵.

9. (segue) I rimedi.

I rimedi al provvedimento di stampo colpevolista sono dettati dai commi 3 e 4 dell'art. 115-*bis* c.p.p.¹¹⁶ Il procedimento è pensato per rimediare alle violazioni delle disposizioni di cui al comma 1. La mancata menzione del comma 2 pare riconducibile alla goffa tecnica legislativa utilizzata più che alla volontà di escludere l'operatività della disciplina. D'altronde, il comma 2 prende in considerazione un sottoinsieme di atti rispetto al più generale comma 1, dunque di ogni atto diverso dai provvedimenti volti a decidere sul merito della colpevolezza è possibile chiedere la correzione, «quando è necessario per salvaguardare la presunzione di innocenza nel processo»¹¹⁷.

Il procedimento è, invece, tratteggiato in modo abbastanza dettagliato, prevedendo che sull'istanza di correzione decida con provvedimento motivato il giudice che procede (nel corso delle indagini, il g.i.p.)¹¹⁸, che deve poi essere portato a conoscenza dell'interessato, delle altre parti (sottintendiamo, private) e del pubblico ministero. Detti soggetti possono poi presentare opposizione al presidente del tribunale o della corte (sottintendiamo, d'appello, per ragioni sistematiche e in ragione del disposto del periodo successivo), che decide senza formalità. Nel caso in cui ad essere censurato sia un provvedimento del presidente del tribunale o della corte d'appello si applicano le regole dell'art. 36, comma 4, c.p.p., e sono così chiamati a pronunciarsi, rispettivamente, il presidente della corte d'appello e il presidente della Corte di cassazione.

10. Le conseguenze dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Si deve alla “riforma Cartabia” l'introduzione dell'art. 335-*bis* c.p.p., «espressione della preoccupazione dimostrata dalla classe politica per gli effetti extra-procedimentali connessi all'iscrizione»¹¹⁹. La disposizione, rubricata «limiti all'efficacia dell'iscrizione ai fini civili e amministrativi», si preoccupa di specificare che «la mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito».

Si tratta di una «salutare proiezione della presunzione di innocenza» che elide i pregiudizi oggi esistenti, ad esempio in tema di partecipazione a concorsi o a gare d'appalto, o per l'assunzione di incarichi professionali¹²⁰.

Vale la pena di osservare che la disposizione non rappresenta uno “scudo” impenetrabile. D'altronde, la lettera della legge specifica che l'iscrizione non può «da sola» determinare effetti negativi. Ciò implica che essa, se valutata insieme ad altri elementi, può essere considerata

quale espressione paradigmatica degli atti del p.m. volti a dimostrare la colpevolezza di una persona. Il legislatore italiano ha conservato, nel codice di rito, il principio senza “fare proprio” l'esempio fornito dalla fonte sovranazionale». Anche secondo VIGONI (2023), p. 241, rientrano nel novero atti come l'imputazione, e quindi l'eccezione investe tutti gli atti di esercizio dell'azione penale (artt. 405, 50, 60 c.p.p.) o che muovono nuove contestazioni (artt. 423; 516-518 c.p.p.); sono da ritenersi ricompresi le memorie, la requisitoria in udienza e l'atto d'impugnazione [e] anche agli atti che comunque enunciano l'addebito in termini provvisori, come l'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis* c.p.p.), prodromico all'esercizio dell'azione penale».

¹¹⁵ In questo senso, ci sembra, MELZI D'ERIL (2022), p. 28: «a stretto rigore, dunque, l'espressione in questione designerebbe soltanto le requisitorie scritte al termine del dibattimento o di un rito alternativo».

¹¹⁶ Per interessanti considerazioni “operative” sulla disposizione, v. ARUTI (2024), p. 252 ss.

¹¹⁷ In senso contrario, CARCHIETTI (2022), §§ 3-4: «il disposto di cui al secondo comma resta una regola etica, per quanto formalmente incorporata in un disposto normativo. Una sorta di promemoria per l'operatore reso in forma solenne»; nonché BACCARI (2022), p. 167.

¹¹⁸ Sul punto, i giudici di legittimità hanno ritenuto non abnorme il provvedimento con cui il pubblico ministero rigetti *de plano* la richiesta di correzione di atti a garanzia della presunzione di innocenza che l'indagato abbia presentato presso la sua segreteria, e non – come prescritto – presso la cancelleria del giudice competente a decidere, in quanto non è configurabile a carico della parte pubblica alcun onere di trasmissione al giudice dell'istanza, rispetto alla quale non è, peraltro, prevista la formulazione del suo parere (Cass., sez. V, 27 aprile 2022, n. 19543, in *CED Cass.*, n. 283217).

¹¹⁹ DE FRANCO (2023), § 3.

¹²⁰ DE CARO (2022), p. 7. Prima del varo della nuova disposizione, CASTELLANETA (2022), p. 97, si interrogava sulla compatibilità di alcune prassi concorsuali con la presunzione di innocenza: «si pensi alla richiesta, presente in numerosi bandi e *call* per esperti in cui, come requisito di ammissione alla selezione si pretende che l'aspirante alla selezione non sia iscritto nel registro degli indagati».

nell'adozione di decisioni in sede civile o amministrativa¹²¹.

Certo, non si prospetta semplice il reperimento di "altri" elementi, considerato che – almeno rispetto agli atti processuali penali – il tendenziale segreto che copre la fase investigativa funge da schermo rispetto all'attività cognitiva delle autorità civili o amministrative, nell'ambito delle rispettive competenze¹²².

Che la preclusione posta dall'art. 335-*bis* c.p.p. non sia insuperabile, è poi confermato da un'altra disposizione coniata dal d.lgs. n. 150 del 2022. L'art. 110-*quater* disp. att. c.p.p. afferma che «le disposizioni da cui derivano effetti pregiudizievoli in sede civile o amministrativa per la persona sottoposta a indagini devono intendersi nel senso che esse si applicano comunque alla persona nei cui confronti è stata emessa una misura cautelare personale o è stata esercitata l'azione penale». La normativa di attuazione fa salve *iuris et de iure* le conseguenze negative sull'accusato all'insorgere di alcune evenienze procedurali che denotano l'esistenza di elementi probatori complessivamente solidi a suo carico e che fondano, rispettivamente, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza o di una ragionevole previsione di condanna¹²³.

Ancora una volta si è a cospetto di una norma tesa a ribadire e generalizzare approdi già raggiunti, considerato con la Corte costituzionale che «il principio di ragionevolezza» non impone «che vi sia stato un accertamento irrevocabile del reato» per far discendere conseguenze giuridiche dalla sottoposizione ad un'indagine; tuttavia, quel principio «richiede comunque un nesso affidabile – quale riflesso del diritto dell'indagato a non essere considerato colpevole, nel procedimento penale, sino all'emanazione di un provvedimento irrevocabile di condanna – tra la possibile responsabilità penale» e la conseguenza negativa di volta in volta prefigurata.

11. Riflessi deontologici e disciplinari per i magistrati.

Nonostante alcune malcelate aspirazioni in senso contrario, benché con possibili limitazioni connesse alla funzione esercitata¹²⁴, al magistrato non è preclusa la libera manifestazione del pensiero, protetta dall'art. 21 Cost., su questioni giuridiche e culturali¹²⁵. Nell'ottica, poi, di informare la collettività sull'amministrazione della giustizia penale, comunicare – oltre che un diritto – è un dovere. Certo, si tratta di una attività delicatissima, soprattutto quando a "comunicare" è l'organo dell'accusa, come si è visto. Anche per questo, la violazione di alcune norme poste a presidio della presunzione di innocenza comporta l'irrogazione di sanzioni

¹²¹ P. SILVESTRI (2022), p. 15.

¹²² GIALUZ (2022), p. 40, esemplifica evocando elementi "extraprocedimentali", quali «le ipotesi nelle quali vi è spazio per un accertamento motivato da parte di terzi, come nell'ipotesi delle misure di prevenzione adottate dal questore nei confronti del soggetto "denunciato"».

¹²³ GIALUZ (2022), p. 40, richiama le disposizioni che prevedono un «effetto pregiudizievole automatico (il caso più emblematico è forse quello dell'art. 463-*bis* c.c., secondo il quale «sono sospesi dalla successione il coniuge, anche legalmente separato, nonché la parte dell'unione civile indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile»)». V. anche BRICCHETTI (2023).

¹²⁴ Così Corte cost., 27 aprile 2022, n. 152, relativa al requisito di idoneità morale, di indipendenza, di imparzialità e assenza di conflitto di interesse di cui all'art. 4, comma 6, lett. a, d.lgs. 23 febbraio 2018, n. 20, secondo cui i collaboratori o dipendenti addetti all'attività di controllo e certificazione degli organismi a ciò preposti per l'agroalimentare e l'ambiente, non dovevano «essere interessati da procedimenti penali in corso per delitti non colposi per i quali la legge commina la pena di reclusione non inferiore nel minimo a due anni o nel massimo a cinque anni, ovvero per i delitti di cui agli articoli 513, 515, 516, 517, 517-*bis*, 640 e 640-*bis* del codice penale». La Corte ha ritenuto la preclusione irragionevole ed incoerente con la necessità che, per produrre conseguenze, l'accertamento della responsabilità penale del soggetto abbia raggiunto un livello di certezza o, in casi limite, di rilevante probabilità.

¹²⁵ In tal senso, v. la Risoluzione C.S.M. del 19 maggio 1993 e anche la successiva Raccomandazione Rec (2000)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale. Attengono a tematiche di carattere generale gli interventi dei magistrati sulle dinamiche afferenti al mondo della giustizia, riflessioni su questioni giuridiche, riferimenti alla vita professionale del singolo magistrato purché non riguardanti i singoli procedimenti trattati, oppure vicende di cronaca giudiziaria estranee però alla propria attività d'ufficio. Più di recente, nel 2015, il Rapporto della Commissione di Venezia sulla libertà di espressione dei giudici ha concluso che «the guarantees of the freedom of expression extend also to civil servants, including judges. But, the specificity of the duties and responsibilities which are incumbent to judges and the need to ensure impartiality and independence of the judiciary are considered as legitimate aims in order to impose specific restrictions on the freedom of expression, association and assembly of judges including their political activities». Si tratta di un filone giurisprudenziale poi coltivato anche con le sentenze nn. 224 del 2009 e 170 del 2018, sul punto v. diffusamente G. Silvestri (2024), § 3.

Da ultimo, anche Corte eur., Danilec c. Romania, 20 febbraio 2024, ha ribadito il «ruolo speciale della magistratura nella società», il quale comporta che, nell'esercizio delle funzioni, le «autorità giudiziarie devono esercitare la massima discrezione quando sono chiamate a dispensare giustizia, al fine di garantire la loro immagine di giudici imparziali». Ciò posto, la Corte ha ritenuto indebite le sanzioni inflitte ai magistrati che si erano esposti pubblicamente su un *social network* sul presupposto che le opinioni espresse facevano «chiaramente parte di un dibattito su questioni di interesse generale riguardanti le riforme legislative che riguardano il sistema giudiziario». In questo caso, «qualsiasi interferenza con l'esercizio della libertà di fornire o ricevere informazioni avrebbe dovuto essere soggetta a un controllo rigoroso, essendo il margine di apprezzamento delle autorità dello Stato convenuto ridotto in tali casi».

disciplinari¹²⁶.

Numerose indicazioni elaborate nel corso dei decenni in svariate fonti di *soft law* sono poi confluite nell'ordinamento disciplinare¹²⁷. Innanzitutto, la lett. *aa* dell'art. 2 comma 1 d.lgs. n. 109 del 2006 inibisce al magistrato di «sollecitare la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio» e di costituire e utilizzare «canali informativi personali riservati o privilegiati».

Anche la corretta «comunicazione istituzionale» è presidiata da sanzioni. In particolare, l'art. 2 lett. *v* d.lgs. 109 del 2006 prevede quale illecito disciplinare il rilascio di «pubbliche dichiarazioni o interviste che riguardino i soggetti coinvolti negli affari in corso di trattazione, ovvero trattati e non definiti con provvedimento non soggetto a impugnazione ordinaria, quando sono dirette a ledere indebitamente diritti altrui nonché la violazione del divieto di cui all'art. 5, comma 1, 2, *2-bis* e 3, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106». E il riferimento alla violazione dei commi 1, *2-bis* e 3 dell'art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006 è stato aggiunto dal d.lgs. n. 188 del 2021 con l'obiettivo di proteggere la presunzione di innocenza.

Dunque, sono fonte di responsabilità: per il procuratore della Repubblica o per il magistrato delegato l'aver mantenuto contatti con gli organi di informazione con modalità diverse dal comunicato stampa, oltre all'aver fatto ricorso a conferenza stampa per dare comunicazione di casi privi di particolare rilevanza pubblica, circostanza da valutare alla luce del provvedimento motivato che la autorizza (comma 1); nonché aver fornito informazioni facendo riferimento «personalistico» ad un magistrato dell'ufficio (comma 2).

Parimenti, è ragione di incolpazione la diffusione di notizie inerenti ad un procedimento penale se non quando strettamente necessaria per la prosecuzione delle indagini o in ragione di altre specifiche ragioni di interesse pubblico; peraltro, sempre rispettando il diritto dell'imputato a non essere indicato come colpevole sino a condanna definitiva (comma *2-bis*).

È poi vietato ai pubblici ministeri «rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio» (comma 3).

Non rileva dal punto di vista disciplinare – in quanto non specificamente richiamato dall'art. 2 lett. *v* d.lgs. n. 109 del 2006 – il comma *3-ter* dell'art. 5 d.lgs. n. 106 del 2006, secondo cui «nei comunicati e nelle conferenze stampa di cui ai commi 1 e *3-bis* è fatto divieto

¹²⁶ Più in generale, sulle ripercussioni disciplinari della manifestazione del pensiero, v. BOLOGNA (2018), p. 630 ss.; nonché Sanlorenzo (2024), § 9 ss.

¹²⁷ La questione non è nuova. Già all'inizio degli anni '90 il Consiglio superiore della magistratura si è interessato della comunicazione dei magistrati. Nella risoluzione C.S.M. del 18 aprile 1990, che invitava a discriminare in base alla relazione che lega il magistrato e il procedimento. In ordine a quei procedimenti a cui non aveva preso e verosimilmente non avrebbe preso parte, il magistrato avrebbe potuto esprimere «valutazioni, anche critiche», pur adoperando «particolari cautele ed attenzioni, ferma comunque la necessità che le dichiarazioni rispettino la verità storica e non siano gratuitamente offensive». Era invece «in ogni caso opportuno evitare dichiarazioni alla stampa su processi che stanno trattando o nei quali sono o saranno chiamati a qualunque titolo a svolgere la propria funzione», così come su «procedimenti pendenti di cui una qualsiasi fase sia stata già definita con la partecipazione del magistrato stesso». Quanto alle modalità di contatto con la stampa, «qualora ragioni di pubblico interesse richiedano chiarezza e trasparenza, anche per rassicurare l'opinione pubblica, su un procedimento in corso, è consigliabile che il magistrato riferisca al capo dell'ufficio, il quale potrà valutare l'opportunità di una sua dichiarazione ufficiale o di un comunicato stampa, rispettati – ovviamente – i limiti del segreto d'ufficio».

Anche in una successiva risoluzione del C.S.M. alcune esigenze erano considerate idonee a superare il dovere di riserbo del magistrato: rispettati i limiti posti dalla legge a tutela di beni costituzionalmente garantiti e per di inchieste di particolare rilievo per la collettività, le quali impongono l'esigenza di evitare erronee rappresentazioni dei fatti e strumentalizzazioni, era riconosciuta ai magistrati la facoltà «di fornire le precisazioni necessarie per dissipare equivoci e per impedire distorsioni, al fine di contribuire ad una corretta e compiuta informazione, che è indiscutibile fattore di arricchimento della democrazia, in quanto assicura conoscenza, trasparenza e controllo». In ogni caso, i magistrati erano chiamati a ispirare la propria condotta a criteri di cautela e responsabilità, anche a fini di «autotutela», per evitare di «offrire occasioni o pretesti per iniziative di delegittimazione del loro operato» (Risoluzione C.S.M. 1° dicembre 1994).

Si tratta di interventi di «contenimento» poi trasposti nel Codice deontologico adottato dal Comitato direttivo centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati il 7 maggio del 1994, il cui art. 6, emendato nel 2010, afferma che «il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio. Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni conosciute per ragioni del suo ufficio e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati. Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali e agli altri mezzi di comunicazione di massa».

Da simili fonti di *soft law* emerge la volontà di improntare i rapporti tra magistrati e organi di informazione al principio di leale collaborazione, in vista di una corretta e trasparente informazione della collettività, finalità che emerge anche dalla del Raccomandazione Rec(2003)13 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Quest'ultima fonte specifica che l'autorità giudiziaria e la polizia trasmettono «informazioni verificate o fondate su presunzioni ragionevoli», fornite con regolarità nel corso del procedimento e senza fini di lucro, con attenzione alla salvaguardia della presunzione d'innocenza, della buona amministrazione della giustizia e della tutela delle persone coinvolte e dei terzi. L'ultimo approdo di «autoregolamentazione» è rappresentato dalle «Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale adottata a compimento di un'attività di studio affidata a una commissione mista di giuristi e di esperti della comunicazione», su cui v. *supra*, § 3, nt. 52.

di assegnare ai procedimenti pendenti denominazioni lesive della presunzione di innocenza». Si tratta di un non trascurabile difetto di raccordo, considerato che l'adozione di intitolazioni altisonanti costituisce un'evenienza altamente lesiva della presunzione di innocenza. Delle "esternazioni" così connotate, dunque, si potrà chiedere la rettifica, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 188 del 2021, ma esse non potranno di per sé essere oggetto di scrutinio in sede disciplinare, a meno che non rilevino autonomamente ai sensi dell'art. 2 lett. c d.lgs. n. 106 del 2006, secondo la clausola generale per cui sono censurabili le condotte che arrecano «ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti» in violazione degli obblighi di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio.

12. Il ruolo dell'informazione giudiziaria.

Nel comune sentire, l'imputato è considerato colpevole sin dall'inizio del procedimento ed è «dato *ad bestias*, come si diceva una volta dei condannati in pasto alle fiere»; tanto che l'articolo della Costituzione «che si illude di garantire l'incolumità dell'imputato è praticamente inconciliabile con quell'altro, che sancisce la libertà di stampa. Appena sorto il sospetto, l'imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati alla presenza di tutto il mondo»¹²⁸.

Talvolta mera cassa di risonanza delle dichiarazioni colpevoliste altrui, talaltra machiavellico ideatore di formule e slogan inquisitoriali, il sistema dell'informazione è diffusamente coinvolto nella lesione della presunzione di innocenza. Si tratta di un coinvolgimento che non avviene solo attraverso la comunicazione del processo, ma anche attraverso la celebrazione di processi sui mezzi di comunicazione (la quale rischia di compromettere anche le dinamiche dell'accertamento penale)¹²⁹. D'altronde, è da sempre insopprimibile – e comprensibile – l'interesse della collettività verso l'amministrazione della giustizia penale, manifestazione della potestà punitiva dello Stato, in cui la collettività proietta le sue esigenze di protezione e le sue aspettative di tutela. Purtroppo, accade che questo interesse sia talvolta morboso, soprattutto per fatti clamorosi o in ragione di imputati o vittime noti al pubblico¹³⁰.

Se concentriamo l'attenzione sulla presunzione di innocenza incisa dall'"informazione sul processo", vediamo che uno studio coordinato dall'Unione delle camere penali e svolto su un assai ampio campione di articoli di cronaca nel 2016 registra la natura tendenzialmente colpevolista dei prodotti offerti al lettore. In particolare, in relazione ai titoli: il 40,2% presenta l'indagato-imputato come colpevole¹³¹, il 48,9% adotta un approccio neutro, non sbilanciandosi sull'attribuzione di responsabilità o riportando il virgolettato dei soggetti del procedimento, il 3,9% è innocentista, il 7% rientra nella sfera grigia del non classificabile. Le cose non mutano sensibilmente quando si passa all'analisi del contenuto degli articoli: il 29,2% ha un'impostazione colpevolista (e l'1,3% usa un linguaggio iperbolico)¹³², il 32,9% riporta solo la ricostruzione effettuata dall'accusa senza aderirvi espressamente, il 24,1% dà spazio sia alle tesi dell'accusa sia a quelle della difesa, risultando neutro; il 3,2% è innocentista¹³³.

E, come naturale, il faro dell'informazione illumina le fasi iniziali dell'inchiesta. Quasi

¹²⁸ CARNELUTTI (1957), p. 46.

¹²⁹ Sul punto, v. GIOSTRA (2017), p. 648, secondo cui l'espressione "processo mediatico" «compendia icasticamente la sempre più diffusa tendenza televisiva [e non solo, ormai] a scimmiettare liturgie e terminologie della giustizia ordinaria». Il fenomeno, qui rilevante nella misura in cui può contribuire a compromettere l'innocenza dell'imputato, mette innanzitutto a rischio l'imparzialità del giudice, la genuinità delle prove (specialmente di quelle dichiarative), la fiducia nell'apparato giudiziario. Sul tema, v. anche GIOSTRA (2025), p. 161 ss.; MANES (2022), *passim*; BRUTI LIBERATI (2022), p. 101 ss.; AMODIO (2016), p. 125 ss.; TRIGGIANI (2012), p. 11 ss.; PERCHIUNNO (2022), p. 80 ss.

¹³⁰ Per un percorso anche storico sull'attenzione riservata dal pubblico ai processi "celebri", si rinvia alla ricostruzione di TRIGGIANI (2022), p. 6 ss.; per spunti d'"attualità", v. CONTI (2016), *passim*, in un volume che analizza recenti e clamorosi casi di cronaca nera.

¹³¹ I risultati sono pubblicati nel volume AA.Vv., *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, Pacini, 2016; da qui sono tratti i dati di cui alle note seguenti. L'impronta colpevolista si riferisce a titoli che «contengano in sé o comunque sollecitino nel lettore una anticipazione della responsabilità della persona sottoposta ad indagini o a processo» (ad. es. "preso l'assassino", "prendeivano tangenti"; i "virgolettati" delle dichiarazioni sono considerati di impronta neutra); e a contenuti in cui «il tenore del testo dà già per accertata la responsabilità delle persone accusate, ovvero, nel ricostruire la vicenda giudiziaria, utilizza solo ed esclusivamente fonti ed elementi provenienti dall'accusa, senza peritarsi di ricercare od esporre tesi con esse contrastanti o di evidenziare elementi problematici o di riflessione» (pp. 15-16; i dati sono analiticamente riportati a pp. 50 ss.).

¹³² Gli analisti considerano di "impronta colpevolista" gli articoli che propendono chiaramente per le tesi dell'accusa e il di "linguaggio iperbolico" quelli che presentano forme linguistiche smodate.

¹³³ Il 9,3% degli articoli non sono stati collocati in nessuna categoria.

il 65% della cronaca si concentra su quanto avviene durante le indagini¹³⁴. Il che in qualche modo aggrava il *vulnus* arrecato alla presunzione di innocenza, che è tanto più grande quanto più connesso ad un accertamento processuale precario¹³⁵. L'impronta colpevolista che caratterizza la cronaca giudiziaria induce a ritenere che per i *media* – e per l'opinione pubblica – essere destinatari di un avviso di conclusione delle indagini equivale ad essere imputati; un rinvio a giudizio suona come una sentenza di condanna; l'applicazione di una misura cautelare è equiparata all'esecuzione di pena¹³⁶. In altri termini, «il solo fatto di essere risucchiato negli ingranaggi della giustizia è percepito come inequivoco indizio di colpevolezza»¹³⁷.

Ai nostri fini, comunque, anche l'analisi statistica conferma che la dimensione extraprocessuale della presunzione di innocenza è sovente vulnerata da una comunicazione sbilanciata a favore delle argomentazioni dell'accusa.

Nonostante ciò, la stampa non è stata interessata dall'intervento normativo europeo, né destinataria di regole dettate dal legislatore interno¹³⁸. Certo, mettere mano alla materia implica la necessità di realizzare un delicatissimo intervento sulla libertà di stampa, pilastro della società democratica, in cui ogni limitazione è potenziale “bavaglio”. E sarebbe «costituzionalmente, politicamente e culturalmente inammissibile oscurare la cronaca giudiziaria»¹³⁹. È, invece, meno impegnativo per il legislatore lasciare che sia il sistema deontologico e disciplinare a trattare la materia. Nell'ottica di autogovernare il fenomeno, la categoria dei giornalisti, guidata da FNSI e dall'Ordine professionale, ha adottato un codice deontologico: la Carta dei doveri del giornalista nel luglio del 1993. Da allora, altri documenti sono stati adottati sino alla “codificazione” operata con il Testo Unico dei doveri del giornalista, in vigore dal gennaio 2021.

Il Testo unico dedica all'art. 8 un *focus* alla presunzione di innocenza. Rubricato “cronaca giudiziaria e processi in tv”, stabilisce, alla lett. *a* che il giornalista «rispetta sempre e comunque il diritto alla presunzione di non colpevolezza». Ancora, secondo la lett. *e* dell'art. 8 il giornalista «cura che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi». Infine, la lett. *d* si preoccupa delle trasmissioni televisive, prescrivendo che debba essere rispettato il principio del contraddittorio delle tesi e della parità tra le parti, nonché della continenza nella ricostruzione dei fatti.

Ancora, il giornalista è tenuto ad applicare le Regole deontologiche relative al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica che sono state riportate nell'allegato A del d.lgs. n. 196 del 2003 con il Decreto del Ministro della Giustizia del 31 gennaio 2019. La questione del rispetto della *privacy* e del trattamento dei dati personali è strettamente connessa al tema della tutela della presunzione di innocenza, dato che un indebito trattamento da parte dei mezzi di comunicazione potrebbe distorcere la percezione pubblica dello *status* di sospettato.

Ai nostri fini, rileva in particolare l'art. 6, rubricato «essenzialità dell'informazione». Esso afferma che «la divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti» e che «la sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica»; «commenti e opinioni del giornalista appartengono alla libertà di informazione nonché alla libertà di parola e di pensiero costituzionalmente garantita a tutti». Tale disposizione ribadisce, in ogni caso, la necessità del rispetto

¹³⁴ AA.VV., *L'informazione giudiziaria in Italia*, cit., p. 46.

¹³⁵ Secondo AMODIO (2016), p. 147, in questi casi la perentorietà espressiva stride per il contrasto con l'intrinseca provvisorietà dei risultati propria della fase investigativa cui il titolo si riferisce.

¹³⁶ In un bel saggio, in questi termini si esprime anche PASTA, (2018), p. 51, là dove ritiene che «le “ansie giustizialiste”, forse, verrebbero, attenuate se il cittadino medio sapesse distinguere tra “accusa” e “sentenza”, “giudice” e “pubblico ministero”, “misura cautelare” e “condanna”, avendo anche la consapevolezza della complessità del lavoro dei magistrati, ai quali i fatti non si palesano come visioni mistiche, comprendendo dunque che una sentenza d'assoluzione non costituisce necessariamente una nota di biasimo agli inquirenti».

¹³⁷ GIOSTRA (2022), p. 11.

¹³⁸ GIOSTRA (2022), p. 18; BACCARI (2022), p. 160; VIGONI (2023), p. 253; TRIGGIANI (2022), p. 39. Già alcune voci si erano levate contro la mancata regolamentazione degli aspetti più propriamente mediatici (v. MAZZA (2014a), p. 1407; J. DELLA TORRE (2016), p. 1835 ss.). Già all'indomani dell'approvazione della direttiva europea, MAZZA (2014b), p. 5, notava che «resta purtroppo fuori dalla portata della direttiva il comportamento dei *media* che molto spesso arrecano più danni alla presunzione d'innocenza di quanto non possano fare i pubblici dipendenti».

¹³⁹ GIOSTRA (2018b), p. 3.

dell'essenzialità dell'informazione e della continenza della stessa ai fini dell'interesse pubblico, nella divulgazione di dati relativi alla sfera privata delle persone.

Fortunatamente, però, la materia è oggetto anche di una disciplina normativa di rango primario, dalle potenzialità interessanti. Certo, sia il Testo unico sui doveri del giornalista, sia le Regole deontologiche ricordano al giornalista il dovere di rettifica, «anche in assenza di specifica richiesta» e senza ritardo nei casi e nei modi stabiliti dalla legge (artt. 9 lett. a). Ma a venire in rilievo, quale fonte cogente, è l'art. 8 l. n. 47 del 1948, così come modificato dall'art. 42 l. n. 416 del 1981. Esso pone a carico del direttore, o comunque, del responsabile di una testata, l'obbligo di «fare inserire gratuitamente nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale».

La disciplina scende nel dettaglio, imponendo le diverse modalità da adottare a seconda della cadenza della pubblicazione, cercando di assicurare alla rettifica la medesima diffusione della notizia che l'ha resa necessaria¹⁴⁰ e imponendo tempestività, che implica la messa in stampa non oltre due giorni dalla richiesta per i quotidiani e non oltre il secondo numero successivo dalla richiesta per i periodici (art. 8 commi 2 e 3 l. n. 47 del 1948).

Pertanto, «le rettifiche o dichiarazioni devono fare riferimento allo scritto che le ha determinate e devono essere pubblicate nella loro interezza, purché contenute entro il limite di trenta righe, con le medesime caratteristiche tipografiche, per la parte che si riferisce direttamente alle affermazioni contestate», sottolineando così il fondamentale collegamento tra lo scritto lesivo che ha determinato la rettifica e la portata ripristinatoria della medesima¹⁴¹.

La violazione delle norme inerenti al diritto di rettifica costituiva originariamente fonte di responsabilità penale, che si sostanzava nel delitto previsto dall'art. 8 comma 6 l. n. 47 del 1948. Per effetto della depenalizzazione operata dagli artt. 32 e 38 l. n. 24 novembre 1981, n. 689, la risposta è rappresentata da una sanzione amministrativa pecuniaria di importo pari alla multa¹⁴².

All'inerzia dei soggetti gravati dell'onere di procedere alla rettifica corrisponde, sul piano dei rimedi, la facoltà di adire in via d'urgenza l'autorità giudiziaria¹⁴³. Una volta scaduti inutilmente i termini indicati dalla disciplina «l'autore della richiesta di rettifica, se non intende procedere a norma del decimo comma dell'articolo 21, può chiedere al pretore, ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile, che sia ordinata la pubblicazione».

L'art. 21 l. n. 47 del 1948 prevede specifiche regole sulla competenza dei reati commessi col mezzo della stampa. In particolare, l'art. 21, comma 10, l. n. 47 del 1948 consente di ricorrere – aggiornando la norma in via interpretativa per superare il riferimento al pretore¹⁴⁴ – al tribunale affinché «ordini al direttore la immediata pubblicazione o la trasmissione delle risposte, rettifiche o dichiarazioni».

L'alternativa è procedere col rimedio civilistico *ex* art. 700 c.p.c., strumento da ultimo utilizzato anche dal legislatore del 2021. Certo, esiste una non del tutto trascurabile differenza tra i contesti in cui il ricorso cautelare è chiamato a operare. Differiscono le tipologie di rettifica: quella presa in considerazione dalla legge sulla stampa è un testo prodotto dall'istante, che i *media* hanno l'obbligo di ospitare; quella disciplinata dall'art. 2, comma 5, d.lgs. n. 188 del 2021 è un prodotto della medesima autorità che in prima battuta ha vulnerato la presunzione di innocenza. Differisce anche l'atteggiarsi della rettifica ordinata dal giudice: nei confronti delle trasgressioni commesse dagli organi di stampa i responsabili dei mezzi di informazione,

¹⁴⁰ «Per i quotidiani, le dichiarazioni o le rettifiche di cui al comma precedente sono pubblicate, non oltre due giorni da quello in cui è avvenuta la richiesta, in testa di pagina e collocate nella stessa pagina del giornale che ha riportato la notizia cui si riferiscono»; «per i periodici, le dichiarazioni o le rettifiche sono pubblicate, non oltre il secondo numero successivo alla settimana in cui è pervenuta la richiesta, nella stessa pagina che ha riportato la notizia cui si riferisce».

¹⁴¹ Quella del numero massimo di righe è, invero, una condizione che ha suscitato varie perplessità e sul quale si registrano pronunce radicalmente contrastanti, v. PERON (2006), p. 403 ss.

¹⁴² Gli edittali oscillano tra tre e cinque milioni di lire, vale a dire tra 1549 e 2582 euro: si tratta di standard non certo appaganti se parametrati agli attuali parametri economici. Il che impone un aggiornamento ai canoni del nuovo millennio a pena della perdita degli effetti deterrenti della sanzione.

¹⁴³ Come già detto, si tratta di uno strumento simile a quello previsto dal nuovo d.lgs. n. 188 del 2021, potenzialmente più effettivo, visto che l'autore della dichiarazione è tenuto a pubblicare la rettifica, mentre nel caso di dichiarazioni colpevoliste provenienti da autorità pubblica nulla assicura che l'operatore del mezzo di informazione darà seguito alle richieste di pubblicazione.

¹⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, «fuori dei casi in cui è diversamente disposto dal presente decreto» le competenze del pretore «sono trasferite al tribunale ordinario».

i direttori di riviste, periodici e giornali, saranno chiamati a *pubblicare* la richiesta di rettifica ignorata o elusa. Nel caso delle autorità pubbliche, invece, l'ordine del giudice riguarda l'onere di *comunicare* la rettifica precedentemente negata o elusa. In altri termini, pure adottando modalità comunicative almeno equivalenti a quelle utilizzate per la dichiarazione iniziale, le autorità pubbliche di regola non godono di strumenti in grado di garantire l'effettiva eguale diffusione della notizia. Ad esempio, l'emanazione di un nuovo comunicato ufficiale o la convocazione di una nuova conferenza stampa non assicura che i mezzi di informazione diano seguito a pubblicazioni della medesima visibilità accordata a quella precedente¹⁴⁵.

E la violazione di tali regole deontologiche dà luogo alle sanzioni disciplinari di cui agli artt. 48 ss. l. n. 3 febbraio 1963, n. 69.

In definitiva, dal punto di vista prescrittivo, il sistema deontologico dei giornalisti pare dotato di accorgimenti non dissimili da quelli imposti da ultimo, per legge, alle autorità pubbliche. La stampa, in particolare, deve rispettare la presunzione di innocenza evitando l'indicazione del sottoposto a procedimento come colpevole, chiarendo comunque sempre che gli accertamenti operati dalle autorità durante il procedimento hanno diverse "intensità", rispecchiate dallo *status* assunto (indagato, imputato, condannato), dallo stato del procedimento in cui si versa e dalla provvisorietà o dalla definitività dei provvedimenti.

Anche il "ristoro" della presunzione lesa trova spazio nella disciplina deontologica. L'art. 8 del testo unico stabilisce alla lett. *a* che «in caso di assoluzione o proscioglimento» il giornalista «ne dà notizia sempre con appropriato rilievo e aggiorna quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate *online*». Dunque, gli organi di stampa sono tenuti a comunicare gli esiti procedurali favorevoli per l'imputato, anche se non definitivi, curando anche di intervenire – là dove possibile – sulle pubblicazioni passate. Ad esempio, quando si ha a che fare con una risorsa elettronica, dovrebbe sempre aversi cura di intervenire sulle notizie riguardanti le indagini ed il processo per operare rinvii ipertestuali all'intervenuto accertamento assolutorio.

Eppure, la risposta disciplinare non pare davvero appagante. Le soluzioni in diversa misura riconducibili agli obblighi etici non vincolano i soggetti privi della qualifica di giornalista, non iscritti all'albo: una condizione per nulla rara, ad esempio, tra i conduttori di programmi di approfondimento televisivo¹⁴⁶. Infatti, nonostante l'art. 13 delle Regole deontologiche relative al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica proclami con enfasi che l'ambito di applicazione si estende «ai giornalisti professionisti, pubblicisti e praticanti e a chiunque altro, anche *occasionalmente*, eserciti attività pubblicistica», è subito costretto a precisare che le sanzioni disciplinari si applicano «solo ai soggetti iscritti all'Albo dei giornalisti, negli elenchi o nel registro». E anche quando riconducibili alla competenza degli organi disciplinari, come purtroppo usuale nelle ipotesi di giurisdizione domestica, le risposte sanzionatorie non sono sempre state credibili¹⁴⁷.

Dunque, l'aspetto "culturale" della preparazione e della responsabilità deontologica degli operatori degli organi di informazione rappresenta un'importante premessa per tutelare la

¹⁴⁵ PORCU (2021). Anche CANESCHI (2021), osserva criticamente come, alla luce del rapporto tra la disciplina in esame e la legge sulla stampa, qualora i giornalisti si siano limitati a riportare le dichiarazioni dell'accusa, non saranno poi obbligati a diffondere la rettifica disposta da quest'ultima. Secondo RESTA (2021), «la limitazione (conforme alla direttiva) della norma attuale alle sole comunicazioni rese dalle autorità pubbliche, non esclude, tuttavia, l'autonomo dovere delle testate (in particolare telematiche) di aggiornare, alla sopravvenuta rettifica, la notizia eventualmente riportata sulla base della dichiarazione scorretta degli inquirenti. Tale dovere autonomo deriva, infatti, dall'osservanza del principio di esattezza nel trattamento dei dati (art. 5, § 1, lett. d) Reg. Ue 2016/679), in base al quale una consolidata prassi del Garante per la protezione dei dati personali impone alle emerotiche online di segnalare l'evoluzione subita dalla notizia (cfr., ad es., provv. n. 286 del 10.12.2020)».

¹⁴⁶ Un problema rilevante, quello dell'*infotainment*, considerato che soprattutto «nel mondo dello spettacolo non si esprimono dubbi ma si vendono certezze, è ben comprensibile che dai *talk show* la non presunzione di colpevolezza sia, nella forma, spesso omaggiata ma nella sostanza quasi sempre bandita» (VOENA (2020), p. 160).

¹⁴⁷ Si registrano pochi interventi disciplinari dell'Ordine dei giornalisti. E nessuno ha avuto un efficace impatto deterrente. Ad esempio, l'Ordine dei giornalisti della Lombardia ha aperto un procedimento disciplinare nei confronti di due direttori responsabili di importanti quotidiani a tiratura nazionale che avevano autorizzato la pubblicazione di contenuti di intercettazioni gratuitamente lesivi della dignità di alcuni personaggi pubblici. Sono state, infine, irrogate due «censure» formali sul presupposto che «il riconoscimento del diritto-dovere di cronaca non può comportare il sacrificio del principio, costituzionalmente tutelato, del rispetto della reputazione e della dignità della persona umana. In conclusione, il Consiglio ritiene che le intercettazioni legali si possano pubblicare [quando non più segrete, e solo nel contenuto, nda], ma non gli insulti e le offese contenuti all'interno delle intercettazioni stesse» (così il la decisione del 23 ottobre 2006, in *Dir. inform.*, 2006, p. 732 ss.). La medesima vicenda è giunta all'attenzione del Garante della *privacy* (decisione del 7 giugno 2007, doc. *web* n. 1421351): ai medesimi soggetti destinatari del provvedimento dell'Ordine è stato intimato di ripristinare sulle testate *web* un corretto trattamento dei dati delle persone lese nella dignità. Sulla vicenda nel suo complesso cfr. più approfonditamente MANTOVANI (2011), p. 393, nt. 35.

presunzione di innocenza, eppure i risultati di tale strategia sono stati sinora insoddisfacenti¹⁴⁸. Per far sì che la stampa cessi di «avvelenare pozzi», dunque, «sarà necessario intervenire anche sulle patologiche manifestazioni del circuito extragiudiziario»¹⁴⁹.

13. Limiti alla divulgazione degli atti.

La proiezione pubblica degli atti del processo penale ha a che fare con il già ricordato fondamentale interesse pubblico al controllo del popolo sulla giustizia amministrata in suo nome (art. 101 Cost.) e con l'ineludibile diritto di cronaca (art. 21 Cost.). Fisiologico il loro potenziale contrasto con la presunzione di innocenza: quanto è pubblicabile ai sensi dell'art. 114 c.p.p. – per quanto “a monte” epurato dei più ruvidi riferimenti alla colpevolezza in attuazione dell'art. 115-*bis* c.p.p. – più comunque proiettare l'ombra del “pregiudizio” sull'accusato¹⁵⁰.

Anche su questo versante, il legislatore è intervenuto a più riprese negli ultimi anni, secondo l'ormai sempre più frequente schema della legislazione “a rate”. Innanzitutto, il d.lgs. n. 188 del 2021 ha manipolato l'art. 329, comma 2, c.p.p., imponendo che il pubblico ministero possa procedere alla desecretazione di un atto di investigativo solo quanto è «strettamente» necessario per la prosecuzione delle indagini. Un ritocco minore, ma sempre animato dalla volontà di restringere le maglie della *discovery* consentita al pubblico ministero durante le indagini. Una comunicazione che, immaginiamo, a questo punto debba avvenire con le nuove modalità imposte dal d.lgs. n. 188 del 2021¹⁵¹.

Più di recente, si è vietata la pubblicazione testuale delle ordinanze di custodia cautelare personale. L'intendimento normativo nasce con la legge di delegazione europea 21 febbraio 2024, n. 15, in attuazione ancora una volta della direttiva 343/2016/UE. Il parlamento ha conferito mandato al governo di «modificare l'articolo 114 del codice di procedura penale prevedendo il divieto di pubblicazione dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero sino al termine dell'udienza preliminare». Una delega infine esercitata grazie al licenziamento del d.lgs. 10 dicembre 2024, n. 198.

Dal punto di vista tecnico, l'art. 2 d.lgs. n. 198 del 2024 si limita a intervenire sull'art. 114 c.p.p. disponendo l'abrogazione dell'ultima parte del comma 2, relativo alla espressa pubblicabilità per esteso dell'ordinanza cautelare e introducendo un comma 6-*ter*, secondo cui, «fermo quanto disposto dal comma 7, è vietata la pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare».

Si tratta di una inversione di rotta radicale rispetto a quella seguita dal d.lgs. n. 216 del 2017. Allora, si era inopinatamente prescritto che l'ordinanza cautelare non dovesse rientrare tra gli atti *non* più coperti da segreto di cui è vietata la pubblicazione, anche parziale, fino a che non fossero concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare (art. 114, comma 2, c.p.p.). Una scelta singolare perché mossa dalla convinzione che l'ordinanza cautelare sia in origine un atto segreto. Una convinzione giustificata, forse, dal fatto che sarebbe opportuno che così fosse, fino alla sua esecuzione: palesi esigenze di tutela della efficace esecuzione dell'atto vorrebbero che l'ordinanza cautelare e, ancor prima e ancor di più, la richiesta cautelare, siano coperte da segreto. Eppure, così non era e così non è. Il novero degli atti segreti è individuato in base all'art. 329 c.p.p., al quale l'ordinanza e la richiesta

¹⁴⁸ Cfr., efficacemente, già GALLI (1963), p. 181, secondo cui sono sì fondamentali «l'autocontrollo e l'autodisciplina da parte degli organi di stampa», ma è indispensabile «porre norme che delimitino, con la maggior precisione possibile, in una materia necessariamente fluida, quali debbano essere i limiti della cronaca giudiziaria anche nell'interesse dei privati». Più di recente, v. GIOSTRA (2007), p. 57, sul «rapporto di stretta interdipendenza tra la professionalità del cronista ed una informazione giudiziaria all'altezza del suo alto compito istituzionale»: «la scarsa preparazione giuridica della stragrande maggioranza degli addetti all'informazione giudiziaria è, insieme al prevalere della logica mercantile sul senso di responsabilità e sull'etica professionale, la causa primaria dell'innegabile deformazione che la giustizia reale subisce nel suo momento divulgativo».

¹⁴⁹ Così SPANGHER (2021), p. 39. Si rinvia agli ultimi due paragrafi di questo lavoro per la prospettazione di alcuni sistemi sanzionatori, penali e deontologici.

¹⁵⁰ Una tendenza generale, se vogliamo, e non sempre dichiaratamente ispirata dalla volontà di proteggere l'innocenza presunta: è ormai da tempo che il legislatore interviene sulle norme processuali al fine di erigere argini rispetto alla piena conoscibilità degli atti del procedimento. Al fine di tutelare la riservatezza delle persone intercettate, ad esempio, il legislatore ha imposto limiti alla circolazione delle intercettazioni prima della loro acquisizione (art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p.): «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni se non è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento»; norma già evocata *supra* § 4, e su cui v. anche APOLLONIO, (2024).

¹⁵¹ *Supra*, § 3.

cautelari non possono essere ricondotte, neppure in seguito alle modifiche in senso estensivo operate dal d.lgs. n. 216 del 2017. La disciplina sul segreto si riferisce ai soli atti di indagine, categoria alla quale non è a rigore possibile ascrivere i provvedimenti del segmento cautelare, che nel nostro sistema processuale hanno *ratio* connessa alla necessità – a tutto voler concedere – di salvaguardare la prova nel caso di cui all'art. 274 lett. a c.p.p., quando la permanenza in libertà dell'indagato la mette in pericolo. Ma non si tratta di una evenienza in grado di farci considerare gli atti in discorso come “di indagine”, tanto più che potrebbero essere compiuti in momenti processuali cronologicamente lontani dalla fase investigativa.

Nonostante il diverso approccio della giurisprudenza¹⁵² e di una parte della dottrina¹⁵³, quindi, gli atti del procedimento cautelare non sono segreti poiché non esiste disposizione che lo preveda. In conseguenza di ciò, peraltro, il principio di tassatività che permea la materia penale comporta che l'art. 326 c.p. non sia applicabile a chi divulghi la richiesta o l'ordinanza cautelari.

Dunque, a tutto voler concedere in punto di opportunità, l'intervento del legislatore sarebbe necessario per conferire espressamente alla richiesta di cui all'art. 291 c.p.p. e all'ordinanza di cui all'art. 292 c.p.p. il crisma del segreto, fino all'esecuzione della misura, al fine di presidiarne penalmente la fruttuosa applicazione.

A conferma che l'ordinanza cautelare resta pubblicabile “nel contenuto” è, poi, l'odierno art. 114, comma 6-ter, c.p.p., là dove prescrive che il divieto di pubblicazione non incide sul precetto del successivo comma 7, che consente sempre la pubblicazione del contenuto degli atti non segreti, qual è, appunto, la decisione *de libertate*. Non, dunque, un veto assoluto alla conoscibilità dell'atto, che sarebbe costituzionalmente indifendibile, ma un divieto che attiene alla modalità di divulgazione.

Non va, peraltro, trascurato che il testo inizialmente formulato dal governo prevedeva una differente modulazione del comma 6-ter dell'art. 114 c.p.p., che avrebbe dovuto riferirsi alle «ordinanze di custodia cautelare». E ciò in piena aderenza al tenore della legge delega, la quale più che un “principio” o un “criterio direttivo” – imposti dall'art. 76 Cost. – conteneva un precetto “*self-executing*”, tanto da farci interrogare sul perché non si sia preferito approvare direttamente una disposizione che ne traducesse in legge gli effetti¹⁵⁴.

Invero, ragionando in astratto e in aderenza ai ricostruiti intendimenti del legislatore, non si comprendeva perché escludere dal novero dei provvedimenti da non pubblicare testualmente anche «le altre ordinanze cautelari, come ad esempio quelle applicative di una misura interdittiva, la cui motivazione può risultare di ben maggiore pregiudizio per l'onorabilità del destinatario»¹⁵⁵.

In tal senso, infatti, si è espressa la Commissione Giustizia della Camera nel suo parere favorevole con osservazioni. Tra le modifiche proposte al testo del decreto legislativo si annovera quella che suggerisce al governo di valutare «l'estensione di tale divieto a tutte le misure cautelari personali, ovvero ad altri analoghi provvedimenti che, eventualmente, possono essere emessi nel procedimento cautelare, ovvero comunque a quei provvedimenti che, nella loro funzione, comportino una valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e la cui pubblicazione, dunque, produca analoghi effetti sovrapponibili a quelli della sola ordinanza di custodia cautelare»¹⁵⁶.

Si tratta di un indirizzo parzialmente condiviso dal legislatore delegato, che ha infine inciso nel testo del decreto legislativo il riferimento alle «ordinanze che applicano misure cautelari personali». L'interpolazione operata in “zona Cesarini” restituisce in parte coerenza a

¹⁵² L'esclusione genetica dal perimetro del segreto dell'atto cautelare non è, tuttavia, condivisa dalla giurisprudenza, che ha indirettamente affermato la violazione del segreto nell'ipotesi di provalazione di notizie attinenti all'esistenza di una richiesta di misura cautelare (Cass., sez. VI, 7 novembre 2011, n. 3523/12). Più esplicita, ma più risalente, è Cass., sez. V, 3 ottobre 2002, n. 3896, in *CED Cass.*, n. 224273.

¹⁵³ Da ultimo, NAPPI (2024), § 2, ha sostenuto che «le ordinanze adottate dal giudice a norma dell'art. 292 c.p.p. sulle richieste di misure cautelari del pubblico ministero sono sempre pubblicabili testualmente e per esteso, dopo che siano state eseguite a norma dell'art. 293 c.p.p., perché, potendo averne solo così conoscenza l'imputato, non sono poi coperte da segreto investigativo».

¹⁵⁴ Così il testo dell'art. 4, comma 3, l. 21 febbraio 2024, n. 15: «nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo è tenuto a osservare, oltre ai principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, anche il seguente principio e criterio direttivo specifico: modificare l'articolo 114 del codice di procedura penale prevedendo, nel rispetto dell'articolo 21 della Costituzione e in attuazione dei principi e diritti sanciti dagli articoli 24 e 27 della Costituzione, il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, in coerenza con quanto disposto dagli articoli 3 e 4 della direttiva (UE) 2016/343».

¹⁵⁵ *Ivi*, § 4.

¹⁵⁶ Parere del 16 ottobre 2024, in *Atti parlamentari*, Atto del Governo n. 196, seduta del 15 ottobre 2024, p. 31.

una scelta censurabile, ma fa emergere una vistosa carenza di legittimazione¹⁵⁷. Esso pare *fatalmente* incostituzionale per eccesso di delega, che, come si è detto, menziona specificamente la sola «ordinanza di *custodia* cautelare», con ciò riferendosi alle sole misure personali coercitive custodiali: arresti domiciliari, carcere, istituti a custodia attenuata per detenute madri, luoghi di cura (artt. 284-286 c.p.p.)¹⁵⁸.

Si è consapevoli, certo, che la previsione di cui all'art. 76 Cost. «non osta all'emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione del primo sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsioni stabilite dal secondo»¹⁵⁹. Tuttavia, l'ampiezza della discrezionalità del governo è inversamente proporzionale al grado di precisione della legge delega: «quanto più principi e criteri direttivi impartiti dal legislatore delegante sono analitici e dettagliati tanto più ridotti risultano i margini di discrezionalità lasciati al legislatore delegato»¹⁶⁰. E, in ogni caso, il perimetro posto dalla legge di delega deve essere delineato partendo dal «dato letterale»¹⁶¹, che nel caso di specie è tanto puntale da escludere margini di discrezionalità del governo sotto il profilo dell'individuazione del novero degli atti di cui vietare la pubblicazione.

E poco importa che tale «limite» sia disarmonico rispetto alla *ratio* dell'intervento legislativo, magari dovuto a uno scadente e poco meditato *drafting* della legge di delega: l'interpretazione letterale precludeva di percorrere la via poi intrapresa dal governo. Si tratta, ancora una volta, del «volto di una politica irresistibilmente portata a debordare da ogni argine previamente fissato», come fosse «*constitutioni soluta*»¹⁶².

In definitiva, è facile prevedere la promozione di un giudizio di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. nel corso del primo procedimento penale in cui debba accertarsi la violazione del divieto di pubblicazione di un'ordinanza cautelare personale non custodiale.

Anche a tacere dell'operazione di rimodulazione realizzata in eccesso di delega, peraltro, non pare che il governo abbia risolto tutti i problemi all'orizzonte.

D'altronde, restano pubblicabili le ordinanze cautelari che applicano misure reali. Ma pure portando all'interno del perimetro del divieto di pubblicazione tutte le ordinanze cautelari, il sistema continuerebbe a disinteressarsi di altri provvedimenti non meno lesivi della presunzione di innocenza, a cominciare dalla richiesta del pubblico ministero, che immaginiamo essere per contenuti assai simile alla decisione che la accoglie. Dunque, la richiesta potrà continuare ad essere testualmente pubblicata, parzialmente o integralmente.

A cercare la ragione di questo discrimine, vien da pensare che il legislatore potrebbe aver differenziato il trattamento giuridico di atti «necessariamente» improntati ad una pur precaria affermazione di colpevolezza che tuttavia provengono da soggetti diversi: il pubblico ministero, accusatore pubblico la cui parzialità dichiarata incide limitatamente sulla «percezione» di innocenza dell'indagato; e il giudice, soggetto terzo e imparziale, le cui «parole» hanno un peso specifico maggiore in ordine alla incisione della innocenza presunta.

Se le cose stanno in questi termini, non si è a cospetto di un ragionamento ferreo. Vero è che la domanda del pubblico ministero proviene da una parte, ma è anche vero che essa si limita, appunto, a «chiedere». Diversa è l'ordinanza con cui il giudice «decide»: questo è, in definitiva, il provvedimento che incide sulla libertà personale. D'altronde, potremmo anche immaginare il non infrequente caso in cui un'ordinanza cautelare accolga solo parzialmente le richieste dell'accusa, ridimensionando le incolpazioni, le esigenze cautelari, le misure adeguate al loro soddisfacimento. Anche ragionando fuor di esemplificazioni, non va dimenticato che la cronaca giudiziaria è funzionale ad attuare il potere di controllo del popolo sulla giustizia am-

¹⁵⁷ Che si aggiunge, come detto, quella di una legge delega che trae «legittimazione» da una direttiva europea che non pare davvero chiedere che si intervenga in materia di pubblicazione degli atti del procedimento cautelare.

¹⁵⁸ In relazione a quest'ultimo aspetto, v. *contra* MORELLI nell'audizione del 2 ottobre 2024 alla Commissione Giustizia della Camera, in *Atti parlamentari*, Atto del Governo n. 196, p. 4-5, secondo cui ad ampliare il raggio operativo della disposizione «non si dovrebbe temere l'eccesso di delega, quando si estende il divieto a tutte le cautele, o quantomeno a quelle personali, poiché come detto, è proprio il criterio direttivo delle delega che, se attuato pedissequamente, viola i suoi (e della direttiva EU) più alti obiettivi, ossia quelli della tutela a più ampio raggio della proiezione pubblica della innocenza presunta dell'imputato»; nello stesso senso ci pare orientarsi MAZZA nell'audizione del 2 ottobre 2024 alla Commissione Giustizia della Camera, in *Atti parlamentari*, Atto del Governo n. 196, p. 5, che propone una modifica che vieti la pubblicazione di ogni ordinanza cautelare.

¹⁵⁹ Così, da ultimo, Corte cost., 25 luglio 2024, n. 149, seguendo il solco di consolidata giurisprudenza.

¹⁶⁰ Cfr., tra le altre, Corte cost., 12 giugno 1991, n. 259.

¹⁶¹ Corte cost., 25 luglio 2024, n. 149.

¹⁶² Così A. RUGGERI (2002), p. 2.

ministrata in suo nome (art. 101 Cost.), che proprio nella fase applicativa di un provvedimento incisivo della libertà personale dovrebbe trovare la sua massima espansione.

E ancora: perché la sintesi dell'ordinanza cautelare operata dal giornalista dovrebbe essere meno pregiudizievole per la presunzione di innocenza rispetto alla pubblicazione del testo del provvedimento? Non pare che le parole del giudice, quando soppesate e inserite in un contesto in cui emerge chiaramente che la colpevolezza dell'indagato è ritenuta provvisoriamente, in base a elementi raccolti unilateralmente e da verificare nei successivi passaggi procedurali, possano essere "più lesive" di quelle riassuntive del giornalista.

Piuttosto schizofrenico, poi, un legislatore che, da un lato, prescrive che «nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza, l'autorità giudiziaria limita i riferimenti alla colpevolezza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato alle sole indicazioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge per l'adozione del provvedimento» (art. 115-*bis* c.p.p.) e che, dall'altro lato, vieta la divulgazione di un atto formato secondo accorgimenti "redazionali" funzionali proprio a evitare lesioni della presunzione di innocenza¹⁶³.

Ci si chiede, allora, perché impedire la vigilanza diretta sull'operato del giudice e dei giornalisti, concedendo la possibilità di avere agevole accesso ad un atto che incide così significativamente sui diritti fondamentali. D'altronde, la stampa è un potere su cui vigilare al pari degli altri e tale vigilanza è possibile solo potendo confrontare il testo di sintesi con il testo sintetizzato. A pensar male, viene il sospetto che la vera *ratio* della delega risieda nella volontà di "scoraggiare" i cronisti giudiziari dal dare notizie una volta privati dello "scudo" rappresentato dalla lettera del provvedimento del giudice contro le querele degli indagati che si ritengono diffamati. Impossibile rimproverare al giornalista la pertinenza, la continenza e la veridicità quando usa le parole dell'ordinanza; diversa cosa, invece, imputare al cronista di aver malamente trasposto il contenuto dell'atto, magari utilizzando toni inadeguati.

Altra criticità risiede nel fatto che il divieto di pubblicazione testuale è destinato a operare fino alla conclusione delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. Il che esclude logicamente le ordinanze cautelari – e le relative richieste – emesse durante il dibattimento o nei gradi di impugnazione. Si tratta, certo, di evenienze infrequenti. Ma la conclusione è illogica. Se lo scopo del legislatore era quello di mettere in sicurezza un precetto costituzionale da garantire fino alla sentenza irrevocabile di condanna (art. 27, comma 3, Cost.), non si vede perché non vietare anche la pubblicazione di un'ordinanza cautelare applicata in corso di giudizio.

Non ci sembrano secondarie, poi, alcune conseguenze paradossali del divieto appena introdotto. Di fronte ad una sintesi giornalistica distorta, diffamatoria o "colpevolista", l'indagato stesso potrebbe avere interesse a che sia diffusa, a fini di rettifica, l'ordinanza del giudice. Una "operazione verità" impossibile, a meno che il giornalista – o l'indagato stesso, là dove voglia postarla su un *social network* – sia pronto a subire le conseguenze derivanti dalla pubblicazione vietata.

Che dire, poi, delle pubblicazioni su riviste scientifiche delle ordinanze cautelari? Anche la dottrina sarà costretta a operare una sintesi dei provvedimenti, a confezionare degli *abstract*, per poi provvedere al relativo commento. Un commento scevro di riferimenti precisi, magari essenziali, al testo del provvedimento.

Per queste e per altre criticità, già ai tempi della delega si era osservato che il legislatore avrebbe finito per «guarire un male con la medicina sbagliata, che rischia di generare un effetto collaterale più nefasto della patologia»¹⁶⁴. Una cattiva terapia confermata dal testo giunto al traguardo della gazzetta ufficiale.

Oltre all'ampliamento del novero degli atti non pubblicabili, il parere reso dalla Commissione Giustizia della Camera ha suggerito al governo di inserire nel provvedimento anche delle sanzioni realmente deterrenti con cui rispondere alla violazione del precetto. In particolare, la Commissione ha osservato che, «ferma restando l'esclusione di sanzioni detentive a carico del contravventore, il complessivo sistema sanzionatorio andrebbe comunque ripensato di modo da conferire effettività al divieto, e costituire un ragionevole argine alla sistematica violazione del medesimo, tanto alla luce della sperimentata ineffettività della attuale sanzione che presidia la violazione del divieto di pubblicazione, dettata dalla fattispecie contravvenzionale delineata dall'articolo 684 del codice penale (che si risolve nella possibilità di estinguere

¹⁶³ In questi termini v. anche GIOSTRA (2024).

¹⁶⁴ MELZI D'ERIL e VIGEVANI (2023).

il reato attraverso l'oblazione con il versamento di una somma irrisoria) o dell'illecito disciplinare, raramente perseguito, previsto dall'articolo 115 del codice di procedura penale a carico degli impiegati dello Stato o di persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato». Alla luce di ciò, l'esecutivo è stato invitato a individuare «profili sanzionatori nuovi, anche attraverso il ricorso ad ulteriori strumenti, non esclusi quelli posti a presidio dal decreto legislativo n. 231 del 2001 recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive della personalità giuridica»¹⁶⁵.

In effetti, l'ordinamento penale reagisce alla violazione del divieto di pubblicazione con l'art. 684 c.p., che commina una sorta di «buffetto sanzionatorio» a chi pubblica in tutto o in parte, anche per riassunto o a guisa d'informazione, atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata per legge la pubblicazione¹⁶⁶.

Le osservazioni provenienti dall'organo legislativo, tuttavia, non sono state accolte. Anche in questo caso, peraltro, si sarebbe trattato di ritocchi viziati dall'eccesso di delega, che neppure implicitamente menzionava la possibilità di intervenire sull'apparato sanzionatorio.

Eppure, pare ragionevole che – se scisso dalla volontà di vietare la diffusione del testo delle ordinanze cautelari – il divieto di pubblicazione sia presidiato da sanzioni credibili. Sul punto, ad essere invocata non è tanto l'intensificazione della risposta penale, benché un adeguamento dell'ammenda comminata dall'art. 684 c.p. ai canoni economici del nuovo millennio sarebbe auspicabile¹⁶⁷, quanto la predisposizione di un effettivo meccanismo di reazione disciplinare per il giornalista, da calibrare necessariamente sul piano deontologico, e reputazionale per l'editore, da valutare su basi non solo squisitamente pecuniarie, attraverso l'adozione del meccanismo sanzionatorio del d.lgs. n. 231 del 2001¹⁶⁸.

14. Bilanci e prospettive.

Le numerose norme introdotte negli ultimi anni con il dichiarato intento di proteggere la presunzione di innocenza consegnano all'interprete una trama normativa intricata e, spesso, contraddittoria.

Intricata, come quando il legislatore tenta di guidare la mano del magistrato nella redazione degli atti attraverso il meccanismo dell'art. 115-*bis* c.p.p.

Contraddittoria, considerato che da un lato si impongono regole “redazionali” al giudice cautelare e, dall'altro lato, si proibisce la divulgazione testuale di un'ordinanza fisiologicamente depurata da iperboli colpevoliste.

In generale, poi, anche le più interessanti soluzioni introdotte nel settore processuale – come il meccanismo di rettifica – e in quello ordinamentale – ad esempio, non promettono di essere davvero soddisfacenti.

Più adeguata ci pareva la proposta, da tempo avanzata da una parte della dottrina, di rispondere alla inadeguata esposizione mediatica degli indagati attraverso il “sindacato pubblico” di una «Autorità di garanzia a struttura composita (ad es. giornalisti, magistrati, avvocati) in grado di sanzionare anche con ricadute reputazionali chi, giornalista, magistrato o avvocato abbia indebitamente oltraggiato la reputazione di chi è stato coinvolto in un procedimento penale»¹⁶⁹. Un regime “sanzionatorio”, quindi, che non sia limitato alle sole autorità pubbliche. Nei confronti degli organi di informazione, per esempio, ancor più delle sanzioni pecuniarie o deontologiche, potrebbe avere in prima battuta un maggiore effetto deterrente l'obbligo di

¹⁶⁵ Parere del 16 ottobre 2024, in *Atti parlamentari*, Atto del Governo n. 196, seduta del 15 ottobre 2024, p. 31.

¹⁶⁶ GIOSTRA (2018a), p. 132.

¹⁶⁷ Ad esempio, pur escludendo che possa essere preso a modello in relazione alle pene detentive, potrebbe essere d'ispirazione il c.d. progetto di riforma c.d. Gratteri, in punto di intercettazioni. In quel contesto, al fine di predisporre una «forte ed efficace deterrente alla illegittima divulgazione di stralci a contenuto diffamatorio estranei al tema delle indagini e del processo», si proponeva di inserire nel codice penale una fattispecie di reato denominata “pubblicazione arbitraria di intercettazioni” (art. 595-*bis* c.p.), che avrebbe punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 2.000 ad euro 10.000 «chiunque, fuori dei casi consentiti, pubblica o diffonde in qualsiasi modo il testo d'intercettazioni di conversazioni telefoniche o altre forme di comunicazione, ovvero di corrispondenza acquisita agli atti di un procedimento penale, il cui contenuto abbia portata diffamatoria e che risulti manifestamente irrilevante a fini di prova». In generale, sul progetto di riforma Gratteri, v. le puntuali e condivisibili osservazioni di CAPRIOLI (2016), p. 3981 ss.

¹⁶⁸ In tal senso, nell'audizione svolta il 2 ottobre 2024 presso la Commissione Giustizia della Camera, MAZZA, il quale invoca, oltre al ritocco dell'art. 684 c.p., anche l'inserimento del reato tra quelli che danno luogo all'applicazione della responsabilità amministrativa da reato dell'ente, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. In precedenza, v. GIOSTRA (2020), pp. 154-155.

¹⁶⁹ Così, da ultimo, GIOSTRA (2023).

segnalare ai lettori che la fonte giornalistica a cui fanno affidamento non ha osservato un basilare principio costituzionale¹⁷⁰. Potrebbe agevolare il raggiungimento dello scopo l'istituzione di una nuova articolazione di una autorità indipendente già esistente, come il Garante per la protezione dei dati personali o l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, così da contare su un apparato amministrativo già operativo¹⁷¹.

Al netto delle soluzioni “normative”, poi, è difficile illudersi che una effettiva tutela della presunzione di innocenza – intesa nel suo senso più ampio, comprensivo delle riverberanze sociali delle vicende processuali – possa avere successo senza interventi di natura culturale idonei a influenzare l'opinione pubblica e l'operato dei *media*.

Iniziative di sensibilizzazione e divulgazione giuridica possono favorire una cultura del rispetto dei diritti fondamentali. Maggiore è la consapevolezza collettiva delle implicazioni del processo penale, minore sarà la propensione a emettere giudizi prematuri e sommari.

Ancora, la formazione dei giornalisti riveste un ruolo cruciale per la tutela della presunzione di innocenza. I professionisti dell'informazione devono essere sensibilizzati riguardo ai rischi connessi alla “gogna mediatica”. Corsi di aggiornamento professionale che includano nozioni di penalistiche e costituzionalistiche, con *focus* sui diritti dell'imputato, possono contribuire a un'informazione più equilibrata.

La protezione della presunzione di innocenza richiede non solo revisioni o aggiornamenti del dato normativo, ma anche una evoluzione culturale. È attraverso un approccio olistico inclusivo dell'educazione, della formazione, dell'autocontrollo deontologico e della sensibilizzazione sociale che si potrà creare un ambiente in cui la presunzione di innocenza sia rispettata pienamente in ogni fase del processo penale.

Bibliografia

AIUTI, Valerio (2024): “Correzioni ‘estetiche’ delle sentenze”, in CASSIBBA, Fabio, DELLA TORRE, Jacopo, LA ROCCA, Elvira Nadia, ZACCHÈ, Francesco (a cura di): *Le nuove frontiere della presunzione di innocenza* (Padova, Wolters Kluwer), p. 249 ss.

ALBAMONTE, Eugenio (2022): “Presunzione di innocenza e comunicazione giudiziaria. Il d.lgs. n. 188/2021”, *Ius penale*

APOLLONIO, Andrea (2024): “D.d.l. Nordio in materia di intercettazioni: l'ennesima ombra gettata sull'operato del pubblico ministero (e l'ennesimo passo verso la separazione delle carriere)”, *Giustizia insieme*

AMATO, Giuseppe (2021): “Divieto di presentare come ‘colpevole’ la persona che è sottoposta ad indagine”, *Guida al diritto*, n. 48, p. 44 ss.

AMODIO, Ennio (2016): *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction* (Milano, Giuffrè)

ANGIOLINI, Giulia (2019): “La Corte di Giustizia esclude l'estensione della presunzione di innocenza al procedimento cautelare”, *Sistema penale*

BACCARI, Gian Marco (2022): “Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato”, *Diritto penale e processo*, p. 159 ss.

BATTARINO, Giuseppe (2025): “Dalle garanzie della giurisdizione al dominio della ‘comunicazione di polizia’: un percorso segnato?”, *Questione giustizia*

BOLOGNA, Chiara (2018): “Apparenza d'imparzialità o tirannia dell'apparenza? Magistrati e manifestazione del pensiero”, *Quaderni costituzionali*, p. 625 ss.

BONTEMPELLI, Manfredi (2022), “Presunzione d'innocenza e riforma della giustizia penale”, *Media laws*, n. 1, p. 43 ss.

¹⁷⁰ Assai lucido, sul punto, il ragionamento di FERRARELLA (2017), p. 15 ss.

¹⁷¹ *Note dell'Unione Camere Penali Italiane sullo schema di decreto legislativo*, cit., p. 1046, citate *supra*, nt. 95.

- BRICCHETTI, Renato (2023): “Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: registro delle notizie di reato, iscrizioni e controlli”, in *Ius penale*
- BRONZO, Pasquale (2024): “Brevi note sul ‘disegno di legge Nordio’”, *Sistema penale*
- BRUTI LIBERATI, Edmondo (2022): *Delitti in prima pagina. La giustizia nella società dell’informazione* (Milano, Raffaello Cortina)
- BRUTI LIBERATI, Edmondo (2018a): “Prassi, disciplina e prospettive dell’informazione giudiziaria”, *Diritto penale contemporaneo*
- BRUTI LIBERATI, Edmondo (2018b): “Un punto di arrivo o un punto di partenza?”, *Questione giustizia*, n. 4
- CANESCHI, Gaia (2021): “Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un’estensione della garanzia?”, *Archivio penale*
- CANZIO, Giovanni (2021): “Il linguaggio giudiziario e la comunicazione istituzionale”, *Giustizia insieme*
- CAPRIOLI, Francesco (2016): “Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni”, *Cassazione penale*, p. 3981 ss.
- CARCHIETTI, Antonio (2022): “Tutela endoprocedimentale della presunzione di innocenza: ovvero, del recepimento senza passione”, in *Sistema penale*
- CARNELUTTI, Francesco (1957): *Le miserie del processo penale* (Roma, Edizioni Radio Italiana)
- CASIRAGHI, Roberta (2008): “Il necessario bilanciamento tra i diritti alla conoscenza dell’accusa, alla pubblicità processuale e alla riservatezza”, in BALSAMO, Antonio e KOSTORIS, Roberto Edoardo (a cura di): *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il “caso Dorigo” e gli interventi della Corte costituzionale* (Torino, Giappichelli), p. 209 ss.
- CASTELLANETA, Marina (2022): “L’attuazione della direttiva sulla presunzione d’innocenza: atto dovuto o occasione per limitare la libertà di stampa?”, *Media laws*, n. 1
- CATERINI, Mario (2017): “The Presumption of Innocence in Europe: Developments in Substantive Criminal Law”, *Beijing Law Review*, f. 8, pp. 101 ss.
- CHIAVARIO, Mario (2000): “I rapporti giustizia-media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Foro italiano*, f. 5, c. 209 ss.
- CHIAVARIO, Mario (1984): *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Garanzie fondamentali* (Milano, Giuffrè)
- CHIAVARIO, Mario (2001): “art. 6”, in BARTOLE, Sergio, CONFORTI, Benedetto, RAIMONDI, Guido (a cura di): *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (Padova, Cedam), p. 220 ss.
- CONTI, Carlotta (2022): “Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l’etica della responsabilità verso nuovi paradigmi”, *Archivio penale*, n. 1
- CONTI (a cura di): *Processo mediatico e processo penale*, Giuffrè, 2016
- CORDERO, Franco (2012): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè)
- CORDERO, Franco (1985): *Teoria generale delle norme* (Torino, Einaudi)
- CORDERO, Franco (1964): voce “Merito (diritto processuale)”, in *Novissimo digesto italiano* (Torino, Utet), vol. X, p. 579
- CORDERO, Franco (1962): “La decisione sul reato estinto”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 670 ss.

- DANIELE, Marcello (2017): voce “Indizi (dir. proc. pen.)”, *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), Ann. X, p. 510 ss.
- DECOURCELLE, Adrien (1868): *Les formules du docteur Grégoire: abécédaire français humoristique*, Kindle Scribe [2018]
- DE CARO, Agostino (2022), “Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e della regola di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive”, *Archivio penale*, n. 3
- DE FRANCO, Emanuele (2023): “La riforma cd. “Cartabia” in tema di procedimento penale. Una pericolosa eterogenesi dei fini”, *Questione giustizia*, n. 2
- DE JONG, Ferry, VAN LENT, Leonie (2016): “The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle”, *Utrecht Law Review*, n. 1, p. 32 ss.
- DELLA TORRE, Jacopo (2016): “Il paradosso della Direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1835 ss.
- DOMINIONI, Oreste (1991): “Art. 27 2° comma”, in BRANCA, Giuseppe, PIZZORUSSO Alessandro (eds.), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Art. 27-28* (Bologna, Zanichelli), p. 162 ss.
- DOMINIONI, Oreste (1974): *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale* (Milano, Giuffrè)
- GIUNCHEDI, Filippo (2007): *La tutela dei diritti umani nel processo penale* (Padova, Cedam)
- FERRAJOLI, Luigi (2011): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Bari, Laterza)
- FERRARELLA, Luigi (2017): “Il ‘giro della morte’: il giornalismo giudiziario tra prassi e norme”, *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, p. 15 ss.
- FERRARELLA, Luigi (2018): “Non per dovere ma per interesse (dei cittadini): i magistrati e la paura di spiegarsi”, *Questione giustizia*, n. 4
- FERRUA, Paolo (2022): “Improcedibilità e ragionevole durata del processo”, *Penale. Diritto e procedura*
- FERRUA, Paolo (2021a): “La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari”, *Ius - penale*
- FERRUA, Paolo (2021b), “Il concetto di ‘provare’ e di ‘provato’”, in *Diritto penale e processo*, p. 557 ss.
- FERRUA, Paolo (2017): voce “Regole di giudizio (dir. proc. pen.)”, *Enciclopedia del diritto*, Ann. X (Milano, Giuffrè), p. 725 ss.
- FERRUA, Paolo (2010): *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico* (Torino, Giappichelli)
- FERRUA, Paolo (1999): “Il giudizio penale. Fatto e valore giuridico”, in FERRUA, Paolo, GRIFANTINI, Fabio Maria, ILLUMINATI, Giulio, ORLANDI, Renzo (a cura di): *La prova nel dibattimento penale* (Torino, Giappichelli), p. 227 ss.
- FIORIO, Carlo (2007): “La presunzione di non colpevolezza”, in DEAN, Giovanni (a cura di): *Fisionomia costituzionale del processo penale* (Torino, Giappichelli), p. 120 ss.
- FUZIO, Riccardo (2007): “Le dichiarazioni dei magistrati agli organi di informazione: limiti e rilevanza disciplinare”, *Foro italiano*, n. 2, c. 69 ss.
- GABRIELLI, Chiara (2022): “Pubblico ministero, informazione giudiziaria e presunzione di non colpevolezza”, *Questione giustizia*

GALLI, Guido (1963): *Riservatezza e cronaca giudiziaria*, in AA.Vv., *Il diritto alla riservatezza* (Giuffrè), p. 163 ss.

GALLUZZO, Fabrizio (2021): “Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione”, *Dirittifondamentali.it*, n. 3, p. 512 ss.

GAROFOLI, Vincenzo (1998): “Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1168 ss.

GHIARA, Aldo (1974): “Presunzione di innocenza, presunzione di «non colpevolezza» e formula dubitativa, anche alla luce degli interventi della Corte Costituzionale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 72 ss.

GIALUZ, Mitja (2022): “Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)”, *Sistema penale*

GIORGI, Nicoletta (2018): “Il ruolo della formazione nella comunicazione dell’informazione giudiziaria: un investimento necessario”, *Questione giustizia*, n. 4

GIOSTRA, Glauco (2025): *Prima lezione sulla giustizia penale* (Bari, Laterza)

GIOSTRA, Glauco (2024): “Vietare la pubblicazione dell’ordinanza di custodia cautelare: una proposta funzionalmente e sistematicamente in difficoltà di senso”, *Sistema penale*

GIOSTRA, Glauco (2023): “La legge anti-stampa è un pasticcio giuridico inutile e inapplicabile”, *Domani*

GIOSTRA, Glauco (2022), “Un catechismo per atei. Una prima lettura del d.lgs. n. 188 del 2021”, *Media Laws*, n. 1, p. 11 ss.

GIOSTRA, Glauco (2020): “La nuova tutela della *privacy* ovvero l’assai scadente traduzione giuridica di un proponimento condivisibile”, in GIOSTRA, Glauco, ORLANDI, Renzo (a cura di): *Revisioni normative in tema di intercettazioni comunicative. Riservatezza, garanzie e nuove tecnologie informatiche* (Torino, Giappichelli), p. 154 ss.

GIOSTRA, Glauco (2018a): “Il segreto estende i suoi confini e la sua durata”, in GIOSTRA, Glauco, ORLANDI, Renzo (a cura di): *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche* (Torino, Giappichelli), p. 132 ss.

GIOSTRA, Glauco (2018b): “Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia ‘reale’ e sulla giustizia ‘percepita’”, *Legislazione penale*

GIOSTRA, Glauco (2017): voce “Processo mediatico”, in *Enciclopedia giuridica*, Ann. X (Roma, Treccani), p. 646 ss.

GIOSTRA, Glauco (2007): “Processo penale e *mass media*”, *Criminalia*, p. 57 ss.

ILLUMINATI, Giulio (2023): “Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1 ss.

ILLUMINATI, Giulio (1979): *La presunzione d’innocenza* (Bologna, Il Mulino)

LONATI, Simone (2022): “Informazione giudiziaria e presunzione di innocenza: lo stato di attuazione della direttiva (UE) 2016/343 nei diversi ordinamenti europei”, *Media laws*, n. 1

MALACARNE, Alessandro (17 gennaio 2022): “La presunzione di non colpevolezza nell’ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d’insieme”, *Sistema penale*

MANES, Vittorio (2022): *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo* (Bologna, Il Mulino), p. 134

MANTOVANI, Giulia (2011): *Informazione, giustizia penale e diritti della persona* (Napoli, Jovene)

- MANZINI, Vincenzo (1912): *Manuale di procedura penale* (Torino, Bocca)
- MARZADURI, Enrico (2010): “Considerazioni sul significato dell’art 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio”, in DINACCI, Filippo Raffaele (a cura di): *Processo penale e Costituzione* (Milano, Giuffrè), p. 303 ss.
- MARZADURI, Enrico (1991): “art. 531”, in CHIAVARIO, Mario (coordinato da): *Commento al nuovo codice di procedura penale* Torino, Utet), vol. V, p. 530
- MAZZA, Oliviero (2023): “L’enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma”, *Sistema penale*
- MAZZA, Oliviero (9 aprile 2019): “La presunzione d’innocenza messa alla prova”, *Diritto penale contemporaneo*
- MAZZA, Oliviero (2014a): “Presunzione d’innocenza e diritto di difesa”, *Diritto penale e processo*, p. 1401 ss.
- MAZZA, Oliviero (2014b): “Una deludente proposta in tema di presunzione d’innocenza”, *Archivio penale*, n. 3
- MELILLO, Giovanni (2021): “La comunicazione dell’ufficio del pubblico ministero”, *Giustizia insieme*
- MELZI D’ERIL, CARLO, VIGEVANI, Giulio Enea (21 dicembre 2023): “Stop alla pubblicazione delle ordinanze di custodia cautelare, ovvero come guarire un male con la medicina sbagliata”, *Il Sole 24 Ore*
- MELZI D’ERIL, Carlo (2022): “Presunzione di innocenza: un diritto leso, buone intenzioni, una disciplina inadeguata”, *Media laws*, n. 1, p. 21 ss.
- MILETTI, Marco Nicola (2019): “La paura del processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XVIII-XX)”, *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, p. 199 ss.
- MORELLI, Francesco (2010): *Le formule di proscioglimento. Uno studio introduttivo* (Torino, Giappichelli)
- NAPPI, Aniello (2024): “Contro le virgolette: il garantismo delle perifrasi”, *Questione giustizia*
- NICOLICCHIA, Fabio (2024): “La tutela reputazionale del prosciolto: una visione “massimalista” imposta dal rigore dei principi”, in CASSIBBA, Fabio, DELLA TORRE, Jacopo, LA ROCCA, Elvira Nadia, ZACCHÈ, Francesco (a cura di): *Le nuove frontiere della presunzione di innocenza* (Padova, Wolters Kluwer), p. 237 ss.
- NOBILI, Massimo (1978) “Spunti per un dibattito sull’articolo 27 comma 2° della Costituzione, in *Il Tommaso Natale, Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, vol. II, p. 846 ss.
- ORLANDI, Renzo (2022): “La duplice radice della presunzione d’innocenza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 634 ss.
- ORLANDI, Renzo (2006): “Rito penale e salvaguardia dei galantuomini”, *Criminalia*, p. 293 ss.
- PASCUCCI, Nicola (2023): “Il *dies ad quem* della presunzione di innocenza in caso di condanna: ‘accertamento legale della colpevolezza’ e ‘definitività della sentenza’ tra atti sopranazionali e Costituzione italiana”, in *Legislazione penale*
- PASTA, Alessandro (2018): “Lo scopo del processo e la tutela dell’innocente: la presunzione di non colpevolezza”, *Archivio penale*, n. 1, p. 51
- PAULESU, Pier Paolo (2009): *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato* (Torino, Giappichelli)

PERCHIUNNO, Antonino (2022): “Diritto all’informazione giudiziaria e altri interessi primari: un difficile bilanciamento”, in TRIGGIANI, Nicola (a cura di): *Informazione e giustizia penale* (Bari, Cacucci), p. 57 ss.

PERON, Sabrina (2006): *La diffamazione tramite mass-media* (Padova, Cedam)

PISANI, Mario (1965): “Sulla presunzione di non colpevolezza”, *Foro penale*, p. 1 ss.

PORCU, Francesco (2021): “L’adeguamento della normativa nazionale alla direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza”, *Il Penalista*

PULITO, Lorenzo (2022): “Introduzione. «È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!» (...neppure con il soccorso della presunzione di innocenza)”, in TRIGGIANI, Nicola (a cura di): *Informazione e giustizia penale* (Bari, Cacucci), p. 125 ss.

RESTA, Federica (2021): “Il compiuto adeguamento alla direttiva 2016/343/UE sulla presunzione di innocenza”, *Giustizia Insieme*

ROMBI, Natalia (2022): “Riflessioni a prima lettura sul d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: un timido *restyling* della disciplina a tutela della presunzione di innocenza”, *Processo penale e giustizia*, p. 578 ss.

ROSSI, Nello (2021): “Il diritto a non essere ‘additato’ come colpevole prima del giudizio. La direttiva UE e il decreto legislativo *in itinere*”, *Questione giustizia*

RUGGERI, Antonio (2002): “A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti”, in CARETTI, Paolo, RUGGERI, Antonio (a cura di): *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale* (Milano, Giuffrè), p. 2 ss.

RUGGERI, Stefano (24 aprile 2021): “Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell’innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento, giudizio e giudicato”, in *Legislazione penale*

SACCUCCI, Andrea (2003), “Linee guida europee su ruolo e limiti dell’informazione giornalistica in relazione ai processi penali”, *Diritto penale e processo*, p. 1314 ss.

SAMMARCO, Pieremilio (2021): “La presunzione di innocenza quale diritto della personalità”, *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, p. 933 ss.

SANLORENZO, Rita (2024): “Imparzialità, Libertà Di Espressione Del Magistrato E Illecito Disciplinare”, *Questione Giustizia*, N. 1/2

SILVESTRI, Gaetano (2024): “Imparzialità Del Magistrato E Credibilità Della Magistratura”, *Questione Giustizia*, N. 1/2

SILVESTRI, Piero (2022): “Notizia di reato, effetti della iscrizione e controlli sulla tempestività della iscrizione”, in Gatta, Gian Luigi e Gialuz, Mitja (diretto da): *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale* (Torino, Giappichelli), vol. 2, p. 3 ss.

SPANGHER, Giorgio (2021): “Un’informazione sui processi nel rispetto delle garanzie profili generali”, *Giuda al diritto*, n. 48, p. 36 ss.

STOPPATO, Alessandro (1893): “Sul fondamento scientifico della procedura penale”, *Rivista penale*, fasc. IV, pp. 305 ss.

SPATARO, Armando (2018): “Comunicazione della giustizia sulla giustizia. Come non si comunica”, *Questione giustizia*, n. 4

TAMIETTI (2002), “Processo e mass-media nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo”, *Diritto penale e processo*, 2002, p. 377 ss.

TRIGGIANI, Nicola (2012): *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini* (Padova, Cedam)

TRIGGIANI, Nicola (2022): “Introduzione. «È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente!» (...neppure con il soccorso della presunzione di innocenza), in TRIGGIANI, Nicola (a cura di): *Informazione e giustizia penale* (Bari, Cacucci), p. 57 ss.

VALENTINI, Cristiana (2016): “La presunzione d’innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE: *per aspera ad astra*”, *Processo penale e giustizia*, n. 6

VASTA, Valentina (2019): “Presunzione di innocenza e pubblicità extraprocessuale, in Rivista italiana di diritto e procedura penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1061 ss.

VIGONI, Daniela (2023): “La fisionomia tridimensionale della presunzione d’innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica”, *Processo penale e giustizia*, p. 229 ss.

VOENA, Giovanni Paolo (1975): “Cronaca giudiziaria, cronaca nera e rispettivi limiti di liceità”, *Giurisprudenza italiana*, f. 1, p. 304 ss.

Diritto penale preventivo e sicurezza sul lavoro: efficacia della tutela e percorsi premiali*

*Derecho penal preventivo y seguridad en el trabajo:
 eficacia de los mecanismos de protección y de justicia restaurativa*

*Preventive Criminal Law and Safety at Work:
 Effectiveness of Protection and Reward Measures*

RICCARDO ORLANDI

*Dottore di ricerca in Diritto penale presso l'Università di Modena e Reggio Emilia
 riccardo.orlandi@unimore.it*

DIRITTO DELLA SICUREZZA
 DEL LAVORO, CONTRAVVENZIONI

DERECHO A LA SEGURIDAD
 EN EL TRABAJO, CONTRAVENCIONES

LABOUR HEALTH AND SAFETY LAW,
 MISDEMEANOURS

ABSTRACTS

Di fronte al perdurante dramma dei morti sui luoghi di lavoro, l'insieme di norme penali di natura spiccatamente preventiva presenti nel testo unico della salute e della sicurezza sul lavoro sembra, anche a causa della scarsità di controlli da parte degli organi ispettivi, non sortire particolari effetti. Il saggio si concentra sul peculiare meccanismo riparativo-premiale previsto per l'apparato contravvenzionale antinfortunistico e sulle ricadute che questo congegno ha sulla tenuta, anche in termini di deterrenza, del diritto penale del lavoro nel suo complesso. L'indagine si allarga poi ai particolari rapporti che in generale il diritto penale preventivo, terreno d'elezione dei reati di pericolo e soprattutto di pericolo astratto o presunto, ha intessuto negli ultimi anni con strategie sanzionatorie che si caratterizzano per una generale rinuncia alla sanzione, conducendo così ad una depenalizzazione di fatto, senza però chiamare conseguentemente in causa il diritto amministrativo punitivo. Il percorso che si prova a delineare, in una prospettiva di riforma, non è certo quello di aumentare la presenza del penale o banalmente la sua severità, ma quello di modulare l'intervento pubblico in termini di maggiore flessibilità e adeguatezza, facendo leva soprattutto sugli aspetti economici della sicurezza sul lavoro.

Frente al continuo drama de las muertes en el lugar de trabajo, el conjunto de normas penales de carácter preventivo presentes en la ley de prevención de riesgos laborales parece no ser particularmente eficaz, debido en parte a la escasez de controles por parte de los organismos de inspección. El presente trabajo se centra en el peculiar mecanismo reparador previsto para la contravención del aparato de prevención de accidentes y en las repercusiones que este dispositivo tiene sobre el rigor disuasorio del derecho penal del trabajo en su conjunto. A continuación, la investigación se extiende a las particulares relaciones que el derecho penal preventivo en general, terreno elegido de los delitos de peligro y, sobre todo, de peligro abstracto o presunto, ha tejido en los últimos años con estrategias sancionadoras que se caracterizan por una renuncia generalizada a la sanción, lo que conduce a una despenalización de facto sin poner en cuestión el derecho administrativo sancionador. El camino que se plantea como objetivo de reforma no es, ciertamente, aumentar la presencia del derecho penal ni trivializar su severidad, sino modular la intervención pública en términos de mayor flexibilidad y adecuación, potenciando sobre todo los aspectos económicos de la seguridad en el trabajo.

* Il presente saggio si inserisce nelle attività del progetto di ricerca interdisciplinare "SAFER WORK - Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro del territorio modenese: organizzazione, gestione dei rischi e responsabilità", finanziato dall'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia e dalla Fondazione di Modena, nell'ambito del bando FAR - Fondo di Ateneo per la ricerca Mission Oriented 2022.

In light of the continuing tragedy of deaths at work, the set of criminal provisions of a strictly preventive nature contained in the law on safety and health at work does not appear to be particularly effective, partly due to the lack of controls by the inspection bodies. The article focuses on the peculiar restorative-premial mechanism provided for in the event of violation of the accident prevention apparatus and on the repercussions of this mechanism on the coherence, also in terms of deterrence, of the entire labour criminal law. The analysis will then extend to the relationships that preventive criminal law in general, the environment of inchoate crimes and, above all, of abstract or presumed endangerment, has woven in recent years with sanctioning strategies characterised by a general renunciation of sanctions, thus leading to a de facto decriminalisation, without, however, consequently calling into question the punitive administrative law. The path towards a reform is certainly not to increase the presence of the criminal law or, trivially, its severity, but rather to modulate public intervention in the direction of greater flexibility and appropriateness, with emphasis on the economic aspects of safety at work.

SOMMARIO

1. Lo stato attuale del sistema punitivo della sicurezza sul lavoro nel contesto della perenne emergenza delle “morti bianche”. Dinamiche giuridiche e d’impresa. – 2. I chiaroscuri della peculiare procedura ingiunzionale-estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro. – 3. Dal particolare al generale: diritto penale preventivo, reati di pericolo presunto e strategie sanzionatorie. – 4. Il bilanciamento di interessi nella scelta di non punire e la selezione dei destinatari del regime favorevole. – 5. Il deficit di effettività del sistema di tutela: “sicurezza cartolare”, scarsa selettività delle violazioni ed inefficienza della risposta penale. – 6. La riforma Cartabia e i nuovi limiti edittali della particolare tenuità del fatto. – 7. *Tanto tuonò che piove*: i rapporti tra il diritto penale della prevenzione e il diritto penale della lesione nella tutela della sicurezza sul lavoro. Prospettive *de iure condendo*.

1.

Lo stato attuale del sistema punitivo della sicurezza sul lavoro nel contesto della perenne emergenza delle “morti bianche”. Dinamiche giuridiche e d’impresa.

Si può affermare, senza purtroppo il timore di essere facilmente smentiti, che la sicurezza sul lavoro in Italia è un obiettivo ancora lontano dall’essere raggiunto. Leggendo i dati forniti dall’INAIL, nel 2022 sono stati denunciati 703.432 infortuni sul lavoro, circa 139.000 in più rispetto al 2021. Il dato è parzialmente alterato dagli infortuni per contagio da Coronavirus Covid-19, tuttavia anche gli infortuni “tradizionali” registrano un aumento del 13% rispetto al 2021. Sempre nel 2022, gli infortuni riconosciuti sul lavoro sono stati 429.004, in crescita del 18,2% rispetto ai 363.074 dell’anno precedente. Le denunce all’INAIL per infortuni con esito mortale sono state 1.208 e gli infortuni mortali ben 606, con 19 incidenti plurimi, che hanno, cioè, causato il decesso di più lavoratori. I dati statistici del 2022 indicano un incremento anche delle denunce per malattia professionale rispetto al 2021 e al 2020; le denunce di patologie lavoro-correlate sono state circa 61.000, con un aumento del 9,9% rispetto al 2021¹.

Tuttavia, il sistema attuale della salute e la sicurezza sul lavoro – anche se il quadro finale si è venuto a comporre lentamente e con gravi ritardi, a cui è stato posto rimedio soprattutto grazie all’impulso derivante dalle fonti comunitarie – non manca certo di un quadro normativo ampio e piuttosto articolato² che, però, non è ancora riuscito a dispiegare tutto il suo potenziale regolatorio e preventivo a causa, soprattutto, di scarsità di controlli, incertezze e mancanza di consapevolezza tra le istituzioni e l’opinione pubblica – magistratura compresa –, che non è stata fino ad ora in grado di apprestare a questo diritto fondamentale, indice del livello di civiltà di un Paese, una tutela tempestiva ed efficace³.

Con grande onestà è necessario poi riconoscere come la tutela di questi diritti non sia veramente mai stata al centro dei programmi di alcun partito politico e di alcun governo. Soltanto negli anni Settanta si registrò un dibattito importante sul tema, anche a seguito dell’approvazione dello Statuto dei lavoratori, che coinvolse però soltanto la parte più progressista del mondo politico ed economico.

¹ INAIL - ISTITUTO NAZIONALE PER L’ASSICURAZIONE CONTRO GLI INFORTUNI SUL LAVORO, *Andamento degli infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Dati consolidati, ottobre 2023, 3.

² Gli organismi delle Comunità europee hanno iniziato fin da subito ad interessarsi del tema della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, anche in assenza di una espressa competenza, leggendolo prima di pari passo con l’esigenza di costruire un mercato economico comune – rivelazione della matrice mercantile delle comunità europee – e successivamente come questione sociale a sé stante, come valore fondamentale da proteggere, emanando dapprima una serie di raccomandazioni nell’ambito dei piani europei di azione sociale e poi, sul finire degli anni Settanta, una serie numerosa di direttive. Di particolare impatto nella normazione interna euro-derivata fu, com’è noto, l’emanazione della direttiva “quadro” 89/391/CEE del Consiglio del 12 giugno 1989 concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, poi recepita nell’ordinamento interno con il d.lgs. n. 626 del 1994. L’approvazione della direttiva-quadro ha segnato per la politica comunitaria in materia di sicurezza sul lavoro una svolta epocale e anche un importante salto di qualità nell’attività di prevenzione del rischio lavorativo, abbandonando, da un lato, il criterio di matrice anglosassone della *reasonable practicability*, che venne sostituito da quello della massima sicurezza possibile, e dall’altro, adottando un approccio alla sicurezza di tipo dinamico, superando così il precedente approccio di tipo statico e strettamente regolamentare. Questo nuovo approccio pone al centro del sistema della salute e della sicurezza sul lavoro la programmazione e pianificazione delle azioni volte alla prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, attraverso un approccio integrato al problema, che prenda parimenti in considerazione i fattori ambientali nei quali si svolge l’attività lavorativa, le tecniche di protezione disponibili, le possibilità di organizzazione del lavoro e l’apporto fornito dalle nuove tecnologie. L’intervento europeo ha dato un impulso decisivo anche alle legislazioni degli altri Paesi che hanno recepito i contenuti della direttiva con importanti provvedimenti legislativi, come, ad esempio, in Francia con la modifica del *Code du travail* nel 1991, in Spagna con l’introduzione della *Ley de Prevención de Riesgos Laborales* nel 1995 e, infine, in Germania con l’*Arbeitsschutzgesetz* (ArbSchG) del 1996.

³ DEIDDA (2019), pp. 98 ss.

I profondi cambiamenti che hanno segnato il mondo del lavoro negli ultimi lustri sembrano non aver avuto un particolare impatto sull'andamento del fenomeno infortunistico, anche con esito mortale, palesando come il tema della (mancata) sicurezza nei luoghi di lavoro abbia radici e motivazioni almeno in parte diverse e più profonde; interrogativi che si pongono ad una pluralità di soggetti ed attori economici ed istituzionali, ma che riguardano anche la struttura e i congegni del sistema della sicurezza, in alcune sue specifiche declinazioni e caratteristiche⁴.

Il nucleo del diritto penale preventivo della salute e della sicurezza sul lavoro è sostanzialmente racchiuso, com'è noto, nel TU del 2008, che contiene per l'appunto una serie numerosissima di contravvenzioni antinfortunistiche che si collocano in una prospettiva di tutela meta- e super-individuale, affiancandosi alle esigue disposizioni codicistiche⁵.

Nel sistema italiano è allora la minaccia di pena lo strumento privilegiato dal legislatore per tutelare in via anticipata la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro, anche in mancanza di un evento di danno al lavoratore. Nel TUSL, la struttura delle fattispecie contravvenzionali si caratterizza peraltro per una scomposizione tra precetto e sanzione che di certo non facilita la comprensione della norma⁶.

Se il TU ha avuto il merito di riordinare, in parte riformando, il complesso apparato normativo che si era accumulato nel corso degli anni, è pur sempre rimasto ispirato ad una logica d'impresa piuttosto statica, cioè ad una idea di fabbrica fordista, tipica del Novecento. Dalla stessa struttura del TUSL traspare con una certa evidenza un modello di impresa molto *deutscher*, parametrato sulla "fabbrica automobilistica", sulle lavorazioni in catena di montaggio; non a caso l'attuale impianto ha ricevuto un deciso impulso dalle fonti comunitarie prima ed euro-unitarie dopo, nell'ambito delle quali il "peso" politico (ed economico) della Germania è piuttosto rilevante. Il problema del sistema della salute e della sicurezza sul lavoro è che deve far fronte ad un sistema produttivo sempre più dinamico nell'ambito di organizzazioni complesse.

Il diritto penale "classico", cioè il diritto penale d'evento, è soprattutto di tipo statico e questo aspetto collide con la dimensione collettiva della sicurezza nell'impresa, che registra al contrario una forte dinamicità e vede coinvolti più soggetti che forniscono un apporto che, per la quota di competenza, può rivelarsi decisivo⁷. Questo impone, peraltro, al datore di lavoro e alle altre figure apicali di organizzare l'attività d'impresa cercando di dare concretezza ai principi normativi del sistema della sicurezza, trasformando le proceduralizzazioni imposte dalla normativa in azioni e scelte concrete⁸.

Per quanto innovativo in alcuni suoi tratti, l'impianto del TUSL rimane pur sempre ancorato alla logica del comando e del controllo, ad un sistema coercitivo e poi repressivo caratterizzato però da strutture e organi, con compiti accertativi, che non presentano strutture decentrate veramente efficienti, già sul piano organizzativo oltre che operativo.

Tutto il diritto penale del lavoro ruota attorno alle vicende della prevenzione nei luoghi di lavoro: un sistema improntato alla prevenzione dei pericoli per i lavoratori, che addirittura arriva a rinunciare al suo potere punitivo verso i soggetti obbligati che eliminino in tempo utile le situazioni irregolari riscontrate nel corso delle ispezioni, concentra in sostanza la sua ragion d'essere in una efficace analisi e prevenzione dei rischi presenti nell'attività produttiva all'interno e all'esterno dell'azienda.

Il compito di effettuare i controlli sulla validità ed efficacia dei modelli di prevenzione nelle imprese è principalmente affidato ai Servizi di igiene e sicurezza sul lavoro delle ASL, a cui di recente si sono aggiunti gli Ispettorati territoriali del lavoro con nuove competenze e uno spazio operativo più ampio⁹. Sennonché, l'idealità della struttura del sistema normativo si scontra con la realtà delle gravi insufficienze che riguardano proprio l'attività di vigilanza.

Il dato drammatico degli infortuni, anche con esito mortale, che continua ad affliggere il

⁴ LAI (2017), pp. 50 ss. e 173 ss.; TIRABOSCHI (2022), pp. 138 ss.

⁵ CASTRONUOVO *et al.* (2023), pp. 19 ss. e 223 ss.

⁶ CASTRONUOVO (2006), pp. 185 ss.

⁷ Sulla frammentazione dei processi decisionali ed esecutivi nell'ambito delle organizzazioni complesse che può condurre a forme di co-impedimento del reato e quindi ad un concorso-cooperazione radicato su una posizione di garanzia plurisoggettiva, v. GARGANI (2022), pp. 171 ss., 187 ss., 212 ss. e 237 ss.

⁸ TULLINI (2022), pp. 41 ss., 59 ss. e 81 ss.

⁹ A seguito dell'emanazione del d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2021, n. 215. È stato previsto, da ultimo, un'ulteriore implementazione degli organici con funzioni ispettive con il d.l. n. 19 del 2 marzo 2024, convertito con l. 56/2024, che ha ripristinato i ruoli in capo a INPS e INAIL.

mondo del lavoro segna in modo altrettanto drammatico il fallimento del cospicuo apparato sanzionatorio, predisposto proprio in funzione di prevenzione degli eventi lesivi. Tante norme – il TUSL contiene 306 articoli e 51 allegati – ma pochi controlli e pochi controllori, e di lavoro si continua purtroppo a morire.

L'inefficacia del sistema preventivo – e quindi anche del diritto penale della prevenzione – è in questo settore talmente elevato, che il legislatore ha pensato, fin dall'inizio, un meccanismo riparativo-premiale che consentisse all'impresa una regolarizzazione postuma, così da raggiungere seppur tardivamente livelli di sicurezza sufficienti¹⁰.

Ed invero, il sistema contravvenzionale contenuto nel TUSL si caratterizza per un peculiare sistema di estinzione del reato, delineato inizialmente dagli artt. 19 e ss. del d.lgs. 758 del 1994 e poi recepito anche nel TU del 2008 all'art. 301.

Un siffatto congegno, per quanto possa esser stato ispirato da una abbondante dose di realismo politico-criminale, comporta però un atteggiamento di preventiva e generale rinuncia alla funzione classica della pena: i soggetti garanti della sicurezza, sapendo fin dall'inizio che se colti in difetto, possono sempre sfuggire alla sanzione penale, ripristinando condizioni di regolarità e pagando una somma di denaro (peraltro generalmente piuttosto contenuta), non subiscono effetto alcuno dalla capacità della minaccia di pena di orientare le condotte, con la dissuasione dal compimento o mantenimento di condotte o situazioni di illiceità¹¹.

Il fallimento della capacità di *deterrence* delle fattispecie contravvenzionali nell'incidere sull'efficacia dei modelli di gestione del rischio e nell'adozione di strumenti adeguati di tutela e protezione dei lavoratori è dovuto, oltre che ad una generale mancanza di "cultura della sicurezza", alla possibilità di fuggire dalla sanzione, accedendo a meccanismi di natura premiale-riparatoria che consentono al contravventore, se adempie correttamente alle prescrizioni impartite dagli organi di controllo (ASL, DPL-ITL, INAIL, Vigili del Fuoco) e paga tempestivamente una somma di denaro, di conseguire automaticamente l'impunità.

Il settore del diritto penale del lavoro continua, come già rilevato da illustre dottrina ormai molti anni fa, a registrare un elevato tasso di ineffettività¹².

Anche il *surplus* sanzionatorio dell'art. 25-*septies* al d.lgs. 231/2001, con misure davvero draconiane per la vita dell'ente, sembra non aver prodotto particolari effetti nella direzione di una maggiore conformità dell'organizzazione dell'impresa alle regole imposte¹³.

Il vero problema, che il sistema delineato dal TU del 2008 non pare davvero essere in grado di risolvere, è che tutto l'intervento pubblico, di natura squisitamente sanzionatoria, è collocato a "valle" e non a "monte".

Questi meccanismi creano un cortocircuito: situazioni di irregolarità nel contesto aziendale vengono quasi sempre riscontrate a seguito del verificarsi di un evento lesivo, che le norme penali del TU mirano proprio ad impedire. Le carenze in punto di effettività e tempestività dei controlli, che intervengono sovente quando il sinistro all'interno del contesto aziendale si è già verificato, inducono gli operatori ad avvicinarsi al tema della sicurezza sul lavoro con leggerezza, facendo sostanziale affidamento nella "buona sorte".

La stragrande maggioranza delle imprese, insomma, favorita anche dalla sporadicità con la quale avvengono le visite ispettive e le blande conseguenze (penali) alle quali i vertici si esporrebbero nel caso di riscontrate irregolarità, preferisce continuare ad operare una esiziale valutazione costi-benefici, senza investire in una seria politica aziendale per la sicurezza, a fronte anche dei costi particolarmente elevati che dovrebbe altrimenti sostenere; questo approccio ha alimentato e continua ad alimentare uno stato di illegalità diffuso, nella speranza (però piuttosto fondata) di non ricevere alcuna ispezione.

Il fatto che il TUSL, come detto, già nella sua versione originaria del 2008, abbia previsto

¹⁰ Sul fallimento delle classiche funzioni della pena e quindi sulla necessità di apprestare soluzioni sanzionatorie alternative per il settore della sicurezza sul lavoro, v. già PADOVANI (1996), pp. 1157 ss.; nello stesso senso AMARELLI (2008a), pp. 16 ss., 41 ss. e 102 ss.

¹¹ GUIDI (2010), pp. 944 ss.

¹² Per un quadro generale, v. PALIERO (1990), pp. 430 ss., 467 ss. e 529 ss.; segnala l'assenza di un approccio "olistico" nella tutela della sicurezza sul lavoro, che avrebbe garantito una maggiore effettività della tutela DOVERE (2012), p. 237.

¹³ In argomento, per un quadro d'insieme sui rapporti tra sistema 231 e sicurezza sul lavoro, cfr. AMATI (2007), pp. 145 ss.; DOVERE (2008), pp. 316 ss.; CASTRONUOVO (2009), pp. 305 ss.; VITARELLI (2009), pp. 695 ss.; DI GIOVINE (2009), pp. 1325 ss.; GUERRINI (2010), pp. 131 ss. e 142 ss.; DE SIMONE (2015), pp. 193 ss.; AMARELLI (2015), pp. 269 ss.; CONSORTE (2024), pp. 279 ss. Sulla mancata inclusione dei delitti contro l'incolumità pubblica (artt. 451, 437 ed eventualmente 434 c.p.) nel novero dei reati presupposto per la responsabilità dell'ente, v. TORDINI CAGLI (2014), pp. 181 ss.; CURI (2023), pp. 155 ss. e spec. 157: «Il prolungato silenzio del legislatore, combinato con un atteggiamento di diffidente retroguardia del mondo imprenditoriale, rischiano di sguarnire di una tutela sicuramente più pervasiva ed efficace il bene giuridico della salute e integrità fisica sul lavoro, dotato di un'indiscutibile rilevanza costituzionale».

un meccanismo riparativo-premiale, recependo il sistema già delineato nel d.lgs. del 1994, pone una serie di interrogativi sulle funzioni classiche della pena in un sotto-settore particolare – con tipi di autore altrettanto particolari – come quello della sicurezza del lavoro¹⁴.

2.

I chiaroscuri della peculiare procedura ingiunzionale-estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro.

La scansione temporale della procedura di accertamento delle condizioni di sicurezza nel luogo di lavoro prende avvio con la visita del personale ispettivo delle ASL e delle Direzioni territoriali del lavoro, ora Ispettorato territoriale del lavoro, munito della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, al quale segue la verifica di una situazione di irregolarità che vada ad integrare una fattispecie contravvenzionale in materia di sicurezza sul lavoro¹⁵.

Una volta compiuto l'accertamento, l'organo ispettivo intima al contravventore la rimozione della situazione d'illiceità mediante la prescrizione – una sorta di vero e proprio atto giudiziario –, il quale, seguendo una prassi non del tutto corretta, assorbe solitamente l'intero procedimento di accertamento, senza nemmeno transitare in questa fase per l'ufficio di procura.

Il contenuto della prescrizione può variare a seconda dei casi: se la norma prevede l'adozione di precise e specifiche misure cautelari e di sicurezza, essa non farà altro che riprodurre il dato normativo, imponendo al datore di lavoro di adempiere a quel determinato obbligo fino a quel momento eluso; se, invece, la norma prescrive doveri di sicurezza in termini generici e maggiormente elastici, l'ente accertatore prescriverà degli accorgimenti o delle indicazioni affinché la situazione venga riportata nell'alveo della liceità¹⁶.

Una volta che il c.d. verbale di contravvenzione e prescrizione viene notificato al datore di lavoro, contemporaneamente viene trasmesso al pubblico ministero per l'iscrizione della notizia di reato: in questo momento il procedimento penale prende avvio e subito dopo viene sospeso, ai sensi dell'art. 23 TUSL, fino a quando l'organo ispettivo comunica al magistrato inquirente l'adempimento della prescrizione¹⁷. Decorso il termine per ripristinare le condizioni di sicurezza, gli ispettori fanno ritorno in azienda per verificare se le prescrizioni a suo tempo impartite siano state adempiute. In caso di esito positivo, il soggetto contravventore è ammesso a pagare in via amministrativa una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda edittale; invece, se l'esito della visita è negativo, il procedimento penale riprende il suo corso.

Il pubblico ministero, se la situazione di illiceità viene regolarizzata in modo tempestivo, seguendo le prescrizioni impartite dall'autorità di controllo, insieme con il pagamento della somma di denaro, è tenuto a chiedere l'archiviazione del procedimento, verificando solamente che dal punto di vista formale la procedura si sia conclusa correttamente: il puntuale svolgimento del meccanismo ingiunzionale-riparativo conduce automaticamente all'estinzione del reato. Le maglie della non-punibilità si allargano ulteriormente se il contravventore, pur non rispettando le prescrizioni impartite dagli organi ispettivi, riesca ugualmente a ripristinare la condizione di legalità; pur perdendo l'impunità automatica, potrà comunque accedere all'oblazione speciale di cui all'art. 162-*bis* c.p.

Lo scopo della procedura in parola, apertamente dichiarato dal legislatore e ribadito anche dalla giurisprudenza costituzionale, è duplice e riguarda, da un lato, il decongestionamento

¹⁴ Per una ricostruzione storica dell'istituto, con riferimento ai suoi antecedenti normativi e cioè la diffida e la disposizione *ex artt.* 9 e 10 del d.P.R. n. 520/1955, v. PADOVANI (1996), p. 1163 ss.; per una prospettiva comparata, VALENTINI (2007a), pp. 595 ss. e spec. 618 ss.

¹⁵ Nel dettaglio, sulla scansione della procedura ingiunzionale-estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche, v. PADOVANI (1995), pp. 376 ss.; DE FALCO (2000); AMARELLI (2008a), pp. 102 ss.; AMATI (2011), pp. 59 ss.; BAGLIONE (1995), pp. 176 ss.; VALENTINI (2023), pp. 255 ss. e 259 ss.; BLAIOTTA (2023), pp. 138 ss.; GUGGIARI (2023), pp. 232 ss.; CONSULICH (2024), pp. 345 ss.

¹⁶ In ordine all'importanza della prescrizione e alla sua natura giuridica, v. DOVERE (2010), pp. 620; ROJA (2012), pp. 779 ss. e spec. 838 ss.; BONINI (2005), pp. 989 ss. L'art. 20 del d.lgs. 758/1994 si limita a stabilire che: «Allo scopo di eliminare la contravvenzione accertata, l'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 del codice di procedura penale, impartisce al contravventore un'apposita prescrizione, fissando per la regolarizzazione un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario [...]. Con la prescrizione l'organo di vigilanza può imporre specifiche misure atte a far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori durante il lavoro». La giurisprudenza di legittimità ha, a più riprese, sancito la natura processual-penale dell'ingiunzione, sottraendola così alla giurisdizione amministrativa: da ultimo Cass. Pen., Sez. III, 23 giugno 2021, n. 24483, in *olympus.uniurb.it*, con riguardo alla materia ambientale; per la sicurezza sul lavoro SCARCELLA (2013), pp. 12 ss. Essa, di fatto, pur senza sostituirla, funge anche da *notitia criminis*. Sul contrasto giurisprudenziale sorto sulla prescrizione dell'organo di vigilanza come condizione di procedibilità dell'azione penale, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 26 ottobre 2023, n. 43328; Cass. Pen., Sez. III, 15 marzo 2022, n. 8617; Cass. Pen., Sez. III, 15 maggio 2020, n. 15215; Cass. Pen., Sez. III, 27 dicembre 2018, n. 58303, in GUARINIELLO (2023a), pp. 1459 ss.

¹⁷ TRABACE (2022), pp. 66 ss. e 72 ss.; DE FALCO (2000), p. 373.

della macchina giudiziaria e, dall'altro, una tutela effettiva, per quanto tardiva, della salute e della sicurezza dei lavoratori¹⁸.

Soprattutto quest'ultima finalità spiega perché l'accesso alla procedura riparativo-premiale sia precluso al contravventore qualora la condizione di irregolarità nel luogo di lavoro non possa essere in alcun modo neutralizzata, non avendo l'organo accertatore alcun margine operativo per formulare la dovuta prescrizione. È soprattutto il caso delle contravvenzioni a consumazione istantanea, nelle quali il macro-bene giuridico della salute e della sicurezza sul lavoro subisce una definitiva compromissione con la realizzazione del fatto tipico e il trasgressore perde qualsiasi potere di intervento per rimuovere l'illiceità¹⁹.

Il contravventore, quando non intende avvalersi della procedura definita dagli artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994 può comunque chiedere al giudice di essere ammesso al beneficio dell'oblazione di cui all'art. 162-*bis* c.p., che si pone in rapporto di sussidiarietà rispetto al meccanismo tipico del diritto penale del lavoro, permettendo al trasgressore di estinguere ugualmente l'illecito²⁰.

È necessario evidenziare come i benefici che possono essere concessi in sede extra-processuale, rispetto a quelli che hanno natura processuale, si applichino tendenzialmente in presenza di presupposti molto meno rigorosi, senza, ad esempio, prendere in considerazione l'assenza di recidività, abitualità o professionalità nel reato.

Il meccanismo reattivo-premiale lavoristico è stato originariamente pensato per operare soltanto nel corso delle indagini preliminari, ma negli anni ha trovato, attraverso un'estensione interpretativa operata dalla giurisprudenza, uno spazio di applicazione che va ben oltre la fase procedimentale e sconfinata nel processo. Ed invero, il giudice del dibattimento, qualora accerti che l'organo ispettivo abbia negato illegittimamente l'ammissione del colpevole al beneficio, potrà porre rimedio a questa "mancanza", disponendo la sospensione del procedimento e rimettendo nei termini il soggetto trasgressore.

Anche per le contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto è previsto un analogo sistema premiale-incentivante, senza però un'automatica estinzione del reato²¹, disciplinato all'art. 302 TUSL, modificato dall'art. 104, comma 1, del d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, in base al quale il giudice può, su richiesta dell'imputato, sostituire la pena detentiva non superiore ai dodici mesi, con il pagamento di una somma di denaro stabilita sulla base dei criteri di ragguaglio indicati nell'art. 135 c.p.

La sostituzione della pena dell'arresto con la sanzione pecuniaria può avvenire soltanto nel caso in cui il contravventore abbia provveduto ad eliminare tutte le fonti di rischio e le conseguenze dannose del reato. Il passaggio alla sanzione pecuniaria non è consentito quando la violazione ha causalmente contribuito al verificarsi di un infortunio da cui sia derivata la

¹⁸ Così C. cost., 18 febbraio 1998, n. 19, in *GC*, 1998, pp. 111 ss., nella quale i giudici delle leggi hanno affermato che la *ratio* dell'istituto ingiunzionale-premiale è duplice: «La nuova normativa mira, cioè, da un lato ad assicurare l'effettività dell'osservanza delle misure di prevenzione e di protezione in tema di sicurezza e di igiene del lavoro, materia in cui l'interesse alla regolarizzazione delle violazioni, e alla correlativa tutela dei lavoratori, è di gran lunga prevalente rispetto all'applicazione della sanzione penale, dall'altro si propone di conseguire una consistente deflazione processuale». In senso conforme, anche C. cost., ord. 28 maggio 1999, n. 205, in *GC*, 1999, pp. 1901 ss. Nella giurisprudenza della Cassazione, questo duplice fondamento è stato ribadito da Cass., Sez. III, 12 ottobre 2007, n. 40544, in *GD*, 2007, p. 90. In dottrina, è stata sottolineata soprattutto la funzione di strumento di deflazione processuale: CERESA GASTALDO (2000), pp. 2107 ss. proprio in tema di estinzione delle contravvenzioni in materia di lavoro; nello stesso senso, anche VENEZIANI (2007), pp. 1697 ss.; VALENTINI (2007a), pp. 595 ss. e spec. 608: «La punibilità, categoria solitamente collocata al di fuori della teoria del reato, viene qui gestita anche al di fuori del processo. Se poi si pensa che [...] il contravventore ribelle alle scadenze imposte in sede extraprocessuale è costretto a rinunciare all'*automatismo estintivo*, il messaggio legislativo è fin troppo chiaro: «se vuoi la certezza di non essere condannato, sistema le cose fuori dal procedimento».

¹⁹ C. cost., 10 dicembre 1998, n. 416, in *RTDPE*, 1999, pp. 1901 ss.; CAPUTO L. e LEACI (1999), pp. 330 ss.; AMARELLI (2008a), pp. 142 ss. Seguono questa impostazione, ad esempio: Cass. Pen., Sez. III, 22 febbraio 2017, n. 8706, in *olympus.uniurb.it*; Cass. Pen., Sez. III, 24 agosto 2018, n. 38884, *ivi*; Cass. Pen., Sez. III, 26 agosto 2019, n. 36405, *ivi*. Secondo, invece, una diversa lettura di tipo sistematico del 3° comma dell'art. 15 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, nella confinante disciplina in materia di previdenza sociale, e delle pronunce della Consulta che sembrano aver sposato una tesi antiformalistica della procedura in discorso, Cass. Pen., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 2257, in *olympus.uniurb.it*, ha statuito che: «Risulta quindi che, a seguito della modifica legislativa, è ormai superata la giurisprudenza di questa Corte che aveva ritenuto non applicabile la procedura di estinzione delle contravvenzioni di cui al D.Lgs. n. 758 del 1994, art. 20 e segg., nelle ipotesi di reati istantanei già perfezionatisi (Sez. 3, n. 47228 del 04/11/2005 - dep. 28/12/2005, Greco, Rv. 233190) o nelle ipotesi in cui l'organo di vigilanza non abbia impartito al contravventore alcuna prescrizione, per la già avvenuta spontanea regolarizzazione [...], dovendosi ritenere che, secondo la normativa vigente, la finalità dell'istituto non possa più essere individuata solo nello scopo di interrompere l'illegalità e di ricreare le condizioni di sicurezza previste dalla normativa a tutela dei lavoratori, bensì anche in quello di permettere in via generale l'estinzione amministrativa del reato, sebbene non vi siano regolarizzazioni da effettuare».

²⁰ AMARELLI (2008b), pp. 2998 ss.

²¹ Il reato si estingue decorso un periodo di tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza che ha operato la sostituzione, senza che l'imputato abbia commesso ulteriori reati tra quelli previsti dal TUSL o i delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose aggravate dalla violazione delle regole antinfortunistiche. *Amplius*, v. GARGANI (2013), pp. 411 ss. e spec. 415.

morte ovvero una lesione personale grave.

La disciplina premiale delineata dall'art. 302 TUSL desta rilevanti perplessità almeno in ordine a tre caratteristiche.

La prima, riguarda il fatto di non aver previsto l'inammissibilità al meccanismo definitorio per i soggetti recidivi e per i recidivi reiterati, preclusione invece presente nella precedente formulazione dell'art. 302 per coloro che avevano già riportato condanna definitiva per la violazione di norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, ovvero per i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p. con violazione delle norme poste a tutela della sicurezza dei lavoratori.

La seconda, altrettanto importante, concerne l'assenza di un termine entro il quale il soggetto trasgressore è tenuto a porre in essere le azioni per eliminare i rischi e le conseguenze dannose del reato: in questo modo, il contravventore può regolarizzare la sua posizione fino alla conclusione dell'eventuale giudizio d'appello, legittimando di conseguenza un certo lassismo che certamente non aiuta a raggiungere una tutela effettiva. Anche in questo caso, si delinea una visione della riparazione con effetti premiali piuttosto ambigua, in chiaroscuro, che non sembra tenere in grande considerazione il reale disvalore di certe condotte, ma prospetta un trattamento parificato per tutte le violazioni, indipendentemente dalle conseguenze più o meno pericolose che possono derivare all'incolumità dei lavoratori.

La terza criticità, di natura più processuale, attiene alla discrezionalità della quale è stato investito il giudice, con la novella del 2009, nel decidere se concedere o meno il beneficio, anche a fronte dell'effettiva neutralizzazione dei pericoli presenti nel luogo di lavoro. L'intervento di riforma ha, inoltre, ridotto l'ampiezza del compasso entro il quale poter sostituire la pena dell'arresto, prima particolarmente ampia e compresa tra 8.000 e 24.000 euro.

Un meccanismo di questo tipo, per rappresentare realmente una garanzia per la sicurezza dei lavoratori, necessita di un fondamentale contributo da parte degli enti preposti all'attività di vigilanza delle imprese. Ma i dati drammatici degli infortuni dimostrano che il sistema di vigilanza in questi anni non ha funzionato molto bene. In base alla programmazione nazionale, le ASL all'interno del territorio regionale devono visitare annualmente il 5% del totale delle imprese e quindi il 95% dei datori di lavoro di una regione e dell'intero Paese può coltivare la ragionevole speranza di non essere soggetto nell'arco di un anno ad alcun controllo²².

I documenti di sicurezza e i modelli di prevenzione adottati dalle aziende, se adottati, potrebbero tranquillamente rimanere soltanto sulla carta, senza che un'autorità di controllo esterna o un'agenzia pubblica verifichi con una certa periodicità la concreta qualità e applicazione del sistema di sicurezza, anche in relazione alle specificità della singola impresa e alla specificità dei rischi presenti²³. In assenza, infatti, di un controllo *ex ante* dell'autonormazione aziendale si crea l'ennesima situazione paradossale: la disciplina privata di natura preventiva assume rilevanza – viene "giuridicizzata" – soltanto quando si verifica un evento lesivo.

Sono due le conseguenze negative: la prima, è che un siffatto sistema preventivo non sortisce alcun effetto; la seconda, riguarda la tendenza della giurisprudenza a compiere un giudizio retrospettivo, per andare alla ricerca di colpe con il criterio del "senno del poi" e quindi le regole cautelari autodefinitive e autoimposte non svolgono in realtà una funzione né di valutazione né di limitazione (nesso di rischio) della responsabilità colposa.

Infine, va menzionato il sistema di estinzione dell'illecito amministrativo di cui all'art. 301-*bis* TUSL che prevede, in modo analogo a quanto avviene per le contravvenzioni, la possibilità per il trasgressore di estinguere l'illecito, attraverso la regolarizzazione della propria posizione nel termine assegnato dall'organo di vigilanza, in occasione del primo accesso ispettivo, e il pagamento di una somma pari alla misura minima prevista dalla legge.

Di difficile applicazione è il disposto dell'art. 302-*bis* sulla possibilità degli organi di vi-

²² MARRO, *Lavoro, molte norme sulla sicurezza ma pochi controlli. Caporalato e subappalti, la lotta resta impari*, in *Corriere della sera*, 6 maggio 2024; MASSINI, *Morti sul lavoro, il nostro Requiem per i diritti*, in *La Repubblica*, 20 marzo 2024; CONTE, *Gli ispettori del lavoro: "Nelle morti non c'è fatalità, ma solo regole violate"*, in *La Repubblica*, 18 febbraio 2024; BARCHIESI, *Gli ispettori del lavoro sono troppo pochi e con le armi spuntate: così incidenti e morti in azienda aumentano*, in *L'Espresso*, 3 gennaio 2022.

²³ Lamentava già l'assenza di un sistema pubblico di controllo sull'organizzazione delle imprese STELLA (1999), pp. 382 ss. e 390 ss.; STELLA (2003), pp. 55 ss. e spec. 61 ss. e 66. V. anche TORRE (2013), p. 401: «La disciplina aziendale, in questo specifico contesto, caratterizzato da un deficit dell'azione amministrativa, definisce (e può solo definire) le modalità di ripartizione dell'obbligo di garanzia e del dovere di diligenza, senza che possa assurgere effettivamente a ruolo di autodisciplina, ovvero di fonte privata. La sua validità è, infatti, pur sempre subordinata ad un processo di formalizzazione da parte dell'ordinamento giuridico, che avviene tramite una "convalida giurisprudenziale" *ex post*, senza che assuma rilevanza alcuna il rinvio legislativo, contenuto nel testo unico. L'inosservanza del documento di sicurezza non è, tra l'altro, presidiata da alcuna sanzione "pubblica": il messaggio che sottende questa scelta è chiaramente di sfiducia e scetticismo verso forme privatistiche di definizione della soglia del rischio consentito, atteggiamento che determina un indebolimento dell'efficacia vincolante delle regole autonormate, che tutt'al più possono solo contare su meccanismi disciplinari aziendali».

gilanza di impartire disposizioni su regole tecniche e nuovi doveri prudenziali, soltanto se volontariamente adottate dal datore di lavoro e da questi menzionate espressamente nel corso della visita ispettiva.

È, insomma, un sistema, quello della sicurezza sul lavoro – penale e amministrativo – disposto alla fine a perdonare tutto, purché non si verificano eventi lesivi; quando poi si verificano, ormai è troppo tardi per prevenire²⁴.

3. Dal particolare al generale: diritto penale preventivo, reati di pericolo presunto e strategie sanzionatorie.

Questo congegno ingiunzionale-estintivo non può non condurre l'interprete ad interrogarsi anche su quelli che sono i rapporti che si possono venire a delineare, in termini più teorici e generali, tra il diritto penale preventivo, composto in questo caso da reati di pericolo presunto, fondati sulla mera inosservanza di cautele o su irregolarità e per i quali, come si dice, non è ammessa la prova contraria (cioè la prova che nonostante la violazione della disposizione, non è stato concretamente posto in pericolo il bene giuridico), e le relative strategie sanzionatorie. I percorsi riparativo-premiali non possono essere (acriticamente) considerati come “abiti buoni per tutte le stagioni” e il loro innesto nel sistema penale, da accogliere in linea di massima con favore, deve essere indagato con acume soprattutto in relazione alla coerenza e alla tenuta dell'ordinamento.

Orbene, il diritto penale tradizionalmente attraverso le sue sanzioni, attraverso la pena interviene a sanzionare fatti che già hanno causato un danno a interessi meritevoli di tutela; interviene, in sostanza, quando ormai è troppo tardi ed è proprio in questo aspetto che si differenzia dal diritto amministrativo (punitivo) e in particolare dal diritto di polizia, il cui compito è quello appunto di prevenire la commissione dei reati e di impedire che le condotte criminose giungano a conseguenze ulteriori.

Ma le tendenze del diritto penale moderno, sempre più indirizzato alla costruzione di fattispecie incriminatrici che puniscono fatti che non provocano una lesione del bene giuridico ma soltanto una sua messa in pericolo effettiva o presunta, creano un collegamento con il diritto di polizia: il diritto penale dell'evento, della lesione cede sempre con maggior frequenza il passo al diritto penale del rischio e della sicurezza²⁵.

L'anticipazione dell'intervento penale non si fonda più oggi sul classico istituto del tentativo, ma segue altre strade, anche meno complesse e più dirette. Il legislatore, da molti anni, tende a costruire (quasi tutte o comunque molte) fattispecie di reato come reati di pericolo e come reati di pericolo tendenzialmente presunto, puniti a titolo di dolo e spesso anche a titolo di colpa²⁶. Si tratta di un cambio di paradigma rilevante²⁷.

Il tema del rischio e l'esigenza di sicurezza sono diventati allora le principali questioni del diritto penale contemporaneo²⁸.

Questa tensione preventiva inevitabilmente incide sul tipo di incriminazioni, spostando, come detto, l'attenzione dall'evento lesivo alla condotta pericolosa ed anche alle situazioni preliminari con riferimento all'imputazione dolosa e alla definizione di condotte *standard* con

²⁴ Critica l'impiego di sistemi riparatori come sostituti integrali della sanzione penale, cioè come vere e proprie opzioni sanzionatorie DE FRANCESCO (2019), pp. 9-10: «[C]i sembrerebbe che, ragionando in un'ottica politico-pragmatica, per così dire, i tempi non siano ancora maturi per una siffatta configurazione: nel senso che, dovendosi richiedere, oggi più che mai, quella necessaria attitudine del pensiero (anche) penale a sapersi 'confrontare razionalmente con l'irrazionale', non è azzardato affermare come tali proposte rischino di sottovalutare le esigenze tuttora espresse da parte della comunità sociale, si da trasmettere la sensazione di coltivare un disegno a prima vista concettualmente lineare, ma tale da rivelarsi, nella realtà attuale, viziato da un eccesso di 'razionalismo' suscettibile di indebolire e delegittimare il messaggio in esso racchiuso».

²⁵ Su questo aspetto, particolarmente importanti i contributi nella letteratura penalistica tedesca di SCHRÖDER (1969), pp. 5 ss.; KINDHÄUSER (1989), pp. 163 ss., 225 ss. e 277 ss.; WOHLERS (2000), pp. 110 ss., 281 ss. e 305 ss.

²⁶ Sul problematico rapporto tra reati di pericolo e delitto tentato, v. DE FRANCESCO (2013), pp. 1731 ss.

²⁷ DONINI (2020), pp. 11-12. Questa, dunque, era la funzione attribuita ai delitti, il cui limite inferiore era rappresentato dal delitto tentato, e alle contravvenzioni invece – secondo la bipartizione ereditata dalla criminalistica francese di età napoleonica in particolare – era riservata una funzione di tipo prevalentemente preventivo e di garanzia per la sicurezza e la salvaguardia dell'ordine pubblico e, in senso lato, sociale. Comportamenti devianti-devianti o anche soltanto moralmente scomodi, reazioni socialmente scomposte, possesso di oggetti non permessi e pericolosi, *délit obstacle*, mere trasgressioni e inosservanze delle direttive impartite dalla pubblica Autorità erano l'oggetto delle contravvenzioni, *mala quia prohibita* che regolavano o avevano la pretesa di regolare e indirizzare la vita civile.

²⁸ Su rapporti tra diritto penale e rischio e sull'incidenza di quest'ultimo nel sistema penale, anche se ormai datato, rimane fondamentale lo studio di PRITTWITZ (1993), pp. 49 ss., 172 ss. e 236 ss.

riguardo al titolo colposo²⁹.

Un decisivo impulso a questi modelli di incriminazione è stato fornito da un sempre più esteso processo di decodificazione, che ha coinvolto con il passare degli anni settori particolarmente importanti, creando dei sottosistemi del diritto penale che poco o nulla avevano (e hanno) a che vedere con l'impostazione codicistica, non tanto con quella originaria, ma con quel codice modificato e reinterpretato alla luce della Carta costituzionale e dei principi in essa contenuti.

La legislazione penale complementare crea allora dei sottosistemi che si distanziano anche in maniera considerevole dalle strutture del codice e che addirittura le superano o le smentiscono. Questo processo di decodificazione è, allo stesso tempo, anche un processo che traghetta lo *ius puniendi* verso la logica della prevenzione e della sicurezza³⁰.

Anche il sistema sanzionatorio, mutando la struttura, la tipologia delle fattispecie di reato, tende, seppur con maggiore lentezza, a cambiare e ad adattarsi ai "reati della modernità".

Il trattamento sanzionatorio che il legislatore ha pensato di riservare ai reati di pericolo presunto, al diritto penale con funzioni preventive, sembra rideterminare la morfologia del sistema sanzionatorio nel suo complesso³¹; la dottrina si sta occupando già da diverso tempo della crisi nella quale è sprofondata la pena detentiva, ma questi "nuovi" meccanismi reattivo-premiali sembrano incidere profondamente sulla risposta a certi reati economicamente caratterizzati e tipici della società del rischio.

Il sistema penale attuale è sempre più contraddistinto da una serie di condotte in qualche modo sanzionatorie che permettono di estinguere in modo anticipato il reato, attraverso lo svolgimento di una prestazione contraria agli effetti dannosi prodotti dalla condotta criminosa. Questa tendenza sta portando ad un cambio di paradigma nel diritto penale, per cui la "sanzione" non rappresenta più una semplice reazione afflittiva alla commissione di un fatto di reato, ma propone un coinvolgimento dello stesso soggetto responsabile.

L'affermarsi di questo modello para-sanzionatorio determina in sostanza una depenalizzazione in concreto di tutta una serie di reati presenti soprattutto al di fuori del codice, in tanti sottosistemi. Il vertiginoso e rapido incremento di queste nuove forme di reazione-premio-non punibilità delinea dedalo di risposte che appare ispirarsi soprattutto a finalità deflattive, ma che difficilmente può essere ricondotto ad unità³².

Itinerari di reazione premiale al reato si possono trovare già nella parte generale del codice: l'oblazione per le contravvenzioni (art. 162 c.p.), già presente nella versione originaria del 1930; l'oblazione per le contravvenzioni punite con pene alternative (art. 162-bis c.p.); l'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.); la messa alla prova per gli adulti (art. 168-bis c.p.). Ma il sottosistema del diritto penale del lavoro è stato certamente il precursore di questa logica riparativa e premiale che ha nel tempo permeato buona parte del diritto penale complementare e contraddistinto il sistema 231 sulla responsabilità degli enti. Imitando sostanzialmente il sistema delineato dagli artt. 20 e ss. del d.lgs. 758/1994 e recepito dal TUSL, il legislatore col tempo ha esteso questo modello ad altri settori: nel diritto dell'ambiente, la legge 68/2015 ha introdotto nel Testo unico dell'ambiente (TUA) un analogo meccanismo che permette l'estinzione delle contravvenzioni, che non abbiano cagionato un danno o un pericolo concreto, attraverso l'adempimento delle prescrizioni impartite dagli organi di controllo e il pagamento di un quarto del massimo dell'ammenda³³.

Da ultimo, il legislatore è intervenuto anche in materia agroalimentare, inserendo nella legge 283 del 1962 gli artt. 12-ter e ss. che delineano un sistema pressappoco identico a quello presente nel diritto penale del lavoro e che conduce, quindi, all'estinzione delle contravvenzioni attraverso l'adempimento delle prescrizioni impartite dagli organi accertatori e il pagamento in sede amministrativa di una somma di denaro³⁴.

Questo è lo schema: accertamento, ingiunzione, riparazione, premio.

²⁹ Su questo tema, v., per tutti, NAUCKE (2011), pp. 79 ss. Cfr. anche DEMURO (2013), pp. 1654 ss.; RISICATO (2019), pp. 8 ss.; MARRA (2019), pp. 423 ss.

³⁰ DONINI (2022), pp. 1273 ss. In generale, sul tema della decodificazione soprattutto nell'ambito del diritto privato, si rinvia al classico studio di IRTI (1986); da ultimo, per una prospettiva penalistica, v. DIAMANTI (2024), pp. 24 ss., 73 ss. e 127 ss.

³¹ Su questi aspetti, già PALIERO (1985), pp. 129 ss., sulla possibilità di adottare proprio per i reati bagatellari soluzioni sanzionatorie "positive".

³² Cfr. DONINI (2004), pp. 259 ss.

³³ Si rinvia, in argomento, a RUGA RIVA (2021), pp. 61 ss.; MARTUFI (2018), pp. 298 ss.

³⁴ Cfr. DIAMANTI (2023), pp. 155 ss.; RUGANI (2023), pp. 3 ss.; GIUGNI (2023); con considerazioni critiche PAONE (2023), pp. 199 ss., poiché in questo settore, a fronte di una compromissione dell'alimento, in molti casi non vi sarebbe più la possibilità da parte del soggetto obbligato di realizzare una "riparazione": non resterebbe allora che pagare una somma di denaro a titolo di risarcimento.

Ciò che contraddistingue la maggior parte di questi sistemi riparativo-premiali è la tipologia e la struttura dei reati (soprattutto contravvenzionali) ai quali si riferiscono: si tratta di reati di pericolo tendenzialmente presunto, incentrati su una condotta generalmente omissiva e preposti ad una consistente anticipazione della tutela di beni funzionali in un'ottica preventiva, al fine di scongiurare il verificarsi di eventi o macro-eventi lesivi³⁵.

In questo modo, come è già stato osservato efficacemente in dottrina, si delinea un «diritto penale a due velocità», con relativi corredi sanzionatori, in grado di seguire più agevolmente il controllo delle dinamiche e delle procedure che attualmente caratterizzano i vari settori industriali, gli sviluppi dell'economia, il progresso scientifico e tecnologico³⁶. È un diritto penale che si affianca ad una intensa attività di autonormazione da parte dei soggetti privati, che va a costituire la componente di intervento pubblico³⁷.

Gli obiettivi di questo modello di penale, strutturato nelle forme dei reati di pericolo, sono principalmente due: il primo, di natura «amministrativa», è quello di garantire, attraverso una normazione particolarmente tecnica e dall'impronta burocratica, una sistema di organizzazione che agevoli i controlli degli organi ispettivi e che non ponga ostacoli alle attività di vigilanza, dove l'unico bene o interesse protetto è da individuare nelle funzioni di controllo della p.a.; il secondo, che può avere sfumature di offensività eterogenee, ha il compito di tutelare beni strumentali o secondari, nell'ottica di prevenire eventi dannosi.

I percorsi puntivi reattivo-premiali vanno proprio ad incidere su questo secondo obiettivo del diritto penale preventivo, portando sostanzialmente, ma senza un criterio di merito specifico, ad una sorta di radicale depenalizzazione di fatto di centinaia – o forse anche più – fattispecie prevalentemente contravvenzionali, che si risolvono alla fine in procedure amministrative di ripristino dei luoghi in condizioni di sicurezza e nel pagamento, sempre in sede amministrativa, di una somma di denaro.

La perdurante mancanza di coordinamento tra il sistema amministrativo e quello punitivo(-penale), ancora fondato sull'obsoleto binomio arresto-ammenda – che non ha di certo la forza di intimidire alcuno –, determina un cortocircuito del modello preventivo nel sottosectore della criminalità economica in senso lato, nell'ambito della quale si può inserire anche il diritto penale del lavoro.

La perdurante mancanza di un decisivo cambio di rotta verso il diritto amministrativo (punitivo) rappresenta sicuramente un ritardo storico del nostro sistema.

4.

Il bilanciamento di interessi nella scelta di non punire e la selezione dei destinatari del regime favorevole.

I differenti itinerari argomentativi dai quali può svilupparsi la riflessione sull'opportunità di approntare strumenti di non punibilità, sia in termini generali che specificamente nel settore della salute e della sicurezza sul lavoro, devono necessariamente prendere le mosse dalla considerazione, e conseguente bilanciamento, degli interessi o beni giuridici coinvolti.

Ormai non è più un'affermazione banale o meramente didattica, quella di ribadire che la previsione di fattispecie di reato (anche di tipo contravvenzionale) debba necessariamente presupporre una ponderata valutazione dell'opportunità di reprimere penalmente un determinato comportamento e, di conseguenza, assoggettarlo a pena³⁸.

³⁵ Sono note le censure che, a più riprese, sono state rivolte ai reati di pericolo astratto-presunto, cercando con radicalità di svalutarne la giustificazione dogmatica e soprattutto politico-criminale. Queste censure di carattere costituzionale, tuttavia, sono state, in tempi più recenti, sottoposte ad una revisione critica da una parte della dottrina che non le ha ritenute del tutto persuasive, operando al contempo una suddivisione più dettagliata delle diverse forme con le quali può atteggiarsi il pericolo all'interno della fattispecie. In questo senso, v. FIANDACA (1984), pp. 441 ss.; GRASSO (1986), pp. 689 ss.; PARODI GIUSINO (1990); FIANDACA e MUSCO (2019), pp. 220-221.

³⁶ Sull'utilizzo dell'espressione «diritto penale a due velocità», v. MARINUCCI (1988), p. 425, secondo il quale la seconda velocità del diritto penale è rappresentata dalla legislazione complementare, composta in prevalenza da reati economici in senso lato; cfr. anche DONINI (2006), p. 75. Sul tasso di efficacia dei meccanismi di incentivo-riparazione in materia di sicurezza sul lavoro: VALENTINI (2007b), pp. 97 ss. e 107, dove si dà conto che, in base ad una indagine statistica condotta nel 2007 e che ha visto coinvolte le principali procure della Repubblica, il numero delle contravvenzioni definite con la procedura *ex artt.* 19 ss. d.lgs. n. 758/1994 oscillava tra il 60 e il 90% di quelle iscritte nell'arco di un anno nel registro delle notizie di reato.

³⁷ Sulla meta-normazione o meta-regolazione come tipologia di autonormazione, con l'intenzione di combinare in modo equilibrato l'autonomia (privata) dell'impresa e la tutela dell'interesse pubblico, v. PARKER (2002), pp. 84 ss., 112 ss. e 245 ss.; COGLIANESE e MENDELSON (2010), pp. 146 ss.; BRAITHWAITE (1982), pp. 1466 ss.

³⁸ A partire da DI MARTINO (1998), pp. 22 ss.; ora, sulla figura del «delitto riparato» come istituto di parte generale sia in una prospettiva *de*

Tutto il sistema penale oggi è contrassegnato in una certa misura dalla non punibilità.

E questa non punibilità può essere diversamente raggiunta attraverso una pluralità di disposizioni normative di natura sostanziale o anche processuale che conducono alla fine alla mancata applicazione della sanzione penale³⁹.

L'esito della non applicazione della sanzione può arrivare oltre che da precise scelte politico-criminali anche da fitti intrecci di norme sostanziali e processuali o solamente per effetto di scelte di selezione (o *ex ante* o *ex post*) sul "se" sottoporre determinati fatti effettivamente a pena o financo allo svolgimento del processo penale in concreto.

Si delinea, dunque, nella scelta della punibilità o meno uno scenario multiforme che ha come comune denominatore considerazioni concernenti l'effettività e l'efficienza del sistema penale nel suo complesso⁴⁰.

La rinuncia alla sanzione pone, al di là degli argomenti plausibilissimi di volta in volta adottati per giustificarla, seri interrogativi sulla stessa opportunità di assoggettare dappriocipio determinate condotte a pena e, quindi, sussumerle nell'alveo del diritto penale.

L'interrogativo risiede proprio nell'opportunità di impiegare lo *ius puniendi* come strumento di disciplina in quel determinato settore o sottosectore e quale livello di credibilità, in termini soprattutto di prevenzione generale positiva, ma più semplicemente anche in termini di deterrenza, quel microsistema normativo e più in generale l'ordinamento penale sono in grado di mantenere⁴¹.

Ad affiancare l'analisi sulla natura e l'entità dei beni giuridici coinvolti nella dinamica della punibilità - non punibilità, è l'impatto che l'esenzione da pena può avere sul soggetto agente, autore del reato.

Il riconoscimento di un regime positivo di esenzione, basato proprio sulla "funzione" rivestita dal colpevole, e quindi nel caso della sicurezza sul lavoro dall'imprenditore - datore di lavoro o di altre figure apicali della struttura aziendale (dirigente, preposto, ecc.)⁴², potrebbe infatti apparire opinabile, nella misura in cui si concentrano sui soggetti destinatari del precepto poteri e doveri che assumono quantomeno una rilevanza collettivistica: un inaccettabile privilegio rispetto alla generalità dei consociati. Oltre a questi aspetti, si pongono questioni di opportunità ancora più ampi che riguardano il significato etico e culturale che una disciplina di esenzione dall'applicazione della sanzione può significare.

Il primo nodo che deve essere sciolto concerne la composizione della contraddizione, almeno formale, tra la repressione o la prevenzione di un determinato fenomeno attraverso il diritto penale e la concessione di un provvedimento sostanzialmente clemenziale, seppur atipico. Questo processo potrebbe essere in grado di compromettere in modo definitivo o comunque in larga misura la persuasività della stessa norma penale, la sua carica preventiva e di deterrenza, così come, soprattutto se si tratta di un sistema di tutela votato quasi esclusivamente alla prevenzione, l'indirizzare da un punto di vista culturale e proattivo comportamenti corretti e virtuosi da parte dei destinatari⁴³.

iure condito sia *de iure condendo*, v. DONINI (2015), pp. 236 ss.; per considerazioni più ampie e con ulteriori ragguagli, v. sempre DONINI (2013), pp. 1162 ss.; sull'inquadramento delle cause di non punibilità ROMANO (2024), pp. 440 ss.

³⁹ Sul punto, v. DONINI (1997), p. 364; poi sempre DONINI (2001), pp. 1035 ss.; PULITANÒ (2017), p. 240; EUSEBI (2018), pp. 224 ss. Da ultimo, v. le puntuali considerazioni di PALAZZO (2019), il quale osserva che le eterogenee forme della "non punibilità" esplodono letteralmente quando il legislatore deve perseguire scopi di salvataggio del sistema, «essendo maneggiata come uno degli strumenti privilegiati in chiave di deflazione di una realtà giudiziaria oppressa e inceppata a causa di una ineliminabile sfasatura tra la mole di procedimenti penali e le capacità della macchina giudiziaria di smaltirla»; anche DOVA (2017), pp. 94 ss. e 120 ss. Sul ricorso anche ad altri istituti di natura sostanziale, come la prescrizione del reato e i provvedimenti di clemenza, caratterizzati però da finalità ultronee, cfr. MAIELLO (2007), pp. 262 ss., 283 ss. e 353 ss.; GIUNTA (2013), pp. 87 ss.; PELISSERO (2013), p. 262; PALAZZO (2021), p. 984.

⁴⁰ Per un quadro generale sulle diverse forme della non punibilità, v. VASSALLI (1960), pp. 609 ss.; sui problemi che pongono dal punto di vista sistematico i richiami indifferenziati e talvolta approssimativi alla "non punibilità" e le conseguenti incertezze sul piano sistematico e sulle esatte conseguenze giuridiche, v. ROMANO (2004), pp. 524 ss.; PIOLETTI (1995), p. 525; CAPUTO M. (2009), p. 445; VENEZIANI (2014), p. 293. Come rileva PULITANÒ (2016), p. 653, il sistema sanzionatorio e la parte speciale sono più esposte alle intemperie della politica contingente rispetto agli istituti che definiscono i presupposti della responsabilità penale; in argomento, v. anche EUSEBI (2002), pp. 76 ss.

⁴¹ PADOVANI e STORTONI (2006), p. 94; MAIELLO (2007), p. 58. In molti settori, il diritto penale svolge un ruolo soltanto sanzionatorio (o ulteriormente sanzionatorio), con l'obiettivo di dare una parvenza di "serietà" ad un sistema regolamentare e prescrittivo di natura civilistica o amministrativa: CATENACCI (2019), p. 35. Sul problema del numero particolarmente elevato di fattispecie di reato e sull'eccesso di criminalizzazione nel sistema penale italiano, v. PALIERO (1985), pp. 23 ss.; DONINI (2020), pp. 2 ss.; CADOPPI (2022), pp. 29 ss., 39 ss. e 271 ss.

⁴² Con riguardo all'esigenza, seppure di minore intensità, che deve comunque esistere un coordinamento tra valori-principi costituzionali e disposizioni che incidono sulla punibilità (-non punibilità), v. STORTONI (1984), pp. 626 ss.; anche DODARO (2012), pp. 275 ss. e spec. 285 ss.; FERLA (2022), pp. 52 ss. e 118 ss.

⁴³ Rilievi critici alla predisposizione di forme di non punibilità "originarie" rispetto alla funzione di orientamento culturale dello strumento penale sono presenti in MANTOVANI (2003), p. 221. Sul diritto penale come fattore di socializzazione e motore per un adeguamento spontaneo ai suoi precetti da parte dei consociati, v. ROMANO (2004), p. 9; DONINI (2024), pp. 157 ss. e 285 ss.

Non si tratta soltanto di un problema di *communis opinio*. Queste strategie di conseguimento *a posteriori* dei risultati, con conseguente impunità degli autori, pur legittimate proprio dal fatto di raggiungere ad ogni modo lo scopo a cui tendeva la norma, potrebbero venire percepite come un semplice esonero dalle conseguenze del reato, senza effettivamente comprendere le ragioni di tale scelta, anche a fronte del fatto che la condotta riparativa per il soggetto agente potrebbe risultare poco più che una semplice formalità o una attività non particolarmente dispendiosa. La scelta della non punibilità, inoltre, soprattutto se inserita all'interno di un contesto economico e organizzato come quello d'impresa, potrebbe non portare alcun contenuto responsabilizzante verso gli autori del reato, al loro impegno di conformarsi alle disposizioni antinfortunistiche⁴⁴.

Come si è già detto, il fatto che il TU del 2008, nel prevedere un elenco lunghissimo di fattispecie contravvenzionali meramente sanzionatorie, abbia al contempo recepito automaticamente la procedura estintiva contemplata dal d.lgs. n. 758 del 1994, tale da garantire un'automatica esenzione da pena a seguito di condotte ripristinatorie e riparatorie, pone all'interprete profondi interrogativi sull'opportunità di adottare proprio lo strumento penalistico per questa forma di tutela o, su un versante differente, la compatibilità tra un diritto penale spiccatamente preventivo e procedure riparativo-premiali.

Ed invero, la scelta di approntare in origine un meccanismo riparatorio-premiale ad un sistema ingente di contravvenzioni non ha consentito di valutare *in itinere* le ricadute applicative dell'apparato sanzionatorio, dando sostanzialmente per scontata la sua naturale inefficacia. Trattandosi di un sistema sanzionatorio marcatamente preventivo, teso ad impedire il verificarsi di disastri o eventi lesivi ai lavoratori, le questioni concernenti la responsabilizzazione del colpevole e la sua conseguente punizione avrebbero dovuto costituire oggetto di attenta riflessione.

Si delinea chiaramente, a questo punto, l'esigenza di soppesare le scelte compiute dal legislatore nel rifiutare, con siffatti automatismi, di applicare la sanzione penale: da più parti, la scelta è stata giustificata con l'argomentazione che, anche se all'ultimo momento possibile, le finalità proprie del sistema della sicurezza sul lavoro verrebbero ugualmente raggiunte⁴⁵.

Ma i dati statistici e la cronaca, purtroppo quotidiana, dicono ben altro: tale giustificazione non trova alcun riscontro nella realtà ed anzi sovente si registra, quando ciò è possibile, esattamente il contrario: la violazione delle misure "preventive" viene accertata quando nel contesto aziendale si è già verificato l'infortunio, ed è proprio quest'ultimo il fattore che conduce gli organi ispettivi anche all'accertamento della violazione delle norme antinfortunistiche.

Un processo di verifica e controllo, dunque, assolutamente non preventivo, che si sviluppa in modo del tutto casuale e cronologicamente "al contrario", soprattutto a causa delle già denunciate insufficienze del sistema ispettivo.

Certo – si potrebbe obiettare – non si possono sovrapporre questioni di diritto e questioni di fatto; il problema dell'inefficienza e dell'ineffettività delle sanzioni è questione di fatto, è responsabilità della "politica" e (forse) della scarsa cultura della sicurezza del mondo economico, mentre l'impianto normativo, dal punto di vista tecnico-formale, possiede comunque una sua coerenza. A ben vedere, tuttavia, la questione è più complessa e coinvolge anche aspetti più teorici, di politica-criminale.

Logiche di tipo efficientistico, anche strettamente politiche o che riguardano, nel settore della sicurezza sul lavoro, il confronto tra le parti sociali o le pressioni da queste esercitate sulla politica, hanno prodotto un susseguirsi disorganico e a tratti piuttosto confuso della logica della non punibilità sopravvenuta, creando in questo modo un dedalo normativo dettato da logiche e valutazioni meramente contingenti o comunque da istanze eterogenee, che si sono impropriamente sovrapposte.

Anche nelle cause o strumenti, se più articolati, di non punibilità sopravvenuta si registrano dei bilanciamenti tra interessi almeno potenzialmente confliggenti; ed anzi, è proprio

⁴⁴ Sul significato ugualmente sanzionatorio della riparazione e sul rapporto tra reato (delitto) riparato (legato all'offesa o al danno), di marca più laica e "cinica", che si inserisce nel contesto processuale, e percorsi di riconciliazione immateriali, di riparazione soltanto simbolica, cfr. DONINI (2023), pp. 331 ss. e spec. 337-338, dove l'A. osserva, sul rapporto tra pena agita e rafforzamento del precetto, che è necessario: «[U]n residuo, di regola, di pena subita, per non ridurre il postfatto alla fiera degli sconti sanzionatori, ma neppure al *saldo negativo* che produce solo esclusione dopo l'offesa del delitto. Se la riparazione costa davvero al responsabile, aggiunta a una parte di pena subita, e non è un articolo da *discount*, riafferma il valore del precetto».

⁴⁵ In questo senso, si esprime larga parte della dottrina che ha analizzato i congegni riparativo-premiali in materia di salute e sicurezza del lavoro: PADOVANI (1996), pp. 1168 e 1171; AMARELLI (2008); AMATI (2011), pp. 59-60; VALENTINI (2007a), pp. 606-607; BLAIOTTA (2023), pp. 138-139, seppur con alcune riserve critiche.

la stessa adozione della strategia della non punibilità, attraverso sistemi tecnici ed articolati, che introducono forme alternative di regolamentazione, che permette di raggiungere obiettivi equivalenti a quelli perseguiti della norma penale, senza applicare di fatto il diritto penale.

Si tratta, com'è noto, dell'ormai frequente ricorso alle multiformi strategie di "degradazione" dell'illecito penale, in conseguenza del numero particolarmente elevato di fattispecie incriminatrici; è una depenalizzazione in concreto che, pur mantenendo il fatto formalmente penale, cerca comunque di perseguire l'obiettivo della sussidiarietà attraverso meccanismi di non punibilità, a cui si affiancano sanzioni pecuniarie civili o amministrative⁴⁶.

Senonché, come avviene per le cause di giustificazione, questi interessi antagonisti all'impiego dello strumento penale dovrebbero risultare superiori e in un certo modo assorbenti rispetto a tutti quei beni che vengono di conseguenza sacrificati.

5. **Il deficit di effettività del sistema di tutela: "sicurezza cartolare", scarsa selettività delle violazioni ed inefficienza della risposta penale.**

A differenza di altri settori, come ad esempio quello medico-sanitario, dove non vi sono generalmente regole cautelari presidiate da sanzione, nel settore della sicurezza sul lavoro si trovano cautele formalizzate – anche minuziosamente formalizzate – e autonomamente sanzionate o in via amministrativa o in sede penale. Illeciti di natura amministrativa e penale si affiancano e a volte si sovrappongono, senza un reale criterio di differenziazione. La tesi secondo la quale gli illeciti di natura amministrativa riguardano violazioni che hanno un contenuto più formale o semplici violazioni di procedure è vera soltanto in parte, poiché si rinviengono anche delle contravvenzioni che non svolgono in concreto una funzione preventiva, ma sanzionano soltanto l'omissione di procedure o l'adozione di determinate formalità burocratiche.

Per effetto dei vasi comunicanti che caratterizzano il diritto penale del lavoro, la stessa violazione di regole cautelari, che nella stragrande maggioranza dei casi viene accertata quando un evento lesivo si è già verificato nell'azienda o nel cantiere, rileva sia autonomamente come illecito amministrativo o penale-contravvenzionale, sia in senso verticale nei livelli superiori di tutela presenti nel codice e quindi nel livello intermedio, rappresentato dalle fattispecie delittuose di cui agli artt. 437 e 451 c.p., e nell'ultimo livello di tutela affidato ai delitti contro la vita e l'incolumità personale (artt. 589 e 590 c.p.)⁴⁷.

Tornando, invece, al primo livello di tutela, è necessario considerare che l'esito concreto al quale si giunge attraverso l'attivazione del meccanismo ingiunzionale porta tutto il sistema punitivo contenuto nel TU ad amministrativizzarsi, riducendosi alla fine in un esborso, a volte molto contenuto, da parte del datore di lavoro per regolarizzare la situazione nell'impresa.

L'aspetto centrale è che le fattispecie contravvenzionali presenti nel TU presentano strutture le più disparate, con livelli di offensività diversi e con funzioni eterogenee.

Si pensi, ad esempio, alle fattispecie contravvenzionali di cui agli artt. 289 e ss. e sanzionate dall'art. 297 che regolano la gestione delle atmosfere esplosive e i lavori in sotterraneo dove è presente un'area con atmosfere esplosive o dove è prevedibile, sulla base di indagini geologiche, che si possa formare quest'area nell'ambiente confinato. L'omessa valutazione dei rischi di esplosione è punita con l'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da 3.559,60 a 9.112,57 euro; la stessa pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda è prevista anche per la violazione

⁴⁶ V., su questi aspetti, SINISCALCO (1995); BERNARDI e ZODA (2008), pp. 10 ss. e 47 ss.; con particolare riferimento alla materia lavoristica: DOVERE (2011), pp. 766 ss.; GARGANI (2016), p. 577 ss.; GARGANI (2018), pp. 1 ss.; PALIERO (2018), pp. 209 ss.; sugli aspetti di omologazione delle esigenze di garanzia rispetto alle diverse tipologie sanzionatorie in linea con la nozione convenzionale di "materia penale", cfr. MANES (2018), pp. 175 ss.; MAZZACUVA (2015), pp. 6 ss.; MAZZACUVA (2017), pp. 95 ss., 106 ss. e 139 ss.

⁴⁷ CASTRONUOVO (2018), pp. 5 ss. e 12 ss. Nell'ultimo livello di tutela, rappresentato appunto dalle fattispecie di evento dannoso, i corpi preventivo-cautelari *extra codicem* – contravvenzioni ed illeciti amministrativi, già autonomamente sanzionati – assumono deciso rilievo nel fondare la responsabilità a titolo di colpa, che con un rinvio indiretto vanno a costituire quella colpa specifica per inosservanza di leggi e finanche per inosservanza di discipline e cioè per la violazione di regole cautelari di secondo livello, risultato dell'autonormazione imposta dal datore di lavoro a seguito della valutazione dei rischi. La stessa violazione, dunque, assume almeno una duplice rilevanza quasi in maniera automatica, andando ad alimentare frizioni con i principi di garanzia della materia penale, che nel diritto della sicurezza sul lavoro raggiungono con frequenza un picco di tensione: costanti deformazioni nella prassi giudiziaria dei criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, alimentate e agevolate da regole cautelari o estremamente proceduralizzate o particolarmente fluide (anche di *soft law*), per tacere poi del problema del divieto di *ne bis in idem* per la plurima rilevanza della stessa trasgressione e la conseguente tendenza alla pan-penalizzazione.

delle altre disposizioni del Titolo XI, Capo II del TUSL, tra cui l'omissione delle cautele necessarie, l'omissione del documento sulla protezione contro le esplosioni e la mancata informazione e formazione dei lavoratori esposti a questo rischio.

Queste fattispecie puniscono trasgressioni che potenzialmente si possono rivelare di estrema gravità, che possiedono un grado di offensività, seppur soltanto ancora in potenza o astratto, elevatissimo, in grado di creare situazioni particolarmente pericolose che hanno un legame diretto con i beni giuridici finali che si vogliono proteggere e cioè con la vita o l'incolumità fisica dei lavoratori. La realizzazione di tali trasgressioni, tuttavia, è presidiata da pene veramente irrisorie e anche la sanzione pecuniaria che poi dovrà essere pagata dal trasgressore è talmente contenuta, anche nel massimo, che non è in grado di impensierire neanche un piccolo imprenditore con un bilancio aziendale piuttosto contenuto.

A fianco, dunque, di violazioni, punite sempre come contravvenzioni, meramente formali, per la mancata adozione di strumenti e di procedure cartolari, si trovano altri fatti contravvenzionali la cui violazione è in grado di provocare facilmente un "disastro" o addirittura una "strage": omissioni di questa portata denotano un totale disinteresse del datore di lavoro per la sicurezza.

C'è rischio e rischio, insomma⁴⁸.

L'impiego dello strumento contravvenzionale per una miriade di violazioni, tra loro molto diverse e con funzioni differenti, di fatto impedisce la formazione di un avamposto di controllo, con contenuti sanzionatori in grado (e con il fine) di governare i processi di produzione attraverso modalità più flessibili, intervenendo così veramente in anticipo rispetto alla creazione di situazioni pericolose, almeno per quelle dotate di una maggiore carica lesiva.

Un'altra importante criticità che il sistema reattivo-premiale comporta è rappresentata proprio dall'impossibilità di valutare l'effettiva pericolosità del soggetto trasgressore⁴⁹. Si tratta di un beneficio riparativo-premiale (quello ordinario *ex artt.* 19 e ss., d.lgs. 758/1994), che porta automaticamente all'estinzione del reato senza transitare nemmeno da un'aula di tribunale e forse nemmeno dalla procura, se non alla fine della procedura, quando l'organo ispettivo trasmette l'informativa finale. Non c'è un vero e proprio accertamento del fatto da parte dell'Autorità giudiziaria e tutto è rimesso all'ente accertatore.

La possibilità, quindi, di formulare giudizi prognostici di pericolosità sociale, tralasciando in questa sede i problemi che affliggono da sempre questo istituto e che meriterebbero una trattazione approfondita, è sempre preclusa dall'attivazione quasi automatica del sistema premiale. Ammessa, seppur con riserva, una plausibilità ed utilità dei giudizi di pericolosità, il mancato accertamento in sede giudiziale del fatto e della responsabilità dell'autore rende veramente complicato esprimere, ad esempio, una prognosi di non recidiva: se si prendono in considerazione solo i precedenti del soggetto, si rischia di operare alla fine per presunzioni⁵⁰.

Servirebbe allora, in una prospettiva *de lege ferenda*, un deciso ripensamento dell'intero apparato normativo e un suo maggior coordinamento che, da un lato, incrementi la carica di deterrenza per violazioni che effettivamente sono dotate di una carica offensiva reale o potenziale considerevole, mentre, dall'altro lato, conduca per le violazioni meramente procedurali, di scarsa offensività, verso una decisa depenalizzazione.

Meno diritto penale preventivo, dunque, e più illeciti amministrativi di più rapida e facile contestazione, con sanzioni pecuniarie adeguate-proporzionate ed obblighi di ripristino.

Un diritto penale minimo, circoscritto a quei casi o a quelle condotte che presentano un livello di pericolosità elevato, in un rapporto diretto-immediato con i delitti di evento o per plurime violazioni di regole preventive e di sicurezza.

Del resto, non solo l'elefantica macchina penalistica non è efficacemente in grado di garantire, in un contesto altamente proceduralizzato, livelli di sicurezza sufficienti, ma rischia di rappresentare un problema, un ostacolo alla sicurezza, che potrebbe essere raggiunta in altro modo. Si è passati, del resto, dal «se non è penale, si può fare» al «se è penale, allora si può fare», tanto non succede niente.

Si pensi, ad esempio, all'obbligo di redazione del Documento di valutazione dei rischi (DVR), la cui mancanza è sanzionata dall'art. 55, comma 1, lett. a) del TU con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda. Si tratta di una contravvenzione non molto inutile; è un penale preventivo che non serve, perché non è in grado di prevenire alcunché. Sarebbe suffi-

⁴⁸ Si sta comunque parlando di reati di pericolo e non di "reati di rischio". Cfr. su questo tema, PERINI (2010), pp. 168 ss. e 606 ss.

⁴⁹ BARTOLI (2021), pp. 467 ss. e spec. 477 ss.

⁵⁰ DOVA (2017), pp. 215 ss.

ciente prevedere in capo alle imprese un obbligo di trasmissione in via telematica, sanzionato amministrativamente in caso di inottemperanza o di ritardo, del DVR, attraverso le strutture dell'INAIL (ad esempio attraverso il Sistema informativo nazionale per la prevenzione SINP, attualmente sottoutilizzato) o della DTL-INL⁵¹. L'ausilio delle tecnologie, anche in questo settore, è fondamentale: creare banche dati, archivi informatici in cui registrare e documentare il sistema di sicurezza adottato da ogni singola impresa, il numero di visite ispettive ricevute, le irregolarità riscontrate, ecc.

6. La riforma Cartabia e i nuovi limiti edittali della particolare tenuità del fatto.

Da ultimo, con la modifica dell'art. 131-*bis* c.p. operata dalla riforma Cartabia (art. 1, comma 1, lett. c) n. 1 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, così come modificato dall'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito con modifiche dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199), nel 1° comma, è stato esteso il perimetro applicativo della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto a tutti i reati per i quali è prevista una pena detentiva non superiore nel minimo a due anni⁵², facendovi così rientrare tutte le fattispecie contravvenzionali già suscettibili di estinzione attraverso la procedura delineata dal d.lgs. 758/1994⁵³.

Alcune prime pronunce della Suprema Corte avevano cercato con argomenti non molto persuasivi di sottrarre la materia antinfortunistica agli effetti della particolare tenuità del fatto così riformata, evitando di far “passare in cavalleria” non solo tutte le contravvenzioni contenute nel TUSL, ma persino i delitti d'evento contro la persona – ultimo e più importante livello nella piramide della tutela – e specificamente il delitto di lesioni personali colpose gravi e perfino gravissime *ex art. 590*, commi 2 e 3, c.p.⁵⁴.

Seppur condivisibile in linea di principio, questa esclusione *ratione materiae* non poteva trovare seguito e così successivi arresti della giurisprudenza di legittimità hanno statuito che il campo di applicazione del novellato art. 131-*bis* c.p. si estende anche ai reati in materia di sicurezza sul lavoro, senza esclusione alcuna⁵⁵. In questo modo, il contravventore può uscire completamente indenne dal procedimento-processo penale, senza nemmeno avere l'obbligo di ripristinare in modo conforme alla normativa i luoghi o i macchinari o le attrezzature di lavoro, cioè senza riparare alcunché e senza pagare né in sede amministrativa né in sede di oblazione una, pur irrisoria, somma di denaro⁵⁶.

7. Tanto tuonò che piove: i rapporti tra il diritto penale della prevenzione e il diritto penale della lesione nella tutela della sicurezza sul lavoro. Prospettive *de iure condendo*.

Il settore del diritto penale della salute e della sicurezza sul lavoro, al pari degli altri ambiti

⁵¹ Osserva TORRE (2023), p. 56: «La mancanza di un percorso di giuridificazione che legittimi *ex ante* il documento di sicurezza a fungere da “disciplina”, *ex art. 43* c.p., delinea un volto controverso del diritto penale del lavoro in Italia, che risulta plasmato su un modello formalistico – ed inefficace – di legalità, in cui il ruolo dell'autodisciplina e delle fonti privatistiche è talmente ridimensionato, da rendere difficile scorgere nette linee evolutive dell'ordinamento giuridico verso un modello di decentralizzazione normativa e di democrazia diffusa». In argomento, v. altresì CAMPANELLA (2010), p. 477; ANGELINI (2020), pp. 107 ss.

⁵² TELESCA (2022), pp. 83 ss.; BERNASCONI (2023), pp. 2 ss.

⁵³ V., sul punto, di recente, GUGGIARI (2023), pp. 223 ss.; v. altresì VALBONESI (2017), pp. 4 ss. Sull'*actio finium regundorum* tra l'ambito applicativo del procedimento ingiunzionale-estintivo in parola rispetto a quello della non punibilità per particolare tenuità del fatto, v. CATERINI (2016), p. 593; FIMIANI (2022), pp. 1176 ss.

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 26.11.2015, n. 47002, in *ISL*, 2016, p. 52. In senso conforme, ma sulla base delle peculiarità del caso concreto, e quindi senza escludere in linea di principio l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., v. Cass. Pen., Sez. III, 12 maggio 2023, n. 20279, con nota di GUARINIELLO (2023b), pp. 337-338.

⁵⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 5.04.2017, n. 17163, con nota di CORSO (2017).

⁵⁶ Queste criticità potrebbero essere mitigate dal fatto che la riforma Cartabia ha contestualmente inserito nell'art. 131-*bis* c.p. quale indice della tenuità del fatto anche la condotta susseguente al reato. Valorizzando tale aspetto, si potrebbe escluderne l'applicabilità alle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro quando il colpevole non abbia *post factum* eliminato le situazioni accertate; v. in argomento, PIERDONATI (2024), pp. 1 ss.

del diritto penale dell'economia, si presta in modo particolare ad una forte valorizzazione della sanzione pecuniaria come efficace strumento di deterrenza. Per i reati in materia di sicurezza sul lavoro e più in generale per i reati economici, l'attacco al "profitto", al vantaggio economico che l'impresa ha ottenuto dal mancato investimento in strumenti (formali e materiali) e dispositivi di sicurezza rappresenta certamente una scelta di pena razionale e proporzionata tanto all'offesa causata quanto alla capacità economica dei soggetti responsabili, che supera la logica retributiva assoluta, aprendo la strada a nuovi itinerari sanzionatori⁵⁷.

Quando si parla di sicurezza nei luoghi di lavoro si parla soprattutto di costi: per le imprese, per la pubblica amministrazione, nella doppia veste di datore di lavoro e soggetto controllore, per la società. L'introduzione di fattispecie penali, invece, è a costo zero, non impegna le finanze pubbliche; lo stesso apparato preventivo-cautelare del TUSL, per quanto formalmente "avanzato", non deve comportare ulteriori oneri per la finanza pubblica. È un sistema preventivo che si fa, quindi, a costo zero, senza una specifica allocazione di risorse pubbliche⁵⁸; e, al contrario, non v'è dubbio che gli infortuni e le morti sul lavoro comportino costi sociali ed economici enormi.

L'obiettivo di raggiungere comunque, seppur tardivamente, un livello di sicurezza sufficiente e di riportare la condizione dell'azienda entro il perimetro della legalità, attraverso il meccanismo della riparazione, dovrebbe essere riservato soltanto alla violazione di quelle disposizioni che hanno un contenuto cautelativo-precauzionale e, quindi, inadeguate a scongiurare direttamente un evento lesivo, che a questo stadio della tutela si presenta ancora indefinito e incerto⁵⁹.

Per le fattispecie di reato che invece presentano un contenuto preventivo-cautelare, bisognerebbe distinguere se la norma contenga una cautela diretta a scongiurare direttamente un evento lesivo, o si tratti di una regola preventiva impropria e cioè tesa a ridurre solamente la probabilità di verificazione dell'evento.

Questa distinzione, che può anche essere ripensata o declinata con espressioni terminologiche differenti, si rivela essenziale per modulare coerenti risposte sul piano sanzionatorio e sul piano della eventuale non-punibilità.

Paradigmatico, a tale riguardo, è il caso della disposizione precettiva di tipo preventivo-cautelare contenuta nel comma 2 dell'art. 46 TUSL che impone al datore di lavoro l'adozione di misure per prevenire incendi e per tutelare l'incolumità dei lavoratori. Orbene, tralasciando gli aspetti relativi al *deficit* di tassatività della norma, in un caso come questo la possibilità di ricorrere ad un meccanismo ripristinatorio è certamente utile e consente all'impresa, anche se tardivamente, di raggiungere comunque una condizione adeguata di sicurezza.

Non avrebbe senso ridurre la sanzione solamente ad una componente retributiva. Tuttavia, il risparmio di spesa conseguito dall'impresa deve comunque essere compensato da una sanzione pecuniaria che presenti anche una quota di afflittività. La previsione, peraltro, di un meccanismo ripristinatorio non deve necessariamente comportare un'automatica impunità, una estinzione del reato immediata⁶⁰: l'eventuale esito "premiare" potrebbe essere ritardato o fatto dipendere da ulteriori condizioni, da valutare ad esempio nel medio-lungo termine, o essere del tutto assente⁶¹.

Scelte sanzionatorie strategiche a seconda del tipo e della natura della violazione, compiute con razionalità e razionalità di sistema; che, guardando agli ultimi interventi di riforma, è proprio quello che attualmente manca.

Da una parte, infatti, si trova un meccanismo riparativo-premiare che, con efficacia praticamente *erga omnia* e in modo indiscriminato, concede al datore di lavoro una fuga dalla sanzione e un'impunità automatica mentre, dall'altro, il legislatore prova a mostrare i muscoli,

⁵⁷ Così DONINI (2018), pp. 582 ss. Sottolinea la necessità di individuare soluzioni di tutela più idonee per la sicurezza dei lavoratori, senza rassegnarsi al solo sistema riparativo-estintivo, che non fa altro che riconoscere la questione della sicurezza come un "costo" economico (eventuale) per l'impresa PASCUCCI (2010), p. 167.

⁵⁸ Lo afferma chiaramente anche l'art. 305 TUSL sulla clausola finanziaria: «Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 11, commi 1 e 2, dall'esecuzione del presente decreto, ivi compreso quanto disposto dagli articoli 5 e 6, non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni competenti provvedono agli adempimenti derivanti dal presente decreto attraverso una diversa allocazione delle ordinarie risorse, umane, strumentali ed economiche, allo stato in dotazione alle medesime amministrazioni».

⁵⁹ Sulla contrapposizione tra logica preventiva e precauzionale: CASTRONUOVO, (2011); CASTRONUOVO (2012) pp. 47 ss., spec. per il diritto penale del lavoro 67 ss., 163-164, 169-170; FORTI (2006), p. 197; GIUNTA (2006), p. 227; PIERGALLINI (2005), pp. 1684 e 1692 ss.; BUOSO (2020), pp. 9 ss.

⁶⁰ Sul problema della "pratica" sovrapposizione di cause di non punibilità e cause di estinzione del reato, v. da ultimo ROMANO (2024), pp. 447 ss.

⁶¹ In questo senso, con riferimento alla materia ambientale, DI LANDRO (2020), pp. 73 ss., 97 ss. e 111 ss.

con interventi però un po' scomposti e non molto coordinati: il riferimento è alla modifica dell'art. 14 TUSL, operata dall'art. 13, comma 1, lett. d) del Decreto Fiscale dell'ottobre 2021 sulla sospensione dell'attività imprenditoriale e, da ultimo, all'introduzione della c.d. patente a punti nei cantieri, prevista dal decreto-legge 19/2024, Decreto PNRR 4, poi convertito con modifiche dalla legge n. 56 del 2024. Tutti interventi estemporanei, introdotti a seguito di fatti di cronaca particolarmente gravi, per placare l'opinione pubblica e sempre senza ulteriori oneri per lo Stato.

Anche nei casi in cui, *de iure condendo*, si pensasse di mantenere un meccanismo premiale-ripristinatorio, si dovrebbe comunque tenere distinta una componente sanzionatoria (anche) di natura pecuniaria, purché non sia così irrisoria come lo sono quelle previste attualmente nel TU, da fare soltanto solletico al bilancio di una qualsiasi impresa, anche artigiana o di medie dimensioni⁶². La sanzione pecuniaria poi non è l'unica strada percorribile: provvedimenti che abbiano l'idoneità di compromettere, ad esempio, la reputazione dell'azienda possiedono una carica afflittiva di gran lunga superiore ad un'ammenda o ad una sanzione amministrativa.

Flessibilità e capacità di adattabilità dovrebbero riguardare anche il *quantum* della sanzione. La sanzione pecuniaria dovrebbe essere costituita dal beneficio economico, cioè dall'illecito guadagno, ottenuto dal datore di lavoro nel risparmiare denari per garantire un efficace sistema di sicurezza nell'impresa, alterando al contempo la concorrenza con gli altri operatori economici ligi fin dall'inizio alla normativa antinfortunistica.

La funzione ripristinatoria e poi premiale tipica del diritto penale del lavoro non dovrebbe nutrire una cieca ed incondizionata fiducia nell'autodisciplina e nelle condotte di riparazione, ma dovrebbe incentivare gli operatori, i soggetti garanti ad adeguarsi da subito o comunque per tempo all'apparato normativo preventivo. Altrimenti – è ciò che accade attualmente –, si avvantaggiano gli operatori che dilazionano gli investimenti in sicurezza (quando vengono scoperti dagli organi ispettivi e cioè raramente).

Un ripensamento, dunque, dell'intero sistema che sia in grado con equilibrio e visione d'insieme di correggere alcune storture e criticità dell'apparato penalistico, per garantire effettivamente livelli adeguati di sicurezza nei luoghi di lavoro.

Da una parte, tante contravvenzioni del TUSL potrebbero essere trasformate in illeciti amministrativi, mentre, dall'altra, non sarebbe poi così tanto assurdo trasformare alcune fattispecie contravvenzionali in delitti, con le relative conseguenze.

Il punto centrale, sul quale concentrare l'attenzione e gli sforzi, è che la vera prevenzione non si fa con il diritto penale, introducendo pene o sanzioni (anche provvisorie) draconiane, o sul versante del diritto penale d'evento, pensando ad una nuova – l'ennesima – fattispecie di omicidio colposo sul lavoro, ma attraverso una seria politica di sgravi e benefici di natura economica, assicurativa e fiscale. Queste sono le leve sulle quali premere.

Bisognerebbe pensare ad un sistema che permetta una fortissima defiscalizzazione per le spese in sicurezza, in particolare per l'organizzazione di corsi di formazione, per l'acquisto dei dispositivi di protezione e per l'adozione di strumenti innovativi e tecnologici.

Il modello attuale di assicurazione si regge sul principio per cui, dal momento che il lavoro genera rischi (e danni), l'imprenditore che beneficia del lavoro altrui deve farsi carico del pagamento del premio assicurativo per i propri dipendenti. Questo sistema poggia su un meccanismo *bonus-malus*, che dipende dall'andamento infortunistico nell'impresa, che per questa ragione ha portato però alcuni datori di lavoro ad omettere la denuncia di infortuni non particolarmente gravi per non far aumentare il tasso aziendale.

Un sistema di questo genere, basato sull'oscillazione del tasso, finisce per rendere il sistema molto costoso e rischia di avvantaggiare imprese che in realtà non presentano delle *performances* particolarmente positive in termini di sinistri e, in generale, di sicurezza.

Sarebbe allora necessario pensare ad un impianto assicurativo in grado di dare sostegno alle imprese che investono realmente in prevenzione e in sicurezza, con una riduzione della tariffa del premio, ampliando la forbice del sistema di *bonus-malus*: ciò consentirebbe una minore esposizione ai rischi da parte dei lavoratori e creerebbe un sistema virtuoso per il mondo del lavoro nel suo complesso⁶³.

⁶² Cfr. DEMURO (2019), pp. 448 ss. e spec. 450-451 con considerazioni critiche sul rapporto tra pena e risarcimento del danno, a meno che questo risarcimento non abbia in tutto o in parte come destinatario lo Stato: «[S]i avrebbe così una pena pubblica, espressione diretta della potestà punitiva statale e rappresentativa anche della riprovazione del fatto e del danno verso la società nel suo complesso».

⁶³ Cfr. Camera dei deputati - Proposta di legge C1266 - Modifiche al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, e altre disposizioni concernenti la vigilanza e

Bibliografia

AMARELLI, Giuseppe (2008a): *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro* (Napoli, Jovene).

AMARELLI, Giuseppe (2008b): “L’oblazione discrezionale non è “alternativa” al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche”, Nota a Cass. Pen., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 44369, *Cassazione penale*, 7-8, pp. 2998-3012.

AMARELLI, Giuseppe (2015): “La responsabilità degli enti e la problematica compatibilità con i reati colposi”, in NATULLO, Gaetano, *Salute e sicurezza sul lavoro* (Torino, Utet Giuridica), pp. 267-306.

AMATI, Enrico (2007): “La responsabilità degli enti alla luce del Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro”, *Critica del diritto*, 2, pp. 143-160.

AMATI, Enrico (2011): “Il meccanismo estintivo delle contravvenzioni”, in CURI, Francesca (a cura di), *Nuovo statuto penale del lavoro. Responsabilità per i singoli e per gli enti* (Bologna, Bononia University Press), pp. 43-53.

ANGELINI, Luciano (2020): “Rappresentanza e partecipazione nel diritto della salute e sicurezza dei lavoratori in Italia”, *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1, pp. 96-116.

BAGLIONE, Tindari (1995): *Nuove contravvenzioni a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. Decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626* (Milano, Giuffrè).

BARTOLI, Roberto (2021): “Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Una prima riflessione”, in CATENACCI, Mauro, D’ASCOLA, Vincenzo Nico, RAMPIONI, Roberto (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I (Roma, Roma Tre - Press), pp. 467-482.

BERNARDI, Alessandro e ZODA, Ilaria (2008): *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici* (Padova, Cedam).

BERNASCONI, Costanza (2023): “Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. riforma Cartabia: il *restyling* alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materia di alimenti e bevande”, in *DisCrimen - Rivista di diritto penale*, 16 gennaio.

BLAIOTTA, Rocco (2023): *Diritto penale e sicurezza sul lavoro* (Torino, Giappichelli).

BONINI, Sergio (2005): “La prescrizione obbligatoria nelle ipotesi di reato (commento all’art. 15 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124)”, in NOGLER, Luca e ZOLI, Carlo (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro* (Padova, Cedam), pp. 989-1001.

BRAITHWAITE, John (1982): “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, *Michigan Law Review*, 80, pp. 1466-1507.

BUOSO, Stefania (2020): *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro* (Torino, Giappichelli).

CADOPPI, Alberto (2022): *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).

CAMPANELLA, Piera (2010): “I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza”, in ZOPPOLI, Lorenzo, PASCUCCI, Paolo, NATULLO, Gaetano (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori* (Milano, IPSOA), pp. 475-518.

CAPUTO, Luigi e LEACI, Elio (1999): “Corte costituzionale e d.lg. 758/1994. Regolamentazione delle contravvenzioni”, *Igiene e sicurezza del lavoro*, 6, pp. 330-334.

la sicurezza sul lavoro nonché prevenzione e assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, 15 ottobre 2018.

- CAPUTO, Matteo (2009): *Il diritto penale e il problema del patteggiamento* (Napoli, Jovene).
- CASTRONUOVO, Donato (2006): “Salute e sicurezza sul lavoro. Un breve studio di diritto penale comparato ed europeo”, in FOFFANI, Luigi (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno* (Milano, Giuffrè), pp. 185-246.
- CASTRONUOVO, Donato (2009): “La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008”, in BASENGHI, Francesco, GOLZIO, Luigi Enrico, ZINI, Alberto (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e il decreto correttivo 106/2009* (Milano, IPSOA), pp. 305-335.
- CASTRONUOVO, Donato (2011): “Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica della precauzione come fattore espansivo del penale nella giurisprudenza della Cassazione”, *Diritto penale contemporaneo*, 21 luglio.
- CASTRONUOVO, Donato (2012): *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigma dell'incertezza nella struttura del reato* (Roma, Aracne).
- CASTRONUOVO, Donato (2018): “Sicurezza sul lavoro tra pan-penalizzazione e moltiplicazione della rilevanza illecita di una stessa trasgressione (oltre il *bis in idem*)”, *La Legislazione penale*, 28 marzo.
- CASTRONUOVO, Donato, CURI, Francesca, TORDINI CAGLI, Silvia, TORRE, Valeria, VALENTINI, Vico (2023): *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli).
- CATENACCI, Mauro (2019): *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali* (Torino, Giappichelli).
- CATERINI, Mario (2016): “Le implicazioni sistematiche della nuova causa di estinzione delle contravvenzioni del Testo Unico dell'ambiente”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 3-4, pp. 579-597.
- CERESA GASTALDO, Massimo (2000): “Condizioni «speciali» di procedibilità e disposizioni ex artt. 19 s. d.lg. 19 dicembre 1994, n. 758, in tema di estinzione delle contravvenzioni in materia di lavoro”, *Cassazione penale*, 7-8, pp. 2107-2114.
- COGLIANESE, Cary e MENDELSON, Evan (2010): “Meta-Regulation and Self-Regulation”, in BALDWIN, Robert, CAVE, Martin, LODGE, Martin (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford, Oxford University Press), pp. 146-168.
- CONSORTE, Francesca (2024): “La responsabilità da reato degli enti e la tutela della sicurezza sul lavoro”, in DE SANTIS, Giovanni e CORSO, Stefano Maria (a cura di), *Nuove dimensioni della responsabilità datoriale* (Napoli, Jovene) 2024, pp. 279-318.
- CONSULICH, Federico (2024): *Manuale di diritto penale del lavoro* (Torino, Giappichelli).
- CORSO, Stefano Maria (2017) “Lesioni colpose gravi in danno del lavoratore: è compatibile la “particolare tenuità””, Commento a Cass. Pen., Sez. IV, 5 aprile 2017, n. 17163, *IPSOA Quotidiano*, 13 maggio.
- CURI, Francesca (2023): “L'imprenditore persona giuridica: il sistema 231 nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro”, in CASTRONUOVO, Donato, CURI, Francesca, TORDINI CAGLI, Silvia, TORRE, Valeria, VALENTINI, Vico, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 155-219.
- DE FALCO, Giuseppe (2000): *La repressione delle contravvenzioni e dei delitti in materia di sicurezza e igiene del lavoro* (Padova, Cedam).
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2013): “Il tentativo nei reati di pericolo. Prospettive di un dialogo ermeneutico”, *Cassazione penale*, 5, pp. 1731-1742.

- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2019): “La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo”, *La Legislazione penale*, 2 settembre.
- DE SIMONE, Giulio (2015): “Sicurezza sul lavoro e responsabilità da reato dell’ente”, in CASAROLI, Guido, GIUNTA, Fausto, GUERRINI, Roberto, MELCHIONDA, Alessandro (a cura di), *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente* (Pisa, Edizioni ETS), pp. 193-208.
- DEIDDA, Beniamino (2019): “La tutela penale del lavoro”, *Questione giustizia*, 4, pp. 98-105.
- DEMURO, Gian Paolo (2013): “*Ultima ratio*: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1654-1694.
- DEMURO, Gian Paolo (2019): “L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 437-471.
- DI GIOVINE, Ombretta (2009): “Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti”, *Cassazione penale*, 3, pp. 1325-1351.
- DI LANDRO, Andrea (2020): *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale. La bonifica e il ripristino ambientale. Uno studio de iure condito e de iure condendo* (Torino, Giappichelli).
- DI MARTINO, Alberto (1998): *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena* (Milano, Giuffrè).
- DIAMANTI, Francesco (2023): “Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni”, in CASTRONUOVO, Donato, DONINI, Massimo, MANCUSO, Enrico Maria, VARRASO, Gianluca (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale* (Milano, Wolters Kluwer Cedam), pp. 143-162.
- DIAMANTI, Francesco (2024): *Diritto penale alimentare e tecnica legislativa. Uno studio sulla decodificazione* (Torino, Giappichelli).
- DODARO, Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè).
- DONINI, Massimo (1997): “Selettività e paradigmi della teoria del reato”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 338-394.
- DONINI, Massimo (2001): “Non punibilità e idea negoziale”, *L’Indice penale*, pp. 1035-1061.
- DONINI, Massimo (2004): *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà* (Milano, Giuffrè).
- DONINI, Massimo (2006): “Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo dell’espansione del diritto penale economico”, in FOFFANI, Luigi (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno* (Milano, Giuffrè), pp. 67-92.
- DONINI, Massimo (2013): “Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1162-1218.
- DONINI, Massimo (2015): “Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2, pp. 236-250.
- DONINI, Massimo (2018): “Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la *restorative justice*”, in PALIERO, Carlo Enrico, VIGANÒ, Francesco, BASILE, Fabio, GATTA, Gian Luigi (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomo II (Milano, Giuffrè), pp. 582-606.
- DONINI, Massimo (2020): “Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 3, pp. 1-21.

DONINI, Massimo (2022): “Codificazione”, in PIERGALLINI, Carlo, MANNOZZI, Grazia, SOTIS, Carlo, PERINI, Chiara, SCOLETTA, Marco, CONSULICH, Federico (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, tomo III, *Parole dal lessico di uno studioso* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre), pp. 1273-1288.

DONINI, Massimo (2023): “Paradigma vittimario e idea riparativa. Criteri di orientamento in una potenziale contraddizione di sistema”, *Diritto di difesa*, pp. 331-357.

DONINI, Massimo (2024): *Diritto penale. Parte generale*, vol. I (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

DOVA, Massimiliano (2017): *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria* (Torino, Giappichelli).

DOVERE, Salvatore (2008): “Osservazioni in tema di attribuzione all’ente collettivo dei reati previsti dall’art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1-2, pp. 316-339.

DOVERE, Salvatore (2010): “Variazioni morfologiche delle tecniche di degradazione dell’illecito in concreto in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro”, in ZOPPOLI, Lorenzo, PASCUCCI, Paolo, NATULLO, Gaetano (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori* (Milano, IPSOA), pp. 619-628.

DOVERE, Salvatore (2011): “I procedimenti definitori nella tutela penale della salute e della sicurezza sul lavoro”, in GARUTI, Giulio (a cura di), *Trattato di procedura penale. Modelli differenziati di accertamento*, tomo II (Torino, Utet Giuridica), pp. 761-814.

DOVERE, Salvatore (2012): “Le fattispecie sanzionatorie di carattere generale”, in DEIDDA, Beniamino e GARGANI, Alberto (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore, Trattato teorico-pratico di diritto penale*, (Torino, Giappichelli), pp. 235-282.

EUSEBI, Luciano (2002): “La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 76-115.

EUSEBI, Luciano (2018): “«Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento della pena «ritorsione»”, in PALIERO, Carlo Enrico, VIGANÒ, Francesco, BASILE, Fabio, GATTA, Gian Luigi (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. I (Milano, Giuffrè), pp. 223-250.

FERLA, Lara (2022): *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali* (Napoli, Jovene).

FIANDACA, Giovanni (1987): “La tipizzazione del pericolo”, *Dei delitti e delle pene*, 3, pp. 441-472.

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli).

FIMIANI, Pasquale (2022): *La tutela penale dell’ambiente* (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre).

FORTI, Gabrio (2006): ““Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione”, *Criminalia - Annuario di scienze penalistiche*, pp. 155-225.

GARGANI, Alberto (2013): “Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute del lavoro”, in DEIDDA, Beniamino, GARGANI, Alberto (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore* (Torino, Giappichelli), pp. 372-426.

GARGANI, Alberto (2016): “La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili”, *Diritto penale e processo*, 5, pp. 577-601.

GARGANI, Alberto (2018): “Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative. Quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive”, *La Legislazione penale*, 3 dicembre.

- GARGANI, Alberto (2022): *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse* (Pisa, Pisa University Press).
- GIUGNI, Ilaria (2023): "Procedura estintiva delle contravvenzioni antinfortunistiche: verso una questione di costituzionalità all'indomani della c.d. riforma Cartabia?", *Sistema penale*, 6 giugno.
- GIUNTA, Fausto (2006): "Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione", *Criminalia - Annuario di scienze penalistiche*, 2006, pp. 227-247.
- GIUNTA, Fausto (2013): "Dal governo della legge al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche fra diritto e processo", *Critica del diritto*, 1, pp. 84-99.
- GRASSO, Giovanni (1986): "L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 689-728.
- GUARINIELLO, Raffaele (2023a): *Il T.U. Sicurezza sul lavoro commentato con la giurisprudenza* (Milano, Wolters Kluwer).
- GUARINIELLO, Raffaele (2023b): "Il 131 bis cod. pen. della Cartabia e i reati in materia di sicurezza sul lavoro", *Igiene e sicurezza del lavoro*, 6, pp. 337-338.
- GUERRINI, Roberto (2010): "Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231", in GIUNTA, Fausto e MICHELETTI, Dario, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, parte II (Milano, Giuffrè), pp. 131-165.
- GUGGIARI, Mirko (2023): "Le contravvenzioni: il regime giuridico e i meccanismi premiali", in MANNA, Adelmo (a cura di), *Il sistema penale in materia di sicurezza del lavoro* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 223-238.
- GUIDI, Dario (2010): "Regime sanzionatorio e cause di estinzione degli illeciti sulla sicurezza del lavoro", in GIUNTA, Fausto e MICHELETTI, Dario (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, pp. 935-967.
- IRTI, Natalino (1986): *L'età della decodificazione* (Milano, Giuffrè).
- KINDHÄUSER, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte* (Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann).
- LAI, Marco (2017): *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppi* (Torino, Giappichelli).
- MAIELLO, Vincenzo (2007): *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).
- MANES, Vittorio (2018): "Profili e confini dell'illecito para-penale", in DONINI, Massimo e FOFFANI, Luigi (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo* (Torino, Giappichelli), pp. 165-183.
- MANTOVANI, Marco (2003): *L'esercizio di una attività non autorizzata. Profili penali* (Torino, Giappichelli).
- MARINUCCI, Giorgio (1988): "Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 424-446.
- MARRA, Gabriele (2019): "Il diritto penale della società punitiva: l'eccezione della libertà nella normalità della coercizione", *Criminalia - Annuario di scienze penalistiche*, pp. 423-467.
- MARTUFI, Adriano (2018): "La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche. Alcune annotazioni in merito alla speciale procedura estintiva prevista per le contravvenzioni del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, pp. 293-304.

MAZZACUVA, Francesco (2015): “L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014”, *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 3, pp. 6-15.

MAZZACUVA, Francesco (2017): *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico* (Torino, Giappichelli).

NAUCKE, Wolfgang (2011): “La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico”, in DONINI, Massimo e PAVARINI, Massimo (a cura di), *Sicurezza e diritto penale* (trad. Massimo Donini, Bologna, Bononia University Press), pp. 79-89.

PADOVANI, Tullio (1995): “D.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 - Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro”, *La Legislazione penale*, 1995, pp. 375-387.

PADOVANI, Tullio (1996): “Il nuovo volto del diritto penale del lavoro”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 4, pp. 1157-1171.

PADOVANI, Tullio e STORTONI, Luigi (2006): *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale* (Bologna, Il Mulino).

PALAZZO, Francesco (2019): “La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente”, *Sistema penale*, 19 dicembre.

PALAZZO, Francesco (2021): “Querela e strategie deflattive. La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale”, *Giurisprudenza italiana*, 173, 4, pp. 984-1016.

PALIERO, Carlo Enrico (1985): «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari* (Padova, Cedam).

PALIERO, Carlo Enrico (1990): “Il principio di effettività del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 430-544.

PALIERO, Carlo Enrico (2018): “La sanzione amministrativa tra pena criminale e garanzie processuali”, in DONINI, Massimo e FOFFANI, Luigi (a cura di), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo* (Torino, Giappichelli), pp. 209-224.

PAONE, Vincenzo (2023): “La procedura estintiva delle contravvenzioni in materia di sicurezza agroalimentare: molte ombre e poche luci”, *Sistema penale*, 26 ottobre.

PARKER, Christine (2002): *The Open Corporation. Effective Self-regulation and Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press).

PARODI GIUSINO, Manfredi (1990): *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale* (Milano, Giuffrè).

PASCUCCI, Paolo (2010): “Il prezzo del reato tra nuovo e vecchio diritto del lavoro”, in BONDI, Alessandro, MARRA, Gabriele, POLIDORI, Paolo (a cura di), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare* (Torino, Giappichelli), pp. 165-183.

PELISSERO, Marco (2013): “La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina”, *Diritto penale e processo*, 3, pp. 261-266.

PERINI, Chiara (2010): *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno* (Milano, Giuffrè).

PIERDONATI, Marco (2024): “Verso una tenuità “allargata”. L’introduzione della condotta susseguente al reato nell’art. 131 bis c.p. e il nuovo assetto dell’irrelevanza penale del fatto”, *Archivio penale*, 3, pp. 1-107.

PIERGALLINI, Carlo (2005): “Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza al tipo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1684-1703.

PIOLETTI, Giovanni (1995): voce “Punibilità (cause di esclusione della)”, *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X (Torino, Utet Giuridica), 1995, pp. 524-533.

- PRITTWITZ, Cornelius (1993): *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* (Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann).
- PULITANÒ, Domenico (2016): “Sulla pena. Fra teoria, principi e politica”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 641-669.
- PULITANÒ, Domenico (2017): “Selezione punitiva tra diritto e processo”, in DE FRANCESCO, Giovannangelo e GARGANI, Alberto (a cura di), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche* (Milano, Giuffrè), pp. 227-248.
- RISICATO, Lucia (2019): *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* (Torino, Giappichelli).
- ROJA, Paola (2012): “Forme atipiche di oblazione: artt. 301, 301 bis e 302”, in PERSIANI, Mattia (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro* (Torino, Utet Giuridica), pp. 779-877.
- ROMANO, Mario (2004): *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I (Milano, Giuffrè).
- ROMANO, Mario (2024): “Cause di non punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 437-463.
- RUGA RIVA, Carlo (2021): *Diritto penale dell'ambiente* (Torino, Giappichelli).
- RUGANI, Andrea (2023): “L'estinzione delle contravvenzioni “alimentari” nella fase delle indagini preliminari: commento delle disposizioni introdotte dall'art. 70 d.lgs. 150/2022 («modifiche alla legge 30 aprile 1962 n. 283»», *La Legislazione penale*, 6 febbraio.
- SCARCELLA, Alessio (2013): “Verbali di prescrizione degli ispettori ASL e giurisdizione ordinaria”, *Igiene e sicurezza del lavoro*, 1, pp. 12-21.
- SCHRÖDER, Horst (1969): “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81, pp. 7-28.
- SINISCALCO, Marco (1995): *Depenalizzazione e garanzia* (Bologna, Il Mulino).
- STELLA, Federico (1999): “Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 382-392.
- STELLA, Federico (2003): “La costruzione giuridica della scienza. Sicurezza e salute negli ambienti di lavoro”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1-2, pp. 55-70.
- STORTONI, Luigi (1984): “Profili costituzionali della non punibilità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 626-678.
- TELESCA, Mariangela (2022): *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto* (Torino, Giappichelli).
- TIRABOSCHI, Michele (2022): “Nuovi modelli della organizzazione del lavoro e nuovi rischi”, *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1, pp. 136-154.
- TORDINI CAGLI, Silvia (2014): “Sicurezza sul lavoro e *societas delinquere potest*. Alcune considerazioni critiche sulla mancata inclusione delle fattispecie contro la pubblica incolumità tra i reati “presupposto””, in FONDAROLI, Désirée e ZOLI, Carlo (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro* (Torino, Giappichelli), pp. 181-193.
- TORRE, Valeria (2013): *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa* (Bologna, Bononia University Press).
- TORRE, Valeria (2023): *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in CASTRO-NUOVO, Donato, CURI, Francesca, TORDINI CAGLI, Silvia, TORRE, Valeria, VALENTINI, Vico, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 37-72.

TRABACE, Cesare (2022): “Le procedure definitive delle contravvenzioni antinfortunistiche e il rito de societate: due modelli all’insegna del *favor reparationis*”, *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1, pp. 66-93.

TULLINI, Patrizia (2022): *Introduzione al diritto della sicurezza sul lavoro* (Torino, Giappichelli).

VALBONESI, Cecilia (2017): “La causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e i suoi rapporti con le contravvenzioni antinfortunistiche”, *RSPPIItalia - Salute e sicurezza*, pp. 1-8.

VALENTINI, Vico (2007a): “La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 3, pp. 595-629.

VALENTINI, Vico (2007b): “La raccolta di dati empirici e valutazioni mediante questionari rivolti alle Procure della Repubblica - Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e “ripristinatorio” in materia di sicurezza del lavoro (d.lgs. 758/1994)”, in DONINI, Massimo e CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti* (Padova, Cedam), pp. 97-113.

VALENTINI, Vico (2023): “Contravvenzioni *extra-codicem* e meccanismi premiali”, in CASTRONUOVO, Donato, CURI, Francesca, TORDINI CAGLI, Silvia, TORRE, Valeria, VALENTINI, Vico, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 255-274.

VASSALLI, Giuliano (1960): voce “Cause di non punibilità”, *Enciclopedia del diritto*, vol. VI (Milano, Giuffrè), pp. 609-636.

VENEZIANI, Paolo (2007): “D.legisl. 19 dicembre 1994, n. 758. Estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro”, in PALAZZO, Francesco e PALIERO Carlo Enrico (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari* (Padova, Cedam), pp. 1697-1708.

VENEZIANI, Paolo (2014): “La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato”, in GROSSO, Carlo Federico, PADOVANI, Tullio, PAGLIARO, Antonio (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, tomo II (Milano, Giuffrè), VI, pp. 277-304.

VITARELLI, Tiziana (2009): “Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 695-712.

WOHLERS, Wolfgang (2000): *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte* (Berlin, Duncker & Humblot).

Paradigmi di responsabilità penale per l'esposizione a sostanze tossiche*

Dalla responsabilità individuale a quella dell'organizzazione

Paradigmas de responsabilidad penal por la exposición a sustancias tóxicas

De la responsabilidad individual a la de la organización

Paradigms of Criminal Liability for Exposure to Toxic Substances

From Individual Responsibility to Organizational Liability

FRANCESCO CONTRI

*Dottorando di ricerca presso l'Università di Ferrara
francesco.contri@unife.it*

REATI AMBIENTALI,
DIRITTO DELLA SICUREZZA
DEL LAVORO, RESPONSABILITÀ
DA REATO DEGLI ENTI

DELITOS AMBIENTALES, DERECHO
DE LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO,
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS

ENVIRONMENTAL CRIMES,
LABOUR HEALTH AND SAFETY LAW,
CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

ABSTRACTS

Ambiente, sicurezza sul lavoro e sicurezza alimentare; rischio e pericolo; nesso di causalità e nesso di rischio: si tratta di beni giuridici, aree di tutela ed elaborazioni concettuali, che, pur presentando intersezioni comuni, devono mantenere una propria autonomia. Lo scritto si propone di lumeggiare le problematiche legate all'accertamento della responsabilità penale per danni da esposizione a sostanze tossiche, anche quando ricondotta al ("nuovo") paradigma dei reati di comune pericolo contro l'incolumità pubblica in luogo di quello ("classico") dei delitti contro la persona. Partendo dall'esegesi della fattispecie di "altro disastro" (art. 434 c.p.) e di quella di avvelenamento (art. 439 c.p.), passando per una ri-lettura del delitto di disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.) e dei recentissimi approdi della Corte di Giustizia nella vicenda Ilva di Taranto, sarà posta in evidenza, da un lato, l'imprescindibilità di un intervento normativo *ad hoc*, nonché, dall'altro, l'opportunità di concentrare la prevenzione e repressione di siffatti fenomeni sul piano della responsabilità dell'ente collettivo.

Medio ambiente, seguridad en el trabajo y seguridad alimentaria; riesgo y peligro; nexo de causalidad y nexo de riesgo: se trata de bienes jurídicos, ámbitos de protección y desarrollos conceptuales que, aunque presentan intersecciones comunes, deben mantener su propia autonomía. El presente trabajo pretende arrojar luz sobre las problemáticas relacionadas con la determinación de la responsabilidad penal por daños derivados de la exposición a sustancias tóxicas, incluso cuando se enmarca en el "nuevo" paradigma de los delitos de peligro común en contra de la seguridad pública, en lugar del "clásico" paradigma de los delitos contra la persona. A partir del análisis de la figura del "otro desastre" (art. 434 del Código Penal) y del envenenamiento (art. 439 del Código Penal), pasando por una relectura del delito de desastre ambiental (art. 452-*quater* del Código Penal) y los recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el caso Ilva de Tarento, se pondrá de relieve, por un lado, la necesidad ineludible de una intervención legislativa específica y, por otro, la conveniencia de centrar la prevención y represión de estos fenómenos en la responsabilidad de la entidad colectiva.

* Il saggio costituisce un'anticipazione del contributo destinato al volume di prossima pubblicazione – prodotto della ricerca realizzata nell'ambito del bando 5X1000 dell'Università di Ferrara – *Esposizione lavorativa a sostanze tossiche. Percorsi multidisciplinari tra prevenzione e responsabilità*, a cura di S. BUOSO, D. CASTRONUOVO, N. MURGIA, Jovene.

Environment, Workplace Safety, and Food Safety; Risk and Danger; Causal Link and Risk Link: these are legal interests, areas of protection, and conceptual developments that, despite having common intersections, must maintain their own autonomy. This paper aims to shed light on the issues related to the attribution of criminal liability for harm caused by exposure to toxic substances, even when framed within the “new” paradigm of inchoate offenses against public safety rather than the “classic” model of crimes against individuals. Starting with the interpretation of the Italian offenses of “other disaster” (Art. 434 of the Penal Code) and poisoning (Art. 439 of the Penal Code), and moving through a re-examination of environmental disaster (Art. 452-quater of the Penal Code) as well as the most recent rulings of the EU Court of Justice in the Ilva of Taranto case, this analysis highlights, on one hand, the necessity of a specific legislative intervention and, on the other hand, the need to focus the prevention and repression of such phenomena on corporate liability..

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Cenni alla duplice duttilità – apparentemente sconfinata – della fattispecie di “altro disastro”. – 3. Dal disastro innominato al disastro (ambientale) nominato. La genesi di un nuovo referente di valore: l’incolumità ambientale. – 3.1. La reale portata (sul punto) della recentissima sentenza della CGUE sul “caso Ilva”. – 3.2. Le ricadute degli approdi raggiunti sul significato della fattispecie di disastro ambientale “nominato”. – 4. (*segue*): La sovrapposizione tra autonome direttrici di tutela e la contravvenzionalizzazione del pericolo comune in materia alimentare. – 5. Il fulcro della questione: la multidirezionalità dei rischi. – 6. Una possibile via d’uscita: la responsabilità dell’ente collettivo. – 6.1. La base giuridica: il principio di autonomia della responsabilità dell’ente. – 6.2. Le ragioni di opportunità politico-criminale ed i pericoli per i principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio e colpevole derivanti dall’adozione del paradigma in analisi. – 7. Uno sguardo di sintesi.

1.

Introduzione.

Nei casi di esposizione a sostanze tossiche, le difficoltà relative all’individuazione dei soggetti responsabili, nonché le incertezze legate al corretto accertamento della causalità e dell’elemento soggettivo rispetto ad eventi di danno alle persone, hanno orientato la giurisprudenza verso un vero e proprio mutamento di paradigma¹. La necessità politico-criminale di apprestare una tutela (anche) penale a fatti epocali di danno a beni intrinsecamente personali quali, in particolare, vita e salute, se ha giustificato (per vero in via più ‘opportunistica’ che giuridica), in un primo momento, la costruzione di imputazioni di delitti di comune pericolo in aggiunta a quelle di omicidio e lesioni personali², ha visto, a partire almeno dal processo Eternit³, la preponderante valorizzazione delle ipotesi di pericolo comune contenute nel Titolo VI del c.p.⁴. Come è stato attentamente osservato, «ancorandosi al sapere epidemiologico, in funzione della gestione processuale dell’incertezza epistemologica (difetto di prova della c.d. causalità individuale), si [è tentato] di sopperire alle difficoltà del diritto penale d’evento, attraverso la considerazione cumulativa e unitaria di più eventi individuali (non riferibili con certezza alla condotta di un singolo, in quanto non collocabili precisamente dal punto di vista temporale), sotto forma di pericolo collettivo»⁵.

Ben lungi dall’assicurare rimproveri penali rispettosi del principio di responsabilità per fatto proprio e colpevole, però, anche tale impostazione ermeneutica non è riuscita a scongiurare la nota – e autorevolmente descritta in questo settore d’indagine⁶ – “ricerca di capri espiatori”. Quest’ultima, infatti, già “tiranna” delle imputazioni per delitti (tendenzialmente colposi) di omicidio e lesioni personali, non di rado si riscontra – seppur in forma meno visibile – anche nelle vicende processuali fondate sulla contestazione di delitti di comune pericolo⁷.

¹ La definizione del fenomeno come “nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche” si deve a CASTRONUOVO (2015b).

² Il riferimento è al caso del Petrolchimico di Porto Marghera (Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675): prima vicenda processuale che ha visto il dilatarsi dei confini della fattispecie di “altro disastro” (art. 434 c.p.) sino a ricomprendervi anche fatti caratterizzati da una dinamica etiologica seriale, lenta e diluita nel tempo. Per una ricostruzione della vicenda, pur sotto profili diversi, senza pretesa di esaustività: PERINI C. (2002), pp. 389 ss.; PIERGALLINI C. (2004), pp. 75 ss.; ID (2005), pp. 1684 ss.; GUARINIELLO (2007), pp. 551 ss.; DI SALVO (2009), pp. 2877 ss.; NOTARO (2015), pp. 51 ss.; VALLINI (2015b), pp. 25 ss.; ACCINNI (2018), pp. 29 ss.; ZIRULIA (2018a), pp. 104 ss.

³ Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in “www.archiviopdc.dirittopenaleuomo.org”.

⁴ Così, in particolare, CASTRONUOVO (2015), p. 1 s., il quale evidenzia come tale impostazione accusatoria sia stata poi ripresa anche nei processi relativi al caso Ilva, al caso della centrale termoelettrica di Porto Tolle, al caso Bussi sul Tirino, al caso Isochimica di Avellino e al caso Tirreno Power. D’altro canto, l’utilizzo del sostantivo “preponderante” – e non “esclusivo” – non è casuale. Ancora oggi, infatti, si assiste, soprattutto in materia di danni da amianto, a costruzioni accusatorie fondate sull’imputazione isolata di delitti d’evento dannoso alle persone. In via esemplificativa, possono essere ricordati, tra i molti, i processi Eternit-*bis* – peraltro conclusosi in primo grado con una pronuncia di condanna – e i numerosi processi Montefibre di Verbania. Sui vari filoni processuali che hanno coinvolto l’attività del polo chimico Montefibre di Pallanza e, segnatamente, sul processo Montefibre-*bis*, TORDINI CAGLI (2018), *passim*. In commento al processo Eternit I, invece, tra gli altri, MASERA (2012); PALMA (2012), pp. 1179 ss.; ZIRULIA (2013a), pp. 471 ss.; ID. (2013b); ABRAMI A. e TEISSONNIERE J.P. (2014), pp. 301 ss.; BRUNELLI (2014), pp. 254 ss.; CORBETTA (2014b), pp. 275 ss.; GARGANI (2014), pp. 251 ss.; GATTA (2014), pp. 77 ss.; MASERA (2014), pp. 343 ss.; PAOLI (2014), pp. 1802 ss.; RUTA (2014), pp. 293 ss.; CASTRONUOVO (2015a), pp. 107 ss.; FORZATI (2015), *passim*; MASERA (2015b), pp. 1565 ss.; MIRIELLO (2015), pp. 686 ss.; POGGI D’ANGELO (2015), pp. 2638 ss.; SANTA MARIA (2015), pp. 74 ss.; SCAROINA (2015), pp. 877 ss.; VENTUROLI (2015), pp. 1219 ss.; AIMI (2017), pp. 28 ss.; ACCINNI (2018), pp. 44 ss.; ZIRULIA (2018a), pp. 148 ss.; BLAIOTTA (2023), pp. 175 ss.; TORDINI CAGLI (2023b); EAD (2023a), pp. 347 ss.

⁵ Così, GARGANI (2017a), p. 3883.

⁶ Cfr., per tutti, PADOVANI (2015), pp. 383 ss. Sulla questione, fondamentale STELLA (2002), *passim*.

⁷ Quanto alla ricerca di capri espiatori nell’ambito delle vicende processuali costruite su imputazioni di evento dannoso alle persone (omicidio e lesioni), sia sufficiente il richiamo all’icastica considerazione di ZIRULIA (2018a), p. 251 s., che, all’esito di un approfondito studio, rileva come «la lunga esperienza – ancora *in itinere* – dei *toxic cases* italiani incentrati sui reati contro la persona non sembra avere portato, finora, buoni frutti. La ricca casistica esaminata nel precedente capitolo, qui posta sotto le lenti delle categorie “classiche del reato”, appare costellata da una

Numerose sono le evidenze sottese a tale assunto, tra le quali si annoverano: il travisamento, operato dal diritto vivente, dei caratteri etiologici insiti nella nozione di “disastro comune” di cui al Capo I, Titolo VI, c.p.⁸; l’indebita sovrapposizione tra beni e settori di tutela (segnatamente relativi a salute pubblica, sicurezza alimentare, sicurezza del lavoro, ambiente); le incertezze legate all’inquadramento giuridico dei fatti di volta in volta oggetto di accertamento, per la cui definitiva determinazione si deve talora attendere finanche l’ultimo grado di giudizio; le difficoltà congenite all’individuazione dei soggetti responsabili, nonché all’accertamento del nesso causale e dell’elemento soggettivo nelle ipotesi caratterizzate, per un verso, dalla verifica di eventi (di pericolo) “a distanza” e, per altro verso, da un agire “organizzato”, quasi sempre specchio di una pluralità di soggetti garanti e di una loro fisiologica successione.

Ciò premesso, esigenze di brevità, in uno con la profondità delle questioni richiamate, impediscono un’analisi critica e specifica di ciascuna di queste. L’attenzione, nel prosieguo della trattazione, verrà dunque riservata alle problematiche risolubili, in ipotesi e seppure *de iure condendo*, sul piano di un diverso paradigma oggettivo e soggettivo di responsabilizzazione (sostanzialmente) penale: la responsabilità dell’ente collettivo.

2. Cenni alla duplice duttilità – apparentemente sconfinata – della fattispecie di “altro disastro”.

Fermo quanto rappresentato in apertura, il tentativo di riduzione dell’inevitabile carattere rapsodico del presente scritto obbliga a spendere qualche considerazione in merito all’apparente *natura doppiamente duttile* della fattispecie di “altro disastro” contenuta all’art. 434 c.p.

Il riferimento va: a) alla mancata definizione dei caratteri etiologici del disastro innominato; b) all’indeterminatezza della fattispecie, astrattamente incapace, a partire da una generica definizione dell’evento, di tipizzare le condotte penalmente rilevanti: qualsiasi azione od omissione parrebbe idonea a divenire fonte di rimprovero quando ad essa consegua un disastro non meglio *definito*. Tali rilievi, come si vedrà, paiono superabili; conviene però procedere con ordine.

a) Ben nota è l’evoluzione giurisprudenziale formatasi sul significato di tale disposizione. Il vuoto di tutela ancora oggi rinvenibile per fenomenologie *direttamente* offensive dell’incolumità pubblica connotate da una dinamica etiologica lenta e diluita nel tempo – quali sono tipicamente i casi di esposizione a sostanze tossiche – ha portato il diritto vivente a sopprimerli riconducendole, indebitamente, al delitto in parola. Il fulcro argomentativo risiede nella mancata descrizione normativa dei profili modali del *danneggiamento qualificato dal pericolo* riconducibile al concetto, *indefinito*, di “disastro innominato”. In altri termini, «sul piano della tipicità, il legislatore si limita [...] a stabilire che l’attentato debba essere teleologicamente orientato ad un evento che sia disastroso e, al contempo, diverso da tutti gli altri esiti nominati o relativamente innominati e il cui verificarsi comporta l’aggravamento della responsabilità (ovvero, in caso di colpa, la punizione ex art. 449 c.p.)»¹⁰. Di qui, nella elaborazione giurisprudenziale, la svalutazione della sua collocazione sistematica: ovvero, del fatto che tale fattispecie è inserita nel Capo I del Titolo VI, rubricato “dei delitti di comune pericolo mediante violenza”, e si trova in rapporto di sussidiarietà rispetto al reato di “crollo di costruzioni”¹¹; di

serie continua di più o meno macroscopiche – ma pur sempre inaccettabili – deviazioni dai canoni di un accertamento della responsabilità penale seriamente fedele alle garanzie costituzionali. A quasi trent’anni dall’inizio di questa controversa stagione giudiziaria bisogna avere il coraggio di riconoscere che le sentenze ben motivate sono soprattutto quelle di assoluzione o di annullamento di condanne, e viceversa; e questo è un chiaro indice del fatto che il sistema sta girando a vuoto».

⁸ Sulla nozione di disastro *comune* in contrapposizione a quella di disastro *sanitario*, in funzione delle diverse dinamiche etiologiche, GARGANI (2024), pp. 184 ss.; e, in via sintetica, CASTRONUOVO (2024a), p. XLII s.

⁹ Valorizza, in senso critico, la struttura “aperta” della fattispecie CASTRONUOVO (2015b), p. 15 s. Evidenzia come «l’evoluzione interpretativa è stata possibile grazie al fatto che i giudici hanno sfruttato le virtualità espansive dell’evento tipizzato e della struttura del reato a forma libera» anche PERRONE (2021), p. 7. L’ulteriore problema – osserva GARGANI (2024), pp. 183 ss. – è che i disastri vengono (tutt’al più) nominati da parte del legislatore, ma non definiti. Ciò non di meno, chiarisce l’Autore, «dalla disciplina codicistica e dai lavori preparatori emerge come il disastro assuma in ogni caso la natura di “danno qualificato dal pericolo”». Sulla definizione di “disastro”, per tutti, GARGANI (2005), *passim*; SIRACUSA (2022a), *passim*; e, da ultimo, D. CASTRONUOVO (2024a), pp. XLI ss.

¹⁰ GARGANI (2024), p. 180.

¹¹ GARGANI (2024), p. 182, pone in luce il rapporto di duplice sussidiarietà della fattispecie: da un lato, «rispetto ai disastri nominati e relativamente innominati»; dall’altro lato, «rispetto al crollo di costruzione» (sul quale, da ultimo, GRANDI [2024], pp. 155 ss.). Sul carattere generico e sussidiario della disposizione, già MANZINI (1983b), p. 345. In dottrina si ritiene ravvisabile un rapporto di genere a specie tra il crollo di costruzione – così come tra qualsivoglia disastro nominato contenuto nel Capo I – e l’altro disastro innominato (TORDINI CAGLI

qui, conseguentemente, l'incontrollata espansione dei suoi legittimi confini applicativi¹².

«Una fattispecie ‘intessuta di nuvole’, al servizio d’ indefinite esigenze di tutela¹³: così è stata additata la norma, quantomeno per come intesa dal diritto vivente.

Al contrario, il disastro innominato, in quanto delitto di comune pericolo mediante violenza, dovrebbe implicare la verifica di un fenomeno *concentrato nel tempo e nello spazio*, caratterizzato da una diffusione del pericolo *per contestualità*, del tutto incompatibile con le ipotesi a dinamica seriale oggetto di indagine¹⁴; e ciò, beninteso, a prescindere dalla tipologia e dalla durata del processo etiologico culminante con la verifica del macroevento di danno (alle cose) qualificato dal pericolo (per la pubblica incolumità). Breve: a nulla rileverebbero modi e tempi caratterizzanti il segmento intercorrente tra l’ innesco del processo causale e il verificarsi dell’ evento pericoloso: circostanza essenziale è che il macroevento disastroso sia connotato da *visibilità e immediatezza*¹⁵.

Ecco dunque un primo argine all’ apparentemente sconfinata duttilità della fattispecie in esame: il significato di “altro disastro” non può essere ricavato esclusivamente *per difetto*, mediante l’ esclusione delle ipotesi di disastro contenute negli articoli precedenti ovvero in via sussidiaria rispetto al delitto di crollo di costruzioni. Esso deve essere altresì limitato dalla nozione di “disastro comune”: elaborazione concettuale utilizzata per evidenziare il carattere necessariamente immediato e violento delle (numerose) figure di evento di disastro richiamate al Capo I, così da poterle distinguere dalle (poche) ipotesi disastrose, riconducibili alla differenziata definizione di “disastro sanitario”, di cui al Capo II¹⁶.

b) Se le opinioni dottrinali sul punto paiono essere sostanzialmente univoche, tra i sostenitori di queste è dato ravvisare una frattura circa l’ opportunità di mantenere, nel nostro ordinamento, una fattispecie così costruita.

Per un verso, vi è chi ritiene che «il codice Rocco [fosse] stato davvero lungimirante, quando ha inserito la clausola del disastro innominato proprio pensando al futuro della realtà produttiva ed industriale di cui si cominciavano a scorgere le potenzialità, pronosticando che potessero sorgere nel tessuto dei reati contro l’ incolumità pubblica delle “lacune” al confronto con la multiforme “varietà dei fatti”»¹⁷. Per altro verso, vi sono Autori che hanno sottolineato la dubbia compatibilità costituzionale – in relazione al principio di sufficiente determinatezza – di tale fattispecie¹⁸, il cui nucleo di disvalore è rappresentato, in fondo, da una *clausola*

[2023a], p. 337 s.).

¹² Un argine al predetto orientamento giurisprudenziale non è stato approntato, pur avendone l’ opportunità, nemmeno dalla Consulta. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale della disposizione in esame, la sentenza (interpretativa di rigetto) n. 327 del 2008 ha infatti invocato l’ omogeneità tra il disastro contemplato dall’ art. 434 e quelli contenuti nel Capo I, ma, contempo, non ne ha richiamato i caratteri morfologici. Di fatto, in tal guisa, sono state lasciate intatte le interpretazioni – assai discutibili – che ravvisavano anche nel Capo relativo ai “delitti di comune pericolo mediante violenza” ipotesi di disastro ad etiologia lungo-latente: si pensi agli esempi della frana consistente in spostamenti non percepibili che durano anni e dell’ inondazione rappresentata dal lento estendersi delle acque nei territori emersi (cfr. Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, sul caso del petrolchimico di Porto Marghera). «E perché non citare anche... la deriva dei continenti?», è stato emblematicamente rilevato in dottrina, ponendo in luce la difficoltà di immaginare fenomeni di tal fatta in grado di porre in pericolo la pubblica incolumità, oltre che l’ impossibilità di individuarne il momento consumativo (così CASTRONUOVO [2015b], p. 13).

¹³ GARGANI (2014), p. 252.

¹⁴ Come noto, la questione è stata approfonditamente sindacata dalla dottrina, che, salvo invero per qualche isolata voce, ha con sempre maggior persuasione e ricchezza argomentativa mostrato la propria contrarietà a tale monolitico orientamento giurisprudenziale. In questo senso, *ex multis*, BRUNELLI (2014), pp. 261 ss.; CORBETTA (2014b), pp. 287 ss.; ACCINNI (2015), *passim*; CASTRONUOVO (2015b), pp. 13, 15 ss.; GARGANI (2016), pp. 5 ss.; CIVELLO (2018), pp. 197 ss.; PULITANÒ (2019), pp. 125 ss.; GARGANI (2020a), p. 5; SIRACUSA (2022a), p. 7 s.; TORDINI CAGLI (2023a), p. 339 s. In senso favorevole, viceversa: RAMACCI (2012), pp. 723 s.; ROSI (2015), pp. 7 ss.; RAMACCI (2017), pp. 491 ss. Peraltro, è quantomeno sintomatico che tra gli esempi riportati dai primi commentatori dell’ art. 434 vi fossero disastri automobilistici, teleferici, d’ ascensore (non riguardanti pubblici trasporti), esplosioni, emissione di gas tossici: in ogni caso, naturalmente, eventi connotati da visibilità e immediatezza; mai, dunque, fenomeni a dinamica etiologica lenta e diluita nel tempo. Cfr., ad esempio, MANZINI (1983b), p. 348.

¹⁵ Pone in luce tale profilo BRUNELLI (2014), p. 262, il quale puntualizza: «anche la “frana” di cui all’ art. 426 c.p., per esempio, può realizzarsi a seguito di spostamenti del terreno impercettibili durati per anni, ma, a un certo punto, l’ evento finale si manifesta fragorosamente all’ esterno in maniera prorompente e definitiva». In merito a tale profilo, tra i molti, anche ACCINNI (2015), p. 769; GARGANI (2016), p. 11 s.

¹⁶ Cfr. GARGANI (2005), pp. 409 ss., il quale, tuttavia, intende il “disastro sanitario”, almeno inteso in senso lato, come matrice comune di tutte le fattispecie di cui al Capo II (fatta eccezione, invero, per quelle di cui agli art. 443 e 445). Ritiene, invece, che la gran parte delle ipotesi di cui al Capo II non possano dirsi accomunate da una nozione trasversale di disastro (di cui peraltro l’ Autore auspica una più precisa definizione) DONINI (2007), p. 325, nt. 321. In risposta, GARGANI (2017b), pp. 69 ss. Valorizza la richiamata distinzione, pur restringendone la valenza sistematica alle sole ipotesi autenticamente “disastrose”, tanto del Capo I (con esclusione quindi dell’ ipotesi di mera condotta di cui all’ art. 435 e di quelle di pericolo indiretto a cui non segue la verifica di un disastro: artt. 424, co. 1; 427, co. 1; 429, co. 1; 431, co. 1), quanto del Capo II (individuabili nelle sole fattispecie di epidemia e avvelenamento, con esclusione, ancora una volta, delle ipotesi di mera condotta degli artt. 440-445), CASTRONUOVO (2024a), p. XLII s.

¹⁷ Così, BRUNELLI (2014), p. 261. D’ altronde, già il Guardasigilli, nella relazione al progetto del codice penale, descriveva tale fattispecie come «destinata a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme di questo titolo concernenti la tutela della pubblica incolumità» (così la Relazione del Guardasigilli [1929], p. 224).

¹⁸ Cfr. MARINUCCI (1962), p. 411. Mostrano perplessità circa il rispetto del principio di tassatività-determinatezza nella formulazione del

generale¹⁹.

Pur essendo consapevoli che una presa di posizione rispetto al quesito abbisognerebbe di una trattazione specifica anche in chiave politico-criminale, si ritiene che le sue coordinate essenziali meritino quantomeno qualche chiarimento. In particolare, a modesto parere di chi scrive, la scelta di incriminare la causazione di un generico macroevento disastroso potrebbe non risultare di per sé incostituzionale, sempre che sulla definizione di “disastro”, se non positivamente, vi sia almeno unanimità di vedute²⁰. Esemplificando, la costruzione in chiave “causale pura” di una fattispecie di disastro ‘generico’ – naturalmente secondo la ri-lettura che oggi si dà dei delitti di comune pericolo²¹ – non apparirebbe molto diversa dall’incriminazione (pacificamente ritenuta tutt’altro che indeterminata) di colui che cagioni, parimenti “genericamente”, la morte di un uomo. Ogni evento disastroso, infatti, alla pari di ogni evento di danno alle persone, rappresenta la *concretizzazione di un rischio mal-gestito*: a dover guidare il legislatore in tale opzione politico criminale sarebbe allora la volontà di sanzionare penalmente la traduzione in macroeventi pericolosi solamente di alcuni selezionati rischi ovvero di restringere la rilevanza penale alla loro esclusiva realizzazione secondo determinate modalità (si pensi, ad es., all’art. 437 c.p., che limita il proprio ambito di applicazione all’omissione, rimozione o danneggiamento di impianti, apparecchi o segnali). A nulla varrebbe inoltre obiettare che così ragionando si perverrebbe all’assurdo di rendere sostanzialmente ultronea la previsione specifica di fattispecie riferite a disastri c.d. nominati, ben potendo queste essere sostituite da una generica fattispecie di disastro innominato. A tacer d’altro, l’opportunità del loro mantenimento deriverebbe, da un lato, dalla già menzionata scelta di incriminare la realizzazione di un macroevento pericoloso esclusivamente mediante la realizzazione di determinate condotte; dall’altro lato, dalla volontà di strutturare diversamente i delitti in esame. Si pensi alla possibile distinzione, all’interno del Capo I, tra (i) *fattispecie di disastro*: alle quali vengono ricondotte sia quelle causalmente orientate (come l’incendio, anche boschivo, o il disastro ferroviario), sia quelle di attentato (ad es., l’attentato alla sicurezza dei trasporti o lo stesso art. 434); (ii) *fattispecie di pericolo a struttura preterintenzionale*: tra le quali si annoverano quelle di pericolo indiretto (artt. 424, 427, 429, 431 c.p.); e (iii) *fattispecie ulteriori* non riconducibili ai due predetti raggruppamenti (artt. 422, 435 e 436 c.p.)²².

In sintesi, sull’ipotetica decisione di mantenere una pluralità di fattispecie di disastro “nominata” ovvero di sostituirle con una generica fattispecie di “disastro innominato” parrebbero pesare maggiormente *valutazioni politico-criminali* (piuttosto che “preoccupazioni costituzionali”), ma ciò ad (almeno) una condizione: che si abbia ben chiaro, nel momento applicativo, il necessario accertamento di quel peculiare rapporto tra condotta ed evento già autorevolmente definito come “*nesso di rischio*”²³.

Sul punto si tornerà più approfonditamente nel prosieguo. Sin d’ora è però indispensabile evidenziare come un evento – sia esso di danno o di pericolo – possa essere *imputato* già sul piano oggettivo ad un soggetto non solo qualora sia indiscusso il suo contributo causale, ma anche, in aggiunta alla richiamata circostanza, se con la sua condotta egli abbia attivato, aumentato o non diminuito lo specifico rischio illecito successivamente tradottosi nel risultato lesivo.

Ecco dunque spiegato anche il secondo profilo di duttilità (apparentemente incontrollabile) che la fattispecie di “altro disastro” presenta – seppur in forma più occulta – nel diritto vivente. Per quanto potrebbe sembrare coerente con una definizione di disastro assai generica,

precetto, tra gli altri, anche CORBETTA (2014b), p. 278 s.; PERRONE (2021), p. 7.

¹⁹ Così, CASTRONUOVO (2015b), p. 16 s. e, più diffusamente, rispetto alla predetta qualificazione giuridica, CASTRONUOVO (2018), pp. 56 ss.

²⁰ Una posizione differente era stata assunta dal giudice remittente, il quale, nell’espone il rilievo della questione di legittimità costituzionale successivamente esitata nella pronuncia (di rigetto) n. 327/2008, evidenziava come la presunta incompatibilità costituzionale non derivasse esclusivamente dall’indeterminatezza dei concetti di “disastro” e di “pericolo per la pubblica incolumità”, bensì soprattutto dalla mancata descrizione della condotta suscettibile di cagionare tali eventi. Osservava infatti il predetto giudice che, mediante una siffatta costruzione, tali formule elastiche avrebbero contenuto l’intera definizione del fatto tipico. In senso analogo anche GIUNTA (2008), p. 3544, il quale rileva come nelle fattispecie causalmente orientate il coefficiente di offensività insito nell’evento (di danno o di pericolo) si riverberi sulla condotta, identificandola in termini di efficienza causale (o quantomeno di idoneità).

²¹ Cioè escludendo che la verifica dell’evento di pericolo – comera nell’idea originaria del legislatore – possa essere considerata una condizione obiettiva di punibilità. Nell’esegesi dell’art. 434, considera il pericolo per la pubblica incolumità una condizione obiettiva di punibilità, ad esempio, MANZINI (1935a), p. 277. Sul punto, approfonditamente, DONINI (2006), pp. 143 ss.

²² Sulla citata categorizzazione, per tutti, GARGANI (2024), p. 179 s. Per una compiuta panoramica delle possibili classificazioni dei reati di cui al Titolo VI, da ultimo, CASTRONUOVO (2024a), pp. XXXV ss.

²³ Sulla nozione, e segnatamente sulla sua qualificazione alla stregua di “nuovo elemento costitutivo del reato” rilevante sul piano della tipicità piuttosto che su quello della colpevolezza, DONINI (2006), *passim*; nonché, più di recente, ID. (2010), pp. 635 ss.; e, da ultimo, ID. (2022), pp. 25 ss.

deve riaffermarsi che non ogni condotta causalmente riconducibile alla verifica di un disastro è sufficiente a giustificare l'imputazione di questo al soggetto che l'abbia tenuta. È invece necessario che l'evento rappresenti la *concretizzazione dello specifico rischio illecito* da questi attivato, aumentato o non ridotto²⁴.

Ma vi è di più. Caratterizzandosi il "disastro" per la propria portata macroscopica, a rilevare dovrebbero essere solamente comportamenti che abbiano effettivamente azionato, aumentato o non ridotto rischi suscettibili, *ex ante*, di tramutarsi in eventi di danno alle cose qualificati dal pericolo per una pluralità indeterminata di persone. Solo in questi casi potrebbe predicarsi l'identità del rischio mal-gestito 'a monte' con quello concretizzatosi nel risultato disastroso 'a valle'. Il principio di responsabilità per fatto proprio subirebbe altrimenti un'insostenibile compressione. Come già autorevolmente evidenziato: «non è solo una questione di offesa, ma di offesa "attribuibile" alla condotta di un certo soggetto»²⁵.

In sintesi, pur a fronte, per un verso, della mancata definizione dei caratteri etiologici connotati alla verifica di un disastro "innominato" e, per altro verso, dell'indefinitezza della condotta (non potendosi questa trarre, come normalmente avviene nelle fattispecie causalmente orientate o di attentato, a partire dalla precisa descrizione dell'evento), una lettura della disposizione coerente con i principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio e colpevole dovrebbe necessariamente implicare: a) quanto al primo profilo, la valorizzazione della già descritta nozione di disastro "comune" (quello del Capo I); b) quanto al secondo profilo, l'accertamento della corrispondenza tra il *tipo* di rischio illecito attivato, aggravato o non ridotto e quello realizzatosi nel risultato lesivo. Così, la mancata selezione, a monte, da parte del legislatore, dei rischi suscettibili di tradursi, a valle, in risultati lesivi non potrà giustificare l'imputazione oggettiva dell'evento pericoloso esclusivamente su base causale. Il disastro, seppur innominato, dovrà pur sempre essere ricondotto dall'interprete ad uno specifico rischio illecito mal-gestito: a richiederlo è il principio di responsabilità per fatto proprio, prima che colpevole, enucleato all'art. 27 Cost.

3. Dal disastro innominato al disastro (ambientale) nominato. La genesi di un nuovo referente di valore: l'incolumità ambientale.

L'illegittima ricomprensione nell'ambito applicativo dell'art. 434 c.p. di eventi disastrosi connotati da una dinamica etiologica lenta e diluita nel tempo non è stata tuttavia limitata dal diritto vivente a fenomenologie direttamente lesive dell'incolumità pubblica (*sub specie* di salute pubblica), bensì si è espansa sino ad invadere anche settori di tutela, pur confinanti, diversi da quello strettamente prodromico alla salvaguardia dei beni vita, salute e incolumità fisica. Nello specifico, la giurisprudenza non si è limitata ad applicare il delitto di "altro disastro" ad eccessi di mortalità o morbilità (letti come fenomeni di pericolo per una pluralità indeterminata di soggetti) dipendenti da esposizione a sostanze tossiche, ma ha utilizzato la predetta fattispecie anche per sanzionare *fatti direttamente offensivi per le diverse matrici ambientali* e, quindi, solamente in quanto tali pericolosi per la salute pubblica²⁶.

²⁴ La questione meriterebbe uno specifico approfondimento. Per ora, basti evidenziare che la giurisprudenza, obliterando completamente tale rapporto di rischio, considera sostanzialmente fungibili le fattispecie di cui al Titolo VI. Emblematica, in questo senso, la vicenda (processuale) relativa al crollo del viadotto Polcevera (c.d. "Morandi") a Genova, in cui ad essere contestati – peraltro in via almeno apparentemente congiunta – sono i delitti colposi (art. 449 c.p.) di "crollo di costruzioni o altri disastri dolosi" (art. 434 c.p.); "attentato alla sicurezza dei trasporti" (art. 432 c.p.); "rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro" (art. 437 c.p.); nonché, con vistosa sovrapposizione di ambiti cautelari differenziati, i delitti di omicidio e lesioni personali aggravati dalla violazione di norme volte alla prevenzione degli infortuni sul lavoro (artt. 589, comma 2, e 590, comma 3, c.p.) ed i delitti di omicidio e lesioni gravi o gravissime stradali (artt. 589-bis e 590-bis c.p.).

²⁵ Così, valorizzando l'innovazione dello stesso contenuto di "fatto proprio" ad opera del *nullum crimen sine culpa*, DONINI (2018), p. 1620 e, in generale, pp. 1612 ss. L'Autore, in particolare, evidenzia come, a seguito della sentenza 364 del 1988, si debba ripensare tutto l'elemento oggettivo. L'art. 27, comma 1, Cost. dovrebbe imporre di accertare, *ex ante*, l'illiceità del rischio attivato, aumentato o non ridotto e, *ex post*, la concretizzazione del medesimo nell'evento da *imputare* all'agente. «In una logica di responsabilità colpevole il *fatto proprio* tiene conto – prima ancora di valutare colpa e dolo come componenti "soggettive" – dei rischi selezionabili *ex ante* come irrilevanti (consentiti, leciti e non accollabili *ex post* per la gravità di esiti prodottisi), ed *ex post* come situazioni imponderabili e sopravvenute, non riferibili al primo agente o di competenza di soggetti diversi, o comunque incommensurabili rispetto al rischio attivato» (DONINI [2018], p. 1618). Una chiara sintesi della teoria è presente anche in BIN (2022), pp. 305 ss.

²⁶ Emblematiche, in questo senso, sono le ipotesi ora di attività di reiterato deposito e smaltimento abusivo di rifiuti pericolosi in aree che, a seguito del lento percolamento delle sostanze nel terreno, divengono contaminate, ora di attività estrattive con progressiva modifica dell'assetto geomorfico del territorio circostante (con conseguente pericolo per l'incolumità pubblica). Per ogni più opportuno riferimento, sia consentito il rinvio a GARGANI (2024), p. 194 s. In generale, sull'utilizzo della fattispecie nella declinazione di disastro ambientale (e sanitario)

La causa di tale (illegittimo) orientamento interpretativo viene tipicamente fatta risalire alla mancanza – almeno sino all’entrata in vigore della l. 68/2015, che ha introdotto il nuovo Titolo VI-*bis* nel codice – di una risposta sanzionatoria “forte”, ovvero di matrice delittuosa, per le offese al bene ambiente²⁷.

Ciononostante, come si avrà modo di vedere, anche tale intervento normativo non è valso a ricondurre a legittimità il precedente e frammentato quadro interpretativo formatosi in materia di disastro ambientale innominato (art. 434 c.p.). La nuova fattispecie di disastro ambientale nominato (art. 452-*quater* c.p.), infatti, definendolo (anche), al proprio numero 3, come “offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l’estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo”²⁸, lungi dall’aver tentato di ricomporre le (già problematiche) relazioni tra la tutela dell’incolumità pubblica (interna ed esterna agli ambienti lavorativi e produttivi) e quella delle matrici ambientali, pare aver addirittura *amplificato la nebulosità dei confini tra aree di salvaguardia* che, pur presentando un substrato comune, risultano comunque assestate su livelli di offensività (per i beni vita, salute e integrità fisica) ben differenti²⁹.

D’altro canto, la scalarità tra i piani di tutela giustifica anche la diversa regolamentazione (penale e non) e la differente struttura degli illeciti penali ed essi riferibili (reati di pericolo quelli del Titolo VI, reati di danno quelli del Titolo VI-*bis*), cui non di rado si aggiunge l’autonoma responsabilità nella gestione dei rischi che trovano ivi la propria fonte. Nell’ambito dell’esercizio di attività economiche svolte in forma organizzata, in cui si assiste ad una proliferazione di soggetti chiamati a gestire un determinato fattore di rischio in forma sia sincronica sia diacronica, infatti, il soggetto *competente* alla regolazione di rischi, ad esempio, lavorativi ben potrebbe non esserlo per rischi, ad esempio, ambientali³⁰. Addebitare l’evento di danno o di pericolo verificatosi *ex post* confondendo la natura del rischio da cui esso promana significherebbe dunque, per definizione, pervenire ad *attribuzioni di responsabilità penale per fatto altrui*.

3.1. *La reale portata (sul punto) della recentissima sentenza della CGUE sul “caso Ilva”.*

È alla luce di tali considerazioni che devono essere letti gli esiti cui è pervenuta la recentissima sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella vicenda Ilva³¹, pronunciata a seguito di rinvio pregiudiziale nella controversia intentata da numerosi abitanti dei comuni di Taranto e limitrofi per i danni alla salute subiti in conseguenza della contaminazione ambientale provocata dallo stabilimento siderurgico tarantino. La Corte di Lussemburgo ha accolto le istanze di tutela correlate ad una interpretazione del diritto nazionale – segnatamente del d. lgs. 152/2006 e delle norme speciali applicabili all’Ilva³² –

innominato, pur con diverse prese di posizione, CORBETTA (2014b), pp. 288 ss.; RUTA (2014), pp. 294 ss.; CASTRONUOVO (2015b), p. 15 s.; MASERA (2015a), p. 8 s.; GARGANI (2016), p. 7; CIVELLO (2018), pp. 197 ss.; TRONCONE (2022), pp. 303 ss. In funzione critica rispetto alla reale efficienza di tale impostazione ermeneutica, CONSULICH (2018a), pp. 14 ss.; NAPOLETANO (2024), pp. 200 ss.

²⁷ Cfr., tra gli altri, GARGANI (2017a), p. 3883; VENTURI (2021), p. 3 s., RUGA RIVA (2024), p. 292. Sull’ineffettività della tutela penale dell’ambiente, anche a seguito della novella, recentemente, TELESCA (2024), *passim*.

²⁸ Il disastro ambientale viene altresì definito, nella medesima disposizione, come: “1) l’alterazione irreversibile dell’equilibrio di un ecosistema”; e “2) l’alterazione dell’equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali”.

²⁹ Cfr. GARGANI (2016), p. 17, il quale arriva a concludere che «aldilà dell’approssimazione della tecnica di formulazione, si ha l’impressione che la norma in esame suggelli la sostanziale osmosi che il riferimento al bene ambientale è in grado di attivare rispetto alla tutela di beni giuridici più o meno direttamente esposti a pericolo, sulla base di una pluri-offensività onnivora e “totalizzante”, già sperimentata nel diritto vivente, nell’ambito dei processi aventi ad oggetto le patologie da esposizione all’amianto».

³⁰ Sulla corretta individuazione dei soggetti *competenti* a gestire un determinato *tipo* di rischio, senza pretesa di esaustività, CORNACCHIA (2004), *passim*; DONINI (2006), *passim*; BLAIOTTA (2010), pp. 192 ss.; VALLINI (2015a), pp. 1540; DONINI, (2018), pp. 1577 ss.; MICHELETTI (2018), *passim*; DONINI (2022), pp. 25 ss.; BLAIOTTA (2023), p. 211 s.; CASTRONUOVO (2023), pp. 319 ss.; CONSULICH (2023), pp. 349 ss.; ID. (2024), pp. 245 ss. Per una recente indagine monografica volta ad individuare una *Garantenstellung* soggettivamente complessa o frazionata nell’ambito delle organizzazioni complesse, in cui sovente alla capacità di individuare un determinato fattore di rischio non corrisponde anche il potere, inteso in senso proprio, di gestirlo, GARGANI (2022), *passim*. Per una prima ipotesi di vaglio della teoria alla luce di una recente condanna del RLS (rappresentante dei lavoratori per la sicurezza), sia consentito rinviare a CONTRI (2023b), pp. 33 ss. Critico rispetto a tale impostazione teorica, CONSULICH (2024), pp. 224 ss.

³¹ Cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione, sent. 25 giugno 2024, causa C-626/22, Ilva e altri.

³² In ordine all’articolato quadro normativo rilevante per la vicenda, sia consentito il rinvio ai punti 20 ss. della sentenza in esame.

coerente con la direttiva 2010/75/UE, relativa alla “prevenzione e [al]la riduzione integrate dell’inquinamento proveniente da attività industriali”³³.

Per ciò che qui interessa, tra le questioni poste all’attenzione della Corte da parte del giudice remittente vi era la seguente: «se la direttiva 2010/75, letta alla luce dell’articolo 191 TFUE, debba essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a prevedere una previa valutazione degli impatti dell’attività dell’installazione interessata tanto sull’ambiente quanto sulla salute umana quale atto interno ai procedimenti di rilascio o riesame di un’autorizzazione all’esercizio di una tale installazione» ovvero se le indagini (tendenzialmente epidemiologiche) lumeggianti un pericolo (anche attuale) per la pubblica incolumità debbano rimanere escluse dalle valutazioni in sede di rilascio dell’autorizzazione, in quanto dirette a salvaguardare aree di tutela non direttamente coinvolte, né richiamate dalla normativa ambientale³⁴.

Il giudice del rinvio riteneva infatti «che il diritto italiano non prevede che la valutazione del danno sanitario venga redatta all’interno del procedimento di rilascio o riesame dell’autorizzazione integrata ambientale». E che non è nemmeno previsto «che, quando una tale valutazione dia risultati in termini di inaccettabilità del rischio sanitario per una popolazione significativa interessata da emissioni inquinanti, tale autorizzazione debba essere rivista entro tempi brevi e certi. In sostanza, tale diritto – almeno nella lettura datane dal giudice remittente – prevede una valutazione del danno sanitario realizzata a posteriori, solo eventualmente collegata al riesame dell’autorizzazione integrata ambientale». Osservava allora il predetto giudice: «la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale potrebbe [...] contrastare con la direttiva 2010/75, letta alla luce del principio di precauzione»³⁵.

A ben vedere, già su un piano non strettamente giuridico, ma di buon senso, si comprende l’insostenibilità del risultato cui perviene – quantomeno alla stregua dell’interpretazione accolta dal giudice remittente – la legislazione vigente. Sarebbe assurdo considerare i gravi danni alla salute emergenti da indagini epidemiologiche esclusivamente in sede di (successivo) *riesame* dell’autorizzazione – peraltro nemmeno automatica – e non nel momento (previo) del *rilascio* della stessa. Scontata allora pare la conclusione della Corte, che osserva come «la direttiva 2010/75, letta alla luce dell’articolo 191 TFUE e degli articoli 35 e 37 della Carta, [debba] essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a prevedere che una previa valutazione degli impatti dell’attività dell’installazione interessata *tanto sull’ambiente quanto sulla salute umana* costituisca atto interno ai procedimenti di rilascio e riesame di un’autorizzazione all’esercizio di una tale installazione ai sensi di detta direttiva»³⁶.

Tale soluzione non deve però essere estremizzata fino al punto di produrre il livellamento tra piani di salvaguardia diversificati, quali sono quelli della salute pubblica e dell’ambiente. In altri termini, essa non deve portare a ritenere osmotica una relazione tra aree che, come già evidenziato, pur trovandosi in un rapporto di stretto intreccio e complementarità non possono prescindere dal mantenimento di una propria autonomia. I rischi ambientali hanno indubbiamente dei riflessi su altri settori di tutela, quali la salute interna ed esterna all’ambiente lavorativo o la sicurezza degli alimenti; ma non per questo possono essere confusi con rischi (ad es. lavorativi o alimentari) assoggettati a differenti processi – oggettivi e soggettivi – di *risk assessment* e *risk management*. Questa è piuttosto, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, una *questione di multidirezionalità dei rischi*, che postula, *ex ante*, una loro preventiva *gestione integrata*; ma che non può, per ciò solo, imporre il commiato dalla ricerca della loro specifica natura³⁷.

3.2. *Le ricadute degli approdi raggiunti sul significato della fattispecie di disastro ambientale “nominato”.*

Proprio sulla base di queste premesse dovrebbe essere ri-letto – invero non senza forzature ermeneutiche – il nuovo delitto di disastro ambientale “nominato” (art. 452-*quater* c.p.).

Non vi è dubbio che il legislatore, nell’elaborazione di tale disposizione, abbia avuto la

³³ Art. 1 direttiva 2010/75/UE.

³⁴ Cfr. Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione, sent. 25 giugno 2024, causa C-626/22, Ilva e altri.

³⁵ Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione, sent. 25 giugno 2024, causa C-626/22, Ilva e altri.

³⁶ Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Sezione, sent. 25 giugno 2024, causa C-626/22, Ilva e altri.

³⁷ Cfr., *infra*, § 5.

finalità di positivizzare il già criticato orientamento giurisprudenziale volto a ricomprendere nella fattispecie di disastro c.d. innominato (art. 434 c.p.), per un verso, condotte di matrice storico-progressiva *direttamente offensive per il bene ambiente* e, per altro verso, *eccessi di mortalità o morbilità* (seppur letti come fenomeni espressivi dell'evento di pericolo) dipendenti dalla prolungata esposizione a sostanze tossiche³⁸. Tale assunto è testimoniato, in particolare, dall'inserimento della clausola di riserva “fuori dai casi previsti dall'articolo 434”, oggi incontrovertibilmente interpretata dalla giurisprudenza, con buona pace per la naturale funzione di tali elementi di fattispecie o di qualche dotta lettura ermeneutica³⁹, nel senso di escludere la possibilità di ravvisare nel delitto di disastro c.d. nominato una nuova incriminazione⁴⁰.

A ben vedere, la soluzione per addivenire ad una interpretazione coerente con la necessaria autonomia tra differenziate aree di tutela, beni giuridici diversi e rischi distinti potrebbe essere rinvenuta in una *lettura normativa del riferimento al “fatto”* richiamato dalla disposizione: da intendersi quale “fatto di disastro ambientale” – cioè come fenomeno direttamente lesivo per le diverse matrici ambientali e solo indirettamente pericoloso per la pubblica incolumità –, e non, viceversa, come parrebbe evincersi dal testo della norma, quale “fatto storico”, sussumibile nella nozione di “disastro ambientale” qualora offensivo per la pubblica incolumità⁴¹.

Letteralmente, la disposizione parrebbe definire il “disastro ambientale” proprio come “offesa alla pubblica incolumità”, desumibile dalla rilevanza del fatto storico, a propria volta ricavabile dalla “estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi” ovvero dal “numero delle persone offese o esposte a pericolo”⁴².

Nulla quaestio sul primo degli indici ‘rivelatori’ della “rilevanza del fatto”. Se un fenomeno potesse essere qualificato come “rilevante” in forza dell'estensione della compromissione (sottinteso: “ambientale”) o dei suoi effetti lesivi (beninteso: per l'ambiente), il riferimento all'offesa alla pubblica incolumità verrebbe ad assumere un ruolo meramente ancillare – o comunque subordinato – rispetto alla lesione delle diverse matrici ambientali.

A sollevare i maggiori dubbi interpretativi sarebbe, per converso, il secondo degli indicatori destinato a lumeggiare – nell'intenzione del legislatore – la “rilevanza del fatto”. In particolare, il significato letterale di tale disposizione porterebbe a considerare come disastro ambientale “l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto [...] per il numero delle persone offese o esposte a pericolo”. In quest'ottica, a nulla rilevarebbe l'eventuale verifica di un danno all'ambiente⁴³: ad orientare l'interprete nell'applicazione della fattispecie – si noti

³⁸ Un peso decisivo rispetto al varo della nuova fattispecie di disastro ambientale è senza dubbio stato assunto dall'insoddisfazione negli esiti cui è pervenuta la pronuncia della Suprema Corte nel caso Eternit. Come attentamente osservato da alcuni tra i primi commentatori della riforma, tale circostanza è confermata dagli «indici che lo stesso legislatore introduce nella norma quali strumenti utili per l'interprete ai fini dell'accertamento del ricorrere dell'offesa alla pubblica incolumità. Il riferimento all'estensione della compromissione e dei suoi effetti lesivi e al numero delle persone offese o esposte a pericolo sembra, infatti, evocare proprio quella nota vicenda processuale». Così, BELL, VALSECCHI (2015), p. 76. In senso analogo, anche PERINI C. (2018), p. 223 s. e GARGANI (2020a), p. 5 s.

³⁹ Tra le molte proposte interpretative, MASERA (2015a), p. 12 s.; GARGANI (2017a) p. 3893 s.; PISANI (2018), p. 120 s.; VENTURI (2021), pp. 35 ss.

⁴⁰ Il rischio – paventato anche nei lavori parlamentari – era che l'introduzione della fattispecie di cui all'452-*quater* c.p. potesse travolgere i processi in corso (e le condanne) per disastro ambientale c.d. innominato perché “il fatto non era previsto dalla legge come reato”. Sulla questione, BELL, VALSECCHI (2015), p. 77 s.; MASERA (2015a), p. 12 s.; PISANI (2018), p. 120 s.; ZIRULIA (2018b), p. 221; GARGANI (2020a), *passim*; FIMIANI (2022), pp. 166 ss.; NAPOLETANO (2024), pp. 212 ss. Ritengono che la clausola di riserva in esame abbia inteso salvare i processi in corso per disastro c.d. innominato anche qualora i fatti non siano riconducibili alla neonata fattispecie di disastro ambientale (ad es. nelle ipotesi di cui all'art. 434, comma 1, c.p.), CARUSO (2016), p. 11 ss. e RUGA RIVA (2024), pp. 293 ss. Invero, si ha conferma della citata *voluntas legis* anche in Corte cost., 21 novembre 2017, n. 265, in www.cortecostituzionale.it, la quale, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale in merito al raddoppio dei termini prescrizionali dell'art. 449 c.p., in relazione all'art. 434 c.p., ha evidenziato che «la legge 22 maggio 2015, n. 68 (Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente) ha inteso convalidare e preservare [l'impostazione volta a ricondurre all'art. 434 c.p. fatti di disastro ambientale], inserendo nella formula descrittiva della nuova fattispecie tipica di disastro ambientale delineata dall'art. 452-*quater* cod. pen. una clausola volta espressamente a far salvi “i casi previsti dall'articolo 434”». Su tale profilo, GARGANI (2020a), p. 6.

⁴¹ A rafforzare tale impostazione soccorre altresì la recente modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione. Emancipando il bene ambiente dalla tutela del paesaggio e della salute – interessi dai quali, in precedenza, veniva ricavata la giustificazione costituzionale della salvaguardia del primo – il legislatore (costituzionale) pare infatti aver avallato un approccio ecocentrico, del tutto slegato dalla tutela dei (pur contigui) beni vita, salute e integrità fisica. Su tale profilo, per tutti, SIRACUSA (2024), p. 170 s.

⁴² Intendono in via alternativa i requisiti della “estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi”, da un lato, e quello del “numero delle persone offese o esposte a pericolo”, dall'altro lato, tra gli altri, ZIRULIA (2018b), p. 221; FONDAROLI (2023), p. 385. Riconduce l'indecifrabilità dell'art. 452-*quater*, comma 1, n. 3, c.p. alla «congenita indefinitezza del bene giuridico ambientale, la cui natura pervasiva, liquida e totalizzante», si coniuga alla comprensività del contiguo referente di valore dell'incolumità pubblica» GARGANI (2017a), p. 3895, il quale aggiunge che «a dover essere riconsiderata è la reale capacità ed adeguatezza del referente ambientale a fungere da valido termine di riferimento di fattispecie penali formulate in modo conforme ai principi di determinatezza, materialità e offensività». Ritene che nella fattispecie di disastro ambientale c.d. nominato il *vulnus* al principio di determinatezza sia determinato dalla sovrapposizione tra evento naturalistico ed evento in senso giuridico STORTONI (2017), p. 135.

⁴³ Non hanno dubbi nel qualificare l'ipotesi in esame quale vero e proprio reato di mera condotta posto esclusivamente a salvaguardia

bene, di “disastro *ambientale*” – dovrebbero essere in via esclusiva gli effetti dannosi o pericolosi per le persone (siano esse specificamente individuabili o, pur con un grado di approssimazione connaturato all'utilizzo dello strumento epidemiologico, certe solo nel numero: volendo riprendere un'autorevole proposta dottrinale, non inferiore a 3 lesioni non lievi, cumulate al pericolo concreto di ulteriori offese per i beni vita, salute o integrità fisica⁴⁴).

Come anticipato, nondimeno, sia la collocazione sistematica della norma (inserita nel Titolo VI-*bis*, dedicato ai delitti posti a salvaguardia dell'ambiente), sia la rubrica della disposizione, che definisce il disastro come “ambientale” e non come “dannoso o pericoloso per la pubblica incolumità”, sia – ed è ciò che qui più interessa – la necessità di non confondere distinte aree di tutela impongono di considerare come indispensabile, ai fini della configurazione di tale fattispecie, che le condotte oggetto del giudizio abbiano cagionato *direttamente un danno all'ambiente*, suscettibile di incidere solamente *in via riflessa* sui beni vita, salute e incolumità fisica di un numero indeterminato di persone⁴⁵. Come già anticipato, sul piano testuale, sarebbe il riferimento al “fatto” – da leggersi dunque quale “fatto di disastro *stricto sensu* ambientale” e non quale “fatto storico” – ad assumere portata risolutiva⁴⁶.

D'altro canto, tale interpretazione potrebbe altresì porsi in continuità, quantomeno per la lettura che *supra* se ne è data, con la recentissima pronuncia della Corte di Giustizia sul caso Ilva⁴⁷.

4. (segue): La sovrapposizione tra autonome direttrici di tutela e la contravvenzionalizzazione del pericolo comune in materia alimentare.

La fattispecie di disastro innominato non è stata la sola ad aver vissuto una vera e propria egemonia in materia “ambientale”. A questa, nella giurisprudenza degli ultimi lustri, è stata affiancata la (nominatissima) fattispecie di avvelenamento (art. 439 c.p.): anch'essa posta a tutela dell'incolumità pubblica (*sub specie*, però, di salute pubblica) ed ugualmente applicata ad ipotesi solo *di riflesso* o solo *presumibilmente* pericolose per tale bene giuridico. In particolare,

dell'incolumità pubblica, CARUSO (2016), p. 15 s. e BELL, VALSECCHI (2015), pp. 75 ss., i quali aggiungono, a sostegno di tale impostazione, che «il pericolo [nel caso di specie per la pubblica incolumità] non è un elemento dotato di una propria dimensione fenomenica, non è, cioè, un evento naturalistico, bensì è un mero concetto di relazione, attraverso il quale si esprime la possibilità che da una data situazione ne scaturisca un'altra, avente carattere lesivo». Individuando l'incolumità pubblica quale bene giuridico oggetto di tutela, rappresenta la possibilità di ripiegare sull'inquadramento dell'ipotesi enucleata al n. 3 quale reato di mera condotta anche PISANI (2018), p. 128 s., il quale, a partire dal riferimento alla “compromissione”, contenuto anche nell'art. 452-*bis* c.p., osserva che «la descrizione della condotta [di disastro ambientale] deve trarsi dalla figura di inquinamento ambientale, rispetto alla quale l'art. 452 *quater*, n. 3, c.p. si pone in rapporto di specialità per aggiunta, essendo l'evento di comune pericolo, ivi descritto, l'elemento aggiuntivo: allorché si abbia una compromissione delle acque o dell'aria o di porzioni significative di essa o del sottosuolo così come di un ecosistema, della biodiversità anche agraria della flora o della fauna, che in ragione dell'estensione della compromissione generi un pericolo concreto per l'incolumità – anche in assenza di presupposti inerenti l'alterazione dell'equilibrio dell'ecosistema, di cui al n. 1 e 2 – il fatto sarà punibile ai sensi del n. 3 dell'art. 452 *quater* c.p.». Alcuni Autori ammettono altresì la possibilità di intendere la fattispecie in esame quale reato di evento di danno collettivo. A risultare in tal senso dirimenti sarebbero sia il riferimento all’*offesa* alla pubblica incolumità sia l'indice del “numero delle persone *offese*”. In questa direzione, senza dubbi, DE VERO (2016), p. 693, nt. 51. Apre a tale soluzione anche ZIRULIA (2018b), p. 222 s., che rileva però problematiche sul piano della dosimetria sanzionatoria. La cornice editale della fattispecie di cui all'art. 452-*quater* c.p. è infatti identica nel massimo a quella prevista dall'art. 589, ultimo comma, c.p. e meno severa di quella di cui all'art. 452-*ter* c.p., che punisce i fatti di inquinamento ambientale da cui siano derivate – quali conseguenze non volute – morti e/o lesioni.

⁴⁴ Il riferimento è alla definizione di disastro sanitario proposta da DONINI (2007), p. 325. Per alcune considerazioni sul punto, cfr. *infra*, nt. 129.

⁴⁵ Cfr. RUGA RIVA (2024), p. 299 s. Pervengono alla medesima soluzione anche ZIRULIA (2018b), p. 221 s.; SIRACUSA (2022a), cit., p. 9 s. e FIMIANI (2022), pp. 162 ss, che, tuttavia, qualifica la fattispecie in esame quale reato plurioffensivo, posto a presidio sia dell'ambiente sia della pubblica incolumità. In senso analogo, seppur mediante la valorizzazione specifica del riferimento alla “rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione”, L. MASERA (2015a), p. 11 s. In merito a recenti proposte (dottrinali) di riforma del reato di disastro ambientale, SIRACUSA (2022b), pp. 151 ss.; RUGA RIVA (2023), pp. 824 ss.

⁴⁶ Così, in particolare, NAPOLETANO (2024), 220 ss., il quale conclude osservando che «la formula utilizzata “persone offese o esposte a pericolo”, ai fini della descrizione del disastro penalmente rilevante, costituisce nient'altro che un indicatore probatorio per determinare la *rilevanza* degli *effetti* della *condotta* offensiva all'ambiente tale da far sorgere un pericolo per la pubblica incolumità. Il “danno” e il “pericolo” alle persone non rappresentano, quindi, diversi gradi di offesa alla pubblica incolumità, ma sono meri indicatori della *rilevanza* della *condotta lesiva* dell'Ambiente in quanto, per definizione, l'offesa alla pubblica incolumità non può che intendersi solo e soltanto come gruppo indeterminato di persone esposte a pericolo».

⁴⁷ Anche in quel frangente, si è infatti cercato di dimostrare come la necessaria valutazione, in sede sia di rilascio sia di riesame dell'autorizzazione, dell'impatto dell'attività tanto sull'ambiente quanto sulla salute non possa giustificare, sul piano penalistico, una indiscriminata sovrapposizione tra le predette aree di tutela. Cfr. *supra*, §3.1.

il delitto di cui all'art. 439 c.p. è stato utilizzato per sanzionare condotte, da un lato, *solo in via futura e indiretta* offensive per la salute pubblica, nonché, dall'altro lato, il cui giudizio di pericolosità è stato sostanzialmente riposto in via esclusiva sul *mancato rispetto di valori-soglia* perlopiù costruiti su base *precauzionale*⁴⁸.

In questo modo, si è dato il via ad un vero e proprio processo di “*contravvenzionalizzazione*” (e insieme di “*precauzionalizzazione*”) del comune pericolo, la cui causa risiede, come è stato ampiamente dimostrato in dottrina, nella lampante sovrapposizione, sul piano sia normativo sia interpretativo, tra i concetti di *rischio* e *pericolo*⁴⁹.

Per “*pericolo*” si intende la «probabilità – scientificamente apprezzabile – del verificarsi dell'evento temuto»⁵⁰. La nozione «allude all'esistenza di fattori di cui è ben conosciuta l'idoneità sotto il profilo causale e la potenzialità ad evolvere senza meno in direzione dell'offesa; pur presupponendosi che il danno non si sia verificato, è ben nota, in altri termini, la capacità della condotta a realizzarlo, così come è nota, d'altro canto, anche la ragione per la quale, nelle circostanze date, il processo causale non si è sviluppato fino alla sua “naturale” conclusione»⁵¹.

Il “*rischio*”, viceversa, mira a regolare attività consentite dall'ordinamento ad una soglia ancor più anticipata rispetto alla conoscenza (scientificamente fondata) di innesco di processi etiologici idonei a sfociare nell'evento dannoso⁵². Inoltre, si osserva in dottrina, «dipendendo da una decisione dell'uomo (contesto organizzativo) il rischio può essere sempre addebitato, nonostante l'incertezza dei giudizi di dannosità e pericolosità: qui tutto è prevenibile e, quindi, imputabile. L'imputazione della responsabilità secondo la logica del rischio dà, in definitiva, l'illusione di afferrare i fatti, di superare i dubbi conoscitivi, di poter distribuire colpe e punizioni»⁵³. Essa asseconda, in altri termini, le pressanti istanze di sicurezza collettiva.

Sul piano normativo, la confusione tra rischio e pericolo emerge segnatamente nella costruzione di fattispecie contravvenzionali – frequenti, ad esempio, nel settore ambientale – fondate su un *paradigma precauzionale*: elaborazione concettuale propria delle situazioni di incertezza scientifica, seppur non meramente congetturale (c.d. *scientificità dell'incertezza*)⁵⁴. Sono illeciti tipicamente costruiti mediante la *normativizzazione del tipo*, «espressa dalla previsione di soglie di gestione del rischio di offese (valori massimi – considerati ammissibili – di sostanze inquinanti e tossiche nell'aria, nell'acqua e negli alimenti), fissate precauzionalmente molto al di sotto del livello reale di pericolosità»⁵⁵. Il limite viene ricavato a partire da un livello di esposizione ritenuto sicuro, alla stregua del quale cioè non si verificano eventi lesivi (c.d. *NOAEL: no observable adverse effect level*), a cui si applica una successiva riduzione mediante lo scomputo di un c.d. fattore di sicurezza, variabile anche di decine, centinaia o migliaia di unità a seconda dell'affidabilità degli studi e delle incertezze legate alla trasposizione sull'uo-

⁴⁸ Alcune esemplificazioni di tali derive ermeneutiche saranno richiamate nel prosieguo.

⁴⁹ Cfr. GARGANI (2017a), pp. 3883 ss. Invero, la tendenza a “contravvenzionalizzare” i delitti di comune pericolo in materia alimentare emerge altresì dall'orientamento volto a ripiegare su una «rilettura “astrattizzante” della struttura offensiva» ed a ridurre o svilire il «carattere (necessario) di diffusività del pericolo stesso, con conseguente applicazione di tali fattispecie ad ipotesi di esposizione circoscritta a pochi soggetti». Così, CASTRONUOVO (2021), p. 75, il quale, in maniera corrispondente, definisce il fenomeno *supra* descritto come processo di “precauzionalizzazione” dei delitti di comune pericolo.

⁵⁰ Cfr. GARGANI (2017a), p. 3884.

⁵¹ Cfr. DE FRANCESCO (2005), p. 128. Su tale nozione, diffusamente, CASTRONUOVO (2021), pp. 85 ss.

⁵² In merito a tale definizione, tra gli altri, DE FRANCESCO (2005), pp. 128 ss.; TUMMINELLO (2013), pp. 288 ss.; GARGANI (2017a), p. 3884; CASTRONUOVO (2021), pp. 85 ss.

⁵³ GARGANI (2017a), p. 3884, nt. 17, riprendendo DONINI (2004), pp. 105 ss.

⁵⁴ La valorizzazione dell'attributo di scientificità, riferito all'incertezza, si deve, in particolare, a CASTRONUOVO (2021), p. 86 s., che osserva come tale carattere «è fondamentale per distinguere il principio di precauzione da altre situazioni riferibili al più tradizionale paradigma della prevenzione, ma anche da usi terminologici impropri della nozione o dal c.d. buio scientifico, che non dovrebbe costituire mai base sufficiente per prendere decisioni “precauzionali”». Sulla questione, anche TUMMINELLO (2013), pp. 288 ss., 295 ss. Evidenzia come in queste ipotesi l'intervento penale si tradurrebbe in una ingiustificata restrizione della libertà personale DE FRANCESCO (2005), p. 131. Per una compiuta trattazione monografica, in ogni caso, CASTRONUOVO (2012), *passim*, in part. p. 78 sui requisiti di legittimità delle scelte (legislative) fondate sulla logica precauzionale. Di recente, anche D'ALESSANDRO (2021), pp. 975 ss.

⁵⁵ GARGANI (2017a), p. 3885. Per una critica rispetto alla sovrapposizione tra illeciti di rischio e di pericolo (anche presunto), solo apparentemente accostabili ad illeciti fondati su conoscenze scientifiche incerte, CASTRONUOVO (2021), p. 91. Negli illeciti di rischio, osserva l'Autore, «la base epistemologica è rovesciata: si sanziona un comportamento di cui, allo stato delle conoscenze, non è predicabile la innocuità, con una presunzione di pericolosità o di non-sicurezza mediata, ma non risolta, da una iniziale valutazione degli elementi disponibili». Sul punto, anche DONINI (2004), p. 120 s. Rappresenta l'irragionevolezza (e l'illegittimità) dell'utilizzo della sanzione penale a fronte del mero superamento di limiti soglia mediante l'immagine di colui che va a caccia di mosche armato di cannone D'ALESSANDRO (2007), p. 1153 s. Per una rilettura del significato dei limiti soglia nel settore ambientale, destinati – a parere dell'Autore – non tanto a sventare il rischio di future offese al bene ambiente, quanto, piuttosto, «ad impedire che la qualità dell'ambiente possa venire svilita o ‘minorata’ rispetto ad un livello complessivo da ritenersi ‘ecologicamente’ adeguato», DE FRANCESCO (2023), p. 6, il quale, per questa via, rifiuta il riferimento all'area di rischio consentito fondata sul rispetto di tali limiti.

mo di dati sperimentali ottenuti da indagini condotte su animali⁵⁶.

Sul piano interpretativo, l'indebita sovrapposizione tra rischio e pericolo avviene mediante la riduzione del "gigantismo offensivo" che sembra caratterizzare i delitti di comune pericolo contro la salute pubblica⁵⁷. Il riferimento va, segnatamente, a quelle derive ermeneutiche volte a ritenere configurabile il delitto di avvelenamento (art. 439 c.p.) – che sul piano sanzionatorio è equiparabile alla strage – sulla base di meri superamenti dei limiti soglia o dell'astratta potenzialità lesiva insita nella sostanza⁵⁸; in risposta alle quali – ed in radicale contrapposizione con esse – la dottrina evidenzia come la pregnanza semantica del termine "avvelenamento" e la severità della norma-sanzione dovrebbero viceversa postulare l'accertamento di un *pericolo reale* per la salute pubblica, da ricavarsi a partire dalla valorizzazione sia del dato qualitativo (natura della sostanza) sia del dato quantitativo (concentrazione della stessa) dell'immissione⁵⁹.

Lo *snaturamento dell'oggetto di tutela*, che dalla salute pubblica viene nei fatti ricondotto al bene ambiente, si ravvisa invece nelle tendenze giurisprudenziali che per lungo tempo hanno ravvisato la "destinazione all'alimentazione" delle acque avvelenate – elemento che distingue i delitti di cui al Capo II del Titolo VI dalle fattispecie delittuose e contravvenzionali poste a salvaguardia delle matrici ambientali – anche per acque solo indirettamente destinate al consumo umano. Esempolari, sul punto, sono i casi di *contaminazione delle acque di falda*, nei quali, seppur il requisito della "destinazione all'alimentazione" – interpretato coerentemente con la lettera della norma, con la sua collocazione sistematica e con la marcata afflittività delle pene previste – dovrebbe caratterizzarsi per la propria attualità, considerando in via esclusiva gli specifici punti di emungimento, non di rado viene riferito ora ad *attingimenti meramente potenziali e futuri*, ora alla *falda nel suo complesso*⁶⁰.

Non può peraltro suscitare conforto quel recente orientamento giurisprudenziale incline ad adottare l'interpretazione restrittiva della locuzione "acque destinate all'alimentazione", ma al contempo orientato a ritenere nei medesimi casi integrata – in dubbia violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza⁶¹ – la fattispecie di disastro ambientale innominato (art. 434 c.p.)⁶². Sebbene tale impostazione ermeneutica potrebbe ragionevolmente giustificarsi alla luce delle rispettive cornici edittali e delle conseguenze processuali collegabili alle due fattispecie – «il delitto di avvelenamento (specie doloso) comporta pene elevatissime, mentre la sua riqualificazione come disastro (specie colposo) consente l'irrogazione di pene verosimilmente ritenute più adeguate»⁶³ –, un siffatto costruito interpretativo porterebbe inevitabilmente a confondere, come già evidenziato, rischi, beni giuridici ed aree di tutela della cui necessaria autonomia non si dovrebbe, al contrario, dubitare⁶⁴. È bene esplicitarlo, dunque: anche in que-

⁵⁶ Tra gli indici sostanzialmente riconducibili all'affidabilità degli studi, CASTRONUOVO (2021), p. 93, ricomprende: la maggiore o minore disponibilità di dati ora sull'esposizione, ora sul periodo di latenza della patologia, nonché la limitatezza delle conoscenze su eventuali effetti sinergici o cumulativi con altre sostanze. Sulla questione, già TUMMINELLO (2013), pp. 295 ss; RUGA RIVA (2015), p. 165 s.; ID. (2017), pp. 1022 ss. e D'ALESSANDRO (2007), pp. 1151 ss., il quale mette in guardia dall'includibile componente discrezionale insita nel processo di valutazione del rischio. «La componente di soggettività – osserva l'Autore – permea innanzitutto nella *percezione* che si ha di un rischio [...] e in tal modo finisce col condizionarne anche l'individuazione e la stima, attraverso una serie di giudizi e valutazioni soggettive che coinvolgono i livelli di esposizione su cui indagare, le relazioni dose/risposta da impiegare nell'analisi, le ipotesi di partenza alle quali ricorrere e via discorrendo». Per una esposizione monografica in argomento, D'ALESSANDRO (2012).

⁵⁷ Così, ad es., anche per ulteriori riferimenti, CASTRONUOVO (2021), p. 94.

⁵⁸ Cfr., esemplificando, Cass. pen., sez. I, 26 settembre 2006, n. 35456: vicenda relativa allo sversamento di solfato di rame idrato nei pressi della sorgente di un fiume per raccogliere pesci. Nella stessa, la Suprema Corte ha ritenuto irrilevante che la sostanza fosse stata dichiarata dannosa solamente in via eventuale e, comunque, a seguito dell'ingestione ripetuta nel tempo, in quanto «l'avvelenamento delle acque destinate alla alimentazione non deve avere necessariamente potenzialità letale, essendo sufficiente che abbia la potenzialità di nuocere alla salute». Per alcuni riferimenti in merito alla vicenda Ilva di Taranto, anch'essa rilevante sotto questo specifico profilo, cfr. nt. 67. Su tale orientamento, GARGANI (2017a), p. 3885, evidenzia come «in tal modo, la fattispecie di pericolo comune mediante frode viene degradata a strumento sanzionatorio della violazione di norme penali complementari, prescindendo dalla necessità dell'accertamento del reale pericolo corso dal bene collettivo». In senso analogo, altresì, CORBETTA (2014a), pp. 205 ss.; CASTRONUOVO (2021), p. 94; ROTOLO (2024a), p. 341 s., il quale ravvisa tuttavia una tendenziale concordanza tra dottrina e giurisprudenza nell'escludere una tale sovrapposibilità. Chiara nel rifiutare l'automatismo tra superamento dei valori soglia e l'integrazione della fattispecie di avvelenamento, invece, Cass. pen., sez. II, 19 gennaio 2021, n. 12323.

⁵⁹ Cfr., *ex multis*, GARGANI (2017a), pp. 3885 ss.; PULITANÒ (2019), p. 134.

⁶⁰ Di recente, ad esempio, Cass. pen., sez. II, 19 gennaio 2021, n. 12323, ha ritenuto applicabile la fattispecie in esame in un caso di contaminazione di acque di falda situate a 30 km da un pozzo, ritendendo "tecnicamente fattibile" l'emungimento delle acque situate sotto la zona delle discariche mediante la possibile futura costruzione di pozzi ad uso idropotabile. In senso analogo, seppur in merito all'interpretazione dell'art. 440 c.p., anche Cass. pen., sez. I, 14 ottobre 2005, n. 41983. In argomento, GARGANI (2013), pp. 330 ss.; RUGA RIVA (2017), pp. 1044; PULITANÒ (2019), pp. 134 ss.; ROTOLO (2024a), pp. 342 ss.

⁶¹ Cfr. MAZZANTI (2021), p. 145.

⁶² Il riferimento è, segnatamente, al caso Spinetta Marengo. Sulla vicenda, RUGA RIVA (2017), p. 1014 s. Sulla pronuncia della Suprema Corte (Cass. pen., sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 138434), con specifico riguardo al profilo in analisi, MAZZANTI (2021), p. 145.

⁶³ RUGA RIVA (2017), pp. 1045.

⁶⁴ Sul punto, PULITANÒ (2019), p. 136, osserva che «fra la tutela delle matrici ambientali e tutela dell'incolumità pubblica c'è un substrato

sta sede, il fine non giustifica (e non potrebbe giustificare) i mezzi apprestati per raggiungerlo.

Per completezza, va infine rilevato che il medesimo processo di svalutazione del requisito della “destinazione all'alimentazione” riferito alle acque è avvenuto, seppur solamente in tempi recenti, anche rispetto all'altro oggetto materiale del reato di avvelenamento: le “sostanze”⁶⁵. Alla nozione di “sostanze destinate all'alimentazione” sono state infatti ricondotte dalla giurisprudenza anche *mitili* – invero suscettibili, di per sé, di essere ricompresi nella nozione di “alimento” ai sensi dell'art. 2 del regolamento CE, 28 gennaio 2002, n. 178⁶⁶ – situati in punti ove confluivano scarichi industriali; o, ancor più problematicamente, *capi di bestiame* pascolanti in aree oggetto di emissione di sostanze tossiche (nello specifico, diossina, PCB e metalli pesanti), e ciò in forza della loro *futuribile e potenziale* destinazione all'alimentazione, anche per via indiretta, tramite l'assunzione di prodotti da essi derivati. In altri termini, la ‘mera’ contaminazione da emissione di sostanze tossiche ora di acque ove si trovano tonnellate di molluschi, ora di zone destinate al pascolo, viene surrettiziamente ricondotta alla fattispecie (assai grave) di avvelenamento⁶⁷.

È tramite questi artifici che viene realizzata la commistione tra beni giuridici e settori di tutela diversi, caratterizzati, per un verso, da una differente disciplina (anche sanzionatoria), nonché, per altro verso, da una indipendente ramificazione dei processi di gestione del rischio, non di rado implicanti la diversità dei soggetti coinvolti. È così messa a punto la *trasfigurazione del bene “incolumità pubblica”* in quello di “*incolumità ambientale*”⁶⁸.

5. Il fulcro della questione: la multidirezionalità dei rischi.

Le questioni sinora poste in evidenza hanno una matrice comune: esse dipendono dalla *natura multidirezionale* dei rischi che trovano la propria genesi nell'esercizio delle attività pericolose, siano esse economiche o meno⁶⁹. I rischi che nascono internamente all'impresa, infatti, sono inevitabilmente destinati a ripercuotersi anche all'esterno, e ciò sia qualora tale portata ‘foranea’ ne rappresenti il proprio naturale carattere (si pensi, ad es., ai rischi ambientali, o alimentari, o a quelli veicolati attraverso prodotti in genere, oppure relativi alla salvaguardia della salute o dell'integrità fisica della popolazione esterna); sia che costituisca il riflesso, amplificato dall'evolversi del progresso tecnologico, della concretizzazione di rischi naturalmente interni: tipico è il caso dei rischi lavorativi. In altri termini: vi sono rischi che risultano naturalmente destinati a proiettarsi verso l'esterno (è l'ipotesi dei rischi alimentari, da prodotto difettoso, ambientali, etc.) ed altri, viceversa, i cui effetti ‘esterni’ rappresentano – almeno tradizionalmente – una mera conseguenza della concretizzazione di rischi per la vita, salute ed integrità fisica di soggetti interni al comparto aziendale (es. i rischi lavorativi). Per esemplificare quest'ultima situazione, si pensi ai danni subiti dalle mogli dei lavoratori causati dal lavaggio delle tute dei mariti ‘imbevute’ di amianto ovvero alla dispersione nell'ambiente del medesimo materiale provocato dalla mancata predisposizione di aspiratori destinati alla salvaguardia della salute dei dipendenti. Ciò non esclude, ovviamente, che, nella prima ipotesi, possano venire coinvolti anche (o solo) soggetti interni all'impresa (tipicamente i lavoratori);

comune: *un ecosistema salubre è presupposto per la tutela della salute*. Un razionale sistema di tutela penale si articola su *piani distinti e collegati*. Ai bisogni [...] di tutela delle risorse idriche, l'ordinamento giuridico vigente provvede con una serie ampia e differenziata di normative speciali, introdotte a partire dal 1976. Sono poi confluite nel testo unico (d.l. 152 del 2006) i diversi settori che avevano via via dato corpo al diritto dell'ambiente, su precipuo impulso delle direttive europee. Infine, la legge 22 maggio 2015, n. 68, ha introdotto nel codice penale il nuovo titolo dei delitti contro l'ambiente, e altre significative novità di disciplina».

⁶⁵ Sul significato di “sostanze destinate all'alimentazione”, GARGANI (2013), pp. 307 ss., 334; S. CORBETTA (2014a), pp. 188 ss.; MAZZANTI (2021), pp. 146 ss.; ROTOLO (2024a), pp. 342 ss.

⁶⁶ Cfr. ROTOLO (2024a), p. 345 s.

⁶⁷ Il riferimento è, in particolare, al caso ILVA di Taranto. Per una fedele ricostruzione della vicenda e dell'apparato motivazionale della pronuncia di primo grado (Corte d'Assise di Taranto, 31 maggio 2021, n. 1/2021), per tutti, RUGGIERO (2023). Già prima della pronuncia, in senso critico rispetto a tale impostazione, GARGANI (2013), p. 334 e RUGA RIVA (2015), p. 159 s., il quale osserva che «la contestazione [...] fornisce un'interpretazione estensiva dell'oggetto di tutela, visto che le acque del 1° Seno del Mar Piccolo di Taranto non erano direttamente “destinate all'alimentazione” umana, bensì all'allevamento dei mitili; analogamente, gli ovini e i caprini contaminati vengono considerati “sostanze destinate all'alimentazione”, mentre a rigore lo saranno solo dopo determinate operazioni (di macellazione, di trasformazione dei derivati del latte, ecc.)». Sulla tendenza “precauzionalizzante” insita nell'impostazione accusatoria – là dove si istituisce la criticata assimilazione tra contaminazione e avvelenamento – CASTRONUOVO (2021), p. 94. In merito ai profili del “rischio consentito”, GARGANI (2020b), pp. 16 ss.

⁶⁸ Cfr. GARGANI (2017a), pp. 3887 ss.

⁶⁹ Si pensi, ad es., quanto al primo caso, alle contaminazioni ambientali dipendenti dallo scorretto smaltimento di solventi chimici nei laboratori di ricerca privati e, quanto al secondo, alle medesime condotte ambientate, però, in laboratori universitari.

così come che, nella seconda, possano essere colpiti – anche in via esclusiva – soggetti terzi, del tutto estranei all’attività lavorativa. La “natura” del rischio (la sua proiezione interna o esterna), infatti, pur potendo trovare un proprio ‘indicatore’ nella qualifica dei soggetti materialmente lesi o messi in pericolo (lavoratori, residenti, consumatori, altri cittadini), è ben diversa dagli effetti suscettibili di prodursi dalla sua concretizzazione. Proprio in questo, d’altronde, risiede l’essenza della natura autenticamente “multidirezionale” dei rischi in analisi.

Da quanto osservato discende, *a contrario*, che dal mancato rispetto di una regola cautelare diretta a regolare segnatamente un determinato rischio (es. lavorativo) ben potrebbero discendere effetti lesivi anche per aree di tutela non direttamente salvaguardate (es. per l’ambiente esterno, inteso in senso ampio). Tale circostanza, nondimeno, non può implicare la successiva responsabilità *penale* del soggetto chiamato a governare il rischio specifico effettivamente concretizzatosi (nel caso ipotizzato, “lavorativo”) per le conseguenze (rimanendo all’semplificazione, “esterne”) connaturate alla natura “multidirezionale” dello stesso⁷⁰. Ciò, naturalmente, non significa che i riflessi lesivi su aree di tutela non direttamente coinvolte (nel caso in esame, aree collocate sul ‘piano esterno’) non possano essere attribuiti – in presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi di imputazione – ai soggetti “interni” all’impresa. Con tali considerazioni si vuole esclusivamente porre in risalto che la *competenza* a gestire rischi non direttamente regolati mediante il reticolo di regole cautelari di cui è destinatario un particolare individuo (es. un garante lavorativo) dovrebbe essere ricercata altrove, in fonti diverse rispetto a quelle che designano *quel* soggetto quale “gestore” di *quello specifico rischio*⁷¹.

La c.d. multidirezionalità dei rischi dipendenti dall’attività lavorativa – ovvero l’idoneità di questi ad espandersi sino ad invadere anche aree di tutela non *direttamente* salvaguardate dalle regole cautelari volte a gestirli – è stata a lungo approfondita dalla dottrina (per vero, almeno sino a non molto tempo fa, di matrice spiccatamente giuslavorista)⁷². In particolare, evidenziato come non sia ormai più giustificato il mantenimento di rigidi confini tra ambiente interno ed esterno agli spazi lavorativi, ci si interroga «sull’opportunità di ridefinire le coordinate dell’obbligo di sicurezza [sottinteso: dei garanti lavorativi], rafforzandone la matrice prevenzionale e ampliandone l’ambito applicativo, in modo da considerare non solo i rischi per la salute dei lavoratori, ma anche quelli per l’ambiente esterno e l’integrità della popolazione»⁷³.

Ciò non di meno, quand’anche un siffatto esito possa risultare ben fondato dal punto di vista giuslavoristico, una sua integrale trasposizione sul piano più strettamente penalistico sarebbe assai difficilmente predicabile; e ciò per l’evidente contrasto con i principi costituzionali di legalità e di responsabilità per fatto proprio (e colpevole) che verrebbe in tal guisa a delinearsi.

Nulla quaestio sui postulati di fondo su cui si ‘ergono’ i costrutti ermeneutici teleologicamente orientati ad ampliare l’obbligo di sicurezza dei garanti lavorativi sino a ricomprendervi anche i rischi per l’ambiente esterno (inteso in senso ampio). Per ciò che qui rileva, è indubbio che la *smaterializzazione del luogo di lavoro* e (soprattutto) la già richiamata *circolarità tra “interno” ed “esterno”* debbano attirare l’attenzione (anche del penalista) sulle conseguenze negative per la salute della popolazione e per l’ambiente che potrebbero discendere dall’esercizio

⁷⁰ In questo senso, chiaramente, DOVERE (2024), pp. 281 ss.

⁷¹ In argomento, mette conto richiamare le osservazioni critiche rispetto alla citata impostazione – implicante la valorizzazione del criterio della “competenza” in base alle diverse aree di rischio – compiutamente sviluppate da SAVARINO (2024), pp. 224 ss. L’A., in particolare, osserva che «se il criterio della sfera di rischio risulta funzionale a determinare tanto la posizione di garanzia quanto la regola cautelare, lo schema di accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità per mancato impedimento dell’evento finisce per contrarsi in un unico passaggio logico-argomentativo, rendendo indistinguibili omissione e colpa. Constatato il verificarsi dell’evento, si individua la sussistenza della regola cautelare, ricorrendo alla nozione di “area di rischio”, per poi risalire alla sfera di responsabilità del garante: in altri termini, si parte dalla colpa per individuare, a ritroso, la posizione di garanzia». Tale operazione, ciò non di meno, non parrebbe di per sé censurabile, qualora, beninteso, non comportasse, quale risvolto negativo, quello di ampliare in modo indefinito l’obbligo di garanzia (sul punto, cfr. sempre l’A. a p. 243, nt. 100, rificendosi a CONSULICH [2023], p. 246). D’altro canto, la valorizzazione della specificità del rischio concretizzatosi nell’evento assume un ruolo fondamentale già in sede di fatto tipico, prima che sul piano della colpevolezza. Se, per un verso, deve rifuggirsi dalla tentazione di far coincidere la *regola cautelare* violata con la *fonte* della posizione di garanzia; per altro verso, non può che osservarsi come, soprattutto nei casi di responsabilità attiva, il criterio della competenza – se ben definito all’interno di specifiche aree di tutela (es. ambientale, alimentare, della sicurezza del lavoro, etc.) – funga da argine rispetto alle tendenze espansive dell’individuazione dei soggetti responsabili; limite dunque, in definitiva, qualificabile quale specifico corollario del principio di personalità della responsabilità penale (sulle predette tendenze espansive, sia consentito il rinvio a CONTRI [2024]). Il problema, a parere di chi scrive, non starebbe quindi nel descritto procedimento a ritroso, quanto, piuttosto, nella precisa definizione, *ex ante*, dell’ambito di competenza del *gestore del rischio* – delineabile non solamente sul piano normativo, ma anche a partire dalla regolamentazione interna all’organizzazione –, da valorizzare anche *ex post*, una volta che l’evento dannoso o pericoloso si sia verificato.

⁷² Sulla stretta interrelazione tra ambiente interno ed esterno ai luoghi di lavoro, tra i giuslavoristi, senza pretesa di esaustività, BUOSO (2020), pp. 101 ss.; LAZZARI (2020), pp. 136 ss.; BUOSO (2022), pp. 271 ss.; F. GRASSO (2024), *passim*. Tra i penalisti, CASTRONUOVO (2022), pp. 375 ss., 388 ss.; TORDINI CAGLI (2022), pp. 13 ss.; EAD. (in corso di pubblicazione).

⁷³ GRASSO (2024), pp. 220 ss.

di attività economiche⁷⁴. La risposta, in chiave sia preventiva sia sanzionatoria, non può però risiedere nell'azzeramento della portata restrittiva che la nozione di *rischio specifico* (concretizzatosi nell'evento) – corollario del principio di responsabilità per fatto proprio (prima che colpevole) – reca con sé.

D'altro canto, gli argomenti esegetici utilizzati, *de lege lata*, per giustificare una nozione di garante *lavorativo* inteso quale gestore anche di rischi che esulano, in senso stretto, dalla sua sfera di competenza (quali sono i rischi ambientali, alimentari, o comunque relativi alla salvaguardia della salute "esterna") paiono cedere – quantomeno nella materia penale – innanzi al rigore richiesto al momento interpretativo dal principio di legalità.

Nell'orizzonte nazionale, le basi di un siffatto (censurabile) costruito riposano, in primo luogo, sulla recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. 75, da leggersi, secondo alcuni Autori, non solo quale mero recepimento del diritto vivente, che già aveva avuto modo di riconoscere la tutela dell'ambiente quale *limite 'esterno'* alla libera iniziativa economica privata, bensì anche quale fondamento dell'*obbligo di agire 'interno'* (*rectius* di organizzarsi) nell'ottica di una miglior salvaguardia di tale valore⁷⁵.

In secondo luogo, vengono valorizzate le disposizioni contenute agli artt. 2, lett. n, e 18, comma 1, lett. q, del d. lgs. 81/2008⁷⁷, consentanee – secondo un'audace lettura ermeneutica, per vero già smentita da un autorevole arresto della Suprema Corte⁷⁸ – ad imporre ai soggetti chiamati a gestire un rischio lavorativo anche la valutazione e gestione di rischi, pur diversi, con esso strettamente interconnessi⁷⁹.

In terzo luogo, un'opinione minoritaria valorizza, in quest'ottica, il vecchio art. 2087 c.c.: norma che impone all'imprenditore di "adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro", ma che nulla osserva, a tacer d'altro, quanto all'ambiente esterno all'azienda⁸⁰.

⁷⁴ Su tali questioni, pur con diverse prese di posizione, DEL PUNTA (2018), pp. XV ss.; DELOGU (2018), pp. 47 ss.; MAGNANI (2019), pp. 299 ss.; PASCUCCI (2019), pp. 41 ss.; LAZZARI (2020), pp. 137 ss.; BUOSO (2022), pp. 271 ss., 280 ss.; PASCUCCI (2023), pp. 39 ss.; GRASSO (2024), pp. 123 ss.; TORDINI CAGLI (in corso di pubblicazione).

⁷⁵ Per un approfondimento, più in generale, sul valore da assegnare alla modifica costituzionale, PATERRA (2024); DE FRANCESCO (2024); ROTOLO (2024b); SIRACUSA (2024), *Gli ecoteati al banco di prova dei nuovi artt. 9 e 41 della Costituzione*; BANCHI (2024).

⁷⁶ Cfr. PASCUCCI (2022), pp. 335 ss. In argomento, pur con diverse posizioni, BUOSO (2022), pp. 276 ss.; GRASSO (2024), pp. 138 ss.; TORDINI CAGLI (in corso di pubblicazione).

⁷⁷ In particolare, la prima disposizione definisce il concetto di "prevenzione" come "complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno". La seconda, in perfetta applicazione della prima, richiama tra gli obblighi condivisi da datore e dirigente quello di "prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio".

⁷⁸ Il riferimento è alla sentenza della Suprema Corte nel caso del disastro ferroviario di Viareggio, che ha escluso una lettura estensiva di tali disposizioni evidenziandone la propria naturale inclinazione a gestire un rischio specificamente lavorativo. Così Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, in "Sistema Penale", 9 novembre 2021, con scheda di BRAMBILLA (2021). Per un commento alla pronuncia, GIUNTA (2021); MANTOVANI (2021); BUOSO (2022), pp. 283 ss.; CARRIERO, CAMURRI (2022), pp. 388 ss.; MONGILLO (2022), pp. 953 ss.; PATERRA (2022), pp. 18 ss.; TORDINI CAGLI (2022), *passim*; VALBONESI (2022); BLAIOTTA (2023), pp. 24 ss.; CASTRONUOVO (2023), pp. 373 s.; CONSULICH (2024), pp. 275 ss.; nonché, volendo, CONTRI (2023a), *L'estensione della nozione di rischio lavorativo nei delitti a tutela della sicurezza del lavoro. Note a margine del disastro della funivia del Mottarone*, cit., pp. 2509 ss.

⁷⁹ Secondo GRASSO (2024), pp. 138 ss., la modifica costituzionale degli artt. 9 e 41 potrebbe garantire una nuova interpretazione dell'art. 18, lett. q, del t.u.s.l., da considerarsi non più riferito «alle misure di prevenzione ma, più in generale, alle misure tecniche utilizzate nel processo produttivo di un'impresa [...]; per cui il raggio d'azione del sindacato giudiziale sull'adempimento dell'obbligo di prevenzione [...] potrebbe ampliarsi fino a ricomprendere anche quel complesso di misure organizzative del lavoro tali da incidere non solo sull'ambiente interno ma anche su quello esterno all'impresa». Nel dibattito, pare assumere una posizione intermedia BUOSO (2022), pp. 276 ss., la quale, se, per un verso, osserva che «le conseguenze di precettività, anche immediata, della nuova formulazione costituzionale potrebbero essere decisive non solo a irrobustire la garanzia giurisprudenziale, già ben avviata, ma pure la legislazione ordinaria, delineando una vera e propria "strategia unitaria tra salute e ambiente"», per altro verso, riconosce che una ri-lettura delle disposizioni del t.u.s.l. (e segnatamente quelle poc'anzi richiamate) in tale ottica costituirebbe «un passo in avanti che, chiaramente, necessita di una presa di posizione regolativa e che non potrebbe avvenire soltanto tramite un'operazione esegetica». Osserva infatti coerentemente l'Autrice: «le ricadute sarebbero, tra l'altro, notevoli sul piano delle tecniche e degli strumenti per conseguire detto obiettivo: parlare di prevenzione [...], significa parlare di valutazione dei rischi e una mera "virata" interpretativa troverebbe seri argini in chiave di legalità e tassatività sanzionatoria». Pervenendo ad una soluzione non dissimile, PASCUCCI (2022), pp. 335 ss., osserva lapidariamente che «agli indubbi segnali lanciati in direzione della necessità di una prevenzione integrata tra ambiente interno ed esterno il legislatore del d.lgs. n. 81/08 non ha poi dato un seguito effettivo. Quelle norme assomigliano a un ponte di cui si è costruito solo il primo tratto: la direzione è chiara, ma l'opera è tutta da completare».

⁸⁰ Ciò nonostante, in tale disposizione, TOMASSETTI (2018), pp. 169 ss. trova l'appiglio per concludere che «sul datore di lavoro grava l'obbligo di individuare soluzioni organizzative di carattere sistemico, non certo riducibili ad un atto unico, idonee cioè ad evitare il rischio ambientale non solo avendo riguardo alla salvaguardia della salute dei lavoratori, ma, appunto, tenendo conto del rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno, vale a dire dell'ecosistema in cui l'attività d'impresa si svolge». *Contra*: BUOSO (2022), p. 279 s.; GRASSO (2024), pp. 131 ss. Sulle funzioni assegnate all'art. 2087 c.c. in materia penale, *ex multis*, BARTOLI (2021), p. 532 s.; BLAIOTTA (2023), pp. 278 ss.; TORRE (2023), pp. 69 ss.; CASTRONUOVO (2023), pp. 346 ss., 370 ss.; CONSULICH (2024), pp. 24 ss.; DOVERE (2024), pp. 249 ss.

Ebbene, mentre non può che condividersi la necessità di garantire una *preventiva gestione integrata* di rischi, pur distinti, complementari fra loro – che trova terreno fertile, per le ragioni che verranno di seguito esposte, sul piano della responsabilità dell'ente collettivo –, deve censurarsi la possibilità, *de iure condito*, di ricomprendere nella nozione di garante lavorativo anche quella di garante ambientale (inteso in senso ampio); e ciò, a maggior ragione, qualora se ne faccia derivare la responsabilità penale per danni all'ambiente⁸¹.

A fronte di siffatte considerazioni, non va certo esclusa la legittimità di un futuro intervento normativo improntato alla definizione di un datore di lavoro 'al passo con il progresso tecnologico', che concentri su di sé, *in quanto tale*, la valutazione e gestione di rischi sia lavorativi sia *lato sensu* ambientali⁸². Ciò da cui si deve rifuggire è però il tentativo di annientare la valenza selettiva del concetto di rischio specifico interpretando analogicamente norme che invocano la sua presa in carico da parte di singoli individui, almeno *ab origine*, legislativamente predeterminati.

Come anticipato, un evento di danno o di pericolo può essere imputato ad un soggetto solamente quando questi, con la propria condotta, abbia attivato, accresciuto o non diminuito lo *specifico rischio (illecito) ivi concretizzatosi*. In altri termini, la condotta deve aver azionato, aumentato o non ridotto lo specifico rischio illecito poi tradottosi nei risultati lesivi; e ciò quand'anche si dimostri che, eliminando mentalmente l'azione (o aggiungendola, in caso di omissione), l'evento non si sarebbe verificato (o, nell'ipotesi omissiva, si sarebbe verificato ugualmente)⁸³. Tale assunto è indispensabile per garantire una *imputazione dell'evento* autenticamente coerente con il principio di responsabilità per fatto proprio (prima che "colpevole"), nonché, sulla base dello stesso canone costituzionale, una *corretta individuazione dei soggetti garanti*.

In proposito, va infatti evidenziato che, ai fini di una corretta selezione dei soggetti chiamati *ex ante* a gestire un rischio specifico e, *ex post*, a rispondere eventualmente degli eventi lesivi che ne rappresentano la concretizzazione, è necessario, dapprima, rintracciare la particolare natura del rischio realizzatosi e, solo in un momento successivo, individuare nell'organigramma aziendale i soggetti competenti a gestirlo. In una realtà economica come quella moderna, che vede quasi sempre lo svolgersi di attività produttive (o meno) *in forma soggettivamente complessa*, assai frequentemente potrebbero darsi ipotesi in cui soggetti gravati dal potere-dovere di gestire un *determinato tipo di rischio* potrebbero non essere competenti a gestirne uno differente, anche se connesso o complementare al primo. La questione assume particolare rilevanza soprattutto con riguardo ai 'piani inferiori' della realtà aziendale, in cui, per mezzo di deleghe e sub-deleghe – oggi indubbiamente valide nel diritto vivente riguardante i settori della sicurezza del lavoro, degli alimenti e dell'ambiente –, un soggetto-persona fisica potrebbe vedersi attribuita in via derivata la competenza a regolare solamente uno dei predetti rischi (ad es. quello ambientale). Se è infatti probabile che, quantomeno in via originaria, il soggetto apicale veda concentrarsi nelle proprie mani il governo di rischi attinenti a aree di tutela ben distinte e differentemente regolate, è possibile che ciò non avvenga, soprattutto nelle organizzazioni di grandi dimensioni, rispetto ai soggetti 'subordinati', investiti dei relativi oneri ora per mezzo delle diverse discipline settoriali, ora, mediante "*delega*", per via privatistica⁸⁴. Attribuire, *ex post facto*, responsabilità penali sulla base di una *nozione 'aperta' di garante lavorativo*, come quella che verrebbe in tal guisa a delinearci, significherebbe, in definitiva, correre il serio rischio di condannare per fatti ora "*altrui*", ora, qualora il "nesso di rischio" venga valorizzato esclusivamente nell'accertamento dell'elemento soggettivo⁸⁵, *non "colpevoli"*.

⁸¹ Così, invece, in particolare, TOMASSETTI (2018), pp. 169 ss. In senso fortemente critico rispetto a tale impostazione ermeneutica, DOVERE (2024), pp. 281 ss., il quale pone altresì in luce le conseguenze negative da essa derivanti.

⁸² Pare aprire a siffatta soluzione anche DOVERE (2024), p. 281.

⁸³ Per gli opportuni riferimenti, cfr. nt. 23. Altro, infatti, è sostenere che un soggetto, con una medesima azione od omissione, abbia attivato, aumentato o non ridotto un rischio "ampio", suscettibile di concretizzarsi nella verifica di diversi eventi lesivi, corrispondenti ad altrettanti reati (es. il rischio lavorativo, idoneo ad essere declinato come rischio sia per la pubblica incolumità sia per i singoli); altro è confondere la natura di rischi diversi (es. lavorativo e ambientale). In argomento, benché adottando il criterio dell'identità del rischio per distinguere tra unità e pluralità dell'azione, BIN (2022), pp. 320 s., 328 ss., 374 ss.

⁸⁴ Tra i molti esempi disponibili, si pensi al Responsabile Tecnico Gestione Rifiuti (RTGR), soggetto su cui grava il compito di "di porre in essere azioni dirette ad assicurare la corretta organizzazione nella gestione dei rifiuti da parte dell'impresa nel rispetto della normativa vigente e di vigilare sulla corretta applicazione della stessa" (art. 12 del d.m. 3 giugno 2014, n. 120 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare): figura non riconducibile a nessuno dei garanti "lavorativi" descritti dal t.u.s.l. ed alla quale la giurisprudenza più recente ha ricondotto una specifica posizione di garanzia per gli illeciti connessi alla violazione della normativa ambientale. Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. III, 10 aprile 2024, n. 16191.

⁸⁵ Il riferimento è alla tesi sostenuta, tra gli altri, da MARINUCCI (1991), pp. 3 ss., 18 ss.

Certo, nei casi connotati da una ineludibile intersezione e complementarità tra differenti settori di tutela (quali quelli in esame), l'individuazione della natura dei rischi specifici tradotti nei risultati lesivi risulterà maggiormente difficoltosa, ma ciò non toglie che uno sforzo in tal senso da parte dell'interprete debba ritenersi imprescindibile.

6. Una possibile via d'uscita: la responsabilità dell'ente collettivo.

Nell'attuale contesto economico, le fondamenta per l'edificazione di un *apparato preventivo efficace* 'a monte' e per la costruzione di una *legittima risposta sanzionatoria forte* 'a valle' (benché ammissibile solamente per una parte di ipotesi) in relazione a fenomeni del tipo di quelli esaminati dovrebbero essere ricercate, seppur con alcune precisazioni, sul terreno della *responsabilità amministrativa dipendente da reato*; e ciò per almeno due ordini di ragioni.

Il primo attiene alla necessità di unire esigenze diametralmente contrapposte: da un lato, quella di evitare un'indebita espansione della nozione di garante-persona fisica, chiamato, in quanto tale, a gestire un rischio specifico e non, per ciò solo, competente a governarne anche altri, seppur con esso interconnessi; dall'altro lato, quella di assicurare una gestione integrata tra rischi che, pur presentando una matrice differente, esplicano i propri effetti offensivi su aree di tutela parzialmente sovrapponibili.

Il secondo mira ad evitare, soprattutto nelle ipotesi *plurisoggettività sincronica* e di *successione diacronica* di garanti, le *indebite flessibilizzazioni* nell'individuazione dei soggetti responsabili, nonché nell'accertamento della causalità e dell'elemento soggettivo, che sovente accompagnano, anche nell'ambito del "nuovo paradigma di responsabilità penale" affermatosi nel contesto dell'esposizione a sostanze tossiche⁸⁶, i tentativi di assegnazione di rimproveri individuali per danni a distanza. Qui la natura del rischio concretizzatosi nell'evento disastroso è certa; meno certa – se non del tutto fumosa, salvo pervenire a torsioni di istituti di parte generale del tutto incompatibili con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, nella sua duplice declinazione: di responsabilità per fatto proprio e colpevole – è la possibilità di ricondurre oggettivamente e soggettivamente un siffatto fenomeno a singoli soggetti garanti.

Sul versante oggettivo, le difficoltà dipendono: dalla *multifattorialità* delle malattie o degli eventi disastrosi (intesi come eccessi di mortalità o morbilità accertabili mediante studi epidemiologici ovvero come macroeventi di contaminazione ambientale); dall'incertezza circa il *momento consumativo* del reato⁸⁷; dai *dubbi epistemologici* che connotano gli *effetti sinergici* delle singole sostanze rilasciate o oggetto di esposizione (che ben potrebbero risultare superiori rispetto alla loro mera sommatoria)⁸⁸; dalla significativa difficoltà di comprendere, qualora siano state causate emissioni da parte di diverse imprese (o da diverse unità produttive della medesima impresa) nella stessa zona, l'incidenza ed il contributo fornito da ognuna rispetto alla verifica dell'evento; dall'impraticabilità della riconduzione ora di autonome 'frazioni' ora dell'integrità del fatto offensivo ai singoli soggetti avvicendatisi, anche in diversi gradini dell'organigramma aziendale, nella gestione del rischio poi tradottosi nel risultato lesivo⁸⁹. Questioni, molte delle predette, che, com'è stato evidenziato, «impongono di estendere l'accertamento del nesso eziologico a delicati profili di causalità contributiva o accrescitiva, che attendono ancora un'adeguata sistemazione concettuale»⁹⁰. Per questa via, le condotte stratifi-

⁸⁶ Il riferimento, naturalmente, è alla tendenza a ri-leggere i danni da esposizione a sostanze tossiche *in incertam personam* in fenomeni pericolosi per la pubblica incolumità. V. *supra*, §1.

⁸⁷ Cfr. CASTRONUOVO (2015b), pp. 13 ss., nonché, con specifico riferimento al disastro ambientale c.d. nominato (art. 452-*quater* c.p.), GARGANI (2017a), p. 3892. In argomento, diffusamente, anche VENTURI (2021), pp. 19 ss.

⁸⁸ Sul punto, PIERGALLINI C. (2004), pp. 182 ss., sottolinea l'«inutilizzabilità del parametro nomologico per spiegare il macro-evento dannoso» poiché «la scienza non è in grado di conoscere quali sono le interazioni tra le diverse sostanze inquinanti, cosicché è impossibile isolare nella rete causale multipla le condizioni necessarie dell'evento». In questo senso, tra gli altri, anche GARGANI (2016), p. 14 s.

⁸⁹ Per una chiara rappresentazione di tali problematiche, CORNACCHIA (2018), pp. 91 ss. RUTA (2014), p. 302, interrogandosi sull'efficacia repressiva del delitto di disastro ambientale c.d. innominato, osserva come «la questione [abbia] assunto negli ultimi tempi dimensioni tali da suscitare vivaci reazioni anche nel dibattito pubblico. Il processo penale come strumento di pressione? "Sembra un vicolo cieco: senza *bazooka* penale le aziende non si sognano di mettere mano al portafoglio, ma il *bazooka* spara poi per forza a salve. Forse può fare più male il fucile di precisione della causa civile per i risarcimenti, o il procedimento amministrativo per costringere le aziende inquinatrici ad avviare le bonifiche a proprie spese», è l'amara constatazione di chi dinanzi all'ennesimo proscioglimento per un disastro ambientale si interroga sulla validità – prima ancora che di questo tipo di imputazione – dello stesso strumento del processo penale».

⁹⁰ GARGANI (2017a), p. 3893. Ritiene che l'avverbio «abusivamente» contenuto nell'art. 452-*quater* c.p. debba imporre all'interprete di selezionare, già nel momento dell'accertamento della causalità, le condotte rilevanti per la verifica dell'evento disastroso – escludendo dunque quelle lecite –, per poi valutare se esse siano sorrette dall'elemento soggettivo richiesto dalla norma TRONCONE (2022), pp. 315 ss.

catesi nel tempo potrebbero infatti veder azzerata la propria autonomia (e, con essa, il proprio autonomo disvalore) in favore di una loro *considerazione unitaria*. Il *paradigma di imputazione causale*, in altri termini, potrebbe prestarsi a *logiche cumulative e del “caso per caso”*⁹¹.

A ciò si aggiunga che, nell’ambito delle organizzazioni complesse, la corretta gestione di un determinato rischio passa di frequente nelle mani – più o meno sapienti – di diversi soggetti, talvolta situati in differenti gradini dell’organigramma aziendale. E a tale ‘complessità’ non fa da *pendant* una particolare attenzione della giurisprudenza nella selezione dei contributi causalmente rilevanti per la verifica dell’evento. Segnatamente, il diritto vivente, a fronte di contegni di matrice omissiva, in assenza di un reale accertamento della portata contro-fattuale del comportamento alternativo lecito, ritiene pressoché automaticamente che tale condotta sarebbe stata in grado di attivare il contro-processo in grado di interrompere quello (viziato) culminante nell’offesa. Sono ipotesi, a ben vedere, di vera e propria presunzione causale (e/o strumentale, a seconda che ci si riferisca all’evento finale o al rapporto con gli altri segmenti che compongono la fattispecie plurisoggettiva)⁹².

Sul versante soggettivo, invece, il pericolo è quello di aderire a *moduli presuntivi* di accertamento del dolo o della colpa, imputando eventi lesivi – peraltro non nitidamente definibili nel momento, assai precedente, di tenuta delle condotte – a soggetti, per un verso, non in grado di conoscere (o di *intelligere*) i fatti realizzati dai propri predecessori e, per altro verso, per definizione incapaci di prevedere quelli dei propri successori. Detto altrimenti: una volta accertata positivamente l’illiceità – talvolta invero del tutto assente – del contributo causale concretizzato dal singolo, questi verrebbe rimproverato per non essersi rappresentato la contrarietà alla legge (o l’incidenza) del contributo di chi lo ha preceduto e/o per non aver messo in conto quello di chi lo avrebbe seguito. Ed è così che, anche sotto questo aspetto, la giurisprudenza, sorda rispetto a tali sollecitazioni, riconduce le varie condotte succedutesi nel tempo ad una finalità unitaria – la c.d. “*strategia d’impresa*” – volta ad occultare lo stato di contaminazione e ad eludere i doveri di eliminazione degli effetti delle stesse⁹³.

A ben vedere, la risoluzione di almeno alcune di queste problematiche potrebbe trovare, come anticipato, terreno fertile sul piano della responsabilità dell’ente collettivo.

Quanto al primo citato ordine di problemi, sarebbe proprio un *modello di organizzazione e gestione dei rischi-reato* ben costruito a dover tenere in considerazione le possibili intersezioni tra diverse aree di tutela e, dunque, a poter garantire una gestione integrata tra rischi differenti; ma ciò sempreché siano ricompresi nel catalogo dei reati presupposto i delitti – naturalmente qualora presenti nell’ordinamento – volti a sanzionare la traduzione di tali specifici rischi in eventi disastrosi⁹⁴. In proposito, non va peraltro dimenticato che i modelli di organizzativi predispongono un apparato preventivo di secondo livello, volto non tanto ad impedire il verificarsi degli eventi (di danno o di pericolo) temuti, quanto, piuttosto, a ridurre il rischio di realizzazione del reato presupposto⁹⁵. Nello specifico, sarebbero dunque i punti di contatto tra i *sistemi di gestione* relativi (soprattutto) alla salvaguardia dell’ambiente e della sicurezza del lavoro – oggi assai spesso valorizzati nei *MOG* delle più virtuose organizzazioni – a poter assumere una valenza decisiva⁹⁶: solamente in essi sono infatti contenute le regole a finalità immediatamente cautelare.

Quanto al secondo ordine di problemi, una severa risposta sanzionatoria per i fatti in esame potrebbe essere garantita, con maggiori probabilità di successo, dalla vera e propria ‘chiave di volta’ del sistema, nonché [...] aspetto più innovativo della disciplina, sotto il pro-

⁹¹ Incisiva, in merito, l’analisi di FONDAROLI (2014), pp. 135 ss.

⁹² Per un approfondimento sul punto sia consentito il rinvio a CONTRI (2024).

⁹³ Cfr. GARGANI (2016), p. 15, il quale aggiunge che «comportamenti tenuti da più soggetti, in tempi diversi, vengono, in tal modo, artificialmente ricondotti ad una macro-condotta “unitaria”, impersonale e, soprattutto, permanente». In senso analogo, anche ACCINNI (2015), p. 771.

⁹⁴ Risulta orientata in questo senso anche SAVARINO (2024), p. 247 s.

⁹⁵ Sulla distinzione tra colpa (individuale) organizzativa, volta alla mancata riduzione di *rischi fattuali* e colpa (collettiva) di organizzazione, diretta al contenimento di *rischi normativi*, tra gli altri, MONGILLO (2014), p. 41 s.; CONSULICH (2023), pp. 368 ss.; CURI (2023), p. 194 s.; CASTRONUOVO (2024b), pp. 665 ss.

⁹⁶ In argomento, approfonditamente, PASCUCCI (2022), pp. 343 ss. Quanto al frequente travisamento tra modelli organizzativi e sistemi di gestione, basti pensare alla “corsa all’aggiornamento” dei *MOG* cui si è assistito in epoca Covid, già autorevolmente sedata evidenziando proprio il rapporto di “mezzo a fine” sussistente tra il modello di organizzazione e gestione e il sistema prevenzionistico sottostante. «Anche qualora si ritenesse indispensabile una rivisitazione del *MOG*», si è rilevato in dottrina, «questa non troverebbe la sua causa immediata nelle esigenze di contenimento del rischio Covid-19, ma nelle variazioni intervenute nell’organizzazione o nell’attività produttiva» (beninteso, funzionali proprio al contenimento di tale specifico rischio). Così, MONGILLO (2020), p. 52.

filo sostanziale e processuale⁹⁷: il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, che, codificato all'art. 8 del d. lgs. 231/2001, assicura la responsabilità della persona giuridica anche qualora "l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile"⁹⁸. Certo, i problemi legati all'incertezza scientifica circa gli effetti sinergici delle singole sostanze e la qualificazione del contributo dato dalla singola impresa (ma non dalla singola unità produttiva della medesima impresa)⁹⁹, qualora ubicata in un sito fortemente industrializzato, rimarrebbero pressoché irrisolvibili¹⁰⁰. L'accertamento della causalità mal si presta, del resto, a coniugarsi con la logica precauzionale sottesa all'inibizione dell'immissione oltre-soglia di determinate sostanze nell'ambiente¹⁰¹. Ciò non di meno, nei casi in cui tali questioni non vengano in rilievo potrebbe essere data una risposta forte a fenomeni di indiscutibile portata offensiva: per questa via, il bisogno di giustizia delle (moltissime) vittime da essi dipendenti potrebbe essere legittimamente soddisfatto¹⁰²; senza considerare che si potrebbe contare su una maggiore portata preventiva della punizione.

6.1. *La base giuridica: il principio di autonomia della responsabilità dell'ente.*

Il ricorso a questo "nuovo" (benché già attuale, *de lege lata*) inquadramento giuridico per i fatti in esame presuppone l'adozione – invero tutt'altro che incontrovertibile¹⁰³ – di un paradigma di responsabilità dell'ente autonomo (*ex art. 8 del d. lgs. 231/2001*) rispetto ai (diversi) modelli di rimprovero dipendenti dalla commissione di reati da parte di soggetti apicali o subordinati descritti, rispettivamente, agli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001. Un paradigma di responsabilità che concentra il disvalore del fatto della *societas* sul difetto di organizzazione, ritenendo superflua la dimostrazione, a fronte della commissione di un fatto illecito della persona fisica, della *colpevolezza individuale*. D'altro canto, essendo tale accertamento precluso dall'impossibilità di individuare l'autore del reato presupposto, l'assegnazione di un legittimo spazio applicativo all'art. 8 non potrebbe che prescindere da esso¹⁰⁴. Beninteso, non ci sta riferendo ad ipotesi in cui dell'autore-persona fisica, ben collocabile all'interno dell'organizzazione, rimanessero ignote esclusivamente le generalità: un caso siffatto dovrebbe essere ricondotto ad uno dei modelli delineati dagli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231.

⁹⁷ GARGANI (2006), p. 273.

⁹⁸ Si orienta in questo senso, partendo dalla qualificazione in termini concorsuali dell'illecito dell'ente collettivo, CONSULICH (2018b), pp. 204 ss. Si veda inoltre MONGILLO (2018), p. 358 s., il quale ritiene ammissibile la responsabilizzazione dell'ente mediante il ricorso all'art. 8 per i danni da esposizione a sostanze tossiche in quanto naturalmente destinati a rientrare nelle ipotesi di c.d. *imputazione soggettivamente alternativa*: situazioni nelle quali la commissione del reato è riconducibile ad uno o più soggetti in una cerchia definita di persone, ma non risulta imputabile *oltre ogni ragionevole dubbio* ad uno o più di essi. Cfr., inoltre, DI GIOVINE, DOVERE, PIERGALLINI C. (2024), p. 382 s., ove, ritenendo, *de iure condito*, imprescindibile l'identificazione della persona fisica autrice del reato, rappresentano l'opportunità, *de iure condendo*, di colmare la lacuna di tutela che in queste ipotesi – nei quali l'evento ben potrebbe essere ricondotto all'ente sul piano oggettivo e soggettivo – viene a crearsi. In generale, sull'art. 8 del d. lgs. 231/2001, DE SIMONE (2024), pp. 346 ss.

⁹⁹ Potendo essere comunque ricondotte a un'unica impresa con un unico modello organizzativo le diverse unità produttive agenti sullo stesso territorio interessato dalle emissioni e/o immissioni.

¹⁰⁰ In senso analogo, con riguardo all'impossibilità di rinvenire una legge scientifica di copertura o di escludere fattori causali alternativi, già CONSULICH (2018b), p. 217.

¹⁰¹ In argomento, DE FRANCESCO (2005), p. 129 s.

¹⁰² Invero, un ulteriore problema nel ricondurre i danni da esposizione a sostanze tossiche o gli inquinamenti storico-progressivi alla responsabilità dell'ente collettivo sarebbe rappresentato, per un verso, dalla lunga latenza delle patologie e dello sversamento seriale e prolungato nel tempo di inquinanti nell'ambiente, nonché, per altro verso, dalla relativamente recente entrata in vigore delle uniche ipotesi ad oggi invocabili in questi casi: l'art. 25-*septies* del d. lgs. 231 del 2001, introdotto nel relativo decreto solamente nel 2007, e gli ecolodetti di inquinamento e disastro ambientale, conati ed inseriti tra i reati presupposto 231 (all'art. 25-*undecies*) solamente nel 2015. Il principio di irretroattività della legge penale imporrebbe infatti di considerare come rilevanti esclusivamente le emissioni successive rispettivamente al 2007 e al 2015. Di qui le evidenti difficoltà di imputare gli eventi manifestatisi esclusivamente alle predette condotte (qualora non già cessate). Sul punto, con specifico riferimento alle malattie professionali, ALESSANDRI (2010), p. 223.

¹⁰³ Cfr. CONSULICH (2018b), pp. 207 ss. In senso sostanzialmente opposto, generalizzando gli approdi ricavabili dalla piena valorizzazione dell'art. 8, cioè rendendoli applicabili anche alle ipotesi di cui all'art. 6 e 7, VALENTINI (2020), *passim*, il quale osserva che l'art. 8 è «una norma di parte generale pensata per i casi regolari» (p. 2).

¹⁰⁴ Cfr., tra gli altri, DE SIMONE (2012), p. 347 s., il quale osserva che, in queste ipotesi, «viene meno la possibilità di "ritagliare" il rimprovero sulle caratteristiche personali [dell'autore fisico] e di considerare la concreta situazione esistenziale in cui egli si è trovato ad agire». In senso analogo, CONSULICH (2018b), p. 206; nonché, a brevissima distanza temporale dall'entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, MUSCO (2001), p. 9. D'altra parte, se si considera l'imputabilità quale presupposto della colpevolezza e si ammette, al contempo, la responsabilità dell'ente anche qualora l'autore-persona fisica non sia imputabile, non vi è dubbio che debba escludersi la rilevanza della colpevolezza individuale. Così, in particolare, LOTTINI (2007), p. 2321. Sul punto, tra gli altri, anche MONGILLO (2018), pp. 350 ss.

Alla base della posizione qui sostenuta vi è inoltre che il d. lgs. 231/2001 predispone un compendio normativo e strutturale del “dovere” di agire dell’ente in modo del tutto indipendente rispetto alle declinazioni che la responsabilità individuale può assumere nel diritto penale classico. Il rimprovero della *societas* viene fondato sulla mancata adozione di modelli comportamentali idonei a prevenire *non tanto uno specifico evento*, quanto, piuttosto, una *classe di illeciti*. Da qui l’irrelevanza della *colpevolezza individuale* e, per converso, la valorizzazione di una sorta di “*colpevolezza colposa*” dell’ente¹⁰⁵. In quest’ambito, non interessa infatti che il soggetto-persona fisica non avesse, in concreto, la possibilità di adeguarsi alla condotta che avrebbe tenuto, in sua vece, l’agente modello; ciò che assume significato dirimente è che l’ente potesse organizzarsi per ridurre il rischio di verifica di un reato appartenente alla medesima classe di quello verificatosi: eventualità tipicamente da escludersi, ad esempio, nelle ipotesi in cui l’illecito fosse stato commesso a brevissima distanza temporale dall’introduzione del reato presupposto nel catalogo 231¹⁰⁶.

In termini parzialmente differenti è orientato il diritto vivente, che, pur accedendo ad un inquadramento dogmatico della responsabilità dell’organizzazione assai prossimo alla teoria dell’accessorietà limitata (si richiede esclusivamente la commissione di un fatto tipico e antigiuridico da parte dell’autore ‘principale’: l’art. 8 viene dunque inteso in senso delimitativo rispetto a quanto deve essere provato), non pare transigere sulla necessità di poter ricondurre alla categoria degli apicali o dei subordinati la persona fisica (ignota) autrice del reato; e ciò soprattutto a causa del diverso regime probatorio delineato dagli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001¹⁰⁷.

Una risposta a siffatta obiezione, recante con sé l’auspicio di un’inversione di tendenza rispetto al richiamato *trend*, ben potrebbe, in ogni caso, essere ricavata proprio da un recente arresto della (più avveduta) giurisprudenza di legittimità. È il caso Impregilo: vicenda che aveva visto l’ente imputato dell’illecito di cui all’art. 25-ter, lett. r), del d. lgs. 231/2001 per due ipotesi di aggiotaggio (art. 2637 c.c.) commesse da soggetti apicali in concorso tra loro (nella specie, l’amministratore delegato ed il presidente del c.d.a.). In quella sede, la Cassazione, plasmando l’illecito dell’ente sul modello del reato colposo di evento, ha avuto modo di evidenziare che l’art. 6, pur prevedendo che, nei casi di commissione del reato da parte di soggetti apicali, l’*ente non risponde se prova che [...] l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*, «non prevede alcuna inversione dell’onere probatorio. [La disposizione] è espressiva, piuttosto, del principio per cui il fondamento della responsabilità dell’ente è costituito dalla “colpa di organizzazione”, essendo tale *deficit* organizzativo quello che consente la piana ed agevole imputazione all’ente dell’illecito penale»¹⁰⁸. Se così è (almeno se pare alla Corte), vien naturalmente meno anche la richiamata obiezione volta a restringere i casi riconducibili al dettato di cui all’art. 8 alle sole ipotesi di autore non identificato, ma individuabile in una determinata cerchia di soggetti apicali o subordinati¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Sulla “colpevolezza colposa” individuale, per tutti, CASTRONUOVO (2009), pp. 462 ss.

¹⁰⁶ Così, PALIERO (2021), p. 68 e, da ultimo, CASTRONUOVO (in corso di pubblicazione).

¹⁰⁷ Cfr., ad es., Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2022, n. 34943, nonché, diffusamente, Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 2829. Più di recente, pare orientarsi in senso analogo, seppur in via implicita, anche Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2024, n. 24058. In questa direzione, in dottrina, tra gli altri, DE SIMONE (2012), p. 348; AMATO (2015), p. 224 s.; BARTOLI (2016), p. 31 s.; MANNA (2021), p. 19; ORSINA (2024), p. 68. Ritengono necessaria la restrizione dell’operatività della norma ai casi di *imputazione soggettivamente alternativa*, DE VERO (2008), pp. 204 ss., in part. 208 s.; GUERINI (2018), p. 56 s.; BELLACOSA (2021), p. 300. Ragiona in termini di alleggerimento dell’onere della prova gravante sull’accusa, che potrebbe limitarsi ad allegare elementi indiziari, BERNASCONI (2018), pp. 88 ss. Limita l’ambito di applicabilità della norma ai soli reati colposi commessi con colpa protocollare o organizzativa SANTORIELLO (2023), pp. 87 ss. Pone dubbi, *de iure condito*, sulla concreta operatività della disposizione, avente «più la funzione di affermare l’inderogabilità della responsabilità dell’ente rispetto alle vicende punitive del singolo, che non quello di fondare un terzo paradigma di imputazione», e ciò a causa dell’impossibilità di ricavare, nei casi in esame, la colpevolezza individuale, ALESSANDRI (2010), p. 223 s. Considera indispensabile l’accertamento del reato in tutti i suoi elementi essenziali, oggettivi e soggettivi, e dunque propende per l’inammissibilità della responsabilizzazione dell’ente nei casi in cui il soggetto non sia stato identificato, PECORELLA (2022), p. 80 s. Sull’impostazione del diritto vivente nella specifica materia ambientale, tra gli altri, BIRITTERI (2021), pp. 297 ss.

¹⁰⁸ Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in “Giurisprudenza Italiana”, 2022, pp. 2757 ss., con nota di DE SIMONE (2022): il chiaro Autore mostra nondimeno perplessità circa la compatibilità della soluzione accolta da tale pronuncia con la lettera della legge (p. 2761 s.). Nel caso di specie, ritengono, in ogni caso, del tutto insussistente un censurabile ‘straripamento di potere’ da parte della Suprema Corte: FUSCO, PALIERO (2022), pp. 124 ss. Una fedele sintesi della pronuncia è rinvenibile in PIERGALLINI C. (2022). In commento alla sentenza, anche MONGILLO (2023), pp. 714 ss. e RENZETTI (2023), pp. 109 ss. Per un commento ad una recente sentenza di Cassazione riaffermante la naturale distinzione tra responsabilità (e colpevolezza) della persona fisica e dell’ente, CILIA, PINARDI (2023), pp. 144 ss.

¹⁰⁹ Invero, rimarrebbe da sciogliere il nodo – già di per sé problematico e fortemente discusso anche nelle ipotesi in cui il soggetto risulti individuato – relativo alla prova dell’elusione fraudolenta: senza dubbio assai difficilmente ricavabile nella sua declinazione soggettivistica (postulante un antagonismo degli apicali rispetto alle prescrizioni imposte dalla società), ma, a ben vedere, di non agevole dimostrazione (non volendolo appiattare sul criterio dell’idoneità organizzativa) nemmeno nella sua “altra” declinazione: quella oggettivistica, consistente cioè in

Accogliendo la ricostruzione rappresentata, ciò che diverrebbe realmente problematico sarebbe invece la possibilità di comprendere *oltre ogni ragionevole dubbio* la *natura dolosa o colposa* del fatto illecito commesso dalla persona fisica: questione dirimente per individuare la fattispecie applicabile ricompresa ora tra i reati-presupposto richiamati nella duplice forma (dolosa e colposa), ora, ancor più, nei casi in cui a trovar spazio nel catalogo 231 fossero alternativamente le ipotesi o dolose o colpose¹¹⁰. Nei casi in cui il soggetto rimanga ignoto, al di fuori della poc' anzi richiamata ipotesi di mancata *identificazione* dello stesso, la *rischiosità dolosa o colposa* della condotta del fatto-base potrebbe al più mostrare la propria *tendenzialità*. Parrebbero assumere rilevanza puramente teorica i casi di *sicura* commissione (cioè rispettosa dello standard dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*) di un reato presupposto a base dolosa o colposa nei quali rimanga non individuato il rispettivo autore-persona fisica. Nelle vicende in analisi, è inevitabile che la tipicità soggettiva del fatto-base venga a scolorire i propri peculiari connotati: ciò che rimarrebbe, in fondo, sarebbe qualcosa di simile ad un vero e proprio fatto solo oggettivamente tipico e antiggiuridico, nemmeno immaginabile nel diritto penale classico.

Se non si vuole predicare un'inapplicabilità dell'art. 8 in pressoché tutte le ipotesi in cui questo potrebbe venire in rilievo, dunque, delle due l'una: o si ammette che nei casi "ibridi", ove il fatto base pare palesare una mera "tensione" verso la *tipicità soggettiva dolosa o colposa*, l'ente possa rispondere ugualmente per la mancata organizzazione volta a contenere un reato presupposto doloso o colposo (soluzione chiaramente insostenibile alla luce della natura sostanzialmente penale della responsabilità dell'ente), o si dovrebbe ammettere una soluzione assai artificiosa e disfunzionale: considerare forzatamente tutte queste ipotesi di matrice colposa, in virtù del principio dell'*in dubio pro reo*. Tale approdo implicherebbe però evidenti ricadute (negative) anche in chiave politico-criminale: la maggior parte dei reati presupposto 231 sono puniti a titolo di dolo.

Una completa valorizzazione della portata innovativa dall'art. 8 potrebbe allora condurre – solo in questi casi, in cui l'autore del reato presupposto rimanga ignoto – a valutare un diverso punto di riferimento per desumere la *colposità* o la *dolosità* del reato presupposto, beninteso, quale elemento costitutivo dell'*autonomo illecito dell'organizzazione*: il *modo di agire dell'ente*. Ad assumere rilievo sarebbe così, alternativamente, un paradigma intrinsecamente colposo o da esso assai distante – e dunque assimilabile per approssimazione ad un paradigma doloso – del *fatto dell'ente*, poggiante sulla presenza o sull'assenza (beninteso: "*volontaria*") nel modello organizzativo o, più in generale, nello specifico contesto aziendale di *modelli comportamentali* idonei a ridurre il rischio di verifica *del reato del tipo di quello verificatosi*¹¹¹.

La questione è stata approfondita soprattutto per distinguere la c.d. "*colpa di organizzazione*" (ravvisabile nelle ipotesi di inidoneità o inefficace attuazione del *MOG*), da quelle di c.d. "*colpevolezza di organizzazione*" (implicante la mancanza *tout court* del modello o, aggiungiamo noi, di modelli comportamentali volti a prevenire rischi-reato). Distinzione, peraltro, dalla quale si è fatta discendere una diversa strutturazione dell'illecito dell'ente: assimilabile al reato colposo di evento nel primo caso; qualificante il reato-presupposto quale condizione obiettiva di punibilità annessa ad un illecito di rischio, nel secondo. Solamente nelle ipotesi in cui il *MOG* fosse presente, seppur inidoneo o inefficacemente attuato, – si è osservato – «il dovere di auto-organizzazione e di auto-normazione può essere ricostruito come regola cautelare tesa a scongiurare la realizzazione di reati presupposto da parte dell'ente»¹¹². Nei casi di totale

una condotta obliqua, subdola, ingannatrice o falsificatrice. Pongono in luce la problematica anche PELISSERO, SCARONA, NAPOLEONI (2020), p. 157. Per un consuntivo critico degli orientamenti proposti su tale requisito, si rinvia, per tutti, a SCOLETTA (2024), pp. 131 ss. Una lettura idonea a consentire l'applicabilità della norma in coerenza con la ricostruzione proposta in questa sede potrebbe essere quella prospettata da TRIPODI (2021), pp. 230 ss., in part. 243 ss., che individua nel requisito dell'elusione fraudolenta la necessaria 'genuinità' della violazione del modello da parte degli apicali. In altri termini, secondo questa ricostruzione, l'Accusa dovrebbe provare elementi indizianti la presenza di una sorta di "messa in scena organizzativa", costruita scientemente al fine di assicurare l'irresponsabilità dell'ente per reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio.

¹¹⁰ Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 25-*septies* del d. lgs. 231/2001, che richiama esclusivamente i delitti colposi di omicidio e lesioni personali gravi o gravissime commessi in violazione della normativa antinfortunistica, non menzionando le – pur assai difficilmente rinvenibili nella prassi – rispettive ipotesi dolose. Significativa, rispetto alla necessità di individuare l'elemento soggettivo del reato anche solamente per poterlo ricondurre ad una ipotesi criminosa o meno, è altresì l'esemplificazione richiamata da SANTORIELLO (2023), p. 82, il quale evidenzia che «il delitto di falso in bilancio, che sotto il profilo oggettivo, consiste nella redazione di un documento contabile in maniera difforme dal vero, [...] può derivare tanto dall'incapacità ed incompetenza dei redattori dello stesso [...] quanto da una intenzionale volontà di esporre il falso allo scopo di occultare perdite di esercizio di particolare rilievo».

¹¹¹ Sulla citata impostazione, per tutti, PALIERO, PIERGALLINI C. (2006), pp. 178 ss.

¹¹² La precisazione circa la necessità di accertare non tanto (o solo) l'*assenza di modelli organizzativi* formalmente adottati, quanto, piuttosto, il *deficit di modelli comportamentali* volti a ridurre il rischio di reati presupposto è obbligata alla luce delle più recenti – e condivisibili – pronunce orientate ad una visione sostanzialistica della colpa di organizzazione. Cfr., ad es., Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 2022, n. 18413,

assenza del modello (o di una organizzazione in merito alla prevenzione dei reati presupposto), non è rintracciabile un paradigma assimilabile a quello colposo, «dal momento che risulta *in apicibus* – o, meglio, *ab imis* – consapevolmente violata la macro-meta-regola di “organizzazione dell’organizzazione” a fini di prevenzione del rischio reato»; dis-organizzazione che fomenta l’agire criminoso¹¹³. In fondo, una sorta di *disorganizzazione organizzata*.

Come anticipato, tali considerazioni potrebbero essere richiamate anche con riferimento all’individuazione della fattispecie applicabile nei casi in cui l’autore del reato rimanga ignoto, seppur con una precisazione: ai fini della riconduzione del fatto dell’ente ad un illecito presupposto doloso o colposo occorrerebbe valutare non tanto l’assenza di organizzazione (o la sua carenza) *tout court*, volta a ridurre il rischio di verifica di *tutti* i reati presupposto, quanto, invece, l’assenza o il difetto di organizzazione con riguardo alla *specifica tipologia di reati della specie di quello realizzatosi*¹¹⁴. La ragione è presto detta: deve sempre rifuggirsi dalla logica precauzionale insita nella rimproverabilità dell’ente «per la violazione di una regola organizzativa generale, di natura progettuale e cautelativa, pur in assenza di una specifica correlazione di rischio tra la regola trasgredita (il dovere di organizzarsi) e il tipo di evento occorso»¹¹⁵. E ciò quand’anche la *societas* abbia frontalmente contravvenuto all’aspettativa che la collettività ripone sulla circostanza «che ciascun ente “organizzi la sua organizzazione” *contra crimina* trasmettendo a ogni altro ente segnali di conferma di tale aspettativa, e il cui tradimento a sua volta impone la riconferma delle aspettative deluse attraverso l’applicazione della sanzione all’ente disorganizzato»¹¹⁶.

Nella prassi potrebbero darsi essenzialmente tre ipotesi.

a) Reato presupposto a base colposa. Questi casi – a cui sono tendenzialmente riconducibili i danni dipendenti dallo svolgimento di un’attività rischiosa – sono tipicamente considerati meno ‘impegnativi’ sul piano del rimprovero dell’ente sotto il profilo in esame, almeno qualora sia certa la violazione di una regola cautelare da parte di un soggetto rimasto pur tuttavia non individuato: si pensi, in ipotesi, a sversamenti inquinanti o ad emissioni di sostanze tossiche oltre soglia dovute ad una cattiva manutenzione di un misuratore di emissione¹¹⁷. Ciò non di meno, pur a fronte di un fatto-base tendenzialmente colposo, quale quello richiamato, la prassi potrebbe mostrare situazioni in cui il soggetto (rimasto ignoto all’interno della *black box* organizzativa) abbia invece agito (almeno) con dolo eventuale. Soprattutto nei casi di inquinamenti storico-progressivi o malattie professionali a lunga latenza, nulla vieterebbe che un garante si fosse rappresentato la futura realizzazione degli eventi, ma avesse ugualmente deciso di agire confidando, in ipotesi, nel loro verificarsi in un momento in cui la sua carica fosse già cessata, in guisa tale da ritenere più ardua la loro riconducibilità alla sua persona: in tal caso, difficile sarebbe asserire che quest’ultimo non li avesse “accettati”¹¹⁸. E se ciò risulta

che, annullando la condanna dell’ente per l’essersi i giudici di merito limitati a constatare l’assenza di un modello organizzativo, ha statuito che «l’assenza del modello, la sua inidoneità o la sua inefficace attuazione non sono *ex se* elementi costitutivi dell’illecito dell’ente. Tali sono, oltre alla compresenza della relazione organica e teleologica tra il soggetto responsabile del reato presupposto e l’ente (cd. immedesimazione organica “rafforzata”), la colpa di organizzazione, il reato presupposto ed il nesso causale che deve correre tra i due». La qualificazione dell’assenza del modello organizzativo, così come della sua inidoneità o inefficace attuazione, non tanto quale elemento costitutivo dell’illecito dell’ente, bensì quale “mera” «circostanza *atta ex lege* a dimostrare che sussiste la colpa di organizzazione» era invero già stata riconosciuta dalla già menzionata sentenza di legittimità sul caso del disastro ferroviario di Viareggio (Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899). In dottrina, invoca da tempo la necessità di accertare prevedibilità ed evitabilità del rischio reato in concreto verificatosi anche nei casi di assenza del modello – pur invero facendo coincidere siffatta ipotesi con quella di dis-organizzazione sostanziale – MASULLO (2012), pp. 249 ss.

¹¹³ PALIERO (2021), p. 77.

¹¹⁴ Tale impostazione potrebbe invero dar risalto anche all’auspicio formulato da COCCO (2004), p. 94, che, pur con altre mire, a pochi anni dall’entrata in vigore del d. lgs. 231 del 2001, evidenziava che «da prova della colpevolezza del fatto di reato non più (necessariamente) in capo ad una persona fisica individuata [...] sul piano dogmatico e di teoria generale [si sarebbe dovuta riflettere] su un dolo ed una colpa senza autore, riflessione che inevitabilmente [avrebbe condotto] a delineare un dolo ed una colpa dell’ente, di natura ben differente dalla colpevolezza dell’ente che ritiene di mettere in campo il legislatore del 2001, vale a dire la c.d. colpa di organizzazione».

¹¹⁵ MASULLO (2012), p. 254.

¹¹⁶ Così, assimilando tale modello a quello imputativo-funzionalistico di tipo jakobsiano, PALIERO (2021), p. 77.

¹¹⁷ Cfr., tra gli altri, MONGILLO (2018), p. 354 ss.; BELLACOSA (2021), p. 300 s. In senso sostanzialmente opposto, ALESSANDRI (2010), p. 223 s., secondo il quale è nei reati dolosi che la direzione finalistica della condotta potrebbe di fatto supplire ad un «accertamento puntuale». In senso analogo, anche PULITANÒ (2002), p. 963. Ritengono, in generale, maggiormente probabile che la mancata identificazione del soggetto responsabile emerga non tanto nei reati dolosi, quanto, piuttosto, in quelli colposi, a fronte dei quali dovrebbe comunque essere accertata la natura di apicale o subordinato dell’autore-persona fisica, PELISSERO, SCAROINA, NAPOLEONI (2020), p. 157 s.

¹¹⁸ L’esempio riportato fa propria la tesi volta ad escludere, nei casi di c.d. “fallimento del piano”, l’utilizzabilità della nota (prima) formula di Frank, considerata dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp (Cass. pen., SSU, 24 aprile 2014 n. 38343) l’indicatore «sostanzialmente risolutivo» per distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente. «La formula di Frank, secondo quanto già prospettato in dottrina, non è strumento affidabile di indagine quando il caso da esaminare si connota per un evento il cui verificarsi, pur messo in conto in modo calcolato, comporti per l’autore della condotta il sostanziale, più o meno integrale, fallimento del piano. L’evento collaterale è infatti, in tale ipotesi, in relazione di incompatibilità con il fine perseguito dall’agente, come attestato dall’esempio di colui che, al fine di ottenere determinate informazioni,

già di per sé problematico da accertare nelle ipotesi in cui il soggetto risulti individuato, tale circostanza diverrebbe pressoché impossibile da comprendere qualora questi – per le peculiarità insite nella dinamica esplicativa degli eventi lesivi – risulti irrintracciabile¹¹⁹. In queste ipotesi, dunque, spostare l'attenzione sul difetto “colposo” o (tendenzialmente) “doloso” di organizzazione dell'ente – vero fulcro attorno al quale ruota il disvalore dell'illecito della *societas* – potrebbe riuscire, per un verso, ad avvicinare la responsabilità della persona giuridica al rispetto del principio di colpevolezza (che imporrebbe di valutare *an e quantum* della sua responsabilità anche sulla base della profondità e della ‘volontarietà’ della dis-organizzazione) e, per altro verso, ad evitare indebite flessibilizzazioni probatorie¹²⁰.

b) Reato presupposto a base dolosa. In queste ipotesi, risulta ancor più complicato rinvenire, senza individuarne l'autore, un fatto doloso di base rifuggendo dalla possibilità di ricadere in «trasfigurazioni normativizzanti, [in] scorciatoie presuntive secondo lo schema del *dolus in re ipsa* o [in] criteri preconfezionati di accertamento»¹²¹. Si pensi, ad esempio, ad un reato informatico a vantaggio dell'ente compiuto senza che possa essere rintracciato l'autore ora per l'immissione di codici di riconoscimento appartenenti a terzi, ora per l'utilizzo di siti che consentono di navigare in incognito in rete¹²². Anche in questi casi, che pur parrebbero configurare un agire intrinsecamente doloso, non parrebbe potersi escludere, per i motivi più disparati, che il soggetto interno all'impresa avesse, in realtà, agito in modo negligente, imprudente o imperito (si pensi, ad esempio, ad un caso in cui il soggetto sia incorso in un errore sul fatto). A ciò si aggiunga che «tra gli elementi sintomatici del dolo, la dottrina e la giurisprudenza annoverano – oltre alle modalità della condotta, all'eventuale apprestamento di mezzi di esecuzione e a tutte le circostanze fattuali dell'agire – anche la *personalità dell'autore, il movente e l'atteggiamento post delictum*». Breve: l'impossibilità di individuare l'ipotetico colpevole renderebbe «inservibili tutti gli indicatori del coefficiente psicologico del reato che ruotano attorno alla persona del reo e che potrebbero anche smentire massime di esperienza *prima facie* applicabili»¹²³. E tale circostanza risulta ben nota anche a coloro i quali, «per evitare che si finisca, in molti casi quasi fatalmente, per ‘girare in tondo’» nell'accertamento del reato presupposto, propongono un intervento legislativo volto consentire «uno standard probatorio minore dell'oltre ogni ragionevole dubbio, vale a dire quello del “più probabile che non”, anche detto “prova preponderante” (almeno il 51%)», invero compensato «dalla dimostrazione di un duplice nesso tra reato e impalcatura organizzativa dell'ente, nei termini che seguono: la realizzazione del fatto individuale [...] deve essere stata determinata o sensibilmente agevolata da una lacuna organizzativa dell'ente; l'impossibilità di provare oltre ogni ragionevole dubbio la commissione del reato, nei suoi presupposti oggettivi e soprattutto soggettivi, da parte di un soggetto della *societas* deve dipendere da un difetto di trasparenza organizzativa»¹²⁴. Pur condividendo le ragioni di fondo su cui si basa tale autorevole proposta normativa – anch'essa volta a valorizzare, in definitiva, il *deficit* scalare di organizzazione –, a noi pare che anche nei casi in analisi il tentativo di sopperire al difetto di prova della tipicità soggettiva del reato presupposto ben potrebbe essere ragionevolmente assicurato dal mutamento del termine di riferimento per valutarne (benché artificiosamente) la *colposità* o la (tendenziale) *dolosità*: comunque da provare, oggi, alla stregua dello stringente parametro dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*.

sottoponga a sevizie una persona che, proprio per le sevizie subite, muoia e quindi non sia più nelle condizioni di riferire quanto l'agente desiderava conoscere». Questo il passaggio centrale, per ciò che qui interessa, della (prima) pronuncia della Suprema Corte sul caso Ciontoli (Cass. pen., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049). Per un commento alla vicenda, seppur parzialmente sotto diversi profili, tra gli altri, PIERGALLINI F. (2020), *passim*; GARGANI (2020c), *passim*. Sulla tendenziale incompatibilità tra “morti bianche” e “dolo eventuale” a partire, in particolare, dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp, per tutti, CASTRONUOVO (2023), pp. 310 ss.

¹¹⁹ Risolve la questione valorizzando il «complessivo orientamento dell'intera struttura all'illecito», ravvisabile, ad esempio, «nei casi di gestione successiva di un sito esposto in modo incontrollato ad un contaminante, [in cui risulti individuabile una] accettazione aziendale o [un] vero e proprio doloso programma di impresa, senza che si possa ricondurre ad una precisa persona fisica la scelta di quello specifico tipo di governo del sito o di trattamento dei rifiuti, tale per cui l'evento consegue all'accumulo di successive (e spesso consapevoli) inerzie manageriali degli amministratori», CONSULICH (2018a), p. 38 s.

¹²⁰ Tale soluzione, ne siamo consci, porterebbe in questi casi al paradosso di considerare non punibile l'ente nelle ipotesi (più gravi) in cui, da un lato, la *societas* non si sia organizzata per prevenire la verifica del tipo di quello verificatosi e, dall'altro lato, il reato fosse richiamato nel d. lgs. 231 del 2001 esclusivamente nella propria declinazione colposa. In queste ipotesi, nondimeno, il vizio di ragionevolezza non dipenderebbe dalla soluzione ermeneutica adottata, bensì – alla pari della non punibilità dell'ente per i delitti dolosi di omicidio e lesioni personali commessi in ambito lavorativo da soggetti ben individuati – da un difetto normativo.

¹²¹ Così, MONGILLO (2018), p. 355, anche mediante il richiamo a BRICOLA (1960). Non ha dubbi nel ritenere possibile (e doveroso) valorizzare, in queste ipotesi, l'agire “naturalisticamente doloso” del soggetto fisico PULITANO (2002), p. 963.

¹²² L'esempio è ripreso da MONGILLO (2024), p. 356.

¹²³ MONGILLO (2018), p. 357.

¹²⁴ MONGILLO (2018), p. 357 s.

Lobiezione al ragionamento è prevedibile: in tal modo si finirebbe per confondere la *dolosità* o *colposità* del reato presupposto con quella del fatto dell'ente.

Purtuttavia, ciò che si vuole predicare non è una sovrapposizione/confusione tra piani "soggettivi". La soluzione sarebbe esclusivamente volta, in presenza di un fatto individuale *tipico e anti-giuridico*, ad orientare la scelta tra la fattispecie dolosa o colposa (qualora presente nel catalogo 231) quale componente dell'autonomo illecito dell'ente, così tentando di rendere quel fatto *deprivato di colpevolezza individuale* un segmento dell'illecito *colposo* o (*tendenzialmente*) *doloso dell'organizzazione*.

c) Reato presupposto a base soggettivamente pregnante. Quanto osservato, in generale, con riferimento alle fattispecie dolose, potrebbe essere richiamato anche per le fattispecie c.d. soggettivamente pregnanti: si pensi al classico esempio della corruzione, in cui è la volontà dei contraenti a dar significato al *pactum sceleris*¹²⁵. In queste ipotesi, non è detto che una ricostruzione del fatto base (pur connotato soggettivamente) non possa comunque emergere dagli indizi fattuali rinvenibili nel caso di specie¹²⁶. Anche in tali situazioni, però, il *deficit* di prova dell'elemento soggettivo inevitabilmente ravvisabile qualora rimanga non identificato l'autore, in quanto *maggiormente* significativo già in sede di tipicità individuale, dovrebbe, a maggior ragione, essere colmato dalla *colpevolezza di organizzazione*, intesa come mancanza *volontaria* di apprestamento di cautele volte ridurre il rischio di verificazione del reato. D'altra parte, l'insufficienza di una "mera" *colpa di organizzazione*, cioè dell'inidoneità delle cautele pure apprestate o della loro inefficace attuazione, dipenderebbe proprio dal rilievo assunto, in queste ipotesi, dall'elemento soggettivo e, dunque, dal più ampio scarto tra ciò che è realmente avvenuto e ciò che potrebbe essere ragionevolmente provato.

Tali riflessioni, pur ancora ad uno stadio embrionale, potrebbero forse fornire, almeno nei casi in cui non risulti individuato l'autore del reato, un contributo al reale 'peso' della colpevolezza dell'ente, nel nostro ordinamento fondata, almeno secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, proprio sulla carenza di "organizzazione dell'organizzazione".

Tale meccanismo, non sarebbe invece invocabile nelle ipotesi in cui il soggetto-persona fisica risulti individuato o non risultino identificabili le sue generalità: in siffatte situazioni, naturalmente, tornerebbero rilevare i tradizionali meccanismi di ascrizione del reato previsti agli artt. 6 e 7 del d. lgs. 231/2001.

6.2.

Le ragioni di opportunità politico-criminale ed i pericoli per i principi di legalità e di responsabilità per fatto proprio e colpevole derivanti dall'adozione del paradigma in analisi.

Nelle ipotesi di esposizione a sostanze tossiche o di inquinamenti storico-progressivi, la proposta di valorizzare il rimprovero "penale" dell'ente collettivo formalmente *in aggiunta*, ma, in sostanza, *in sostituzione* a quello individuale, a causa delle accertate difficoltà di corretto accertamento di quest'ultima forma di responsabilità¹²⁷, pare altresì ragionevole in un'ottica più squisitamente politico-criminale.

Il primo reale beneficiario dalla politica d'impresa, ed il soggetto al quale questa risulta effettivamente imputabile, risulta proprio l'ente collettivo: «l'unico [...] in grado di condurre a sintesi una pluralità di azioni di per sé prive di autonomo significato. [...] L'autore fisico – si osserva efficacemente in dottrina – sfuma dietro ai lineamenti, questi sì ben definiti, del soggetto collettivo che ha tratto per lungo tempo un ingente beneficio dall'attività e dal risparmio sulle tutele ambientali – o, aggiungiamo noi, antinfortunistiche o poste a tutela della sicurezza alimentare – dovute»¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. D'ARCANGELO (2017), p. 27, il quale, ritendendo essenziale che, anche nei casi di autore ignoto, il reato presupposto debba risultare «intero in tutti i suoi elementi essenziali e non già un reato "dimidiato", composto della sola tipicità ed anti-giuridicità», conclude che «l'art. 8, d.lgs. 231/2001, può trovare applicazione in presenza di quelle figure criminose nelle quali l'elemento soggettivo polarizza ed esprime il disvalore del fatto e che, pertanto, già sul piano della tipicità (e delle sue manifestazioni concrete) consentono di apprezzare se si sia in presenza di un fatto doloso o colposo, pur in assenza della compiuta identificazione del proprio autore». In senso quasi del tutto analogo, anche STORTONI, TASSINARI (2006), pp. 16 ss. Considera tali ipotesi eccezionali rispetto alla soluzione adottata (che esclude la rilevanza della colpevolezza nel reato base), anche CONSULICH (2018b), p. 206 s.

¹²⁶ Cfr. MONGILLO (2018), p. 356.

¹²⁷ V. *supra*, § 6.

¹²⁸ CONSULICH (2018b), p. 198, 201, il quale, peraltro, rileva come dalla lettura degli artt. 28 e ss. del d. lgs. 231/2001 (sul punto, per tutti,

D'altro canto, tale impostazione finirebbe per ingenerare un evidente *effetto di deterrenza*, che fungerebbe da spinta per la costruzione di modelli organizzativi coerenti con la multidirezionalità dei rischi oggetto di valutazione e gestione (*rectius* con i rischi-reato che ne rappresentano la concretizzazione): verrebbe così assicurato un efficace effetto preventivo rispetto ai fenomeni in esame.

Ciò fermo, una considerazione è però d'obbligo. Tali esigenze – per quanto meritevoli di perseguimento e valorizzazione – debbono arrestarsi innanzi al rispetto dei principi costituzionali. Finché mancherà una fattispecie di comune pericolo idonea a sanzionare fatti di esposizione prolungata a sostanze tossiche – dunque direttamente offensivi per la salute pubblica –, l'impostazione proposta potrà al più rappresentare un buon auspicio per il futuro¹²⁹.

Ma ciò non basta. Quand'anche si volesse aderire all'interpretazione della fattispecie di “altro disastro” fatta propria dal diritto vivente – ritenendola quindi idonea a sanzionare anche fatti caratterizzati da una etiologia lenta e diluita nel tempo –, l'elefante nella stanza sarebbe comunque rappresentato dalla sua incomprensibile mancanza – alla pari, tra gli altri, dei delitti previsti agli artt. 437 (disposizione utilizzata anche per sanzionare il c.d. “disastro interno”) e 439 c.p. – nel catalogo dei reati presupposto¹³⁰. E tale sbarramento mai potrebbe essere aggirato in via ermeneutica, valorizzando, da un lato, l'osmotica relazione tra ambiente interno ed esterno ai luoghi di lavoro e, dall'altro lato, la presenza nel catalogo 231 degli eco-delitti di inquinamento e disastro ambientale¹³¹. La verifica di un disastro etiologicamente connesso, in ipotesi, alla violazione di *regole cautelari strettamente antinfortunistiche* rappresenterebbe la concretizzazione di un vero e proprio *rischio lavorativo*; e ciò anche qualora da questo siano successivamente derivati danni all'ambiente. Detto altrimenti, a colmare l'evidenziato vuoto normativo non potrebbe soccorrere il carattere multidirezionale dei rischi suscettibili di tradursi in eventi lesivi (o pericolosi) invadenti aree di tutela non direttamente salvaguardate dalle regole cautelari violate. Soprattutto a seguito della già richiamata pronuncia di legittimità sul caso Impregilo – che ha strutturato, sulla scorta di approfondite elaborazioni dottrinali, la c.d. colpa di organizzazione «attingendo a piene mani dall'arsenale concettuale dalla dogmatica della colpa»¹³² – non può infatti dubitarsi della necessità di accertare, anche sul piano della responsabilità dell'ente collettivo, il *nesso di rischio intercorrente tra il difetto di organizzazione* (da intendersi quale mancato contenimento dello specifico rischio-reato) e l'*illecito* successivamente materializzati¹³³. Se la questione attenga poi alla *tipicità* o alla *dimensione più strettamente “colpevole”* dell'illecito dell'ente ora non rileva: ciò che preme evidenziare è l'imprescindibilità di tale accertamento anche nella valutazione della responsabilità (sostanzialmente penale) della persona giuridica.

CAPOZIO, VOZZA [2024], pp. 938 ss.) il principio di responsabilità personale dell'ente assuma caratteri più sfumati, ben potendo la persona giuridica rispondere anche a seguito di una propria ‘trasfigurazione strutturale’. Analogamente, sempre CONSULICH (2018a), pp. 20 ss. In senso non dissimile, pur senza toccare profili dommatici, già ACCINNI (2015), p. 771, che osserva emblematicamente come, in questi casi, i singoli soggetti garanti succedutisi alla guida dell'impresa, all'interno del processo, sarebbero da considerare «alla mera stregua di “ostaggi processuali”». Ritiene indispensabile per garantire un'efficace tutela preventiva dell'ambiente indirizzare il precetto (e la sanzione) penale anche all'ente collettivo altresì PERINI C. (2018), p. 223 s.

¹²⁹ Una coerente soluzione normativa potrebbe essere alternativamente scelta tra due modelli. Da un lato, potrebbe risiedere nell'enucleazione di una fattispecie di mera condotta, che, assicurando un'anticipazione di tutela, avrebbe altresì il vantaggio di riuscire a superare le criticità relative all'individuazione dei garanti e all'accertamento della causalità e della colpa. La prova della pericolosità delle sostanze oggetto di esposizione ben potrebbe derivare, tra gli altri, da studi epidemiologici e, non dovendosi individuare necessariamente i singoli soggetti colpiti, il problema relativo alla multifattorialità delle patologie potrebbe risolversi a monte. In tal guisa, potrebbe altresì giungersi ad attribuzioni di responsabilità penali individuali compatibili con i principi di responsabilità per fatto proprio e colpevole. Auspica l'approdo ad un siffatto intervento legislativo, evidenziando tuttavia la necessità di ripensare le relative cornici edittali, GARGANI (2016), p. 17. Dall'altro lato, si potrebbe ripiegare su una nozione di “disastro sanitario” eretta su due requisiti: «la lesione non lieve a tre o più persone e il pericolo concreto di ulteriori offese a vita, salute o incolumità di più persone». Così DONINI (2007), p. 325. Certo, in questa ipotesi, vista la difficoltà di accertamento della causalità individuale, la prova del nesso intercorrente tra l'esposizione al fattore patogeno e la lesione non lieve delle (almeno) tre persone dovrebbe essere ricercata nelle risultanze di studi epidemiologici: oggi, se ben condotti, in grado di indicare non solo l'aumento di probabilità di contrazione della patologia, bensì anche l'eccesso di morbilità collegata alla condotta di esposizione. Rimanendo qui indifferenti i danni alle cose, gli almeno 3 eventi lesivi dovrebbero fungere da riferimento (ontologicamente verificabile) di disvalore della fattispecie, che tuttavia rimarrebbe un reato di comune pericolo. Tale elemento permetterebbe di ridurre la discrezionalità del giudice nel momento di valutazione della “pericolosità” della condotta, non di rado strettamente correlata al periodo di tenuta della stessa. D'altro canto, nulla toglie che nei casi in cui potesse essere correttamente individuata anche l'identità dei soggetti passivi, tale fattispecie potrebbe trovare applicazione in concorso con quelle di evento lesivo alla persona di cui al Titolo XII. Per una chiara rappresentazione del metodo epidemiologico – anche nei propri vari sottotipi –, MASERA (2007), pp. 105 ss. e ZIRULIA (2018a), pp. 262 ss.

¹³⁰ Per tutti, CASTRONUOVO (2024a), p. LL.

¹³¹ Se ben si comprende, paiono aprire alla soluzione qui criticata CHILOSI, RICCARDI (2023), p. 82 s.

¹³² DE SIMONE (2022), p. 2763.

¹³³ Rilevava la necessità di ricostruire tale nesso di rischio (dall'A. definito come “nesso normativo”), già PALIERO (2021), p. 79.

7. Uno sguardo di sintesi.

Corretto accertamento della responsabilità penale e danni da esposizione a sostanze tossiche rappresentano spesso, ancora oggi, un ossimoro. A recidere il nodo gordiano non è bastato il promettente mutamento di paradigma, orientato a superare le criticità riscontrate sul piano dell'individuazione dei soggetti garanti, dell'accertamento della causalità e dell'elemento soggettivo valorizzando fattispecie anticipanti la soglia di punibilità al "mero" pericolo comune: per i beni vita, salute e integrità fisica di una pluralità indeterminata di persone. Come si è avuto modo di osservare, anche tale impostazione ermeneutica mostra le proprie criticità sul piano del rispetto dei principi costituzionali vigenti in materia penale.

Il *principio di legalità* viene privato di reale portata selettiva da derive ermeneutiche volte, per un verso, a ricomprendere ipotesi di danni (alla salute e all'ambiente) ad etiologia lenta e diluita nel tempo sotto l'ombrello del "disastro innominato" (art. 434 c.p.), nonché, per altro verso, ad utilizzare fattispecie direttamente poste a salvaguardia dell'incolumità e salute pubblica (art. 439 c.p.) per colmare lacune normative presenti in materia ambientale (è il caso del conio del nuovo referente di valore per i delitti di cui al Titolo VI del codice penale: *l'incolumità ambientale*)¹³⁴.

I *principi di responsabilità per fatto proprio e colpevole*, nelle ipotesi caratterizzate da danni a distanza, cedono il passo a flessibilizzazioni nell'accertamento ora del nesso di causalità, ora del nesso di rischio, ora, ancora, dell'elemento soggettivo¹³⁵.

D'altro canto, il *carattere multidirezionale dei rischi* discendenti dall'esercizio di attività economiche, reclamando una loro gestione integrata, spinge a sondare terreni inesplorati in materia penale, finendo – se non approfondito – per tramutare la (già di per sé tormentata) nozione di garante inteso come "gestore di un rischio *specifico*" in una nozione di garante inteso come "gestore di un rischio *generico*"¹³⁶.

La soluzione idonea a superare gran parte dei problemi evidenziati e, al contempo, volta ad assecondare la necessità di assicurare una tutela (sostanzialmente) penale a offese a beni giuridici "vitali" (nella loro declinazione sia individuale sia collettiva) potrebbe essere ricercata, dunque, in un *ulteriormente nuovo paradigma di responsabilità penale* per danni da esposizione a sostanze tossiche (il terzo in ordine di tempo)¹³⁷, incentrato sul (tentativo di) rimprovero dell'ente collettivo; lo si ricorda, formalmente in aggiunta al rimprovero individuale, il quale implica, tuttavia, difficoltà non di rado insuperabili¹³⁸.

Allo stato, mancando una fattispecie idonea a sanzionare specificamente una buona parte dei fenomeni oggetto di indagine¹³⁹ (e mancando comunque il richiamo nel catalogo dei reati presupposto di quelle utilizzate nella prassi)¹⁴⁰, tale opzione risulterebbe insostenibile. Cio-

¹³⁴ V. *supra*, § 2, 3 e 4.

¹³⁵ V. *supra*, § 6.

¹³⁶ V. *supra*, § 5. Critico rispetto alla nozione, almeno per come intesa nel diritto vivente, CONSULICH (2018a), p. 20 s. Sull'elaborazione concettuale – che si deve, in particolare, a SSUJ, 24 aprile 2014, n. 38343, in "www.giurisprudenzapenale.com", 18 settembre 2014 –, seppur con una diversa impostazione di fondo, *inter alios*, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., *passim*; DONINI (2006), *passim*; BLAIOTTA (2010), pp. 195 ss.; MICHELETTI (2018), *passim*; DOVERE (2021), pp. 597 ss.; BLAIOTTA (2023), pp. 206 ss.; CASTRONUOVO (2023), pp. 320 ss. Pur non del tutto contrario alla valorizzazione del criterio di competenza, VALLINI (2015a), pp. 1548, rifiuta l'idea che la relativa base normativa possa essere rinvenuta nell'art. 41 c.p.

¹³⁷ Dopo quello (più tradizionale) orientato a ricercare responsabilità penali utilizzando i delitti colposi di omicidio e lesioni; e quello, successivamente emerso nella prassi giurisprudenziale (in aggiunta o in sostituzione del primo), incline a fare ricorso ai delitti di comune pericolo.

¹³⁸ L'imputazione dell'illecito all'ente, per il tramite dell'art. 8 del d. lgs. 231/2001, potrebbe altresì permettere di superare i problemi legati all'impossibilità di sanzionare, nelle ipotesi di reati colposi di evento, plurimi comportamenti che, singolarmente considerati, non assurgono a violazione di una regola cautelare, ma che, «ricondotti ad unità, esprimano una complessiva colpa dell'organizzazione». Così, CONSULICH (2018a), p. 38. Quanto ai profili relazionali della colpa individuale in contesti organizzati come quello lavorativo, nonché, più in generale, per una classificazione delle diverse declinazioni che la stessa può assumere, CASTRONUOVO (2016), pp. 216 ss. Per una recente e compiuta opera monografica, CONSULICH, (2023), *passim*, anche per i necessari richiami ai molti e importanti contributi dottrinali precedenti.

¹³⁹ Non esistono, invero, ad avviso di chi scrive, specifiche fattispecie delittuose idonee a sanzionare fatti di esposizione a sostanze tossiche in via "anticipata" rispetto alle offese – difficilmente provabili sul piano della causalità individuale – per i beni vita e salute (di singoli). Come si è avuto modo di osservare, tali ipotesi non risultano riconducibili né all'art. 434 né, assai frequentemente, al 439 (né, in quanto riferito esclusivamente agli infortuni o, in forza della propria collocazione sistematica, ai disastri *comuni*, all'art. 437 c.p.). Nemmeno il delitto di disastro ambientale di cui all'art. 452-*quater*, n. 3, c.p. potrebbe essere evocato in molte di tali situazioni: la tutela apprestata dalla norma in via diretta al bene ambiente risulterebbe non di rado dirimente.

¹⁴⁰ Ad oggi, soltanto i delitti colposi di omicidio e lesioni gravi o gravissime derivanti da violazioni di norme antinfortunistiche sono infatti inclusi nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti (art. 25-*septies* d.lgs. 231 del 2001), risultando del tutto assenti i delitti di comune pericolo del Titolo VI del c.p. Diverso, invece, il discorso per i nuovi eco-delitti del Titolo VI-*bis*, i quali, come noto e come già ricordato, figurano tra i reati 231.

nonostante, una tanto facile quanto incomprensibilmente tardiva aggiunta dei reati contro l'incolumità pubblica nel catalogo 231 potrebbe senz'altro fornire le coordinate, nel migliore dei casi, per un successivo – anche se probabilmente utopico – intervento normativo o, nel peggiore dei casi, per la strutturazione di una risposta ‘forte’ del diritto penale, funzionale ad esplicitare i propri effetti su un duplice piano: sia *preventivo* sia *repressivo*¹⁴¹.

Anche in questa chiave paradigmatica, va infatti rifiutato il tentativo di colmare lacune normative mediante la flessibilizzazione di elementi costitutivi del reato strettamente dipendenti dalla concreta attuazione di principi costituzionali, segnatamente, pretermettendo l'accertamento del nesso di rischio: il riferimento, evidentemente, è alla soluzione volta ad utilizzare le fattispecie di inquinamento e di disastro ambientale “nominato” per sanzionare la mala-gestione di rischi attinenti a sfere di tutela diverse da quella strettamente ambientale¹⁴².

Mai, in definitiva, esigenze repressive possono giustificare il mancato rispetto di canoni costituzionali di garanzia; e ciò sia che vengano intesi, com'è stato tradizionalmente, quali “principi”, sia che vengano letti, com'è stato autorevolmente proposto di recente, alla stregua di “diritti umani”¹⁴³.

Il diritto penale, su questo fronte, non ammette sconti di sorta.

Bibliografia

ABRAMI, Antonino e TEISSONNIERE, Jean Paul (2014): “Il caso Eternit”, *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, pp. 301-321

ACCINNI, Giovanni Paolo (2015): “Disastro “ambientale” ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 755-795

ACCINNI, Giovanni Paolo (2018): *Disastro ambientale. Dall'horror vacui all'horror pleni* (Milano, Giuffrè)

AIMI, Alberto (2017): “Decorso del tempo e disastri ambientali. Riflessioni sulla prescrizione del reato a partire dal caso Eternit”, *Questione Giustizia*, 1, pp. 27-38;

ALESSANDRI, Alberto (2010): *Diritto penale e attività economiche* (Bologna, Il Mulino), p. 223

AMATO, Giuseppe (2015): “Autore ignoto e responsabilità dell'ente”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, pp. 221-226

BANCHI, Elena (2024): *Declinazioni penalistiche dell'economia circolare*, in RICCARDI, SARA et al., *I novellati artt. 9 e 41 della Costituzione. L'Ambiente nel delicato equilibrio tra mercato, amministrazione e giustizia penale* (Pisa, Pisa University Press), pp. 195-199

BARTOLI, Roberto (2016): *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul «sistema 231»*, in BORSARI, Riccardo (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico* (Padova, Padova University Press), pp. 13-33

BARTOLI, Roberto (2021): voce *Fonti della colpa*, in DONINI, Massimo (a cura di), *Reato colposo, Enciclopedia del diritto, I Tematici, II* (Milano, Giuffrè), p. 519-549

BELL, H. ALEXANDER, VALSECCHI, Alfio (2015): “Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 71-81

¹⁴¹ Rispetto alla funzione “repressiva”, fanno eccezione, naturalmente, le ipotesi che nemmeno il descritto “mutamento di paradigma” riuscirebbe a risolvere. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle richiamate difficoltà di sciogliere i dubbi etiologici sull'effetto sinergico delle singole sostanze o sull'apporto causale fornito da una singola impresa ubicata in un sito fortemente industrializzato (cfr. § 6).

¹⁴² V. *supra*, § 6.2

¹⁴³ Cfr. VIGANÒ (2023), pp. 16 ss. In risposta al saggio, CAVALIERE (2023), *passim*.

BELLACOSA, Maurizio (2021): sub *art.* 8, in LEVIS, Marco, PERINI, Andrea (diretto da), *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza a vent'anni dalla sua promulgazione*, (Bologna, Zanichelli), pp. 292-315

BERNASCONI, Alessandro (2018): *L'autonomia della responsabilità dell'ente*, in PRESUTTI, Adonella, BERNASCONI, Alessandro, *Manuale della responsabilità degli enti* (Milano, Giuffrè), pp. 87-91

BIN, Ludovico (2022): *Unità e pluralità nel concorso di reati* (Torino, Giappichelli)

BIRITTERI, Emanuele (2021): *La responsabilità da reati ambientali degli enti collettivi: profili dogmatici e tecniche di prevenzione*, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 290-314

BLAIOTTA, Rocco (2010): *Causalità giuridica* (Torino, Giappichelli)

BLAIOTTA, Rocco (2023): *Diritto penale e sicurezza del lavoro* (Torino, Giappichelli)

BRAMBILLA, Patrizia (2021): “Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione”, *Sistema Penale*

BRICOLA, Franco (1960): *Dolus in re ipsa* (Milano, Giuffrè)

BRUNELLI, David (2014): “Il disastro populistico”, *Criminalia*, pp. 254-274

BUOSO, Stefania (2020): *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro* (Torino, Giappichelli)

BUOSO, Stefania (2022): “Sicurezza sul lavoro, ambiente e prevenzione: disciplina positiva e dilemmi regolativi”, *Lavoro e diritto*, pp. 271-292

CARRIERO, Maria Federica, CAMURRI, Valentina (2022): “La Cassazione sul “disastro di Viareggio”: l'aggravante antinfortunistica e la giurisdizione sugli enti stranieri”, *Archivio penale*, 1, pp. 1-66

CARUSO, Giovanni (2016): “Ambiente (riforma penale dell)”, *Digesto delle Discipline Penali*, IX agg., pp. 1-25

CASTRONUOVO, Donato (2009): *La colpa penale* (Milano, Giuffrè)

CASTRONUOVO, Donato (2012): *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato* (Roma, Aracne)

CASTRONUOVO, Donato (2015a): *Il caso Eternit. Omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale dolosi*, in FOFFANI, Luigi e CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, Vol. II, (Bologna, Il Mulino), pp. 107-147

CASTRONUOVO, Donato (2015b): “Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?”, *Legislazione Penale*, pp. 1-25

CASTRONUOVO, Donato (2016): “Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 216-246

CASTRONUOVO, Donato (2018): “La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale”, *Diritto e questioni pubbliche*, 2, pp. 11-83

CASTRONUOVO, Donato (2021): *Tecniche di tutela e principio di precauzione*, in GARGANI, Alberto (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 73-98

CASTRONUOVO, Donato (2022): “Proiezioni multidirezionali del rischio: criticità nella tutela penale della salute e dell'ambiente”, *Lavoro e diritto*, pp. 375-393

CASTRONUOVO, Donato (2023): *I delitti di omicidio e lesioni*, in CASTRONUOVO, Donato *et al.*, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 305-375

CASTRONUOVO, Donato (2024a): *La tutela dell'incolumità pubblica. Profili storici, sistematici e critici*, in CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Reati contro l'incolumità pubblica* (Torino, Giappichelli), pp. XXV-LII

CASTRONUOVO, Donato (2024b): sub art. 25-septies, in CASTRONUOVO, Donato *et al.* (a cura di), *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 637-674

CASTRONUOVO, Donato (in corso di pubblicazione): “Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa”, *Legislazione Penale*.

CAVALIERE, Antonio (2023): “‘Diritti’ anziché ‘beni giuridici’ e ‘principi’ in diritto penale?”, *Sistema Penale*, 10, pp. 63-92

CHILOSI, Mara, RICCARDI, Matteo (2023): “Profili penalistici dei modelli organizzativi. Ambiente interno e ambiente esterno: interferenze relative al catalogo «231»”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, pp. 65-95

CILIA, Danilo, PINARDI, Massimo (2023): “Responsabilità del datore e colpa di organizzazione: nessun automatismo, i due accertamenti viaggiano su binari distinti e non sovrapponibili”, *Sistema 231*, 3-4, pp. 144-151

CIVELLO, Gabriele (2018): *Delitti colposi contro l'ambiente*, in CORNACCHIA, Luigi e PISANI, Nicola (diretto da), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente* (Bologna, Zanichelli), pp. 187-205

COCCO, Giovanni (2004): “L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, pp. 90-121

CONSULICH, Federico (2018a): “Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra diritto dell'Unione e pena nazionale”, *Legislazione penale*, pp. 1-40

CONSULICH, Federico (2018b): “Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, pp. 197-222

CONSULICH, Federico (2023): *Il concorso di persone nel reato colposo* (Torino, Giappichelli), 2023

CONSULICH, Federico (2024): *Manuale di diritto penale del lavoro* (Torino, Giappichelli)

CONTRI, Francesco (2023a): “L'estensione della nozione di rischio lavorativo nei delitti a tutela della sicurezza del lavoro. Note a margine del disastro della funivia del Mottarone”, *Cassazione penale*, pp. 2503-2526

CONTRI, Francesco (2023b): “Note a margine di un'inedita (e discussa) condanna del RLS per omicidio colposo”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, pp. 33-47

CONTRI, Francesco (2024): “Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive. Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS”, *DPEI*

CORBETTA, Stefano (2014a): *I delitti contro l'incolumità pubblica. Tomo II. I delitti di comune pericolo mediante frode* (Padova, Cedam)

CORBETTA, Stefano (2014b): “Il «disastro innominato»: una fattispecie «liquida» in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive”, *Criminalia*, pp. 275-293

CORNACCHIA, Luigi (2004): *Concorso di colpe e principio di principio di responsabilità penale per fatto proprio* (Torino, Giappichelli)

CORNACCHIA, Luigi (2018): *Inquinamento ambientale*, in CORNACCHIA, Luigi e PISANI, Nicola (diretto da), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente* (Bologna, Zanichelli), pp. 89-111

CURI, Francesca (2023): *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, in CASTRONUOVO, Donato et al., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 155-219

D'ALESSANDRO, Francesco (2007): *Il diritto penale dei limiti-soglia e la tutela dai pericoli nel settore alimentare: il caso della diossina*, in *Scritti per Federico Stella* (Napoli, Jovene), pp. 1133-1222

D'ALESSANDRO, Francesco (2012): *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale* (Milano, Giuffrè)

D'ALESSANDRO, Francesco (2021): voce *Precauzione (principio di)*, in DONINI, Massimo (a cura di), *Reato colposo, Enciclopedia del diritto, I Tematici, II* (Milano, Giuffrè), pp. 975-1004

D'ARCANGELO, Fabrizio (2017): "La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, pp. 21-29

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2005): *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale ed i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in GOLDONI, Marco, SIRSI, Eleonora (a cura di), *Regole dell'agricoltura. Regole del cibo* (Pisa, Edizioni Il Campano), pp. 125-134

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2023): "Note brevi sulla 'questione ambientale'. Una lettura evolutiva delle esigenze e dei livelli di tutela", *Legislazione penale*, pp. 1-15

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2024): *Note brevi sulla 'questione ambientale'. Una lettura evolutiva delle esigenze e dei livelli della tutela*, in RICCARDI, SARA et al., *I novellati artt. 9 e 41 della Costituzione. L'Ambiente nel delicato equilibrio tra mercato, amministrazione e giustizia penale* (Pisa, Pisa University Press), pp. 121-137

DE SIMONE, Giulio (2012): *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici* (Pisa, Edizioni ETS)

DE SIMONE, Giulio (2022): "Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo", *Giurisprudenza italiana*, pp. 2757-2768

DE SIMONE, Giulio (2024): sub art. 8, in CASTRONUOVO, Donato et al. (a cura di), *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 346-370

DE VERO, Giancarlo (2008): *La responsabilità penale delle persone giuridiche* (Milano, Giuffrè)

DE VERO, Giancarlo (2016): "Il nesso causale e il diritto penale del rischio", *Rivista italiana di diritto e Procedura penale*, pp. 670-697

DEL PUNTA, Riccardo (2018): *Prefazione* a TOMASSETTI, Paolo (2018): *Diritto del lavoro e ambiente* (Bergamo, Adapt University Press), pp. XV-XX

DELOGU, Angelo (2018): "Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0", *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2 pp. 37-67

DI GIOVINE, Ombretta, DOVERE, Salvatore, PIERGALLINI, Carlo (2023): *La responsabilità dell'ente nel d. lgs. n. 231/2001: paradigmi imputativi e prospettive di riforma*, in CENTONZE, Francesco, MANACORDA, Stefano (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa* (Bologna, Il Mulino), pp. 363-383

DI SALVO, Emanuele (2009): "Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso «Porto Marghera»", *Cassazione penale*, pp. 2877-2889

DONINI, Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà* (Milano, Giuffrè)

DONINI, Massimo (2006): *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio* (Torino, Giappichelli)

DONINI, Massimo (2007): *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in DONINI, Massimo e CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti* (Padova, Cedam), pp. 201-332

DONINI, Massimo (2010): “Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)”, *Enciclopedia del diritto – Annali III*, pp. 635-712

DONINI, Massimo (2018): “La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1577-1625

DONINI, Massimo (2022): “Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 25-57

DOVERE, Salvatore (2021): *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa* in DONINI, Massimo (a cura di), *Reato colposo, Enciclopedia del diritto, I Tematici, II* (Milano, Giuffrè), pp. 579-606

DOVERE, Salvatore (2024): *Reati in materia di disastri o infortuni e di sicurezza sul lavoro*, in CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Reati contro l’incolumità pubblica* (Torino, Giappichelli), pp. 239-286

FIMIANI, Pasquale (2022): *La tutela penale dell’ambiente* (Milano, Giuffrè)

FONDAROLI, Desiree (2014): “L’accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del «caso per caso» ed il «circo mediatico-giudiziario». Il nuovo particolarismo giuridico”, *Archivio penale*, 1, pp. 135-146

FONDAROLI, Desiree (2023): *La tutela penale dell’ambiente*, in CANESTRARI, Stefano *et al.*, *Diritto penale. Percorsi di parte speciale* (Torino, Giappichelli), pp. 365-399.

FORZATI, Francesco (2015): “Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d’eccezione oltre lo stato di diritto”, *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, pp. 1-49

FUSCO, Eugenio, PALIERO, Carlo Enrico (2022): “L’“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo”, *Sistema Penale*, 9, pp. 115-144

CAPOZIO, Giovanni, VOZZA, Donato (2024), sub *artt. 28, 29, 30, 33 – profili penalistici*, in CASTRONUOVO, Donato *et al.* (a cura di), *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 938-958

GARGANI, Alberto (2005): *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica* (Torino, Giappichelli)

GARGANI, Alberto (2006): “Individuale e collettivo nella responsabilità della *societas*”, *Studi senesi*, pp. 239-294

GARGANI, Alberto (2013): *Reati contro l’incolumità pubblica. Tomo II. Reati di comune pericolo mediante frode* (Milano, Giuffrè)

GARGANI, Alberto (2016), “Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma”, *Legislazione penale*, pp. 1-17 ss.

GARGANI, Alberto (2017a): “Il rischio nella dinamica dei reati contro l’incolumità pubblica e nei reati di pericolo astratto”, *Cassazione penale*, p. 3879-3896

GARGANI, Alberto (2017b): *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in TORDINI CAGLI, Silvia (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale* (Bologna, Bononia University Press), pp. 67-82

GARGANI, Alberto (2020a), “Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale”, *Legislazione penale*, pp. 1-14

- GARGANI, Alberto (2020b): “*Jus in Latenti*. Profili di incertezza del diritto penale dell’ambiente”, *Discrimen*, pp. 1-32
- GARGANI, Alberto (2020c): *Lo strano caso dell’azione colposa seguita da omissione colposa*. Uno sguardo critico alla sentenza «Vannini», *Discrimen*, pp. 1-16
- GARGANI, Alberto (2022): *Impedimento plurisoggettivo dell’offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse* (Pisa, Pisa University Press)
- GARGANI, Alberto (2024): *Il disastro innominato. La tutela penale contro i disastri ambientali e sanitari*, in CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Reati contro l’incolumità pubblica* (Torino, Giappichelli), pp. 178-214
- GARGANI, Alberto (2014): “I mille volti del disastro. Nota introduttiva”, *Criminalia*, pp. 251-254
- GATTA, Gian Luigi (2014): “Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell’amianto: riflettendo sull’epilogo del caso Eternit”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 77-84
- GIUNTA, Fausto (2008): “I contorni del «disastro innominato» e l’ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza”, *Giurisprudenza Costituzionale*, p. 3539-3544
- GIUNTA, Fausto (2021): “Le aggravanti del “luogo di lavoro”: a proposito di un’espressione fuorviante”, *Discrimen*, pp. 1-4
- GRANDI, Ciro (2024): *Crollo di costruzioni e rovina di edifici*, in CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Reati contro l’incolumità pubblica* (Torino, Giappichelli), pp. 155-175
- GRASSO, Francesca (2024): “La tutela dell’ambiente interno ed esterno all’impresa. Il fondamento giuridico e gli strumenti per una prevenzione integrata”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, pp. 123-150
- GUARINIELLO, Raffaele (2007): “Tumori professionali a Porto Marghera”, *Foro italiano*, 10, pp. 551-589
- GUERINI, Tommaso (2018): *Diritto penale ed enti collettivi. L’estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell’economia* (Torino, Giappichelli)
- LAZZARI, Chiara (2020): “Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall’emergenza da Covid-19”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, pp. 136-149
- LOTTINI, Riccardo (2007): sub art. 8, in PALAZZO, Francesco, PALIERO, Carlo Enrico (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari* (Padova, Cedam), pp. 2320-2322
- MAGNANI, Mariella (2019): “I tempi e i luoghi di lavoro. L’uniformità non si addice al postfordismo”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. IT, 2, pp. 298-304
- MANNA, Adelmo (2021): *La responsabilità dell’ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo: riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio*, in PIVA, Daniele (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo* (Torino, Giappichelli), pp. 3-25
- MANTOVANI, Marco (2021): “Il disastro ferroviario di Viareggio e la normativa in materia di sicurezza sul lavoro”, *DPEI*
- MANZINI, Vincenzo (1935a): *Trattato di diritto penale italiano*, VI, (Torino, Utet)
- MANZINI, Vincenzo (1983b⁵): *Trattato di diritto penale italiano*, VI, (Torino, Utet)
- MARINUCCI, Giorgio (1962): “voce Crollo di costruzioni”, *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI (Giuffrè, Milano), pp. 410-421

MARINUCCI, Giorgio (1991): “Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 3-39

MASERA, Luca (2007): *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali* (Milano, Giuffrè)

MASERA, Luca (2012): “La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni”, *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*

MASERA, Luca (2014): “Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3-4, pp. 343-365

MASERA, Luca (2015a): “I nuovi delitti contro l'ambiente”, *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, p. 1-16

MASERA, Luca (2015b): “La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1542-1594

MASULLO, Maria Novella (2012): *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

MAZZANTI, Edoardo (2021): *I delitti contro la salute pubblica in materia agro-alimentare*, in GARGANI, Alberto (a cura di), *Illeciti punitivi in materia agro-alimentare* (Torino, Giappichelli), pp. 123-175

MICHELETTI, Dario (2018): “Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzati nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa”, *Discrimen*, 1-30

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DEL CULTO (1929): *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Parte II, *Relazione sui Libri II e III del Progetto* (Roma, Tipografia delle Mantellate)

MIRIELLO, Antonio (2015): “Disorientamenti sul computo della prescrizione per il disastro innominato”, *Archivio penale*, 2, pp. 686-697

MONGILLO, Vincenzo (2014): *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE, Alfonso Maria et al. (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente* (Napoli, Jovene), pp. 19-60

MONGILLO, Vincenzo (2018): *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo* (Torino, Giappichelli)

MONGILLO, Vincenzo (2020): “Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 16-62

MONGILLO, Vincenzo (2022): “Imputazione oggettiva e colpa tra “essere” e normativismo: il disastro di Viareggio”, *Giurisprudenza italiana*, 2022, pp. 953-962

MONGILLO, Vincenzo (2023): “La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell'ente collettivo”, *Cassazione penale*, 704-736

MUSCO, Enzo (2001): “Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive. Il reato del dirigente si «duplica» nell'illecito amministrativo”, *Diritto e Giustizia*, 23, p. 8 s., 82

NAPOLETANO, Enrico (2024): *Manuale di diritto penale dell'ambiente* (Bologna, Zanichelli)

NOTARO, Domenico (2015): *Il caso del Petrochimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in FOFFANI, Luigi e CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, Vol. II (Bologna, Il Mulino), pp. 51-72

ORSINA, Amalia (2024): *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione* (Torino, Giappichelli)

PADOVANI, Tullio (2015): "La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori", *Rivista Italiana di Medicina Legale*, pp. 383-388

PALIERO, Carlo Enrico (2021): voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in DONINI, Massimo (a cura di), *Reato colposo, Enciclopedia del diritto, I Tematici, II* (Milano, Giuffrè), pp. 64-90

PALIERO, Carlo Enrico, PIERGALLINI, Carlo (2006): "Colpa di organizzazione", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3, pp. 167-184

PALMA, Alessandra (2012): "nota a Trib. Torino, sez. I, 13 febbraio 2012", *Studium Iuris*, pp. 1179-1191

PAOLI, Mariana (2014): "Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit", *Cassazione penale*, pp. 1794-1825

PASCUCCI, Paolo (2019): "Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.", *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 1, pp. 37-57

PASCUCCI, Paolo (2022): "Modelli organizzativi e tutela dell'ambiente interno ed esterno all'impresa", *Lavoro e diritto*, pp. 335-355

PASCUCCI, Paolo (2023): "Le nuove coordinate del sistema prevenzionistico", *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, pp. 37-50

PATERRA, Benedetta (2022): "L'estensibilità all'extraneus della tutela antinfortunistica", *Legislazione penale*, pp. 1-35

PATERRA, Benedetta (2024): *Un sintagma anfibologico: la clausola d'illiceità nei reati ambientali. Alcune osservazioni a partire dalla riforma costituzionale n. 1/2022*, in RICCARDI, SARA et al., *I novellati artt. 9 e 41 della Costituzione. L'Ambiente nel delicato equilibrio tra mercato, amministrazione e giustizia penale* (Pisa, Pisa University Press), pp. 107-119

PECORELLA, Claudia (2002): *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231* (Milano, IPSOA), pp. 65-89

PELISSERO, Marco, SCAROINA, Elisa, NAPOLEONI, Valerio (2021): *Principi generali*, in LATTANZI, Giorgio, SEVERINO, Paola, *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I (Torino, Giappichelli), 2020, p. 71-169

PERINI, Chiara (2002): "Rischio tecnologico e responsabilità penale. Una lettura criminologica del caso Seveso e del caso Marghera", *Rassegna Italiana di Criminologia*, pp. 389-412

PERINI, Chiara (2018): "La responsabilità dell'ente per reati ambientali: un sistema necessariamente imperfetto?", *Le società*, 2, pp. 222-231

PERRONE, Daria (2021): "Diritto penale ambientale e «ticking time bombs» interpretative: tra tensioni nuove ed antiche, sotto il profilo della prevedibilità ex art. 7 CEDU", *Legislazione penale*, pp. 1-28

PIERGALLINI, Carlo (2004): *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali* (Milano, Giuffrè)

PIERGALLINI, Carlo (2005): "Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1684-1703

- PIERGALLINI, Carlo (2022): “Una sentenza «modello» della Cassazione pone fine all’este-
nuante vicenda «Impregilo»”, *Sistema Penale*, pp. 1-14
- PIERGALLINI, Francesca (2020): “Il «caso Ciontoli/Vannini»: un enigma ermeneutico ‘mul-
tichoice’”, *Discrimen*, pp. 1-32
- PISANI, Nicola (2018): “Il nuovo disastro ambientale”, in CORNACCHIA, Luigi, PISANI,
Nicola (diretto da), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente* (Bologna, Zanichelli), pp. 112-131
- POGGI D’ANGELO, Marina (2015), “Nota a Cass., sez. I, 19.11.2014, n. 7941”, *Cassazione
penale*, pp. 2619-2644
- PULITANÒ, Domenico (2002): “Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giu-
ridiche”, *Enciclopedia del Diritto*, Agg. VI, pp. 953-966
- PULITANÒ, Domenico (2019): *Delitti contro l’incolumità pubblica*, in PULITANÒ, Domenico
(a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. I. La tutela della persona* (Torino Giappichelli), pp.
117-139
- RAMACCI, Luca (2012): “Il «disastro ambientale» nella giurisprudenza di legittimità”, *Am-
biente & Sviluppo*, pp. 722-275
- RAMACCI, Luca (2015): *Diritto penale dell’ambiente* (Piacenza, La Tribuna)
- RENZETTI, Silvia (2023): “Epilogo della «saga Impregilo»: verso la realizzazione di un
«sistema integrato» di responsabilità da reato degli enti”, *Giurisprudenza commerciale*, 109-128
- ROSI, Elisabetta (2015): “Brevi note in tema di “disastro” ambientale. Per una effettiva tu-
tela dell’ambiente è necessaria la sincronia degli strumenti giuridici vigenti”, *www.archiviodpc.
dirittopenaleuomo.org*, pp. 1-27
- ROTOLO, Giuseppe (2024a) *L’avvelenamento di acque o sostanze destinate all’alimentazione*,
in D. CASTRONUOVO (a cura di), *Reati contro l’incolumità pubblica*, Torino, Giappichelli, 2024,
pp. 331-362
- ROTOLO, Giuseppe (2024b): *La tutela penale degli «ecosistemi» e della «biodiversità»*, in RIC-
CARDI, SARA et al., *I novellati artt. 9 e 41 della Costituzione. L’Ambiente nel delicato equilibrio tra
mercato, amministrazione e giustizia penale* (Pisa, Pisa University Press), pp. 139-164
- RUGA RIVA, Carlo (2015): *Il caso Ilva: avvelenamento e disastro dolosi*, in FOFFANI, Luigi,
CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia*, Vol. II (Bologna, Il
Mulino), pp. 149-176
- RUGA RIVA, Carlo (2017): “L’avvelenamento delle acque da fonte industriale al banco di
prova dei maxi-processi ambientali. Qualche spunto su criteri di accertamento e quantifica-
zione del pericolo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1008-1046
- RUGA RIVA, Carlo (2023): *I reati ambientali*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Pro-
poste dei gruppi di lavoro dell’AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il Di-
PLaP*, a cura di AIPDP (Milano, DiPLaP), pp. 820-827
- RUGA RIVA, Carlo (2024): *Diritto penale dell’ambiente* (Torino Giappichelli).
- RUGGIERO, Gianluca (2023): “Appunti sul processo ambiente svenduto”, *Sistema Penale*,
pp. 1-89
- RUTA, Gaetano (2014): “Problemi attuali intorno al disastro innominato”, *Criminalia*, pp.
293-304
- SANTA MARIA, Luca (2015): “Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Ap-
punti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit”, *Diritto penale contemporaneo
– Rivista trimestrale*, 1, pp. 74-76

SANTORIELLO, Ciro (2023): *Responsabilità da reato degli enti: problemi e prassi* (Milano, Giuffrè)

SAVARINO, Alice (2024): “Posizione di garanzia datoriale e gestione del rischio lavorativo tra ambiente interno ed esterno all’impresa: profili penali”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, pp. 220-249

SCAROINA, Elisa (2015): “Ancora sul caso Eternit: la “giustizia” e il sacrificio dei diritti”, *Archivio penale*, 3, pp. 877-903

SCOLETTA, Marco (2024): sub art. 6 – *profili penalistici*, in CASTRONUOVO, Donato et al. (a cura di), *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 131-176

SIRACUSA, Licia (2022a): “Disastri”, *Discrimen*, pp. 1-11

SIRACUSA, Licia (2022b): “Note brevi a margine della proposta di riforma dei reati ambientali del gruppo di studio dell’associazione dei professori di diritto penale”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1, pp. 137-159

SIRACUSA, Licia (2024): “Gli ecoreati al banco di prova dei nuovi artt. 9 e 41 della Costituzione”, in RICCARDI, SARA et al., *I novellati artt. 9 e 41 della Costituzione. L’Ambiente nel delicato equilibrio tra mercato, amministrazione e giustizia penale* (Pisa, Pisa University Press), pp. 165-193

STELLA, Federico (2002): *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime* (Milano, Giuffrè)

STORTONI, Luigi (2017): *Ecodelitti: un nuovo modello di fattispecie “indefinite”?*, in TORDINI CAGLI, Silvia (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità. Un esempio emblematico: il disastro ambientale*, (Bologna, Bononia University Press) pp. 133-135

STORTONI, Luigi, TASSINARI, Davide (2006): “La responsabilità degli enti: quale natura? quali soggetti?”, *L’indice penale*, 1, pp. 7-26

TELESCA, Mariangela (2024): “Per il superamento delle criticità della riforma degli ecoreati (legge n. 68/2015): il contributo dell’anticipazione della tutela tra offensività ed effettività”, *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell’ambiente*, 3, pp. 1-19

TORDINI CAGLI, Silvia (2018): “Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza”, *Archivio Penale*, pp. 1-23

TORDINI CAGLI, Silvia (2022): “Il disastro ferroviario di Viareggio: il punto su rischio lavorativo ed oggetto di tutela della normativa prevenzionistica”, *Discrimen*, pp. 1-19

TORDINI CAGLI, Silvia (2023a): *I delitti contro la pubblica incolumità*, in CANESTRARI, Stefano et al., *Diritto penale. Percorsi di parte speciale* (Torino, Giappichelli), pp. 323-359

TORDINI CAGLI, Silvia (2023b): *I delitti di comune pericolo*, in CASTRONUOVO, Donato et al., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, (Torino, Giappichelli), pp. 275-303

TORDINI CAGLI, Silvia (in corso di pubblicazione): “Salute, ambiente e sicurezza del lavoro: verso una prospettiva integrata”, *DPEI*

TORRE, Valeria (2023): *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in CASTRONUOVO, Donato et al., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 37-72

TRIPODI, Andrea Francesco (2021): *L’elusione fraudolenta del modello. Ruolo e gestione ermeneutica del controverso inciso a venti anni dalla sua comparsa*, in PIVA, Daniele (a cura di), *La responsabilità degli enti ex d. lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo* (Torino, Giappichelli), pp. 230-247

TRONCONE, Pasquale (2022): “La responsabilità penale per il contributo causale di tipo addizionale e per accumulo. Il caso paradigmatico del disastro ambientale”, *Rivista quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente*, 2, pp. 298-322

TUMMINELLO, Luca (2013), “Sicurezza alimentare e diritto penale: vecchi e nuovi paradigmi tra prevenzione e precauzione”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 272-310

VALBONESI, Cecilia (2022): “La regola cautelare nell’era del rischio: note a margine della sentenza per il disastro ferroviario di Viareggio”, *Discrimen*, pp. 1-32

VALENTINI, Vico (2020): “L’autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances”, *Discrimen*, pp. 1-27

VALLINI, Antonio (2015a): “Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d’antico”, *Diritto penale e processo*, pp. 1537-1549

VALLINI, Antonio (2015b), *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, in FOFFANI, Luigi e CASTRONUOVO, Donato (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia*, Vol. II (Bologna, Il Mulino), pp. 25-45

VENTURI, Filippo (2021): “Tanto tuonò che piovve: il disastro innominato “ambientale” come reato eventualmente permanente. Analisi critica della giurisprudenza di legittimità in materia di inquinamento storico e progressivo”, *Legislazione penale*, pp. 1-41

VENTUROLI, Marco (2015): “Il caso Eternit: l’inadeguatezza del disastro innominato a reprimere i «disastri ambientali»”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 1219-1225

VIGANÒ, Francesco (2023): “Diritto penale e diritti della persona”, *Sistema Penale*, pp. 1-26

ZIRULIA, Stefano (2013a): “Caso Eternit: luci e ombre nella sentenza di condanna in primo grado”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 470-509

ZIRULIA, Stefano (2013b): “Processo Eternit: a che punto siamo?”, www.archiviodpc.diritto-penaleuomo.org, pp. 1-32

ZIRULIA, Stefano (2018a): *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale* (Milano, Giuffrè)

ZIRULIA, Stefano (2018b): “I riflessi del danno ambientale sulla salute umana. Criticità e prospettive della prova epidemiologica”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 212-231

LECTIO MAGISTRALIS

LECTIO MAGISTRALIS

LECTIO MAGISTRALIS

- 257 ***Lectio magistralis: La fuerza imaginante del derecho penal***
Lectio magistralis: *La forza immaginante del diritto penale*
Lectio magistralis: *The Imaginative Power of Criminal Law*
Michele Papa
- 265 ***Laudatio académica del Prof. Michele Papa***
Laudatio *accademica del Prof. Michele Papa*
Academic Laudatio for Prof. Michele Papa
Carlos Alberto Mahiques

Lectio magistralis: La fuerza imaginante del derecho penal*

Entrega de diploma que distingue el prof. Michele Papa como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, 22 noviembre 2024)

Lectio magistralis: La forza immaginante del diritto penale

Cerimonia di conferimento al prof. Michele Papa del Dottorato honoris causa da parte della Università di Buenos Aires (Buenos Aires, 22 novembre 2024)

Lectio magistralis: The Imaginative Power of Criminal Law

Ceremony conferring upon prof. Michele Papa the diploma of Doctor Honoris Causa by the University of Buenos Aires (Buenos Aires, November 22, 2024)

MICHELE PAPA

*Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università di Firenze
michele.papa@unifi.it*

PRINCIPIO DI LEGALITÀ

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

NULLUM CRIMEN PRINCIPLE

ABSTRACTS

El autor, tras agradecer a las autoridades académicas, centra su *lectio magistralis* en el tema de la descripción legislativa del “tipo” y de su supuesto de hecho (en italiano: “*fattispecie incriminatrice*”, en alemán: *Tatbestand*). Después de subrayar que el derecho penal constituye también una forma de literatura, destaca cómo, tradicionalmente, la “parte especial” del derecho penal define los distintos delitos a través de “pequeñas historias” (homicidio, hurto, robo, violencia sexual, etc.), en las que la conducta ilícita se narra más que simplemente se prohíbe mediante fórmulas imperativas.

Hoy, sin embargo, muchos delitos (económicos, informáticos, financieros) son “proteiformes” y escapan a una descripción narrativo-iconográfica, favorecido esto también por la “desmaterialización” de las conductas y la dificultad general de “ordenar el mundo según la apariencia de las cosas”. De ahí surge la crisis del “tipo” y la consolidación de una legislación que ha perdido criterios constantes y confiables para concebir y describir lo injusto. El autor plantea tres posibles vías de evolución: abandonar, en algunos sectores caracterizados por un marcado tecnicismo, la descripción del “hecho” (limitándose a enumerar condiciones de responsabilidad), buscar - a través de la tecnología - nuevas formas de visualizar lo injusto o bien optar por una “reconstrucción metafórica” del tipo penal. Esta última opción requiere una “poética” legislativa que sepa narrar el injusto de forma evocadora y eficaz, para así hacerlo comprensible y orientar el comportamiento de los miembros de la sociedad.

* Il contributo, che in via eccezionale viene qui pubblicato senza previa procedura di *peer review*, è il testo della *lectio magistralis* pronunciata a Buenos Aires il 22 novembre 2024, nel corso della cerimonia in cui il prof. Michele Papa ha ricevuto, da parte della Università di Buenos Aires (UBA), il titolo di *Doctor Honoris Causa*. Nella cerimonia, il prof. Carlos Mahiques, già *Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina* e giudice della *Cámara Federal de Casación Penal*, ha pronunciato la *laudatio* qui contestualmente pubblicata.

Il testo della *lectio* è analogo, con i debiti cambiamenti nell'*incipit*, a quello pronunciato dal prof. Papa qualche giorno dopo, il 25 novembre, nella cerimonia con cui gli è stato conferito il titolo di “Ospite d’Onore” (*Huésped de Honor*) da parte della Università di Mendoza, sempre in Argentina. In occasione di tale atto accademico, la *laudatio* è stata pronunciata dal prof. Ignacio Perez Curci, professore di diritto penale presso quella università e giudice della *Cámara Federal de Mendoza*.

L.A. ringrazia Xavier Castellà Fontes e a Francesca Papa per la revisione del testo castigliano.

Una [traduzione in lingua italiana della lectio](#) è stata pubblicata sulla Rivista online *Sistema Penale*.

L'autore, dopo i ringraziamenti alle autorità accademiche, concentra la *lectio magistralis* sul tema della fattispecie incriminatrice e della descrizione legislativa del “tipo”. Dopo aver sottolineato che il diritto penale costituisce anche una forma di letteratura, si evidenzia come, tradizionalmente, la “parte speciale” del diritto penale definisca i singoli reati attraverso “piccole storie” (omicidio, furto, rapina, violenza sessuale, etc.) in cui la condotta illecita è narrata più che semplicemente vietata con formule imperative.

Oggi, però, molti reati (economici, informatici, finanziari) sono “proteiformi” e sfuggono a una descrizione narrativo-iconografica, complici anche la “smaterializzazione” delle condotte e la generale difficoltà di “ordinare il mondo in base all’aspetto delle cose”. Di qui la crisi del “tipo” e l’affermarsi di una legislazione che ha perso criteri affidabili e costanti per ideare e descrivere l’ingiusto. L’autore presenta tre possibili vie di evoluzione: abbandonare, in alcuni settori caratterizzati da marcato tecnicismo, la descrizione del fatto (limitandosi a elenchi di condizioni di responsabilità); ricercare, attraverso le tecnologie informatiche, nuove modalità di visualizzazione dell’ingiusto; oppure affidarsi a una “ricostruzione metaforica” del tipo penale. Quest’ultima ipotesi richiede una “poetica” legislativa che sappia narrare l’ingiusto in modo evocativo ed efficace, così da renderlo comprensibile e orientare il comportamento dei consociati.

After thanking the academic authorities, the author centers his *lectio magistralis* on the topic of the criminal offense (in Italian: “*fattispecie incriminatrice*”, in German: *Tatbestand*) and the legislative portrayal of specific paradigms, “types”, of criminal conduct. He begins by highlighting that criminal law can also be viewed as a form of literature, noting how the “special part” of criminal law traditionally defines individual offenses through “short stories” (homicide, theft, robbery, sexual violence, etc.) in which unlawful conduct is narrated rather than simply prohibited by imperative formulas.

Today, however, many offenses (economic, cyber, financial) are “Protean” and elude a straightforward narrative-iconographic description, due to the “dematerialization” of conduct and the general difficulty of “ordering the world through the appearance of things.” This leads to the current crisis of the description of a “typical” paradigm of conduct as the center of the offense definition, and the rise of legislation that has lost stable and reliable criteria for conceptualizing and describing wrongdoing. The author suggests three possible paths of evolution: abandoning, in highly technical areas of the law, reference to sense-perceptible reality (limiting the law to listing liability conditions), exploring new ways to visualize wrongdoing through information technology, or turning to a “metaphorical reconstruction” of the criminal offense. This last option requires a legislative “poetics” capable of narrating wrongdoing in an evocative and effective manner, thus making it comprehensible and guiding societal behavior.

SOMMARIO

1. Saludos y agradecimientos. – 2. La elección del tema del que hablar. – 3. El tipo penal: una norma penal que narra antes de ordenar. – 4. La parte especial del derecho penal como literatura épica. – 5. Las funciones del tipo penal. – 6. La crisis del tipo penal. – 7. ¿Cuáles son las posibles soluciones para la renovación y el renacimiento del tipo penal? – 7.1. Primera vía: la discontinuidad con la tradición iconográfica. – 7.2. Segunda vía: la búsqueda de nuevas formas de visualización. – 7.3. Tercera vía: la reconstrucción metafórica del tipo.

1. Saludos y agradecimientos.

Señor Rector, señor Vicerrector, estimados colegas,

Es un auténtico honor para mí recibir un doctorado honoris causa de una institución académica tan prestigiosa como la Universidad de Buenos Aires. Es una emoción profunda, que se une a la alegría de estar aquí con tantos distinguidos colegas, con los estudiantes y con algunos queridos amigos.

Deseo expresar mi más sincero agradecimiento al Rector, Prof. Ricardo Jorge Gelpi, al Vicerrector, Prof. Emiliano Yacobitti, y a todos los miembros del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires por haberme otorgado esta alta distinción, que me vincula con tantas ilustres personalidades que la han recibido antes que yo.

Un agradecimiento muy especial va dirigido a mi distinguido colega y amigo, el doctor Carlos Mahiques, profesor y Juez de la Cámara Federal de Casación Penal. Carlos reúne en su persona cualidades humanas y profesionales que, por lo general, se encuentran dispersas entre varias personas. Sus méritos científicos, académicos y como magistrado lo convierten en un referente indiscutible a nivel internacional y, en particular, para los juristas italianos.

Un fuerte abrazo y mi más profunda gratitud también para mi querido amigo Ignacio Pérez Curci, profesor y magistrado, cuya excelencia es reconocida incluso en Italia. Le agradezco por estar aquí hoy, anticipando el encuentro que tendremos la próxima semana en la Universidad de Mendoza.

2. La elección del tema del que hablar.

Llevo algún tiempo pensando cuál sería el tema apropiado para hablarles hoy. Todo el derecho está en crisis y, con él, el derecho penal. Pero, como escribe Tolstói en el célebre inicio de Ana Karenina: “Todas las familias felices se parecen unas a otras, pero cada familia infeliz lo es a su manera”.

Por lo tanto, hoy me gustaría hablarles de una especial “infelicidad” del derecho penal contemporáneo, una infelicidad que es realmente típica de este y que diferencia su historia de la de todas las demás “familias jurídicas”. No se trata, quiero dejarlo claro, de la única o de la más importante infelicidad del derecho penal. La sanción penal y la prisión son en sí mismas un abismo de infelicidad.

El tema que abordaré hoy se distingue no solo porque ha sido menos explorado, sino porque cuenta la historia de una infelicidad que sí tiene cura. Hablaré del tipo penal: de su estilo narrativo, de sus funciones, de su crisis actual y de las posibilidades de su renovación y renacimiento como modalidad expresiva fundamental de los imperativos de conducta sancionados con pena criminal.

3. El tipo penal: una norma penal que narra antes de ordenar.

Quisiera comenzar con una constatación sencilla. El Derecho penal está formado por palabras, empezando por aquellas que llenan los Códigos. Sin embargo, estas palabras no viven aisladas, como los lemas de un diccionario: forman parte de una red, de un texto. Como sabemos, este texto tiene una función prescriptiva: nos dice, bajo amenaza de castigo, qué se debe hacer y qué no se debe hacer.

Sin embargo, es un texto prescriptivo muy particular porque ordena sin expresar órdenes

de manera directa: no dice literalmente “no matarás” o “no robarás”. En su “parte especial”, el derecho penal no expresa órdenes tajantes, mandatos perentorios como los de un capitán de navío en plena tormenta. Cuando expresa sus mandatos, el derecho penal “habla” o, más bien, narra, cuenta.

Cuenta “pequeñas historias”, pero no se trata de fábulas con contenido moralizante como las de Esopo o Fedro. Son visiones proféticas: muestran una especie de apocalipsis, es decir, una revelación del porvenir. La norma penal anuncia la visión de algo que sucederá. No se sabe cuándo ni dónde: pero “*qua nescitis hora, estote parati*”: aunque no se conozca la hora, estad preparados, porque cuando se cumpla lo que ha sido profetizado de la norma penal, entonces habrá que sacar las debidas conclusiones. Habrá que castigar a quien haya provocado el cumplimiento de la profecía.

Leamos algunas de estas pequeñas historias proféticas.

Leamos la historia del hurto. La expresa bien el Código Penal español, en su artículo 234, cuando describe: “*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño*”.

Leamos la historia del robo, que, según el Código Penal argentino (art. 164), tiene como protagonista a quien: “*se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad*”.

Leamos lo que cuenta el art. 150 del Código Penal argentino: es la historia de la Violación de domicilio, donde vemos en acción: “*el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo*”.

4.

La parte especial del derecho penal como literatura épica.

La parte especial del derecho penal cuenta muchísimas “pequeñas historias”. Es una literatura épica en miniatura, una épica *bonsái*.

En esta épica, es la historia narrada en su totalidad la que expresa el contenido normativo. Como en una novela, un cuento o una película, el significado global de lo que se narra se capta al leerlo con su trama completa, con su capacidad representativa continua y desde una visión holística. No se deduce de palabras individuales ni de fotogramas aislados.

El relato, en su totalidad, define lo que los penalistas llaman el “tipo”, es decir, el paradigma de injusto o de ilícito que describe el comportamiento prohibido. El “tipo”, el “supuesto del hecho legal” (en italiano, “*fattispecie*”, en alemán “*Tatbestand*”), descrito por la norma incriminadora sirve de vehículo y cumple la función de comunicar, a los ciudadanos y a los jueces, en qué consisten los diversos delitos.

El tipo penal es un instrumento de conocimiento y de comunicación al que podríamos denominar *gestáltico*. Ese conocimiento de un “todo”, distinto de la suma de las partes, se realiza gracias a su “especialidad”; esto es, su capacidad de generar, a través del lenguaje, una “especie” (del latín *specio, spicio*: “mirar”, “ver”), una “idea” (cuya etimología también se vincula al griego antiguo “*éidon*”, tiempo aoristo del verbo “*horáo*”: “ver”), una imagen mental de lo que está prohibido.

Al describir el tipo, la prosa del derecho penal posee otra característica importante: la narrativa recurre sistemáticamente a la figura retórica de la “hipotiposis”, cuyo objetivo es “poner ante los ojos” del lector lo que se está describiendo. El tipo activa la imaginación de quien lee: cada descripción normativa genera, mediante el lenguaje, una imagen, una forma, una especie; representa un modo particular de manifestarse de lo injusto. Ordena, proyectando en la pantalla de nuestra mente un icono del hecho injusto y, por consiguiente, prohibido.

Además, es una forma dinámica, una representación cinética: la narrativa consigue evocar una “acción dramática”, es decir, una verdadera “visualización cinematográfica” del comportamiento prohibido.

La posibilidad de convertir el lenguaje normativo penal en un lenguaje visual, que transforma la descripción textual en trazo pictórico —o, mejor dicho, cinematográfico—, constituye una de las características singulares del Derecho penal. Dificilmente se podría pensar en la misma operación respecto de las nociones de otras ramas del Derecho. Pensemos, por ejemplo, en los elementos esenciales de un contrato, en las condiciones que hacen que un testamento

sea válido o en la normativa sobre adquisición de acciones en sociedades mercantiles.

Sería muy interesante detenernos en las diversas opciones estilísticas de las que dispone el legislador penal cuando elabora el “*rendering*”, la “*representación*” del injusto propio de cada delito. Desafortunadamente, no disponemos de tiempo suficiente para ello. Nos limitaremos, por lo tanto, a señalar que, a veces (por ejemplo, en el caso de los delitos de robo, lesiones y afines), el legislador se inspira en el “realismo”: se busca una representación documental, casi fotográfica de la conducta ilícita y de su resultado. Son descripciones que tienden a “copiar” iconográficamente las formas agresivas más habituales.

Otras veces, por ejemplo, en el delito de estafa, el enfoque realista es imposible. El hecho prohibido no existe como tal en la naturaleza. La representación debe entonces ser más conceptual, técnica y, a veces, simbólica.

Es lo que hace, por ejemplo, el Código Penal español cuando narra que “*cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno*” (art. 248 C.P.e.).

En otras ocasiones, es necesario referirse no tanto a la conducta como tal, sino a la causación de un daño, concentrando así la descripción del tipo en la mera producción del evento lesivo. Otras veces, hay que enfocarse en los elementos subjetivos del ilícito, que, por definición, son de difícil representación iconográfica.

5. Las funciones del tipo penal.

Al describir, aunque sea de manera tan particular, el hecho prohibido; al “poner ante los ojos” del lector la imagen de un drama trágico —el del delito—, el tipo cumple tres funciones fundamentales:

a) Indica a los ciudadanos reglas de conducta: a través de la descripción, a menudo fuertemente iconográfica, del hecho prohibido —por ejemplo, de la descripción del hurto— el ciudadano extrae la regla de conducta: no se debe apropiarse de la cosa mueble ajena sustrayéndola a quien legítimamente la posee.

b) Indica a los jueces bajo qué condiciones pueden ejercer el poder punitivo: para condenar a alguien, es necesario probar que se han cumplido todos y cada uno de los elementos descritos en la tipificación del delito.

c) Identifica clases de hechos homogéneos a los cuales aplicar un tipo y una cantidad determinada de pena. Es decir, permite distinguir, también con el objetivo de imponer penas proporcionales a la gravedad del ilícito, el hurto del robo, las lesiones del homicidio, la corrupción de la coacción, y así sucesivamente.

Es importante señalar que adoptando una técnica legislativa diferente, sería muy difícil realizar simultáneamente las tres funciones destacadas. Se podría hacer más directo el mensaje dirigido a los ciudadanos, o más técnico el destinado a los jueces, pero solo el tipo logra desempeñar estas funciones con el mismo enunciado normativo.

6. La crisis del tipo penal.

Antigua y consolidada, la especialidad iconográfica que tradicionalmente caracteriza las tipologías delictivas atraviesa actualmente una profunda crisis. El legislador ya no parece capaz de redactar tipos penales que reflejen la fenomenología, el aspecto constante o la “fisonomía paradigmática” de los hechos injustos específicos.

Aludiendo aquí a una noción elaborada en el ámbito de la filosofía estética, podemos decir que, en la concepción y formulación del tipo penal, el legislador ha perdido su “poética”. Con el término “poética” aludimos, como es sabido, al conjunto estructurado de intenciones expresivas y de contenido que caracterizan la producción de un autor o de una corriente estilística. El legislador ha perdido su “poética” y su capacidad ideativa y expresiva ha disminuido considerablemente. Cada vez resulta más difícil descubrir, en las nuevas tipificaciones, representaciones coherentes y comprensibles del injusto que se pretende sancionar. Pensemos en las dificultades que acarrea la construcción del tipo en delitos como el acoso (*stalking*), el blanqueo de capitales, los delitos económicos y financieros, o ciertos macro-delitos propios de la criminalidad

organizada. Las razones de la crisis del tipo son múltiples: señalamos brevemente dos.

A) La dificultad de idear y representar nuevas imágenes paradigmáticas de lo injusto se relaciona con un problema más general: el modo en que, hoy en día, interpretamos e interactuamos con el mundo que nos rodea, incluso en la vida cotidiana. De forma muy resumida, podríamos decir que, en las sociedades contemporáneas, se hace cada vez más arduo “ordenar” *el mundo a partir de la apariencia de las cosas*.

Parece como si la forma externa, el aspecto visible de la realidad (objetos y conductas) ya no “hablara”; como si hubiera perdido la capacidad de comunicar un significado explícito y unívoco.

En las sociedades más antiguas, la situación era distinta: los objetos (cosas de uso diario, alimentos, vestimenta, mobiliario, herramientas de trabajo, adornos, etc.) y, sobre todo, los comportamientos (paradigmas agresivos, prácticas higiénicas, sexuales, de amistad, actos rituales, etc.) parecían poseer, también gracias a una minuciosa formalización de la interacción social, la capacidad de revelar su significado de forma inmediata y unívoca, como lo hacen los dibujos o ideogramas. Esta “capacidad de hablar” que poseía la forma exterior, el aspecto visible de las cosas y de los comportamientos, se ha reducido o, en todo caso, se ha transformado profundamente.

Ante la progresiva falta de expresividad o la ambigüedad comunicativa de las formas externas, nos vemos obligados de manera casi continua a interpretar, descifrar y decodificar lo que tenemos delante. A menudo debemos indagar desesperadamente el significado de las cosas y de las conductas, incluso más allá —o en contra— de sus apariencias.

Los antiguos delitos patrimoniales se caracterizaban por la recurrencia de ciertas modalidades agresivas: por ejemplo, la depredación violenta o furtiva de bienes específicos (el objeto valioso, el animal, etc.), situados en un espacio de dominio ajeno que era violado al consumir la apropiación. Así las cosas, no resultaba tan difícil para los legisladores de la época identificar y fijar esas modalidades agresivas en la descripción de tipos como el robo o el hurto.

Hoy, en cambio, las agresiones al patrimonio suelen adoptar formas cambiantes, inmateriales y, en cualquier caso, impredecibles: pensemos en el fraude informático, el blanqueo de capitales o el insider trading. ¿Cuál es la forma significativa que se repite de manera constante en el mundo sensible? No existe. A diferencia del hurto, el robo o las lesiones, se trata de delitos “proteicos”.

B) A esa variabilidad proteica y polisémica del aspecto de las cosas, se suma el acelerado proceso de desmaterialización y descontextualización de la realidad con la que interactuamos. Si en el pasado, las agresiones patrimoniales debían necesariamente realizarse mediante conductas físicamente intrusivas en la esfera de dominio ajena, hoy “basta con un clic” en el teclado de un ordenador o de un *smartphone*.

7.

¿Cuáles son las posibles soluciones para la renovación y el renacimiento del tipo penal?

Llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿es aún posible describir un tipo penal por medio de alguna clase de representación “iconográfica” o “cinematográfica”? ¿Sigue siendo factible “ordenar la realidad según su apariencia”?

El arte figurativo demuestra que el uso de las formas de la realidad sensible puede llevarse a sus límites extremos. El arte del siglo XX lo ha atestiguado plenamente; basta pensar en el cubismo. Recordemos el uso de las formas de la naturaleza realizado por Pablo Picasso en “El Guernica”.

No es fácil que tal operación “poética” tenga éxito en el derecho penal. No es fácil, en la construcción del tipo, recuperar de manera fructífera fragmentos desfigurados de la realidad sensible, como lo hizo Picasso en “El Guernica”. En el derecho penal lo que debe ser representado o reproducido es la totalidad de un hecho típico, no fragmentos aislados del mismo.

Entonces, ¿qué futuro le espera al “guion” penal del injusto?

Resumiendo los términos de un discurso complejo al que necesariamente nos remitimos, podemos imaginar tres posibles direcciones evolutivas para la tipificación delictiva.

7.1.

Primera vía: la discontinuidad con la tradición iconográfica.

Un *primer camino* se presenta en clara discontinuidad con la historia secular del tipo penal. Pasa por un reconocimiento realista del epílogo de la parábola iconográfico-visualista. Quien elige este camino cuenta con una certeza: que el mundo ya no puede ser ordenado según la apariencia de las cosas. El aspecto del acontecer ya no es significativo: es difícil encontrar una isomorfía, una analogía de forma, entre las conductas agresivas que constituyen un cierto tipo de injusto; es difícil reducirlas a una unidad, agrupándolas según cómo se presentan morfológicamente.

Las conductas agresivas que hoy se consideran delictivas —piénsese en las de crimen organizado, delitos económicos, tributarios, etc.— ya no comparten ni unidad de lugar, ni de tiempo ni de acción.

En resumen: ya no hay un “icono del hecho” que podamos proyectar mediante la luz de la tipificación. Por tanto, surge la necesidad de una solución “iconoclasta”: ya ningún guion, ninguna representación tiene sentido.

Entonces, para definir los presupuestos de la responsabilidad, es mejor renunciar a las referencias a la realidad sensible y centrarse más en la dimensión puramente normativa de las tipologías delictivas, que se debe expresar mediante la fría y abstracta lingüística de las palabras “técnicas”.

Así, abandonado cualquier referente a la forma visible de un hecho y reducida la tipificación a un listado de condiciones de responsabilidad, el lenguaje del derecho penal podría ser también comunicado con la precisión digital de un código de barras o de un “QR Code”. La naturaleza técnica de las diversas nociones empleadas (pensemos en la calificación de “empresario”, o en la definición de “factura” o “insolvencia”) permite su formalización.

Las nuevas tipologías, que dejarían de ser “hechos-iconos” para convertirse en meras enumeraciones de “condiciones de responsabilidad”, podrían diseñarse como un código de barras lineal o un código QR.

7.2.

Segunda vía: la búsqueda de nuevas formas de visualización.

Otra opción para renovar la tipificación penal consistiría en encontrar nuevas fórmulas para “hacer visibles” las manifestaciones del injusto, quizás apoyándose en las tecnologías de la información. En esta perspectiva, sería fundamental recurrir a las nuevas tecnologías informáticas.

¿Sería posible diseñar mediante la inteligencia artificial y la “realidad aumentada” una nueva herramienta semiótica capaz de describir, de manera más moderna y eficaz, los hechos constitutivos de un delito?

El tema es muy complejo; nos limitaremos aquí a señalar cómo la tipificación penal constituye una herramienta altamente refinada y probada, que —como sabemos— permite realizar de manera efectiva muchas funciones, comenzando por comunicar a los miembros de la sociedad las reglas de conducta. Una tradición secular demuestra que el ciudadano común sabe extraer de la narrativa iconográfica de las tipificaciones penales las pautas de comportamiento que de ellas se derivan. Nadie nos asegura que la imagen multimedia aumentada sea capaz de desempeñar eficazmente la misma función. La duda surge porque, en la imagen multimedia, la función “diagnóstica”, es decir, la detección de lo que sucede de manera significativa, resulta ser prevalente respecto a la función deontológica, normativa, es decir, la indicación de reglas de conducta.

Consideremos además que, por muy avanzada que esté, la inteligencia artificial no es capaz de “comprender el mundo” en su devenir histórico, de vivir la realidad como una experiencia única e irreplicable. La inteligencia artificial codifica y gestiona su interacción con el mundo según algoritmos. Cuando se enfrenta al acontecer histórico, detecta y mide la relevancia de un hecho solo en los términos indicados por un modelo cuantitativo, por un algoritmo. El reconocimiento del hecho relevante se realiza de acuerdo con índices formalizados, que siempre han sido establecidos previamente.

La aplicación humana del derecho es el fruto de un ejercicio hermenéutico, por tanto, creativo. Es diferente el proceder de la inteligencia artificial: la “tipificación” algorítmica, es

decir, el paradigma de hecho formalizado por el software inteligente, no es gestionada por un sujeto consciente de lo que es el “estar” en un tiempo presente; siempre le faltará la capacidad de conectar el hecho histórico al paradigma abstracto a través de una interacción auténticamente hermenéutica, que tenga como base la experiencia vivida y la conciencia humana acerca de la unicidad e irrepitibilidad de cada experiencia concreta. Como hemos visto, las nuevas tecnologías probablemente no son capaces – al menos por ahora – de proporcionar respuestas decisivas al problema de la crisis de la tipicidad.

7.3. *Tercera vía: la reconstrucción metafórica del tipo.*

Tal vez exista un *tercer orden* de posibilidades. En un marco de gran incertidumbre acerca de los escenarios futuros, la renovación del tipo debería quizás partir de una conciencia más madura sobre la relación que existe entre el tipo mismo, tal como está representado en la descripción normativa, y el injusto subyacente.

Andando por este camino, debe prioritariamente afirmarse una conciencia más clara de que el derecho penal es también una forma de literatura. No tiene fines de entretenimiento, pero sigue siendo un texto que puede ser concebido y elaborado mediante una auténtica creación artística. Es necesario desarrollar una nueva poética capaz de guiar la construcción del tipo, identificando su cara, su forma.

Sin embargo, dicha forma no podrá ser una fotografía de una o varias modalidades agresivas. En la realidad contemporánea, lo injusto ya no muestra un rostro constante, una forma única expresada por la morfología de la realidad sensible. Lo injusto se despliega de manera múltiple e inconstante, eludiendo una representación clara y definida en la percepción cotidiana. Como consecuencia, la representación legislativa del injusto debería ser necesariamente, como en la creaciones artísticas, “ficticia”, “novelada”.

Esta representación tan peculiar requiere una compleja reflexión sobre los modos y los estilos en que se puede expresar, representar, modelar y escenificar la acción dramática que constituye cada delito.

En el centro de este estudio se encuentra la potencia expresiva de la metáfora. La relación entre tipo e injusto puede ser concebida y descrita como una relación metafórica. Una relación metafórica entre especie y género. El tipo es la especie y el injusto es el género. El tipo, como especie, tiene que visualizar el género, es decir, el injusto. El tipo actúa como un puente cognitivo hacia el género, es decir, el injusto. La hace visible, la “pone ante los ojos” de los ciudadanos y de los jueces.

Deberemos comprender mejor cómo puede desarrollarse esta relación “evocativa”, metafórica, entre lo “visible” (el hecho típico) y lo “invisible” (es decir, el injusto). Conocemos bien este fenómeno: Romeo habla de Julieta y la llama “el sol” de su vida. Nosotros hablamos de la vejez como la “puesta de sol” o el “invierno de la vida”. No sabemos definir exactamente qué es el amor ni qué es la vejez, pero los describimos metafóricamente.

Necesitamos la potencia iluminadora de la buena literatura, de buenas metáforas capaces de “poner ante los ojos” de los ciudadanos y los jueces las imágenes visibles del injusto. La mejor sabiduría estilística radica precisamente en captar y representar lo que es verdaderamente “típico”, paradigmático, metafóricamente expresivo de un valor o desvalor que no logramos representar directamente.

Y esto, al final, es válido tanto para el derecho penal como para el arte: para captar el rostro y describir un tipo delictivo –sea el robo, la violencia sexual o nuevos ilícitos como la el acoso o el insider trading– se necesitan intuición, creatividad y habilidad narrativa. Son las mismas cualidades requeridas para delinear, con claridad nítida, la universalidad típica del viaje de Dante al infierno, del vagar de Don Quijote o de las gestas épicas de Martín Fierro.

La creación artística no es sino la habilidad de expresar, mediante una síntesis metafórica deslumbrante, el núcleo esencial de las cosas: lo invisible que no tiene forma propia, ese espectro que tanto nos fascina y que siempre se desvanece, y al que solo la fuerza de la imaginación puede atrapar.

*Laudatio académica del Prof. Michele Papa**

Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 22 de noviembre de 2024

Laudatio accademica del Prof. Michele Papa

Università di Buenos Aires, Facoltà di Diritto 22 novembre 2024)

Academic Laudatio for Prof. Michele Papa

University of Buenos Aires, Faculty of Law November 22, 2024

CARLOS ALBERTO MAHIQUES

*Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina,
Giudice della Cámara Federal de Casación Penal Argentina*

Sr. Decano, Profesor Michele Papa, Sr. Vice rector, colegas magistrados, profesores, señoras y senores, amigos:

Con este Doctorado honorífico (cuya solicitud fue aprobada por el Consejo Superior con remarcable receptividad y presteza lo que personalmente agradezco vivamente al Sr. Vice rector), la Universidad de Buenos Aires homenajea al Profesor Michele Papa por sus importantes contribuciones al universo de las ideas penales, especialmente en el rango del derecho penal especial, internacional y comparado y la política criminal. Este espectro incluye además variados temas y otras áreas del conocimiento, lo cual ya da cuenta *per se* de una personalidad que -no por casualidad es florentino- trasunta un espíritu renacentista y una particular romaneidad cultural.

Con este doctorado honorífico la Universidad de Buenos Aires, hace, sobre todo, un reconocimiento a un jurista innovador. Entre sus numerosas actividades y logros se destacan sus 13 libros, cientos de artículos, y su participación en comités científicos y asociaciones profesionales relevantes entre las que solo he de mencionar su condición de decano de la facultad de Giurisprudencia de la universidad de Firenze y de vice rector de esa casa de estudios. Actualmente se desempeña también como miembro académico del Consejo Superior de la Magistratura de Italia donde también preside la comisión de relaciones internacionales.

Quienes enseñamos derecho penal en la universidad o en la praxis tribunalicia valoramos la elocuencia y originalidad de su prosa, la pertinencia de sus ideas y argumentos en pro del mejoramiento y progreso del saber jurídico, y por su esfuerzo intelectual por presentar al derecho como un *nomos* unívoco requerido de una continuidad y de una armonización entre la argumentación e interpretación con otras disciplinas.

Tengo el privilegio de conocer al homenajeado hace mucho tiempo y puedo decir que no encarna en la típica figura académica identificada con ese Olimpo jurídico donde abundan los cánones y los canonistas, los dogmas y los determinismos que algunos pretenden monopolizar con un áurea de infalibilidad vaticana, y con más “cientificismo” que “ciencia”.

Afortunadamente el prof. Papa no padece ese viejo vicio intelectual de muchos juristas -incluso bienintencionados- que lleva a priorizar las propias preferencias o deseos luego reflejados en sus libros como espejo de su pensamiento político o ideológico. La “intoxicación narrativa” no solo se verifica en el discurso político sino también en el discurso jurídico, y con frecuencia allí radica el origen tanto de la deriva punitivista y securitaria como de la hipérbole garantista, que terminan frustrando de modo auto provocado por la desmesura sus legítimos propósitos. Sabemos diría Papa, que el verdadero garantismo es el que se funda en la institucionalidad y la

* Il contributo, in considerazione della sua natura, viene qui pubblicato, in via eccezionale, senza previa procedura di *peer review*.

legalidad, y no en las consignas ideológicas.

Para el prof. Papa el Derecho es ajeno a todo esencialismo (al “se es, o no se es”), dado que su variación es constante porque no hay quietud en las relaciones sociales. Por esa razón, el modo de pensar acrítica y dogmáticamente el derecho no es el propio del jurista, que siempre tiene que interrogarse y hasta pensar contra sí mismo, Y además debe hacerlo con coraje. El “coraje” no es un dato científico, pero es lo que se necesita para la construcción de un derecho realista que apunte como un pilar a la institucionalidad. Hay que “pelearse” como lo hace nuestro ilustre invitado, con las respuestas pretendidamente universales y abarcativas de toda la realidad porque todo determinismo (como decía H. Bergson) es enemigo de la libertad.

El prof. Papa participa, en efecto, de la idea de que el Derecho es un saber práctico y un arte más que una ciencia en sentido estricto. El derecho se reivindica como “científico”, pero con los límites que le impone su propia realidad. El saber (la ciencia) jurídica, en definitiva, debe esforzarse en esclarecer las relaciones y resolver los conflictos surgidos entre la verdad y el poder en la política moderna. Su misión no es tanto “fundar” teórica y universalmente el derecho, como contribuir a clarificar los debates recurrentemente planteados.

Las obras del prof. Papa discurren en su mayoría sobre tópicos de la denominada Parte Especial del Derecho Penal y en uno de sus últimos libros (*Fantastic Voyage*) nos invita a immergirnos en lo se dio en llamar la *parte general de la parte especial del derecho penal*. En realidad se trata de un texto que perfila una profunda reflexión acerca de *todo* el derecho penal, y de la inextricable vinculación de sus pretendidas parcializaciones. Papa demuestra esta íntima conexión con la creatividad de variados recursos didácticos y cómo esa implicancia vinculante permite articular los dos componentes del derecho penal en el que la parte especial es el verdadero banco de prueba de la general.

En esta y todas sus obras, el profesor Papa exhibe la maestría de quien ha transitado muchas veces este camino en una prolongada carrera en la que abundan trabajos de singular importancia científica, fruto de su extensa trayectoria como catedrático de la Universidad de Firenze, y su experiencia y conocimiento del derecho penal anglosajón, de lo que dan cuenta sus reiteradas estadias de investigación y docencia en centros de excelencia como Stanford, Columbia, y Georgetown, Chicago y Londres. Fruto de aquellas son sus escritos sobre conceptos propios de este cuño, lo que dota a su obra de una perspectiva más universal de la materia, que excede la usualmente limitada a la tradición jurídica europea continental.

En sus libros, nuestro homenajeado sorprende al lector, habituado a las áridas exposiciones tradicionales, puesto que no ahorra recursos para ilustrar su pensamiento, que van desde la etimología y la historia del arte hasta los medios electrónicos, ámbitos a los que el profesor florentino recurre con particular solvencia y soltura.

A partir de la idea de lo *especial* y de la *especialidad*, etimológicamente llega el autor a concretarla como *visibilidad*, *espejo* o visión especular que opera dentro de un texto que expresa una *narrativa*, en lo que podríamos llamar su primera aproximación a los tipos penales, resaltando una función que es producto de lo que el legislador capta con su imaginación, algo que no proviene del azar, sino que pertenece a la realidad. Así, en esta idea del tipo penal que correspondería a su versión clásica o tradicional, entiende que la figura que el tipo refleja excluye de su ámbito conductas que, por mucho que encuadren en todos los caracteres señalados en las palabras literales del tipo, no coinciden con la *imagen socialmente compartida del hecho*, que es la que el legislador ha captado al elaborar el tipo legal.

De todas formas, (el autor lo dirá seguidamente con mucha mayor precisión) se percata rápidamente que la idea –llamémosla *tradicional*– del tipo se está perdiendo en la legislación penal, a medida que ésta va cayendo en una reproducción creciente de leyes penales especiales y, en particular, por efecto de lo que otros autores llaman de modo más usual la *administrativización* del derecho penal.

En este proceso, dirá Papa, los tipos penales sufren un “exceso de formas” –que ya no son las imágenes compartidas socialmente–, que van convirtiéndose en signos o rótulos. En sus libros lo grafica de modo ingenioso concluyendo que, ante el “estallido” de la legislación penal, ya no resultan aptos para ser codificados en un texto armónico, o sea, conforme al concepto de código desarrollado desde el Iluminismo.

El prof. Papa describe así con particular agudeza la expansión del derecho penal como un *big bang* de su universo, que daría lugar a pequeñas *galaxias*, o sea, que se produce el fenómeno de creciente *descodificación* de la legislación penal a través de la multiplicación de leyes especiales y hasta de *derechos penales especiales*.

A este respecto, se detiene en la curiosa *reserva de código* establecida por ley italiana, que ordena que toda disposición legal de carácter penal sea incorporada al código, como forma de evitar la pérdida de la función asignada a la codificación, en un esfuerzo que tiende a detener lo que pareciera ser una marcada tendencia a la fragmentación legislativa penal.

Es interesante llamar la atención en este aspecto entre nosotros, porque pareciera que no se ha reparado lo suficiente en la cuestión en nuestro derecho positivo vigente, donde la regla que los italianos llaman *reserva de código* está dispuesta en nuestra Constitución Nacional desde 1853 y el Congreso Nacional la viola continuamente. (alusión al proyecto de reforma del CP). En efecto: el inciso 12° del artículo 75° constitucional no impone al Congreso Nacional *dictar leyes penales*, sino *dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados*, es decir, incluso con la referencia a *separados*, no deja de señalar que debe tratarse de *cuerpos* y no de leyes sueltas, que distingue nítidamente, puesto que el mismo inciso se refiere más adelante a las *leyes generales*.

Se hace cargo el autor de las dificultades que puede acarrear esta *reserva de código* frente a la proliferación de disposiciones penales referidas a materias especiales, principalmente, si no lo comprendemos mal, susceptibles de alterar la arquitectura del código y acabar por hacer de éste un texto desarmónico. No obstante, mantiene su optimismo el querido profesor florentino en cuanto a las motivaciones de semejante profusión de leyes penales especiales, que no lo considera un fenómeno totalmente negativo a pesar de las recurrentes torpezas políticas y legislativas que se observan en la materia

En síntesis, la temática del prof. Papa incluye una rica serie de propuestas y observaciones sumamente sugerentes, siendo imposible detenerse en todas, siendo aquí destacables las referidas a la *Calificación jurídica múltiple en derecho penal*, a su consagradas "*Lezioni*", de *Diritto penale Comparato, diritto penale, Parte Speciale. (Delitos con otra la persona, el patrimonio y la administración pública)*, y más recientemente, sobre la *Racionalidad de las penas*, resultante del contexto en que se insertan los tipos penales, con referencia a la diferente intensidad de jerarquía y afectación de bienes jurídicos.

De este modo, Papa muestra que hay fenómenos que se están dando en la legislación penal de nuestra tradición continental, que plantean a la ciencia jurídico penal problemas sobre los que el profesor de Firenze nos hace reflexionar con ingenio, apelando a los recursos didácticos que, al mismo tiempo que facilitan la comprensión, van exhibiendo la íntima conexión con otros datos de nuestra dinámica cultural. Sólo puede plantearnos esa problemática de manera tan clara quien ostente una particular maestría que resulta a la vez de su sólida formación cultural -que excede en mucho el estrecho marco del saber jurídico- y de una larga y permanente reflexión sobre nuestra materia.

Para cerrar esta presentación, me permitiré, con las disculpas lingüísticas del caso, unas últimas palabras en italiano que, con mucho afecto, intentan sintetizar los motivos de este doctorado honorífico.

Caro professor Papa, siamo onorati della sua presenza qui stasera. Le vostre idee, argomentazioni e riflessione comparatistiche sono una fonte di ispirazione senza precedenti per migliorare la nostra Legge, e il nostro insegnamento giuridico penale. Con questa laurea honoris causa l'Università di Buenos Aires riconosce la vostra gigantesca contribuzione al mondo della penalistica. Siamo lieti ed entusiasti di potervi ascoltare stasera. E finalmente, con questo diploma diciamo, come avvocati, magistrati e professori che ti ringraziamo per averci aiutato a comprendere meglio le esigenze e anche le inevitabili sfumature della nostra disciplina. Grazie mille.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>